

Co.Re.Com. Cal/Ba

DELIBERAZIONE N. 182

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA - MIANO xxx c/OPTIMA ITALIA xxxx.- TELECOM ITALIA S.P.A.

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Nella seduta del giorno 11/09/2013, 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 maggio 2013, acquisita al prot. Co.Re.Com. Calabria n. 25269, con cui il sig. Miano xxx, rappresentante della xxxx, ha chiesto l'intervento di questo organismo per la definizione della controversia in essere con gli operatori Telecom e Optima Italia xxx, 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 10 giugno 2013 (prot. n. 27153), 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;

visto l'avvenuto accordo transattivo prot. N. 33537 del 18/07/2013 intervenuto, con l'operatore Telecom Italia, l'odierna pronuncia è circoscritta unicamente all'operatore Optima Italia S.p.A..

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 la sospensione della linea telefonica, la ritardata migrazione dell'utenza, l'attivazione di servizi non richiesti e l'addebito di somme non dovute.

Ha fatto presente che, nonostante la richiesta di recesso del contratto inviata con raccomandata a/r il 27 settembre e ricevuta dall'operatore Optima Italia xxx., il 10 ottobre 2012, lo stesso ha continuato ad emettere delle fatture. Il signor Miano, tuttavia, ha pagato solamente la prima delle succitate fatture per un importo pari a € 57,23, di cui ne chiede la restituzione.

Ha contestato inoltre che l'operatore Optima Italia, ha anche interrotto il servizio adsl della linea del ricorrente, dal mese di novembre 2012 al 15 aprile 2013 (data in cui è stato ripristinato il servizio dall'operatore Telecom).

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 maggio 2013, come già accennato, il ricorrente, con istanza di definizione dell'odierna controversia, ha ribadito le proprie doglianze ed ha avanzato le medesime pretese già proposte in sede di tentativo di conciliazione: *"indennizzo per l'interruzione del servizio adsl dal 15 novembre 2012 al 15 aprile 2013, l'indennizzo per l'attivazione dei servizi non richiesti nonostante il recesso, il rimborso della fattura pari a € 57,53"*.

In seguito all'avvio del presente procedimento, giusta nota dell'11 giugno 2013, sono stati chiesti alle parti i chiarimenti istruttori ritenuti necessari. Nessuna parte ha prodotto documentazione a supporto della rispettiva 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 Optima Italia xxx. 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.

Il ricorrente ha presentato istanza nei confronti degli operatori Telecom Italia S.p.A. e Optima Italia S.p.A.. Considerato l'avvenuto accordo transattivo depositato in atti, con l'operatore Telecom, l'odierna pronuncia è circoscritta unicamente all'operatore Optima.

2. Riguardo al merito.

La presente controversia ha come oggetto la sospensione della linea adsl, la ritardata migrazione dell'utenza, l'attivazione di servizi non richiesti, l'addebito di somme nonostante il recesso ed i relativi indennizzi da parte dell'operatore Optima Italia xxxx..

2.1 Sulla sospensione della linea adsl.

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, allorché 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 la sospensione del servizio adsl dal 15 novembre 2012 al 15 aprile 2013.

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

Occorre precisare, tuttavia, l'incongruenza fra le date relative al disservizio menzionate nel formulario Gu14 e nei reclami allegati (agli atti).

Più precisamente, ha indicato nell'istanza di definizione, di aver subito l'interruzione della propria linea adsl dal 15 novembre 2012 al 15 aprile 2013; mentre nei reclami inviati (cfr. documenti allegati con istanza di definizione) e nella raccomandata trasmessa il 18 marzo 2013, il ricorrente ha precisato che il servizio adsl è stato interrotto dal 13 marzo 2013. L'operatore Optima Italia S.p.A. 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.

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 € 160,00 (centosessanta/00) per il malfunzionamento della linea adsl, per il periodo intercorrente dal 13 marzo al 15 aprile 2013 per complessivi 32 giorni al parametro giornaliero di € 5,00 ai sensi dell'art. 5 comma 1, della delibera 73/11 CONS, allegato A.

2.2 Sulla ritardata migrazione, sull'attivazione dei servizi non richiesti e storno della fattura.

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).

Considerato che, il ricorrente con istanza di definizione ha lamentato anche nei confronti dell'operatore Telecom, un ritardo nella procedura di migrazione e che dallo stesso è stato indennizzato per tale disservizio, la relativa richiesta nei confronti dell'operatore Optima è rigettata.

In merito alla richiesta di indennizzo per l'attivazione di servizi non richiesti e restituzione della somma pari a Euro 57,23, quale importo pagato indebitamente (in quanto tale fattura è stata emessa in data successiva alla comunicazione di recesso del contratto inviata all'operatore Optima), si fa presente che in base alla documentazione disponibile in atti, non risulta possibile, verificare con esattezza la natura del disservizio, i servizi attivati, la durata. L'istante infatti si è limitato a contestare tale situazione, senza indicare altro. Anche riguardo alle fatture emesse in data successivo al recesso, non ha indicato il numero delle fatture, i relativi importi, ma si è limitato anche in questo caso a precisare e genericamente di averne pagata una.

Per tutto ciò si ritiene che la richiesta di indennizzo e di ripetizione della fattura pagata non possano trovare accoglimento e quindi si ritengono rigettate.

3. 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. Miano xxxx, rappresentante della 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

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

Per il che la società Optima Italia xxx è tenuta a corrispondere a favore dell'istante mediante assegno o bonifico bancario, le seguenti somme:

a) indennizzo di € 160,00 (centosessanta/00) per il malfunzionamento della linea adsl dal 13 marzo al 15 aprile 2013 ai sensi dell'art. 5 comma 1, della delibera 73/11 CONS, allegato A;

b) € 50,00 (cinquanta/00) a titolo di spese di procedura.

- 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;
- 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;
- 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";
- 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;
- Il gestore Optima Italia xxxx 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