

DELIBERA DL/004/15/CRL/UD del 19 gennaio 2015

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

S. S./TELECOM ITALIA xxx

IL CORECOM LAZIO

NELLA riunione del Comitato Regionale per le Comunicazioni del Lazio (di seguito, per brevità, "Corecom Lazio") del 19 gennaio 2015;

VISTA 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";

VISTA 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'articolo 1, comma 13, che prevede l'istituzione, quale organo funzionale dell'Autorità, dei comitati regionali per le comunicazioni e l'articolo 1, comma 6, lettera a), n.14, che attribuisce all'Autorità le competenze in materia di controversie tra gli utenti e i gestori);

VISTA la legge della Regione Lazio 3 agosto 2001 n. 19, recante "Istituzione del comitato regionale per le comunicazioni" e successive modificazioni e integrazioni;

VISTO l'articolo 84 del decreto legislativo del 1° agosto 2003, n. 259, recante "Codice delle comunicazioni elettroniche";

VISTO l'Accordo Quadro del 4/12/2008 tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (di seguito, per brevità, "AgCom"), la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, che ha innovato la disciplina della delega di funzioni tra l'Autorità e i Comitati regionali per le comunicazioni, includendo tra le nuove funzioni delegabili anche quella relativa alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche;

VISTA la Convenzione del 16/12/2009 stipulata dall'AgCom e dal Corecom Lazio in applicazione del citato Accordo Quadro del 4/12/2008, con la quale la descritta nuova funzione di definizione delle controversie è stata delegata al Corecom Lazio a partire dal 1° gennaio 2010;

VISTO il Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con Delibera 173/07/CONS e successive modifiche e integrazioni (di seguito, per brevità, "il Regolamento");

VISTA la Delibera n. 73/11/CONS del 16 febbraio 2011 "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" e l'Allegato A di detta Delibera recante Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori (di seguito, per brevità, "Regolamento indennizzi");

VISTA l'istanza pervenuta in data 6.09.2013, rubricata al Protocollo n. LAZIO/D/546/2013, con cui la sig.ra S. S. ha chiesto l'intervento del Corecom Lazio per la definizione della controversia insorta

con la società Telecom Italia xxx. (di seguito, per brevità, "TELECOM") e nei confronti della H3G xxx. (di seguito, per brevità, "H3G");

VISTA la nota del 30/09/2011 con cui il Corecom Lazio ha comunicato alle parti, ai sensi dell'articolo 15 del Regolamento, l'avvio di un procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della controversia, invitando le parti a produrre memorie e documentazione, nonché un ulteriore termine per integrazioni e repliche alle produzioni avversarie;

VISTE le memorie difensive e istruttorie, nonché le repliche presentate dalle parti;

UDITE tutte le parti all'udienza di discussione;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Oggetto della controversia e svolgimento del procedimento.

Con istanza di conciliazione prot. n. 1271/13 del 7.2.2013, l'utente ha introdotto il presente contenzioso rappresentando quanto segue:

- il 4 febbraio 2013 veniva disattivato il servizio TIM a seguito di una presunta richiesta di portabilità del numero xxxxxxx901 verso H3G, portabilità mai richiesta dall'istante e, nonostante numerose telefonate al servizio clienti delle due aziende per segnalare l'evento, la procedura di portabilità non veniva interrotta e nessuno dei due operatori convenuti attualmente fornisce il servizio, evidenziando che mentre TIM conferma la cessazione del servizio, H3G riferisce che il richiamato numero non è intestato all'istante; infatti l'istante eseguiva numerose telefonate nei giorni 05-06/02/2013 al servizio clienti delle due aziende telefoniche con l'intento di chiedere il blocco della procedura di portabilità, il tutto con esito negativo evidenziando che in particolare il rifiuto da parte di H3G veniva giustificato che secondo i loro terminali l'istante non era titolare del predetto numero.

