

Co.Re.Com. Cal/Nic

DELIBERAZIONE N. 139

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA - Ferraro xxxx c/ TISCALI ITALIA

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Nella seduta del giorno 23.07.2012, svolta presso la sede del Consiglio Regionale della Calabria, via Cardinale Portanova Reggio Calabria, in cui sono presenti:

Prof. Alessandro Manganaro	Presidente
Prof. Carmelo Carabetta	Componente
Dott. Gregorio Corigliano	Componente

e Avv. Rosario Carnevale, Direttore del Co.re.com. Calabria;

Visti:

la legge 31 luglio 1997, n. 249, "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo", in particolare l'art. 1, comma 6, lett. a), n. 14;

la legge 14 novembre 1995, n. 481, "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità";

il Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262, di approvazione del testo del Codice civile;

l'art. 84 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, "Codice delle comunicazioni elettroniche";

la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, "Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni- Co.re.com." e succ. modif. ed int.;

la propria deliberazione n. 5 del 10 giugno 2009, recante: "Regolamento interno di organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni";

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 173/07/CONS., "Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" e succ. modif. ed int.;

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 73/11/CONS., "Approvazione del regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori e individuazione delle fattispecie di indennizzo automatico" ai sensi dell'articolo 2, comma 12, lett. g), della legge 14 novembre 1995, n.481;

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 274/07/CONS., "Modifiche ed integrazioni alla delibera 4/06/CONS: Modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso;

l'Accordo quadro tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, sottoscritto in data 4 dicembre 2008;

la Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed il Co.Re.Com. Calabria in data 16 dicembre 2009 ed, in particolare, l'art. 4, comma 1, lett. e);

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 179/03/CSP, all. A, "Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni";

l'istanza del 23 febbraio 2012, acquisita al prot. Co.re.Com. Calabria n. 9434, con cui il sig. Ferraro Francesco, ha chiesto l'intervento a questo organismo per la definizione della controversia in essere con la Società TISCALI ITALIA, ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con delibera 173/07/Cons. e succ. modif. ed int.;

la nota del 29 febbraio 2012 (prot. n. 10826), con cui il Responsabile del procedimento ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del summenzionato Regolamento, l'avvio del procedimento finalizzato alla definizione della deferita controversia;

gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

Considerato quanto segue:

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

Con istanza di definizione, depositata il 29 febbraio 2012, il sig. xxxx, promuoveva dinanzi a questo Co.Re.Com. un procedimento di definizione nei confronti della Società TISCALI ITALIA.

In particolare, le doglianze riguardano:

- 1) Mancata portabilità/migrazione del servizio nel tempo concordato; violazione delle norme e procedure di migrazione; migrazione del servizio in data posteriore al recesso del contratto; irreperibilità del servizio dal 20 dicembre 2011; codice di migrazione comunicato a distanza di 28 giorni dalla richiesta e invio di fattura per un servizio irraggiungibile e mai attivo.

L'utente precisa che in risposta ai ripetuti reclami telefonici, che sollecitavano l'attivazione del servizio voce e adsl richiesto, l'operatore, comunicava con un sms, di aver già ricevuto la necessaria autorizzazione per la migrazione, e che l'attivazione del servizio era prevista per il giorno 8 ottobre 2011. L'odierno utente contattava la Tiscali per chiedere informazioni circa la mancata attivazione e l'operatore il 16 ottobre 2011, tramite sms, rispondeva che sarebbe risultato funzionante dal 17 ottobre 2011, ma non forniva però, il dispositivo "modem Voip", indispensabile per rendere completa l'attivazione prevista per tale data.

L'utente, quindi, tramite raccomandata inviata l'8 novembre 2011, (anticipata anche via fax) e ricevuta dall'operatore il 10 novembre 2011, recedeva dal contratto.

La Tiscali (con missiva inviata tramite fax, il 24 novembre 2011), sebbene fosse stata diffidata dall'utente, a non proseguire con la propria attività di migrazione, fa recapitare all'utente il dispositivo modem Voip", che lo stesso rifiuta, in quanto si considerava libero da ogni vincolo contrattuale, avendo già inoltrato la richiesta di recesso. L'operatore Tiscali, non interrompendo il processo di migrazione, in presenza del recesso del contratto, ha determinato l'isolamento della linea e nonostante ciò, chiedeva anche il pagamento della fattura n. xxxx, relativa ad un servizio però mai goduto dal cliente e determinato arbitrariamente inattivo dall'operatore stesso.

Dopo gli innumerevoli disservizi, reclami e solleciti, l'utente si determinava ad adire questo Co.Re.Com., avviando il tentativo di conciliazione e non raggiungendo alcun accordo, come da verbale di mancata conciliazione, redatto in data 14 febbraio 2011.

Successivamente, in data 23 febbraio 2012, l'utente ha chiesto a questo Co.Re.Com. di definire l'odierna controversia, allegando copia della documentazione comprovante quanto da esso dichiarato, al fine di ottenere l'indennizzo per l'omessa portabilità del numero telefonico nell'arco temporale di 100 giorni, l'indennizzo per isolamento linea telefonica, l'indennizzo per mancata consegna del codice di migrazione, l'indennizzo per aver preteso il pagamento anticipato della fattura per attività illegittima e l'indennizzo per le spese legali sostenute.

In seguito all'avvio del presente procedimento, giusta nota del 29 febbraio 2012, con cui è stato chiesto alle odierne parti i chiarimenti istruttori ritenuti necessari, entrambe hanno prodotto, nei termini procedurali, memoria difensiva e documentazione a supporto della rispettiva posizione.

L'operatore contesta la ricostruzione della vicenda effettuata dall'utente e rileva l'infondatezza dell'istanza di definizione di cui ha richiesto il rigetto con ogni conseguenza di legge. Lo stesso precisa che mediante registrazione vocale, l'istante, richiedeva l'attivazione di un pacchetto Adsl e Voce denominato "tutto incluso" erogato sull'utenza telefonica

dell'odierno utente. L'attivazione della linea avveniva attraverso il processo di migrazione da TeleTù, in qualità di "Olo Donating", verso Tiscali Italia, in qualità di "Olo Recipient", attraverso comunicazione del codice di migrazione TeleTù da parte dell'istante. La Tiscali, spediva all'istante, la cosiddetta "Welcom pack" ovvero un plico-lettera contenente il riepilogo delle caratteristiche e dei costi relativi al contratto e in data 1 agosto 2011, riceveva, in qualità di "Olo Recipient", le richieste di migrazione del servizio da parte di TeleTù, in qualità di "Olo Donating". Telecom Wholesale rispondeva alle richieste di migrazione, con tre "KO" con le motivazioni rispettivamente di "campo obbligatorio mancante" per due volte e in ultimo "codice di sessione inesistente". In data 8 novembre 2011, in seguito alla richiesta scritta di recesso dal contratto dell'utente, in data 10 novembre 2011, lo contattava per informarlo che era impossibile bloccare il processo di migrazione. In data 28 novembre 2011 e 30 gennaio 2012, la Tiscali inviava, all'odierno utente, il dispositivo "modem Voip", il quale lo rifiutava entrambe le volte. Il 20 dicembre 2011, in seguito all'espletamento positivo di Telecom Italia, la Tiscali, procedeva all'attivazione del servizio sui propri sistemi. In data 2 febbraio 2012, perveniva una richiesta di migrazione da parte di Telecom Italia. In data 8 febbraio veniva avviata la fase due con la creazione del codice di sessione. In data 13 febbraio 2012, la Tiscali, inviava all'utente un riscontro scritto, e in data 25 febbraio 2012, in seguito all'espletamento positivo di Telecom Italia, la società Tiscali, procedeva alla cessazione del servizio sui propri sistemi. La società comunica di aver fatto il possibile entro i propri ambiti di competenza, per consentire, attraverso, il processo di migrazione "OLO-to-OLO", l'acquisizione del servizio in prima ed il passaggio del servizio verso l'operatore Telecom Italia in seconda istanza. Inoltre il processo di migrazione è stato inizialmente bloccato a causa di tre "KO", forniti in fase tre da Telecom Wholesale e successivamente dall'incompletezza del codice di migrazione fornito dall'istante, mancante dalla parte relativa al servizio adsl attivo con altro gestore. In merito all'isolamento della linea telefonica, dal 20 dicembre 2011, ciò è imputabile all'utente, in quanto ha per ben due volte rifiutato il dispositivo "modem Voip", e la mancata accettazione del modem da parte dell'utente, causava l'isolamento della linea stessa.

Successivamente l'odierno utente in risposta alle memorie presentate dall'operatore convenuto, precisa che la Tiscali afferma di aver dato seguito all'attivazione del servizio nella fase successiva alla comunicazione del codice di migrazione TeleTù da parte dell'utente. Mentre risulta chiarito ed accertato che lo stesso ha provveduto tempestivamente a fornire i due codici di migrazione relativi alla linea telefonica e adsl, come dimostrano le comunicazioni telefoniche depositate con istanza di definizione della controversia.

Motivi della decisione

1. In tema di rito.

Preliminarmente si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di cui all'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile ed ammissibile.

Si deve, altresì, dar conto del comportamento delle parti nella fase procedimentale: entrambe hanno partecipato all'udienza di conciliazione, tenutasi in data 14 febbraio 2012.

L'udienza di discussione per il presente ricorso non si è tenuta, in quanto non è stata ritenuta necessaria ai fini dell'odierna decisione.

2. Riguardo al merito.

La presente controversia ha come oggetto la ritardata migrazione del servizio in data posteriore al recesso del contratto e la conseguente mancata attivazione del servizio Voce e Adsl denominato "tutto incluso", l'isolamento del servizio dal 20 dicembre 2011, la ritardata comunicazione del codice di migrazione e il pagamento della fattura per un servizio mai attivato da parte dell'operatore Tiscali.

2.1 Ritardata migrazione del servizio e conseguente mancata attivazione del servizio voce -adsl.

A questo proposito occorre evidenziare che il punto 2.2 della carta dei servizi Tiscali, prevede che: per il tempo di attivazione del servizio Voce, Tiscali si impegna ad attivare il servizio Voce principale con servizio di portabilità entro 40 giorni dall'esito positivo delle verifiche tecniche, che avverranno entro 30 giorni dalla ricezione da parte di Tiscali della proposta di abbonamento, salvo i casi in cui subentrino impedimenti oggettivi, non imputabili a Tiscali. Qualora si verifichi un ritardo nell'attivazione del servizio imputabile al fatto del cliente o di terzi o comunque dovuto a forza maggiore, Tiscali si impegna ad informare il cliente sulle ragioni del ritardo.

E' noto l'orientamento costantemente espresso dalla Suprema Corte (Cass. Civ. n.2387/04), secondo il quale *"in tema di prova dell'inadempimento di un'obbligazione, il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve solo provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto, mentre il debitore convenuto è gravato dall'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento.*

Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (anche per difformità rispetto al dovuto o anche per tardività dell'adempimento) gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento".

Tiscali aveva pertanto l'onere di dimostrare la tempestiva attivazione dei servizi, ovvero che la mancata o ritardata attivazione fosse dipesa da causa ad essa non imputabile; così come aveva l'onere di dimostrare di avere tempestivamente informato l'utente delle eventuali difficoltà tecniche e/o amministrative incontrate nell'adempimento delle obbligazioni. Sicché, in mancanza di prova dell'esatto adempimento da parte dell'operatore telefonico, ovvero che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile, deve ritenersi la responsabilità contrattuale di Tiscali, ex art. 1218 c.c..

Infatti, l'attivazione sarebbe dovuta avvenire in data 8 ottobre 2011; mentre l'operatore comunica che la stessa è avvenuta in data 20 dicembre 2011, continuando il processo di migrazione nonostante la comunicazione di recesso dell'utente, avvenuta in data 8 novembre 2011. Inoltre Tiscali non dimostra, di aver informato l'utente circa le difficoltà tecniche incontrate durante la fase del processo di attivazione del servizio richiesto, l'utente non è stato messo in grado di comprendere le difficoltà incontrate e quanto accaduto.

