

Co.Re.Com. Cal/BA

DELIBERAZIONE N.92

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA - XXXX XXXXPUTORTI' / ITALIACOM Xxxx

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Nella seduta del giorno 24.03.2014, 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 12 novembre 2013, acquisita al prot. Co.Re.Com. Calabria n. 48175, con cui la signora xxx Putortì, ha chiesto l'intervento di questo organismo per la definizione della controversia in essere con la Società Italiacom Xxxx; 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 25 novembre 2013 (prot. n. 50108), 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

L'istante signora xxx Putortì, ha esperito davanti a questo Co.Re.Com., tentativo di conciliazione contro l'operatore Italiacom, che si è concluso il 28 ottobre 2013, con un verbale di mancata conciliazione ai sensi dell'art.8, comma 3, del Regolamento. Successivamente il 12 novembre 2013, ha depositato istanza di definizione della controversia con cui ha specificato che:

- nel mese di maggio 2013, ha aderito ad una proposta telefonica dell'operatore Italiacom per la fornitura del servizio telefonico e adsl con portabilità del proprio numero telefonico da Teletù;
- il piano tariffario scelto, denominato "Incredibile 300", prevedeva un contributo di attivazione di Euro 99,00 e una tariffa mensile pari a Euro 26,90;
- in un secondo tempo il gestore, ha inviato al domicilio della ricorrente copia del contratto in forma cartacea (inviato firmato il 3 luglio 2013) e il Box Voip;
- il 20 agosto 2013, tramite raccomandata, ha sollecitato la mancata attivazione del servizio;
- la società Italiacom, nonostante non abbia fornito i servizi, ha addebitato sul conto corrente dell'istante, il 7 maggio la somma di Euro 125,90 (quali spese di attivazione e prima mensilità, il 1 agosto la somma di Euro 23,43, mentre il 1 ottobre tramite sms ha richiesto la somma di Euro 53,80.

Ha richiesto per i numerosi disagi subiti un indennizzo: *"per mancata portabilità e il rimborso di spese/fatturazioni non giustificate"*.

In seguito all'avvio del presente procedimento, giusta nota del 25 novembre 2013, l'operatore ha prodotto, memorie difensive e documentazione con cui ha contestato la ricostruzione della vicenda rilevandone l'infondatezza.

Ha fatto presente inoltre che:

- 1) nel mese di maggio 2013, la signora Putortì ha aderito all'offerta denominata "Incredibile", ed ha richiesto la portabilità del proprio numero dal precedente gestore Teletu;
- 2) la somma di Euro 99,00 oltre la somma di Euro 26,90 sono state pagate dall'istante al momento dell'attivazione del servizio;
- 3) la Italiacom ha richiesto alla Telecom di effettuare un sopralluogo tecnico atto a verificare la fattibilità del processo di portabilità (la società utilizza cavi Telecom e ha necessità di ricevere l'ok dallo stesso per l'attivazione dei propri servizi);
- 4) il 3 luglio 2013, la signora ha ricevuto gli apparati e il contratto;
- 5) per cause non dipendenti la volontà di Italiacom il processo di portabilità ha subito un lieve ritardo;
- 6) ha specificato che gli importi addebitati alla signora Putortì sono legittimi e che la stessa è morosa della somma di Euro 53,80, corrispondente alle mensilità di agosto e settembre 2013;
- 7) la ricorrente non ha mai inviato disdetta dal contratto.

Il 3 gennaio 2014, l'istante ha depositato repliche alle memorie dell'operatore con cui oltre a richiamare quanto già dedotto con istanza introduttiva, ha precisato che: *"la signora Putortì pur non usufruendo della linea telefonica perché ancora non attivata, si vedeva trattenere dal proprio conto corrente l'importo di Euro 125,90 in data 7 maggio 2013...è fuor di dubbio che ci sia stato un eccessivo ritardo nella procedura di portabilità oltretutto mai avvenuta..."*.

Motivi della decisione

Motivi della decisione

1. In tema di rito.

Preliminarmente, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile. Si rammenta, altresì, 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, giacché è limitato agli eventuali indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità.

Tuttavia, resta salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità giudiziaria ordinaria per il maggior danno.

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

2.1 Sulla ritardata migrazione dell'utenza.

La presente controversia ha come oggetto la richiesta di indennizzi per ritardata migrazione del numero intestato alla signora Putortì da parte dell'operatore Italiacom e il rimborso delle somme addebitate per l'attivazione del servizio. La ricorrente ha sostenuto di aver avviato nel mese di maggio 2013, processo di migrazione che non si è mai concluso. Ha chiesto pertanto, che venga accertata la responsabilità di Italiacom 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).

La società Italiacom, non ha dimostrato la correttezza del proprio operato, in quanto non ha adempiuto agli obblighi regolamentari nel momento della richiesta di migrazione, chiedendo nei tempi il relativo provisioning. Ha sostenuto che il ritardo è dovuto alla necessità di richiedere le autorizzazioni all'operatore Telecom, tuttavia ha precisato che inviate le dovute richieste a Telecom (cfr. memoria allegata) per richiedere l'attivazione dei propri servizi, il relativo parere è stato trasmesso tempestivamente il 6 giugno 2013.