- con l'istanza di conciliazione, chiedeva pertanto: 1) l'immediato ripristino del servizio telefonico TIM sul numero xxxxxxx901; 2) indennizzo per i gravi disagi subiti e subendi;

- All'udienza per l'esperimento del tentativo di conciliazione, l'istante raggiungeva un accordo con H3g, accettando un indennizzo di Euro 700,00; Telecom offriva la somma di Euro 200,00, rifiutata dall'istante, determinando così l'esito negativo del tentativo di conciliazione;

- con l'istanza di definizione, la sig.ra S. S. chiedeva: 1) l'indennizzo di Euro 1.500,00 per: abusiva sospensione del servizio disattivazione della SIM, per la perdita della titolarità del numero telefonico (alla stessa assegnato sin dal 2007), per la perdita definitiva dei contratti registrati sulla SIM disattivata e per la intestazione del proprio numero ad altro soggetto; 2) il rimborso del credito residuo presente sulla SIM per Euro 28,21;

- con memoria del 21 ottobre 2013, l'istante precisava di aver presentato denuncia a smentita di quanto affermato dai due gestori in ordine alla circostanza che la procedura di portabilità fosse stata eseguita in concomitanza di una denuncia di furto/smarrimento della SIM; nonché precisava di aver presentato al gestore TIM numero tre reclami telefonici in data 05-08- 11/02/2013 ed ad H3G un fax di reclamo in data 5.02.2013; e richiedeva a titolo di indennizzo: 1) Euro 1.500,00 per la perdita della numerazione utilizzata per sette anni e maggior danno; 2) Euro 500,00 per indebita disattivazione della SIM e cessazione di tutti i servizi; 3) Euro 500,00 per perdita definitiva di tutti i

contatti e messaggi salvati sulla SIM; 4) Euro 2.500,00 per indebita intestazione della numerazione ad altro soggetto, gravissimo danno alla riservatezza personale e violazione della privacy nonché per libero accesso dell'attuale intestatario della numerazione a tutti i messaggi e telefonate dal 4.02.2013 in poi; 5) Euro 28,21 quale restituzione del credito presente sulla SIM al momento della disattivazione;

- con memoria difensiva del 21.10.2013, la Telecom in via preliminare chiedeva l'inammissibilità dell'istanza poiché portatrice di nuove domande rispetto a quelle formulate in primo grado ai fini del tentativo di conciliazione in violazione dell'art. 14 comma 1 della delibera 173/07/CONS, nonché inammissibilità della memoria integrativa in violazione dell'art. 2 della delibera 276/CONS del 2013 per mancato utilizzo dei formulari prescritti; nel merito chiedeva l'infondatezza delle pretese avanzate nei confronti di Telecom ribadendo l'assoluta legittimità dell'operato della stessa poiché la procedura di portabilità si era svolta secondo le modalità previste nei casi di furto/smarrimento della SIM, come da comunicazione del Recipient H3g risultante dagli applicativi;

- con memoria istruttoria dell' 11.10.2013 la H3G depositava il tracciato record tratto dal sistema Ologateway attestante lo svolgimento delle operazioni di portabilità;

- con replica del 28 .10.2013, l'istante contestava le avverse deduzioni, eccependo l'infondatezza e la temerarietà dell'eccezione preliminare avanzata da Telecom e contestando la violazione dell'art. 2 dell'Accordo Quadro e richiamando l'art. 5 del regolamento per mancanza dei dati elencati tra cui l'identificativo che attesta che il recipient ha acquisito documentazione dalla denuncia/smarrimento fatta all'autorità competente;

- con replica del 30.10.2013 Telecom Italia insisteva in via preliminare sull'inammissibilità dell'istanza e nel merito nell'infondatezza delle pretese avanzate nei confronti di Telecom Italia.

- all'udienza di discussione del 26 novembre 2013 il gestore Telecom, per spirito conciliativo, senza alcun riconoscimento di responsabilità ed al solo fine di dirimere la controversia, proponeva la somma di Euro 200,00, non accettato dall'istante; gli atti venivano pertanto rimessi al collegio per la decisione.

2. Motivi della decisione.

A. Sul rito

Preliminarmente, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile.

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. Resta salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità ordinaria per il maggior danno.

Sono pertanto inammissibili le domande sub 3) e 4) in quanto di evidente natura risarcitoria; la richiesta sub 4) peraltro, concernente ipotesi di violazione dei diritti alla riservatezza, non è ammissibile in questa sede poiché di competenza di altra Autorità.

L'eccezione svolta da Telecom relativa allo stralcio di domande non sottoposte al tentativo di conciliazione e avanzate solo con l'istanza di definizione, nonché con le memorie integrative, è fondata e viene accolta: sono dunque inammissibili perché "nuove" le domande per la perdita della numerazione e per la restituzione del credito residuo , sub 1) e 2), non presenti nell'istanza UG e non fatte oggetto del tentativo di conciliazione.

Da rigettare invece, poiché infondata, l'eccezione del gestore circa l'inammissibilità della memoria integrativa dell'utente per mancato utilizzo dei formulari ai sensi dell'art.2 Del. 276/13/CONS, in quanto trattasi di memorie, non di istanze.

