

**Co.Re.Com. Cal/Nic**

**DELIBERAZIONE N. 149**

**Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA - Ceraudo xxx c/OPTIMA ITALIA**

**IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI**

Nella seduta del giorno 10/7/2013, 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 30 aprile 2013, acquisita al prot. Co.Re.Com. Calabria n. 19726, con cui il sig. xxx, ha chiesto l'intervento di questo organismo per la definizione della controversia in essere con Optima Italia; 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 13 maggio 2013 (prot. n. 21879), 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 ricorrente ha depositato, presso questo Co.Re.Com., istanza di definizione della controversia, lamentando di aver subito un guasto/malf funzionamento della propria linea adsl.

Ha fatto presente di aver chiesto il recesso del relativo contratto con raccomandata a/r del 24 gennaio 2013. Successivamente ha richiesto a Telecom la fornitura della linea adsl, ma è risultata impossibile l'attivazione della stessa, in quanto la linea era attiva con la Optima. Ha specificato il ricorrente che telefonando al numero verde dell'operatore e fornendo il numero 0962/433417, la linea risultava attiva ancora con Optima Italia.

Per i suesposti motivi e dopo numerosi reclami, l'istante ha esperito davanti a questo Co.Re.Com., il tentativo di conciliazione, che si è concluso con un verbale di mancata adesione ai sensi dell'art. 8, comma 3, del Regolamento allegato delibera Agcom 173/07 Cons.

Il 30 aprile 2013, come già accennato, il xxx, con ricorso ha ribadito le proprie doglianze ed ha avanzato le medesime pretese già proposte in sede di tentativo di conciliazione: *"indennizzo per malf funzionamento del servizio adsl dal 1° febbraio al 15 aprile 2013"*.

In seguito all'avvio del presente procedimento, giusta nota del 13 maggio 2013, sono stati chiesti alle parti i chiarimenti istruttori ritenuti necessari. Solo l'istante ha prodotto documentazione a supporto della sua posizione.

### **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: l'operatore non ha partecipato all'udienza di conciliazione, né ha presentato memorie.

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.

### **Riguardo al merito.**

La presente controversia ha come oggetto malf funzionamento linea adsl, la mancata migrazione ed il relativo indennizzo da parte dell'operatore Optima Italia.

#### **2.1 Sulla malf funzionamento linea adsl, sulla mancata migrazione e il relativo indennizzo.**

L'oggetto del presente procedimento, riguarda il malfunzionamento linea adsl dal 1° febbraio al 15 aprile 2013.

Per meglio inquadrare la fattispecie, occorre richiamare la delibera 22/10 CIR che stabilisce: "Gli operatori devono fornire i servizi in modo regolare, continuo e senza interruzioni, nel rispetto delle previsioni normative e contrattuali. Ne consegue che in tutti i casi di malfunzionamento di un servizio di comunicazione elettronica, allorquando l'utente non può pienamente godere, con le modalità prescelte, del servizio promesso o acquistato, lo stesso ha diritto ad un indennizzo per tutti i giorni di disservizio, a meno che l'operatore non dimostri che l'inesatto adempimento ovvero l'inadempimento totale non sia dipeso da causa a lui non imputabile, secondo il disposto dell'art. 1218 c.c..

All'occorrenza, l'operatore può dimostrare l'adempimento anche tramite il deposito delle prove tecniche effettuate, dando prova di aver rispettato gli standard di qualità previsti dal contratto e dalla normativa".

Per quanto sopra esposto occorre sottolineare che nell'ambito dei rapporti contrattuali, è principio assolutamente pacifico quello secondo cui *"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"* (Cass.Civ. n. 2387/04; cfr. Cassazione civile, sez. II, 20 gennaio 2010, n. 936).

In mancanza di prova, dunque, dell'esatto adempimento da parte dell'operatore telefonico, si presume la responsabilità contrattuale di questi, a meno che lo stesso non provi – ex art. 1218 c.c. – che *"l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile"*.

Così propedeuticamente delimitati i confini giuridici della controversia è possibile passare all'esame del merito.

Nella fattispecie, come già detto, l'istante ha lamentato il malfunzionamento dell'adsl per più di due mesi.

Lo stesso, ha segnalato e prodotto le numerose comunicazioni inviate al gestore per reclamare il disservizio.