Inoltre, non ha mai contattato l'istante per informarlo del ritardo e non ha dato prova dell'attività svolta ai fini dell'attivazione del servizio.

Ritenuto quindi, per quanto sopra esposto, che sussiste una responsabilità in capo alla società Italiacom, per inadempimento contrattuale ai sensi dell'articolo 1218 del codice civile in ordine a quanto lamentato dall'istante, la richiesta da quest'ultimo formulata merita accoglimento dal 3 luglio, al 12 novembre 2013, data di presentazione dell'istanza (da cui vanno detratti i gironi previsti per il processo di migrazione).

Quanto alla misura, richiamati i parametri indennizzatori introdotti dalla Delibera n.73/11/CONS, si ritiene pertinente in questo caso l'applicazione dall'art. 6, della Delibera citata, rubricato "*Indennizzo per omessa o ritardata portabilità del numero*", comma 1, che stabilisce un indennizzo giornaliero pari a € 5,00 per ogni giorno di ritardo. Pertanto:

- indennizzo per ritardata portabilità del numero di rete fissa, per 82 giorni lavorativi, pari a complessivi euro 410,00 (quattrocentodieci/00);

3. Sulla richiesta di rimborso delle somme pagate

L'istante ha contestato le somme pagate con fattura del 7 maggio di importo pari a Euro 125,90, del 1 agosto di importo pari a Euro 23,43, nonché la richiesta della somma di Euro 53,80 in quanto somme richieste/addebitate per l'attivazione di un servizio mai avvenuto.

Nel merito, al fine di chiarire le posizioni oggetto della presente disamina, occorre richiamare in riferimento alla contestazione delle fatture l'orientamento giurisprudenziale consolidato (Cass. Civ., sez. III, 17 febbraio 2006), secondo il quale: "*l'emissione della bolletta non costituisce un negozio di accertamento, idoneo a rendere certa ed incontestabile l'entità periodica della somministrazione, ma solo un atto unilaterale di natura contabile.resta quindi rettificabile in caso di divergenza con i dati reali.*". Infatti non si può riconoscere alle fatture emesse prova della somministrazione dei servizi: "*per la sua formazione ad opera della stessa parte che intende avvalersene non può assurgere a prova del contratto....mentre nessun valore neppure indiziario le si può riconoscere in ordine alla rispondenza della prestazione stessa a quella pattuita(Cassazione Civile, Sez. III, 3.4.2008, n. 8549; ...)*".

Al riguardo, la società Italiacom, nella propria difesa, ha sostenuto che l'utenza oggetto di contestazione è stata regolarmente attivata nel periodo in considerazione, ma non ha fornito prova di ciò, né ha dimostrato la somministrazione del servizio. Perciò, a fronte della contestazione effettuata dalla signora Putorti, spetta all'operatore provare di aver legittimamente addebitato gli importi in quanto dovuti.

In considerazione di quanto sopra esposto, è possibile rilevare a carico dell'operatore una responsabilità in ordine alla illegittima fatturazione degli importi contestati. Pertanto deve essere accolta la richiesta dell'istante in ordine alla restituzione degli importi addebitati, per cui la società Italiacom dovrà così provvedere: restituzione della somma totale pari a 149,33 (centoquarantanove/33), nonché annullamento della posizione debitoria della signora Putorti pari a Euro 53,80 (cinquatatre/80).

4. 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".

Non avendo la società Italiacom partecipato al tentativo di conciliazione introdotto si ritiene congruo liquidare all'istante, l'importo di Euro 50,00 (cinquanta/00).

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

L'accoglimento nei limiti esposti in motivazione dell'istanza presentata dalla signora Putorti xxx, per il che la società Italiacom è tenuta a corrispondere a favore dell'istante mediante assegno o bonifico bancario, le seguenti somme:

- 1) indennizzo per ritardata portabilità del numero, per 82 giorni lavorativi, pari a complessivi euro 410,00 (quattrocentodieci/00) ;
- 2) la somma di Euro 149,33 (centoquarantanove/33) quale rimborso di somme pagate per fattura del 7 maggio e del 1 agosto 2013;
- 3) annullamento della posizione debitoria pari a Euro 53,80 (cinquatatre/80);
- 4) la somma di Euro 50,00 (cinquanta/00) a titolo di spese di procedura .

- Le somme così determinate a titolo di indennizzo e/o di rimborso dovranno essere maggiorate della misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia;
- E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, come previsto dall'art. 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.;
- Come disposto dall'art. 19, comma 3, del Regolamento suindicato "il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, comma 11 del D. Lgs. 1 agosto 2003, n. 259";
- 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;
- La società Italiacom è tenuta 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'art. 135, comma 1, lett. b) del Codice del processo amministrativo, approvato con D. Lgs. 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' art. 119 dell'anzidetto Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di (60) sessanta giorni dalla notifica del medesimo.

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