Per le ragioni ut supra, si riconosce all'odierno istante, l'indennizzo per ritardata attivazione del servizio voce – adsl "tutto incluso" dall'8 ottobre 2011 (data in cui Tiscali, avrebbe dovuto attivare il servizio) all' 8 novembre 2011 (data di richiesta di recesso dal contratto).

2.2 Sull'isolamento della linea dal 20 dicembre 2011.

In merito a quanto richiesto, l'utilizzo del dispositivo "modem voip" è condizione necessaria per poter usufruire del servizio. Infatti come da condizioni generali del contratto i punti 2.5 e 2.8 prevedono che: *"L'attivazione del servizio presuppone la disponibilità da parte del Cliente di un dispositivo hardware idoneo alla connessione Adsl e al traffico voce. La mancanza di questo requisito, determina l'impossibilità di attivare il servizio e concludere il contratto, senza che alcuna responsabilità possa ascrivarsi a Tiscali e con obbligo per il Cliente di rimborsare i costi sopportati da Tiscali per la mancata attivazione...".* Si specifica a tal proposito che l'operatore ha provveduto ad inviare il dispositivo, per la prima volta, solo il 28 novembre 2011 e per la seconda volta il 30 gennaio 2012. Si vuole ribadire che la società Tiscali tuttavia, in data 29 settembre 2011 e 16 ottobre 2011, tramite sms comunica all'utente che "è stato autorizzato il passaggio del servizio sulla rete Tiscali" e successivamente che "l'attivazione è prevista per l'8 ottobre 2011". Inoltre l'istante aveva già in precedenza, con raccomandata dell'8 novembre 2011, comunicato di voler recedere dal contratto, volontà che se non fosse stata totalmente ignorata avrebbe permesso l'immediata sospensione del processo di migrazione senza produrre, nel seguito, maggiori disagi. Inoltre, la Tiscali, avrebbe dovuto inviare prima il modem per permettere all'utente di usufruire del servizio nell'immediato della sua attivazione, a dimostrazione del fatto che lo stesso comunicava che l'attivazione sarebbe avvenuta in data 8 ottobre, senza fornire i dispositivi per permettere all'utente di attivare il servizio e non fornendo alcuna spiegazione per la mancata attivazione.

Per tali ragioni, si accoglie la richiesta d'indennizzo avanzata dall'odierno utente relativa all'isolamento della linea, dalla data del 20 dicembre 2011 alla data del 25 febbraio 2012 (cessazione del servizio sui sistemi Tiscali), ed atteso che nessun indennizzo è previsto per questo specifico disservizio, si applicherà l'art. 4, della delibera 73/11 CONS, allegato A.

2.3 Sulla ritardata comunicazione del codice di migrazione.

Non può essere accolta la richiesta di indennizzo relativa alla ritardata comunicazione del codice di migrazione, perché il codice di migrazione si genera solo successivamente. In quanto, non può essere generato fino a quando il servizio non viene attivato. Il predetto codice è presente già nella prima fattura emessa in data 2 gennaio 2012.

2.4 Sulla richiesta di storno della fattura.

Si accoglie tale richiesta, disponendo lo storno della fattura n. xxxx del 2 gennaio 2012, pari a Euro 56,12.

Ritenuto, conclusivamente, che la domanda del ricorrente sia, parzialmente meritevole di accoglimento, nei termini sotto espliciti e che pertanto per cui l'operatore Tiscali Italia debba provvedere a riconoscere al medesimo:

- Indennizzo di Euro 225,00 (duecentoventicinque/00) per ritardata attivazione del servizio, dall'8 ottobre 2011 (data in cui Tiscali, avrebbe dovuto attivare il servizio) all' 8 novembre 2011 (data di richiesta di recesso dal

contratto), per complessivi 30 giorni, al parametro giornaliero di Euro 7,50, conformemente a quanto stabilito dall'art. 3, della delibera 73/11 CONS, allegato A;

- Indennizzo di Euro 502,50 (cinquecento due/50) per l'isolamento della linea, dal 20 dicembre 2011 al 25 febbraio 2012, per complessivi 67 giorni, al parametro giornaliero di Euro 7,50, conformemente a quanto stabilito dall'art. 4, della delibera 73/11 CONS, allegato A;
- Storno della fattura n. xxxx pari a Euro 56,12.

