

CO.RE.COM. CAL/QE

DETERMINAZIONE DIRETTORIALE N. 28 DEL 02-02-2017

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
(Lentini xxxx c/Tim – Telecom Italia xxx – n. utenza xxxxxx)

IL DIRETTORE

VISTI:

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";

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;

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

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" ed, in particolare, l'art. 19, comma 6, che così recita: *"la definizione delle controversie di modesta entità, che hanno ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente 500,00 (cinquecento/00) euro alla data in cui l'Autorità riceve la domanda, senza computare eventuali interessi, diritti fissi e spese, è delegata al Direttore, salvo nei casi di straordinaria rilevanza regolamentare, giuridica o tecnica, che possono essere rimessi alla decisione dell'Organo Collegiale"*;

il Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori, adottato con delibera n. 73/11/CONS. del 16 febbraio 2011;

la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, "Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni- Co.Re.Com" e successive modifiche ed integrazioni;

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;

Via C. Portanova – Palazzo Campanella – 89124 Reggio Calabria - Tel 0965/814984 – 810227 – Fax 0965/810301

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);

DATO ATTO della deliberazione Co.Re.Com. Calabria n. 234 del 17 luglio 2014, con cui il Comitato ha conferito al Dirigente, Avv. Rosario Carnevale, la delega all'adozione dei provvedimenti di definizione delle controversie di modesta entità, aventi ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente i 500,00 (cinquecento/00) euro, ai sensi dell'art. 19, comma 7, del Regolamento (Allegato A) della delibera n. 173/07/Cons, sopra citata;

RICHIAMATO il punto III.5.5. dell'Allegato alla delibera AgCom 276/13/CONS "Linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche", secondo cui: *"al fine di determinare il valore della controversia per l'applicazione della procedura semplificata di cui all'art. 19, comma 7, si avrà riguardo al valore del decimum, e non di quanto dichiarato all'atto dell'istanza. Pertanto, seppure l'utente chieda una somma superiore come indennizzo per il disservizio subito, se l'importo effettivamente liquidato è inferiore ad euro cinquecento, si provvederà con determina direttoriale"*;

VISTA l'istanza, acquisita al prot. n. 48746 del 06 dicembre 2016, con cui il ricorrente in oggetto ha chiesto l'intervento del Co.Re.Com. Calabria per la definizione della controversia in essere con la Società in epigrafe, ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento (Allegato A) della delibera n. 173/07/Cons, di seguito "Regolamento";

VISTA la nota prot. n.50300 del 13 dicembre 2016, con cui il Responsabile del procedimento istruttorio ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del Regolamento, l'avvio di un procedimento finalizzato alla definizione della predetta controversia;

VISTA la nota pervenuta, a mezzo e- mail, in data 13 gennaio 2017, con cui la Società resistente ha prodotto la propria memoria difensiva nel termine di cui all'art. 16, comma 2 del Regolamento;

VISTA la nota pervenuta, a mezzo e- mai, il 16 gennaio 2017 con cui il ricorrente ha prodotto la propria memoria replica nel termine di cui all'art. 16, comma 2 del Regolamento;

Visti gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria ai sensi dell'art. 18, comma 2, del Regolamento approvato dall'Agcom con deliberazione 173/07/CONS. e successive mm.ii.;

RILEVATO, sulla base della documentazione acquisita agli atti del presente procedimento, che il ricorrente lamenta:

- 1) che in data 15 maggio 2016 presso un centro TIM ha fatto richiesta di migrazione con portabilità del proprio numero di cellulare per passare da H3G s TIM;
- 2) che la promozione (offerta ricaricabile), così come pubblicizzata, prevedeva minuti illimitati verso tutti e 3 GB di navigazione in internet ad un costo di euro 10,00 mensili;
- 3) che nella giornata del 18 maggio 2016 la propria scheda H3g con numero 328.6535XXX ha smesso di funzionare;
- 4) che la nuova scheda Tim con numero 366.5362XXX nella giornata del 18 maggio 2016 non risultava ancora essere attiva;
- 5) che, quindi, per tutta la giornata del 18 maggio 2016 è rimasto senza servizi, in quanto entrambe le schede risultavano una disattivata e l'altra ancora da attivare comportando notevoli disagi;
- 6) che nella giornata del 19 maggio 2016, risultava essere attiva la nuova scheda Tim con numerazione provvisoria 366.5362XXX e, quindi, non era ancora avvenuta la portabilità del numero 3286535XXX;
- 7) che, pertanto, nella giornata del 19 maggio 2016 ha inviato, sia a mezzo PEC che a mezzo fax, reclamo scritto all'operatore Telecom per segnalare il disagio subito e chiedere di procedere con immediatezza alla portabilità del numero mobile 328.6535XXX;
- 8) che il suddetto reclamo è rimasto privo di riscontro, e solo in data 23 maggio 2016 la società Telecom ha provveduto alla portabilità del più volte citato numero mobile;

- 9) che, diversamente da quanto pubblicizzato e previsto dall'offerta, nei mesi di luglio, agosto e settembre 2016 venivano addebitati illegittimamente costi per un servizio (100 MMS di Ricarica) mai richiesto, per l'importo complessivo di euro 9,90;
- 10) che per tale circostanza, ha svolto numerosi reclami telefonici al servizio clienti rimasti privi di riscontro da parte di TIM;
- 11) che, infine, visti i continui addebiti, intorno al 9 – 10 settembre passava ad altro operatore;

Dato atto che il tentativo di conciliazione si è concluso con il mancato accordo delle parti, come da verbale di mancata conciliazione del 23 novembre 2016, agli atti;

Per quanto sopra, il ricorrente richiede:

- 1) un indennizzo per ritardata portabilità/migrazione
- 2) un indennizzo per sospensione/interruzione dei servizi voce e dati
- 3) il rimborso delle somme illegittimamente addebitate
- 4) un indennizzo per l'attivazione di servizio non richiesto " 100 MMS di Ricarica"
- 5) un indennizzo per mancata risposta ai reclami
- 6) il risarcimento dei danni
- 7) la somma di euro 100,00 a titolo di spese e competenze della presente procedura

La società resistente, tempestivamente costituita, respinge ogni addebito ed, in particolare, afferma:

- 1) in data 16 maggio 2016 perviene richiesta di portabilità dell'utenza mobile 328.653xxxx da altro operatore a TIM;
- 2) a seguito di ciò viene assegnato numero provvisorio n. 366.53xxxx con contestuale attivazione dell'offerta " Tim Special Top Go" (minuti illimitati e 3 GB di internet ogni 28 giorni al costo di euro 10,00;
- 3) in data 19 maggio 2016 avviene la cessazione del numero provvisorio e contestuale attivazione del numero principale su rete TIM;
- 4) non si riscontrano, pertanto, adempimenti da parte della società convenuta in merito al disservizio lamentato dal ricorrente, in quanto la data di attivazione dell'utenza su rete Tim era prevista per il giorno 19 maggio 2016;
- 5) non esistono reclami in merito agli addebiti di somme per il servizio supplementare (100 MMS di Ricarica), ed, inoltre, trattasi di servizi che si attivano tramite l'apparato mobile rispondendo "SI".

In conclusione, la società resistente insiste per il rigetto integrale delle richieste di parte istante.

Passando all'esame della questione,

PRELIMINARMENTE, dovendo valutare il comportamento delle parti ai fini della liquidazione delle spese di procedura, si rileva che entrambe hanno aderito al tentativo di conciliazione, senza raggiungere l'accordo;

PRELIMINARMENTE in ordine alla richiesta di risarcimento danni, si osserva che la liquidazione del danno esula dalle competenze dell'Autorità, e di conseguenza del Co.Re.Com, come previsto dall'articolo 19, comma 4, della delibera n. 173/07/CONS che statuisce: " L'Autorità, con il provvedimento che definisce la controversia, ove riscontri la fondatezza dell'istanza, può condannare l'operatore ad effettuare rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità". Pertanto, si dichiara l'inammissibilità della suddetta richiesta per incompetenza dell'organo adito.

Nel merito, si osserva quanto segue. La problematica in questione, si inquadra nella fattispecie della cd mobile number portability – MNP che consente all'utenza di servizi mobili e personali di mantenere il proprio numero, richiedendo che il servizio sia svolto da un differente operatore mobile.

Con la delibera dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 78/08/CIR, si erano già accorciati i tempi di realizzazione della portabilità del numero mobile (portandola da cinque a tre giorni lavorativi) ed introdotto un sistema di penali che aveva consentito di migliorare il processo interoperatore. Il nuovo regolamento, approvato

dall'Autorità, con la delibera n. 147/11/CIR, ha ridotto ulteriormente i tempi della portabilità riferendolo al periodo osservato dalla clientela (periodo di attivazione) ed ha cercato di migliorare, contemporaneamente, la qualità della prestazione, prevedendo che il cut-over, ovvero l'effettivo passaggio del numero mobile da un operatore all'altro, sia effettuato non al termine del primo giorno lavorativo, bensì nelle prime ore del mattino seguente, prima cioè dell'inizio della seconda giornata lavorativa, al fine di permettere agli addetti di porre rimedio tempestivamente da eventuali malfunzionamenti del processo che potrebbero causare disagi alla clientela.

Sempre al fine di migliorare la qualità della prestazione, l'Autorità ha introdotto, il sistema di scambio di informazioni tra gli operatori al fine di gestire efficacemente eventuali errori e/o malfunzionamenti dei sistemi e ripristinare rapidamente il normale processo di portabilità.

La normativa Agcom, che regola la mobile number portability, individua nell'operatore ricevente (recipient), il soggetto al quale il cliente si rivolgerà con procedure semplici e non onerose e che lo indennizzerà in caso di ritardo, indipendentemente dall'operatore responsabile del ritardo stesso. L'Autorità ha valutato, infatti, che in tal modo è più semplice per il cliente anche accedere all'indennizzo avendo come unico interlocutore l'operatore con il quale ha stabilito il nuovo rapporto contrattuale. Nello stesso tempo ha tenuto conto del fatto che il recipient, qualora non sia il responsabile del ritardo, come previsto dal regolamento, si vedrà ristorato dalle penali a carico dell'operatore che lo ha causato.

Nel caso di specie, risulta pacifica tra le parti l'esistenza della richiesta di portabilità dell'utenza mobile 3286535XXX da altro operatore a Tim. Le contestazioni riguardano la data della stessa, in quanto l'operatore sostiene che la portabilità dell'utenza mobile in questione è stata chiesta in data 16 maggio 2016, mentre il ricorrente afferma che si trattava del giorno 15 maggio 2016.

Questo aspetto, invero, non assume alcun rilievo ai fini della valutazione del ritardo dell'attivazione della portabilità e del conseguente eventuale indennizzo ove, tenuto conto che la data indicata dal ricorrente, si identifica in un giorno festivo, si faccia riferimento al disposto dell'art. 2, comma 17, della delibera 147/11/CONS, ai sensi del quale: *"Le richieste di portabilità dei clienti immesse nei sistemi dell'operatore recipient nei giorni lavorativi dopo le ore 17:00 e non inviate al donating lo stesso giorno, o immesse nei giorni festivi, sono da considerarsi come immesse nel primo giorno lavorativo successivo al giorno di effettiva immissione"*. Ciò che, invece, effettivamente rileva è che il ricorrente, il giorno 18 maggio 2016, avrebbe subito la disattivazione dei servizi voce e dati da parte dell'operatore H3G, mentre Tim provvedeva ad attivare i propri servizi, ma con il numero provvisorio, il giorno successivo. La portabilità sarebbe avvenuta secondo il ricorrente in data 23 maggio 2016. Tale circostanza è contestata da Telecom, la quale, invece sostiene che nel giorno 19 maggio 2016 si è verificata la cessazione del numero provvisorio e la contestuale attivazione del numero principale su rete TIM. Dunque Telecom rileva di aver gestito correttamente la procedura di MNP richiesta, nel rispetto delle tempistiche previste dalla normativa di settore.

In base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, si richiama il principio più volte affermato nella consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass. SS.UU. n. 13533 del 30 settembre 2001, Cass. 9 febbraio 2004 n. 2387, 26 gennaio 2007 n. 1743, 19 aprile 2007 n. 9351, 11 novembre 2008 n. 26953, e da ultimo, 3 luglio 2009 n. 15677 e da ultimo Cass. 11 20 gennaio 2010 n. 936), secondo cui il creditore che agisce per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte; sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto un inesatto adempimento dell'obbligazione, al creditore istante sarà sufficiente allegare tale inesattezza, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento o che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile ex art. 1218 cod. civ, ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta dei servizi.

Nella fattispecie in esame, pertanto, spettava a Telecom, nella sua qualità di operatore Recipient, provare documentalmente di aver posto in essere tutte le attività necessarie al corretto e tempestivo espletamento della procedura di MNP. L'operatore, non ha invece prodotto alcun elemento probatorio utile e, pertanto, deve ritenersi sussistente la sua responsabilità per il ritardo rispetto al limite di due giorni lavorativi previsti dalla normativa di settore ed, in particolare, dalla delibera 147/11/CIR. Ciò posto, considerato che la portabilità si è perfezionata il 23 maggio 2016, si liquida all'utente ai sensi dell'art. 6 dell'allegato A del Regolamento indennizzi, approvato con delibera 73/11/CONS, nonché ai sensi dell'art. 14 dell'allegato 1 della delibera 147/11/CIR che ha approvato il Regolamento riguardante la portabilità dei numeri per i servizi di comunicazione mobili e personali, un indennizzo di euro 30,00, determinato nel seguente modo: 2,50 (tariffa) X 2 (servizio voce e servizio dati) x 6 (numero

giorni di ritardo, specificatamente: 16 maggio 2016;18maggio 2016;19 maggio 2016;20 maggio 2016; 23 maggio 2016);

Con riguardo alla sospensione/interruzione dei servizi voce e dati verificatasi in data 18 maggio 2016, per le stesse motivazioni sopra esposte, la domanda merita di essere accolta e, pertanto, va riconosciuto al ricorrente un indennizzo pari ad euro 10,00.

Con riferimento agli addebiti di somme per il presunto servizio "100 SMS di Ricarica", poiché l'operatore, nella propria memoria difensiva, evidenzia che non esistono reclami in merito, ed inoltre che si tratta di servizi attivati direttamente tramite l'apparato mobile rispondendo "Si", mentre il ricorrente afferma che non ha mai richiesto alcuna offerta, né ha mai selezionato alcun "Si" dal proprio cellulare, si ritiene equo disporre solo il rimborso delle somme illegittimamente addebitate. La richiesta di indennizzo per l'attivazione di servizi non richiesti, pertanto, viene rigettata, anche in considerazione del fatto che il ricorrente non ha specificato la data dei reclami telefonici né ha fornito il codice identificativo dell'operatore.

Per quanto riguarda l'indennizzo per la mancata risposta ai reclamo, il riferimento è l'art. 11, comma1, dell'allegato A alla delibera 73/11/CONS secondo il quale: " *Se l'operatore non fornisce risposta al reclamo entro i termini stabiliti dalla carta dei servizi o dalle delibere dell'Autorità, è tenuto a corrispondere al cliente un indennizzo pari ad euro 1,00 per ogni giorno di ritardo, fino ad un massimo di di euro 300,00*". Ora dalla documentazione agli atti risulta che l'unico reclamo formale fatto dall'istante è stato quello inoltrato, a mezzo PEC e tramite fax, alla società Telecom Italia il 19 maggio 2016. E' evidente che la richiesta dell'istante non può essere accolta in quanto nel lasso di tempo riconosciuto all'operatore per la gestione del reclamo è intervenuta la risoluzione del problema, in quanto la richiesta di portabilità è stata espletata positivamente il 23 maggio 2016.

Infine, per quanto concerne le spese di procedura l'art.19,comma 6 del Regolamento, sancisce che nel determinare tali rimborsi, si tenga conto "del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione";

Considerato l'accoglimento parziale dell'istanza, la partecipazione dell'avvocato all'udienza di conciliazione e le difese delle parti, si ritiene equo riconoscere al ricorrente la somma di € 50,00 (cinquanta/00), a titolo di rimborso delle spese di procedura.

Per tutto quanto sopra esposto,

DETERMINA

- 1) l'accoglimento parziale delle richieste di indennizzo (tranne le richieste di indennizzo e per l'attivazione del servizio non richiesto "100SMS di Ricarica" e per mancata risposta al reclamo) e di rimborso avanzate dal Sig. Lentini. V. con l'odierna istanza di definizione nei confronti di Tim - Telecom;
- 2) La società Tim/Telecom è tenuta a corrispondere al Sig. Lentini V, a mezzo bonifico o assegno bancario i seguenti importi, maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:
 - a) € 30,00 (trenta/00), a titolo di indennizzo per ritardata portabilità dell'utenza mobile;
 - b) € 10,00 (uno/00), a titolo di indennizzo per sospensione/interruzione del servizio;
 - c) € 50,00 (centocinquanta/00), a titolo di rimborso delle spese per l'espletamento della procedura;
 - d) € 9,90 (nove/90), a titolo di rimborso delle somme illegittimamente addebitate per il servizio non richiesto "100SMS di Ricarica";
- 3) La società Tim/Telecom xxx è tenuta a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento della presente determinazione entro il termine di sessanta (60)giorni dalla notifica della medesima;
- 4) E' in facoltà del ricorrente avviare azione risarcitoria dinanzi alla competente Autorità giudiziaria, ai sensi dell'art. 19, comma 5, del vigente Regolamento;

- 5) Ai sensi dell'art. 19, comma 3, del Regolamento "il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità", come disposto dall'art. 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259";
- 6) La presente determinazione è notificata alle parti e pubblicata nel Bollettino Ufficiale e sul sito web sia dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, sia 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;

Ai sensi dell'art. 135, comma 1, lett. b) del Codice del processo amministrativo, approvato con decreto legislativo 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'art. 119 dell'anzidetto Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di (60) sessanta giorni dalla notifica del medesimo.

Reggio Calabria, 02 febbraio 2017

Il Responsabile del Procedimento
f.to **Avv. Emanuela Quattrone**

Il Direttore del Co.Re.Com. Calabria
f.to **Avv. Rosario Carnevale**