

Co.Re.Com. Cal/BA

DELIBERAZIONE N. 261

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA - MORTELLARO xxxxx c/ TISCALI ITALIA S.P.A.

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Nella seduta del giorno 17/12/2013, svolta presso la sede del Consiglio Regionale della Calabria, via Cardinale Portanova Reggio Calabria, in cui sono presenti:

Prof. Alessandro Mangano	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 30 settembre 2013 acquisita al prot. Co.re.Com. Calabria n. 41846, con cui il sig. Mortellaro xxx, ha chiesto l'intervento a questo organismo per la definizione della controversia in essere con la Società TISCALI ITALIA xxx., 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 10 ottobre 2013 (prot. n. 43817), 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

Il signor Mortellaro all'esito negativo del tentativo obbligatorio di conciliazione esperito dinanzi a questo Co.Re.Com, ha promosso con istanza di definizione depositata il 30 settembre 2013, procedimento di definizione della controversia nei confronti della Società Tiscali Italia xxx..

In particolare, le doglianze lamentate dal ricorrente riguardano la ritardata migrazione con portabilità del servizio voce della propria utenza fissa portante il n. xxx/xxx.

L'utente ha precisato:

- di aver richiesto la procedura di portabilità il 23 marzo 2011 (data in cui è stato fornito anche il codice di migrazione);

- che il 31 marzo è stato avviato il processo di migrazione conclusosi oltre il limite temporale previsto dalla normativa (il 26 aprile 2011).

- ha premesso una sintetica descrizione del complesso quadro normativo e regolamentare in materia di migrazione della telefonia fissa, per una migliore comprensione della fattispecie.

Infine, il sig. Mortellaro ha chiesto a questo Co.Re.Com. di definire l'odierna controversia, al fine di ottenere l'indennizzo per ritardata portabilità del proprio numero telefonico.

In seguito all'avvio del presente procedimento, giusta nota del 10 ottobre 2013, con cui sono stati chiesti 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 ha contestato 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 ha precisato che: il 31 marzo 2011, Tiscali in qualità di "Olo Donating", ha ricevuto una richiesta di migrazione da parte dell'operatore Vodafone in qualità di "Olo Recipient". A tale richiesta ha notificato

un esito KO in fase 2 con la causale: "*disservizio del cliente per incompletezza dei Dn associati all'accesso-servizi ancora attivi*". Ha giustificato tale causale di scarto con il fatto che nella richiesta di migrazione inviata dall'Olo Recipient non era stato inserito il Dn2 (numerazione nativa Tiscali). Ha precisato che l'Olo Donating, in tale ipotesi ha l'onere di opporre un rifiuto alla richiesta di migrazione così come previsto dall'Accordo Quadro 2008, per cui il Recipient deve comunicare laddove la risorsa sia composta da più numeri ad essa associati.

Il 7 aprile 2011, Tiscali, ha ricevuto una ulteriore richiesta di migrazione da Wind, alla quale forniva esito KO in fase2, generando il codice di sessione "TISO7/04/2011WIN272033". Il processo di migrazione veniva espletato positivamente da Telecom Italia, in data 26 aprile 2011.

Ha sostenuto che il processo di migrazione si sia concluso senza ritardo alcuno entro il termine di 30 giorni come previsto dall'art. 1, comma 3 Legge n. 40/2007 che obbliga gli operatori a dare seguito alle richieste dei clienti entro i termini non superiori a 30 giorni. Inoltre ha fatto presente che l'istante non ha mai reclamato il ritardo della migrazione, e cioè dal 2011 al giorno in cui il Cliente ha presentato istanza di conciliazione presso il Co.Re.Com..

Successivamente, il 15 novembre 2013, l'odierno istante in risposta alle memorie presentate dall'operatore convenuto, ha precisato che:

- "*la documentazione prodotta dalla Tiscali ed in particolare la Carta servizi e le Condizioni Generali di Contratto sono del 2013, e non quindi quelle vigenti al momento della conclusione del contratto;*
- *nella documentazione del 2007 non vi sono riferimenti circa la ritardata migrazione, e quindi trova applicazione la delibera AgCom 73/11 Cons;*
- *la migrazione verso altro gestore è stata richiesta a seguito dei continui disservizi della linea telefonica avuti per oltre un anno, mai risolti nonostante i numerosi reclami;*
- *la delibera 41/09 CIR, prevede il passaggio da un operatore ad un altro entro 10 giorni lavorativi*".

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 il 18 settembre 2013.

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.

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 Ritardata migrazione del servizio voce.

La presente controversia ha come oggetto la richiesta di indennizzi per ritardata migrazione del servizio da parte dell'operatore Tiscali. Il ricorrente ha sostenuto di aver avviato il 23 marzo 2013, processo di

migrazione che si è concluso il successivo 26 aprile con il passaggio della risorsa numerica da Tiscali verso altro Operatore. Ha chiesto pertanto, che venga accertata la responsabilità di Tiscali in merito a tale 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"*.

Nel merito tuttavia, occorre verificare la sussistenza o meno di responsabilità dell'operatore per il ritardo della suddetta procedura.

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).

Sempre considerando le direttive stabilite nel *"Codice delle comunicazioni elettroniche"*, richiamate anche nella delibera 274/07/CONS, 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). Sotto questo punto di vista, si osserva pertanto, in assenza delle condizioni generali di contratto, si concorda nell'affermare che il

termine previsto per la prestazione è di giorni 30 decorrenti dalla richiesta di rilascio della linea e che lo stesso termine risulta adempiuto.

Inoltre, la società Tiscali Italia xxxx. ha dimostrato la correttezza del proprio operato, dimostrando di avere adempiuto agli obblighi regolamentari, in qualità di OLO *Donating* e da ultimo di avere provveduto, previa ricezione della seconda richiesta di migrazione inoltrata dalla società Vodafone Omnitel xxx., al rilascio della disponibilità della linea nel rispetto dei termini regolamentari.

Inoltre, sempre in merito alla richiesta di indennizzi formulata dall'istante al Co.re.Com. adito affinché "riconosca gli indennizzi previsti dal regolamento allegato alla Delibera Agcom 73/11/Cons", tale rivendicazione deve dichiararsi inapplicabile, *ratione temporis*.

Ritenuto quindi, per quanto sopra esposto, che non sussiste alcuna responsabilità in capo alla società Tiscali Italia xxxx. per inadempimento contrattuale ai sensi dell'articolo 1218 del codice civile, in ordine a quanto lamentato dall'istante, la richiesta da quest'ultimo formulata non merita accoglimento.

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, non ricorrono le condizioni per il rimborso delle spese.

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, per le motivazioni di cui in premessa, dell'istanza presentata dal sig. Mortellaro xxxx in data 30 settembre 2013 nei confronti della società Tiscali Italia xxxx..

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) 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";

4) 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

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, let. 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