B. Nel merito

B.1. Sulla portabilità non richiesta

La controversia verte, esclusi eventuali profili penali non rilevanti in questa sede, sulla portabilità effettuata da H3G con attribuzione ad altro utente, della numerazione mobile su carta prepagata intestata all'istante, titolarità di cui quest'ultima ha fornito prova mediante esibizione della SIM con relativi codici identificativi.

La circostanza è confermata da Telecom Italia in qualità di Donating e, da ultimo, non smentita da H3G, la quale deduce di aver svolto la procedura in osservanza delle disposizioni previste in caso di smarrimento/furto della SIM.

Tale importazione illegittima a favore di altro utente ha determinato, per gli esiti indennizzatori che qui interessano, la disattivazione del servizio all'odierna istante.

H3G ha riconosciuto, in sede di conciliazione un indennizzo di Euro 700,00 per il disservizio arrecato e pertanto l'accertamento della responsabilità nell'espletamento della portabilità non richiesta è limitata, in questa sede definitiva, al comportamento di Telecom.

Sul punto, si richiama infatti il principio più volte affermato nella 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, e da ultimo, 3 luglio 2009 n. 15677 e da ultimo Cass. Il 20 gennaio 2010 n. 936), secondo il quale 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

Spettava dunque a Telecom provare il fatto estintivo del diritto dell'utente alla prestazione, costituito, nel caso di specie, dall'ordine di lavorazione per MNP ricevuto da H3G, nonché provare di aver svolto le verifiche previste dalla normativa di settore onde evitare di dar seguito a procedure non richieste.

La domanda dell'utente è infondata e pertanto non viene accolta.

TELECOM, con schermate riportate in calce nella memoria ma perfettamente concordanti quanto a date, esiti e codici identificativi con quelle depositate a fini istruttori da H3G, ha dimostrato di aver ricevuto da H3G la richiesta di Porting MNP in data 31.01.2013, di aver inviato ad H3G comunicazione di presa in carico della sua richiesta di Porting MNP in pari data, di aver inviato ad H3G la comunicazione di validazione positiva della richiesta in data 1.02.2013 ed, infine, di aver comunicato l'avvenuto Porting MNP con il distacco della linea dalla propria rete e l'indirizzamento della stessa verso H3G in data 4.02.2013.

In base all'art. 5, comma 10, lettera k. della Delibera 78/08/CIR come modificata dalla Delibera 147/11/CIR, Telecom non avrebbe potuto in alcun modo rifiutare la portabilità, avendo la H3G (*recipient*) comunicato di aver acquisito documentazione della denuncia fatta dall'autorità competente relativamente allo smarrimento o furto della Sim, e ben potendo dunque limitarsi a quanto previsto dall' art. 5 comma 12 Delibera 147/11/CIR, in ordine alle verifiche da svolgere ed alle causali di scarto non utilizzabili. Sull'utilizzo del codice-richiesta di cui all'art.5.6 lett K vi è coincidenza tra le schermate prodotte dai due operatori e la circostanza del furto/smarrimento è eccepita da H3G già in sede di procedimento d'urgenza.

Quanto all'effettiva acquisizione dell'autocertificazione o denuncia di furto/smarrimento della SIM con la richiesta di MNP, non è fatto opponibile al Donating Telecom.

Considerato dunque che il comportamento di TELECOM nei confronti dell'istante è stato conforme alla normativa vigente ed alle condizioni contrattuali, l'operatore va esente da responsabilità.

C. Sulle spese del procedimento.

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è previsto dall'articolo 19, comma 6, del Regolamento che sancisce inoltre che nel determinare rimborsi ed indennizzi si tenga conto "del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione".

Nel caso di specie, tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti e della soccombenza, si ritiene equo compensare le spese di procedura.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

CONSIDERATO che per quanto precede la domanda della sig.ra S. S. sia da rigettare come da motivazione;

RITENUTO inoltre, per quanto concerne le spese di procedura, che, alla luce dei criteri generalmente seguiti da quest'Autorità, sia equo compensare integralmente le spese della procedura;

VISTA la proposta e la relazione del Responsabile del procedimento ;

DELIBERA

Il rigetto, nei termini esposti in motivazione dell'istanza presentata dalla sig.ra S. S. in data 6 settembre 2013.

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.

La presente delibera è comunicata alle parti, trasmessa all'Autorità per gli adempimenti di rito ed è resa disponibile sul sito web del Corecom Lazio.

Roma, 19 gennaio 2015

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto