

CO.RE.COM. CAL/Bia

DETERMINAZIONE DIRETTORIALE N. 83 DEL 5-04-2018

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA (Barilla xxxxx c/ Tim-Telecom xxxx- n. utenza xxxxx)

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 del 28 novembre 2017 tra l'Autorità, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province

autonome, conforme al testo approvato dall'Autorità con delibera n. 395/17/CONS;

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 19/21 dicembre 2017;

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 decisum, 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.29342 del 7 luglio 2017, 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 del 13 luglio 2017, prot. 30276, 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 memoria pervenuta a mezzo e- mail in data 8 settembre 2017, con cui la Società resistente ha prodotto la propria memoria difensiva con i relativi allegati nel termine di cui all'art. 16, comma 2 del Regolamento;

VISTA la memoria di replica pervenuta a mezzo e- mail il 18 settembre 2017 nel termine di cui all'art. 16, comma 2 del Regolamento;

RILEVATO, sulla base della documentazione istruttoria acquisita agli atti del presente procedimento, che l'utente riferisce di aver aderito l'8 marzo 2017 all'offerta "Promo Valore Vip", e che, nonostante numerosi solleciti e reclami sia scritti sia telefonici, il contratto sottoscritto e la relativa portabilità dell'utenza venivano eseguiti in relazione al servizio voce e solo a seguito di istanza di provvedimento temporaneo ex art. 5 del Regolamento, presentata dinanzi a questo Co.re.com., mentre la portabilità del servizio internet veniva effettuata solamente in data 5 maggio 2017.

DATO ATTO che il tentativo di conciliazione, tenutosi in data 10 maggio 2017, si è concluso con il mancato accordo delle parti, come da verbale di mancata conciliazione, in atti;

Per quanto sopra, il ricorrente ha richiesto : *" indennizzi come da Delibera"*

L'8 settembre 2017 la società resistente ha fatto pervenire, nel rispetto dei termini procedurali, una memoria difensiva con cui ha evidenziato che il servizio voce in relazione all'utenza contestata è stato attivato il 31 marzo 2017, mentre il servizio Adsl, dopo che il 13 aprile 2017 è stato effettuato VO cartaceo per sovrascrittura, è stato attivato il 5 maggio 2017 e pertanto il rientro/attivazione dell'utenza e l'attivazione del servizio Adsl sono avvenuti entro i termini previsti dalla normativa Agcom, Delibere n. 274/07/CONS e n. 41/09/CIR.

Per tali motivi, non ravvisandosi inadempimenti contrattuali da parte dell'operatore, avendo espletato correttamente la procedura di rientro sia per il servizio fonia che Adsl, la resistente ha chiesto il rigetto di tutte le domande proposte dall'istante, perché infondate sia in fatto sia in diritto.

Il 18 settembre 2017 la parte istante ha fatto pervenire memoria di replica con cui ha contestato il contenuto della memoria della parte resistente, evidenziando che la richiesta di migrazione della linea internet è avvenuta contestualmente alla richiesta di migrazione della linea telefonica e che l'attivazione del servizio Adsl, avvenuta il 5 maggio 2017, non è stata effettuata correttamente, essendo stato attivato solo il servizio Adsl e non anche il servizio fibra, per come richiesto; attivato solo successivamente. Infine in merito alla richiesta di attivazione del servizio Adsl del 13 aprile 2017, allegata dalla società resistente, l'istante eccepisce la mancanza di sottoscrizione della stessa da parte dell'utente, il quale in quella data si è limitato ad allegare nuovamente la copia della richiesta di migrazione sottoscritta l'8 marzo 2017 e pertanto insiste nelle proprie richieste.

In occasione dell'udienza di discussione, tenutasi davanti a questo Co.Re.Com. il 9 marzo 2018, le parti, presenti a mezzo dei propri delegati, hanno esposto e precisato le rispettive posizioni. Al termine dell'attività istruttoria, il fascicolo è stato trattenuto per la decisione.

NEL MERITO, alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste della parte istante vengono accolte nei limiti come di seguito precisati.

La controversia verte sul ritardo nella migrazione della linea internet ADSL da Wind a Telecom Italia, in seguito alla sottoscrizione di una richiesta di migrazione da parte dell'utente l'8 marzo 2017.

Ai fini di una migliore comprensione della fattispecie oggetto di contestazione, occorre premettere una sintetica descrizione del quadro normativo e regolamentare in materia di migrazione della telefonia fissa. La disciplina applicabile in materia di migrazione è dettata dalla delibera Agcom n. 274/07/CONS e ss.mm.ii. che ha introdotto una procedura volta ad assicurare la concreta ed effettiva attuazione del diritto riconosciuto all'utente, di trasferire la propria utenza ad altro operatore, senza incertezze sui tempi di attivazione e con regole volte ad evitare che l'utente possa incorrere in eventuali sospensioni della linea durante l'espletamento della procedura di passaggio. Il provvedimento è stato emanato in attuazione di quanto stabilito dalla legge n. 40/2007 che, in particolare, all'articolo 1, comma 3, ha fissato in trenta giorni il termine massimo per il trasferimento delle utenze da un operatore ad un altro. L'art. 17, comma 2, dell'atto deliberativo sopra menzionato, stabilisce che in caso di trasferimento delle risorse di rete di accesso tra due operatori, i tempi di interruzione del servizio devono essere ridotti al minimo, anche tramite apposite procedure di sincronizzazione, con l'obiettivo di non recare disservizi all'utente. Si osserva, altresì, che tale disposto ribadisce principi già sanciti dal D. Lgs. 259/2003, "Codice delle Comunicazioni elettroniche", secondo cui i tempi di attivazione e di disattivazione del servizio costituiscono elementi che devono necessariamente far parte del contenuto minimo del contratto sottoscritto tra utente ed operatore (art. 70, comma 1, lett. b).

Nel caso di specie alla luce della documentazione in atti, occorre rilevare la responsabilità della società resistente per il ritardo nella conclusione della procedura di migrazione del servizio Internet rispetto ai

termini previsti dalla normativa di settore, la quale non ha adempiuto all'onere probatorio gravante su di essa al fine di escludere la suddetta responsabilità.

Come noto, in base ai principi sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass. SS.UU. n. 13533 del 30 ottobre 2001, Cass. 9 febbraio 2004 n. 2387; 26 gennaio 2007 n. 1743; 19 aprile 2007 n. 9351; 11 novembre 2008 n. 26953, 3 luglio 2009, n.15677 e da ultimo Cass., sez. II, 20 gennaio 2010 n. 936), 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 c.c., ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta Servizi. Poiché inoltre gli operatori devono fornire i servizi richiesti nel rispetto di quanto contrattualmente e normativamente previsto, anche sotto il profilo temporale, qualora l'utente lamenti l'inadempimento o il ritardo rispetto alla richiesta di migrazione della propria utenza, verso altro gestore, gli operatori coinvolti, per escludere la loro responsabilità devono dimostrare che i fatti oggetto di doglianza sono stati determinati da circostanze a loro non imputabili, ovvero da problematiche tecniche non causate da colpa degli stessi.

Nel caso di specie, dalla documentazione in atti emerge che l'utente l'8 marzo 2017 ha richiesto la portabilità, contestualmente, sia del servizio fonia sia del servizio Adsl, avendo aderito all'offerta contrattuale "Promo Valore Vip", come si evince dalla proposta di attivazione allegata dalla società, in cui risulta barrata la voce relativa alla suddetta offerta, che include sia il servizio fonia che quello internet illimitati e prevede dunque l'attivazione di entrambi. A fronte di una richiesta di portabilità dell'8 marzo 2017, l'operatore provvedeva ad attivare il servizio fonia il 31 marzo 2017, nei termini previsti dalla normativa, dopo istanza di provvedimento provvisorio ex art. 5 del Regolamento presentata dinanzi a questo Co.re.com., mentre il servizio Adsl veniva attivato il 5 maggio 2017, ben oltre il termine di 30 giorni previsto dalla L. 40/2007 quale termine ultimo per la conclusione del processo medesimo. Deve infatti ritenersi priva di rilievo la richiesta di portabilità relativa solo al servizio Adsl allegata agli atti dalla società resistente che, secondo quanto asserito dalla stessa, sarebbe stata effettuata dall'utente per sovrascrittura il 13 aprile 2017, in quanto il documento non reca la firma dell'istante. Pertanto deve affermarsi la violazione da parte della società resistente della legge e della normativa regolamentare sopra descritta in materia di migrazione di telefonia fissa e, in particolare, il limite temporale di 30 giorni imposto quale regola generale dalla L. n. 40/2007 e la responsabilità ex artt. 1176 c.c. per non avere adempiuto la propria obbligazione con la diligenza richiesta dalla natura dell'attività esercitata, nonché ex art. 1218 c.c. per il ritardo nell'adempimento della richiesta di migrazione non avendo fornito la prova che questo sia dipeso da impossibilità della prestazione per cause ad essa non imputabili.

Ne discende il diritto dell'utente all'indennizzo previsto dal combinato disposto di cui agli art. 6, comma 1, e art. 12, comma 2, Allegato A delibera n. 173/11/CONS pari ad euro 280,00 (duecentottanta/00), per la ritardata portabilità dell'ADSL, computato nella misura di euro 5 (cinque/00) al giorno x 2, utenza business, per 28 giorni, calcolati in riferimento al periodo intercorrente dall'8 marzo 2017 (data della richiesta di portabilità) al 5 maggio 2017 (data attivazione della linea Adsl), detratti 30 giorni utili per la lavorazione previsti dalla normativa.

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, appare equo liquidare in favore della parte istante, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del *Regolamento*, l'importo di euro 150,00 (cento/00), considerato che

il tentativo di conciliazione promosso dall'istante si è concluso con un verbale di mancata conciliazione e che, attesa la fondatezza della domanda, questi è stato onerato di ulteriori spese, per presentare l'istanza di definizione e per presenziare all'udienza di discussione, davanti a questo Co.Re.Com.

Per tutto quanto sopra esposto

DETERMINA

L'accoglimento dell'istanza presentata del Signor Barillà G. nei confronti della società Tim Telecom Italia

1. La società Tim- Telecom Italia è tenuta a liquidare in favore dell'utente, mediante assegno o bonifico bancario, la somma di € 280,00 (duecentottanta/00), a titolo di indennizzo per ritardata migrazione, maggiorata degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia, nonché la somma di € 150,00 (centocinquanta/00) per le spese di procedura.
2. E' in facoltà del ricorrente avviare azione risarcitoria dinanzi alla competente Autorità giudiziaria, ai sensi dell'art. 19, comma 5, del vigente Regolamento;
3. 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";
4. 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, 4 aprile 2018

Il Responsabile del Procedimento
F.to **Avv. Daniela Biancolini**

IL DIRETTORE DEL CO.RE.COM.
F.to **Avv. Rosario Carnevale**