Atteso che l'indennizzo e/o i rimborsi riconosciuti da questo Co.re.com. all'esito della procedura di definizione, devono soddisfare, ai sensi dell'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche, il requisito dell'equità e, pertanto tenere indenne l'istante dal decorso del tempo necessario alla definizione della procedura;

3. Sulle spese di procedura.

L'art. 19 al comma 6, del Regolamento allegato alla delibera Agcom n. 173/07/ CONS, sancisce che nel determinare rimborsi e gli indennizzi si tenga conto "del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione";

In conformità, dunque, a quanto previsto da tale articolo - a mente del quale, "Nel provvedimento decisorio l'Autorità può riconoscere il rimborso delle spese necessarie e giustificate per l'espletamento della procedura" - si riconosce, equitativamente, al Sig. xxxx l'importo complessivo di Euro 50,00 (cinquanta/00), a titolo di rimborso spese di procedura.

Per tutto quanto sopra esposto.

Vista la proposta di decisione del Direttore del Co.Re.Com. Calabria, Avv. Rosario Carnevale, resa ai sensi dell'art. 19 del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti; Udita la relazione del Presidente di questo Comitato, Prof. A. Manganaro, nell'odierna seduta;

All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge.

DELIBERA

1) L'accoglimento parziale, nei termini esposti in motivazione dell'istanza presentata dal sig. xxxx in data 23 febbraio 2012, per il che la società Tiscali è tenuta a corrispondere all'utente, mediante assegno o bonifico bancario, le seguenti somme e effettuare i seguenti adempimenti:

- a) Indennizzo di Euro 225,00 (duecentoventicinque/00) per ritardata attivazione del servizio, dall'8 ottobre 2011 (data in cui Tiscali, avrebbe dovuto attivare il servizio) all'8 novembre 2011 (data di richiesta di recesso dal contratto), per complessivi 30 giorni, al parametro giornaliero di Euro 7,50, conformemente a quanto stabilito dall'art. 3, della delibera 73/11 CONS, allegato A;
- b) Indennizzo di Euro 502,50 (cinquecento due/50) per l'isolamento della linea dal 20 dicembre 2011 al 25 febbraio 2012, per complessivi 67 giorni, per le ragioni ut supra;
- c) Euro 50,00 (cinquanta/00) a titolo di spese di procedura;
- d) Storno della fattura n. xxxx pari a Euro 56,12.

2) E' fatta salva per l'utente la possibilità di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, come previsto dall'articolo 19 comma 5, del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con deliberazione Agcom n. 173/07/ CONS;

3) Si precisa che le somme riconosciute a titolo di indennizzo dovranno essere maggiorate di interessi legali, calcolati dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia sino al soddisfo;

4) Come disposto dall'art. 19, comma 3, del Regolamento suindicato "il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003 n. 259";

5) La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata nel Bollettino Ufficiale e sul sito web dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e sul sito web del Co.Re.Com. Calabria, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della legge n. 69/2009;

6) Il gestore è tenuto a comunicare a questo Co.Re.Com. l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di sessanta (60) giorni dalla notificazione della medesima;

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. b), del Codice del Processo Amministrativo, approvato con d. l.vo 2 luglio 2010, n. 104, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell'articolo 119 del medesimo Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

I Componenti

f.to Prof. Carmelo Carabetta

f.to Dott. Gregorio Corigliano

Il Presidente

f.to Prof. Alessandro Manganaro

V. Il Direttore

f.to Avv. Rosario Carnevale