

Co.Re.Com. Cal/Nic

DELIBERAZIONE N. 183

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA - Zagami xxxx c/ OKCOM c – TELECOM ITALIA

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Nella seduta del giorno 11/9/2013, 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";

le istanze del 30 maggio 2013 rispettivamente acquisite ai prot. Co.Re.Com. Calabria n. 25284 e n. 25286, con le quali il sig. xxx, ha chiesto l'intervento del Co.Re.Com. Calabria per la definizione delle controversie in essere con le Società Okcom e Telecom 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.;

le note dell'11 giugno 2013 prot. Co.Re.Com. Calabria n. 27444 e n. 27443, con le quali 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;

la nota del 10 giugno 2013 (prot. n. 32495), con cui il Responsabile del procedimento ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 18 del summenzionato Regolamento, la riunione dei procedimenti finalizzata 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 le istanze di definizione, sopra indicate, il sig. xxx, ha promosso dinanzi a questo Co.Re.Com. due distinti procedimenti nei confronti delle società Okcom e Telecom Italia.

In particolare, le doglianze riguardano:

- 1) Sospensione linea – addebito somme in contestazione – mancata migrazione – richiesta indennizzo.

L'istante ha precisato che:

- *"il 23 gennaio 2013 l'operatore Okcom ha interrotto il servizio relativo alla linea telefonica";*
- *"il 25 gennaio 2013 ha richiesto - telefonicamente a Telecom- la procedura migrazione della linea con contestuale portabilità del numero";*
- *"il 28 gennaio 2013 Telecom ha inviato la documentazione per la procedura di migrazione che è stato compilato ed inviato tramite fax alla società;*
- *"nonostante il disservizio Okcom ha inviato 3 fatture relative al periodo del disservizio";*
- *"solo il 29 aprile 2013 è stata espletata la procedura di migrazione ed è cessato il disservizio della linea telefonica";*

Nonostante le numerose segnalazioni agli operatori, il ricorrente si è determinato ad adire questo Co.Re.Com., avviando, tentativi di conciliazione, conclusi con un verbale di mancata conciliazione (con l'operatore Telecom) e con un verbale di mancata adesione (con l'operatore Okcom).

Successivamente, in data 30 maggio 2013, ha chiesto a questo Co.Re.Com. di definire l'odierna controversia, al fine di ottenere: *"l'indennizzo per il malfunzionamento della linea telefonica e per la ritardata migrazione, lo storno delle fatture, risarcimento danni e spese legali dall'operatore Okcom e l'indennizzo per la ritardata migrazione, risarcimento danni e spese legali dall'operatore Telecom".*

In seguito all'avvio dei presenti procedimenti, giuste note del 10 giugno 2013, con cui il Co.Re.Com. ha chiesto alle parti i chiarimenti istruttori ritenuti necessari, solo l'operatore Telecom e l'istante hanno prodotto, nei termini procedurali, memoria difensiva e documentazione a supporto della rispettiva posizione.

L'operatore Telecom, ha contestato la ricostruzione della vicenda effettuata dall'istante e rileva l'infondatezza delle pretese di controparte, di cui ha richiesto il rigetto con ogni conseguenza di legge, specificando, che:

- *"la linea di cui trattasi è migrata in Teleunit il 17 ottobre 2007, e alla richiesta di rientro in Telecom la linea era già disservita a causa del precedente OLO";*
- *"l'utenza de qua a seguito gestione dell'esigenza n. 1-5861375468 del 29 gennaio 2013 è attiva dal 29 aprile 2013"*
- *"il ritardo è dipeso da problemi interni esclusivamente del precedente OLO, infatti (come tra l'altro evidenziato dallo stesso istante) la linea era già disservita al momento della richiesta di migrazione e l'effettiva attivazione in Telecom è potuta avvenire solo con decorrenza 29 aprile 2013";*
- *"nelle schermate Pitagora, (allegate agli atti), è presente la richiesta di cessazione/rientro con DAC il 6 aprile 2013, rimodulata il 18 aprile 2013 ed eseguita il 26 aprile 2013".*

L'odierno istante ha depositato le repliche alla memoria difensiva dell'operatore, sottolineando che:

- *"l'operatore Okcom il 23 gennaio 2013, ha interrotto improvvisamente la linea";*

- "il 23 gennaio 2013 è stata richiesta la migrazione all'operatore Telecom e il 25 gennaio 2013 la portabilità del numero";
- "il 28 gennaio 2013 Telecom ha inviato via e-mail la modulistica per il rientro, sottoscritto e rinviato alla società";
- "il 29 aprile 2013 il disservizio è cessato ed è stata espletata la procedura di migrazione".