L'operatore Optima da parte sua, non ha provato il proprio esatto adempimento, non avendo prodotto alcuna memoria e/o documentazione comprovante il corretto funzionamento dell'adsl, né ha allegato o provato di avere incontrato impedimenti tecnici che gli hanno reso impossibili le prestazioni dovute, così come richiesto dall'art. 1218 del codice civile. A fondamento delle richieste formulate dal ricorrente, agli atti sono presenti numerose mail e fax inviati alla Optima Italia, per il disservizio lamentato.

Da queste, emerge che:

- Il signor xxx– dal 1° febbraio 2013 – ha lamentato il malfunzionamento della linea adsl con vari fax (si rilevano i fax del 12 e 13 marzo 2013) e numerose e-mail allegate agli atti.
- l'istante ha contestato i costi addebitati nelle fatture ricevute in data successiva alla richiesta di recesso dal contratto – avvenuto il 24 gennaio 2013.
- dal fax inviato dall'istante a Optima il 2 aprile, la linea a tale data era ancora collegata col predetto operatore, tuttavia, non funzionante e così sino al 15 aprile 2013;
- l'operatore ha confermato il proprio intervento già in data 2 marzo 2013 tramite e mail con cui ha specificato: *"la sua segnalazione è relativa al servizio adsl ... le confermiamo la nostra disponibilità a fornirle l'assistenza di cui necessita"*; e così anche il 18 marzo 2013: *"facendo seguito al suo reclamo ... relativo al servizio adsl ed al rientro Telecom della sua numerazione ..., le comunichiamo che in riferimento alla problematica segnalata ed alla normativa vigente in materia di portabilità, con la presente, si certifica la completezza e la relativa correttezza del codice fornito necessario per la migrazione ad altro operatore. Nel confermare che non c'è alcuna procedura ostativa in corso da parte di Optima Italia, la invitiamo ad intentare pratica di rientro delle numerazioni in Telecom direttamente con il nuovo operatore"*.

Alla luce di tale ricostruzione, valutati tutti gli elementi appena esposti in assenza della documentazione probatoria da parte dell'operatore, si riconosce al ricorrente l'indennizzo di € 365,00 (trecentosessantacinque/00) per il malfunzionamento della linea per il periodo 1 febbraio 15 aprile 2013 per complessivi 73 giorni al parametro giornaliero di € 5,00 ai sensi dell'art. 5 comma 1, della delibera 73/11 CONS, allegato A.

Occorre inoltre specificare che 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).

Viene quindi riconosciuto al ricorrente, per mancata migrazione e/o distacco della linea, ai sensi dell'art. 84 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche, che fa espresso riferimento all'equità nel configurare il sistema degli indennizzi, l'indennizzo pari a € 200,00 (duecento/00).

Inoltre, dagli atti è emerso che la Optima Italia ha illegittimamente emesso le fatture: n. 10722/I dell'11 marzo 2013, n. 210729/I del 10 maggio 2013 n. 176401/I dell'8 aprile 2013, relative al periodo successivo alla richiesta di recesso (inviata dall'istante con raccomandata a/r il 24 gennaio 2013) e durante il periodo di malf funzionamento (1° febbraio – 15 aprile 2013), per cui la Optima Italia, dovrà annullare le fatture sopra indicate.

## 2. 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".

Nel caso di specie, l'operatore non ha aderito all'udienza di conciliazione e non ha prodotto memorie in sede di definizione.

Per tali motivi, si riconosce, al sig. xxx, l'importo complessivo di Euro 50,00 (cinquanta/00), a titolo di rimborso spese di procedura.

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) L'accoglimento per le motivazioni di cui in premessa, dell'istanza presentata il 30 aprile 2013, dal sig. xxx nei confronti della società Optima Italia.

Per il che la società è tenuta a corrispondere a favore dell'istante mediante assegno o bonifico bancario, le seguenti somme e ad effettuare i seguenti adempimenti:

a) indennizzo di € 365,00 (trecentosessantacinque/00) per il malfunzionamento della linea per il periodo 1° febbraio - 15 aprile 2013 ai sensi dell'art. 5 comma 1, della delibera 73/11 CONS, allegato A;

b) indennizzo di € 200,00 (duecento/00) in via equitativa per mancata migrazione e/o distacco della linea;

c) € 50,00 (cinquanta/00) a titolo di spese di procedura;

d) provvedere all'annullamento delle fatture n. 10722/I dell'11 marzo 2013, n. 210729/I del 10 maggio 2013 n. 176404/I dell'8 aprile 2013.

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) Si precisa che le somme riconosciute a titolo di indennizzo dovranno essere maggiorate di interessi legali, calcolati dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia sino al soddisfo;

4) 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";

5) 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;

6) Il gestore è tenuto 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'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.

### **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