Motivi della decisione

1. In tema di rito.

Preliminarmente si osserva che entrambe le istanze presentate il 30 maggio 2013, soddisfano i requisiti di cui all'art. 14 del Regolamento e sono pertanto proponibili ed ammissibili.

Questo premesso, si rileva anzitutto che, ai sensi dell'art. 19 comma 4 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, l'oggetto della pronuncia esclude ogni richiesta risarcitoria ed è viceversa limitato agli eventuali indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità.

Pertanto, la domanda di risarcimento del danno proposta dall'utente, deve correttamente interpretarsi - come domanda di pagamento di un indennizzo in conseguenza dei fatti dedotti.

Si deve, altresì, dar conto del comportamento delle parti nella fase procedimentale, ai fini della liquidazione delle spese di procedura, come si evince dai verbali agli atti: all'udienza di conciliazione con l'operatore Telecom non si è raggiunto alcun accordo; di converso all'udienza di conciliazione con l'operatore Okcom, quest'ultimo non ha aderito.

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

2. Riguardo al merito.

Le doglianze dell'istante sono fondate e meritano accoglimento nei limiti del dispositivo.

Risulta provato che tra le parti è stato stipulato un contratto di somministrazione di servizi di telefonia fissa. Ciò emerge in modo incontrovertito dall'esame degli atti depositati dalle parti. In particolare nel contratto di somministrazione "una parte si obbliga, verso corrispettivo di un prezzo, ad eseguire a favore dell'altra, prestazioni periodiche o continuative di cose" (art. 1559 c.c.).

Nell'ambito del contratto, le posizioni giuridiche dei contraenti sono da ricomprendere nell'alveo dei diritti soggettivi, con la differenza, rispetto ai normali rapporti contrattuali, che le tariffe vengono fissate unilateralmente, senza cioè una vera contrattazione tra le parti, trattandosi di contratto per adesione. Il Gestore, infatti, propone all'utente offerte contrattuali diverse, con tariffe predeterminate, limitandosi la trattativa alla scelta tra più offerte di servizi senza intervento dell'utente sul prezzo.

2.1 Sulla sospensione della linea telefonica da parte dell'operatore OkCom.

Il disservizio lamentato dal ricorrente consiste nell'inadempimento contrattuale da parte dell'operatore Okcom, nello specifico ha evidenziato la sospensione della linea telefonica dal 23 gennaio al 29 aprile 2013.

Per meglio inquadrare la fattispecie, occorre richiamare la delibera 22/10 CIR che stabilisce: "Gli operatori devono fornire i servizi in modo regolare, continuo e senza interruzioni, nel rispetto delle previsioni normative e contrattuali. Ne consegue che in tutti i casi di malfunzionamento di un servizio di comunicazione elettronica, allorché l'utente non può pienamente godere, con le modalità prescelte, del servizio promesso o acquistato, lo stesso ha diritto ad un indennizzo per tutti i giorni di disservizio, a meno che l'operatore non dimostri che l'inesatto adempimento ovvero l'inadempimento totale non sia dipeso da causa a lui non imputabile, secondo il disposto dell'art. 1218 c.c..

All'occorrenza, l'operatore può dimostrare l'adempimento anche tramite il deposito delle prove tecniche effettuate, dando prova di aver rispettato gli standard di qualità previsti dal contratto e dalla normativa".

Per quanto sopra esposto occorre sottolineare che nell'ambito dei rapporti contrattuali, è principio assolutamente pacifico quello secondo cui **"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"** (Cass.Civ. n. 2387/04; cfr. Cassazione civile, sez. II, 20 gennaio 2010, n. 936).

In mancanza di prova, dunque, dell'esatto adempimento da parte dell'operatore telefonico, si presume la responsabilità contrattuale di questi, a meno che lo stesso non provi - ex art. 1218 c.c. - che **"l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile"**.

Così predefinitamente delimitati i confini giuridici della controversia è possibile passare all'esame del merito.

Nella fattispecie, come già detto, l'istante ha lamentato il malfunzionamento della linea per più di tre mesi. Lo stesso, però non ha prodotto alcun reclamo o eventuali comunicazioni/segnalazioni per il disservizio di cui trattasi, avendo soltanto indicato genericamente il periodo del disservizio. L'operatore Okcom da parte sua, non ha provato il proprio esatto adempimento, non avendo prodotto alcuna memoria e/o documentazione comprovante il corretto funzionamento della linea, né ha allegato o provato di avere incontrato impedimenti tecnici che gli hanno reso impossibili le prestazioni dovute, così come richiesto dall'art. 1218 del codice civile. Viene quindi riconosciuto al ricorrente, per il malfunzionamento della linea, ai sensi dell'art. 84 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche, che fa espresso riferimento all'equità nel configurare il sistema degli indennizzi, l'indennizzo pari a € 600,00 (seicento/00).

2.2 Sulla ritardata migrazione da parte degli operatori OkCom e Telecom.

Occorre inoltre sottolineare che in ordine al cambiamento dei fornitori di accesso, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni – nell'intento di dettare misure "a tutela dei consumatori, in quanto garantiscono la migrazione degli utenti con minimo disservizio e la libertà di scelta degli stessi nel cambiare fornitore di servizi di accesso, in coerenza con quanto previsto all'articolo 1, comma 3, della legge 2 aprile 2007 n. 40" – ha adottato la delibera 274/07/CONS del 6 giugno 2007, con cui ha introdotto una procedura bilaterale volta ad assicurare una concreta attuazione della facoltà riconosciuta all'utente di trasferire la propria utenza ad altro operatore, evitando incertezze sui tempi di attivazione del servizio e disservizi. In particolare, l'articolo 17, comma 2, stabilisce che in caso di trasferimento delle risorse di rete di accesso tra due operatori, i tempi di interruzione del servizio all'utente finale sono ridotti al minimo (anche tramite apposite procedure di sincronizzazione), con l'obiettivo di non recare disservizi al cliente finale; tale disposizione ribadisce principi già sanciti da alcune previsioni del Decreto Legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante il "Codice delle comunicazioni elettroniche", secondo cui i tempi di attivazione, e correlativamente di disattivazione, del servizio, costituiscono elementi che devono necessariamente far parte del contenuto minimo del contratto sottoscritto fra utente e operatore (cfr. articolo 70, comma 1, lettera b). A tal fine, le modalità di gestione dei servizi di accesso prevedono procedure di consegna del servizio a data certa, indicata dal *recipient* (c.d. D.A.C. data di attesa consegna) in fase di invio dell'ordine sulla base delle indicazioni del cliente.

L'articolo 17 bis della delibera 274/07/CONS prevede, in linea generale, che sia l'operatore *Recipient* a raccogliere la manifestazione di volontà da parte dell'utente per poi attivare il dialogo tecnico con l'operatore *Donating*.

In particolare, la complessa normativa testè citata suddivide la migrazione in 3 Fasi, nell'ambito di ciascuna delle quali sono dettagliatamente indicati gli adempimenti che devono essere assolti dagli operatori coinvolti (definiti "Donating", cioè l'operatore presso il quale è attiva l'utenza da migrare; e "Recipient", cioè l'operatore verso il quale l'utente intende migrare).

In particolare, nella Fase 1 l'utente aderisce ad una offerta commerciale del *Recipient* e gli comunica il proprio codice di migrazione, precedentemente fornitogli dal *Donating*. Nella Fase 2 il *Recipient* trasmette la richiesta di passaggio al *Donating* e quest'ultimo procede alle verifiche (formali e tecniche, tra cui la verifica del codice segreto del cliente trasmesso dal *Recipient*), fornendo l'esito delle stesse al *Recipient* entro 5 giorni lavorativi, trascorsi inutilmente i quali si applica comunque il silenzio assenso; nei casi specificati dalla normativa, il *Donating* può inviare, entro lo stesso termine di 5 giorni, un KO. Nella Fase 3 il *Recipient*, ricevuto un riscontro positivo o in applicazione del silenzio assenso del *Donating*, processa la migrazione entro la DAC (data attesa consegna) precedentemente concordata con il cliente; nei casi specificati dalla normativa può inviare un KO (impossibilità tecnica a fornire il servizio: ad es. per irreperibilità cliente, o problemi di rete), concordando, in tal caso, una nuova DAC (rimodulazione).

Occorre escludere la responsabilità di Telecom in quanto lo stesso, nelle proprie memorie, ha fatto presente che:

- "alla richiesta di rientro in Telecom la linea era già disservita a causa del precedente OLO";
- "il ritardo è dipeso da problemi interni esclusivamente del precedente OLO, infatti (come tra l'altro evidenziato dallo stesso istante) la linea era già disservita al momento della richiesta di migrazione e l'effettiva attivazione in Telecom è potuta avvenire solo con decorrenza 29 aprile 2013";
- "nelle schermate Pitagora, (allegate agli atti), è presente la richiesta di cessazione/rientro con DAC il 6 aprile 2013, rimodulata il 18 aprile 2013 ed eseguita il 26 aprile 2013".

Viene quindi riconosciuto al ricorrente, per ritardata migrazione della linea, richiesta il 25 gennaio ed espletata il 29 aprile 2013, ai sensi dell'art. 84 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche, che fa espresso riferimento all'equità nel configurare il sistema degli indennizzi, l'indennizzo pari a € 400,00 (quattrocento/00).

2.3 Sullo storno delle fatture OkCom.

Circa la richiesta di storno delle fatture inviate dall'operatore OkCom, occorre rilevare che l'istante ha allegato agli atti le fatture relative ai mesi di dicembre 2012, gennaio - febbraio - marzo - aprile - maggio 2013. Il disservizio lamentato dall'istante invece è relativo al periodo 23 gennaio al 29 aprile 2013.

Per tali ragioni si riconosce all'istante lo storno delle fatture OkCom concernenti solo il periodo che ricomprende il disservizio della linea ovvero da fine gennaio a fine aprile 2013, e le relative fatture n. 138.548 (febbraio 2013), la n. 150.159 (marzo 2013) e la n. 160.226 (aprile 2013).

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" e che "quando l'operatore non partecipi all'udienza fissata per la conciliazione senza addurre giustificati motivi" vadano comunque "rimborsate all'utente se presente all'udienza ed indipendentemente dall'esito della controversia di cui agli artt. 14 e ss., le spese sostenute per l'esperimento del tentativo di conciliazione".

Nel caso di specie, l'udienza di conciliazione con Telecom si è conclusa con un verbale di mancata conciliazione, alla presenza di entrambe le parti; di converso, l'udienza di conciliazione con OkCom si è conclusa con un verbale di mancata adesione e la stessa OkCom nel presente procedimento non ha prodotto alcunché.

Per tali motivi, non ricorrono le condizioni per il rimborso delle spese nei confronti di Telecom; di converso, tenendo conto del comportamento complessivo delle parti, l'operatore OkCom dovrà riconoscere all'istante la somma di € 100,00 (cento/00) per le 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) Il rigetto di tutte le domande, avanzate dal sig. xxxx nei confronti dell'operatore Telecom Italia;

2) L'accoglimento per le motivazioni di cui in premessa, dell'istanza presentata il 30 maggio 2013, dal sig. xxx nei confronti della società OkCom.

Per il che quest'ultima è tenuta a corrispondere a favore dell'istante mediante assegno o bonifico bancario, le seguenti somme e ad effettuare i seguenti adempimenti:

a) indennizzo di € 600,00 (seicento/00) in via equitativa per il malfunzionamento della linea;

b) indennizzo di € 400,00 (quattrocento/00) in via equitativa per ritardata migrazione della linea;

c) € 100,00 (cento/00) a titolo di riconoscimento delle spese di procedura;

d) provvedere allo storno delle fatture n. 138.548 – n. 160.226 – n.150.159.

3)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;

4)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;

5)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";

6)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 OkCOM 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