

ASSEMBLEA LEGISLATIVA DELLA REGIONE EMILIA-ROMAGNA

Comitato Regionale per le Comunicazioni

DELIBERA n.	29/2013
TITOLO	1.10.21/304
	1.10.4
LEGISLATURA	IX

Il giorno 19 aprile 2013 si è riunito nella sede di Viale Aldo Moro n. 44 il Corecom dell'Emilia-Romagna con la partecipazione dei componenti:

GIANLUCA GARDINI	Presidente
GIUSEPPE BETTINI	Vicepresidente
ARIANNA ALBERICI	Componente

Svolge le funzioni di Segretario la dott.ssa PRIMAROSA FINI.

OGGETTO: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA TRA XXXXX E OPTIMA ITALIA



Il Comitato Regionale per le Comunicazioni

VISTA la I. 249/1997, "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo", in particolare l'art. 1, c. 6, lettera a), n. 14 e c. 13;

VISTA la I. 481/1995, "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità";

VISTO l'art. 84 d. lgs 259/ 2003, recante il "Codice delle comunicazioni elettroniche";

VISTE la I.r. Emilia-Romagna 1/2001, in particolare l'art. 14, e la deliberazione del Comitato regionale per le Comunicazioni Emilia-Romagna 9/III/08;

VISTA la del. AGCOM 173/07/CONS " Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" e successive modifiche ed integrazioni;

VISTO lo "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;

VISTA la "Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni", sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle Comunicazioni e il Comitato regionale per le Comunicazioni Emilia-Romagna in data 10 luglio 2009, e in particolare l'art. 4, c. 1, lett. e;

VISTA l'istanza depositata in data 15 ottobre 2010 (titolo n. 1.10.21/304), con la quale la società XXXXX, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede legale nel Comune di XXXXX, ha chiesto al Comitato regionale per le Comunicazioni dell'Emilia-Romagna di definire, ex artt. 14 e ss. del. AGCOM 173/07/CONS, la controversia in essere con la società Optima Italia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede legale nel comune di XXXXX, relativamente all'utenza telefonica n. 000;

VISTA la comunicazione di avvio del procedimento (prot. n. 30745/2012);

VISTA l'integrazione istruttoria prodotta da Telecom Italia (prot. 34101/2012) e da B.T. Italia (prott. 15730/2013);

VISTI gli ulteriori atti del procedimento;



VISTE la relazione e la proposta di decisione del Responsabile del Servizio, dott.ssa Primarosa Fini (prot. n. 16956/2013);

UDITA l'illustrazione svolta nella seduta del 19 aprile 2013;

A voti unanimi

CONSIDERATO QUANTO SEGUE

Con istanza di definizione della controversia la società XXXXX (di seguito, XXXXX) deduce: di aver stipulato in data 25 febbraio 2010, con la società Optima Italia (di seguito, Optima) un contratto di somministrazione del servizio adsl sull'utenza n. 000, con profilo tariffario My Ring; che in data 5 febbraio 2010 Telecom Italia (di seguito, Telecom) ha cessato di somministrare il servizio adsl; che secondo Optima tale interruzione derivava da un disservizio causato da Telecom, secondo Telecom invece dalla migrazione dell'utenza; Optima mai ha attivato il servizio, nonostante vari reclami; di aver comunicato la disdetta del contratto, in data 11 maggio 2010, a mezzo fax e lettera raccomandata a/r, per gravi inadempienze dell'operatore; di aver ribadito tale volontà con comunicazione fax dell'8 giugno 2010, su richiesta di Optima che era rimasta inerte; di aver saputo da un operatore di Optima che la richiesta di disdetta sarebbe stata evasa nel termine contrattuale di trenta giorni; che in data 28 giugno 2010 l'utenza è tornata nella gestione di Telecom, a seguito di procedimento ex artt. 5 e 7, del. AGCOM 173/07/CONS. Per tali ragioni l'istante domanda la condanna di Optima al risarcimento dei danni, quantificati in 5.000,00 euro, per la mancata o ridotta operatività cagionata, dalla condotta dell'operatore, all'attività professionale dal 7 maggio 2010 al 28 giugno 2010 e per il tempo sottratto dovendo gestire la controversia.

Optima ha presentato una memoria in data 18 settembre 2012, oltre il termine del 14 settembre 2012 indicato nella comunicazione di avvio del procedimento. Optima non ha eletto il proprio domicilio fax o di posta elettronica, come previsto dall'art. 15, c. 2, del. AGCOM 173/07/CONS, nonostante una richiesta in tal senso inviata da questo Ufficio a mezzo posta elettronica. La comunicazione di avvio del procedimento è stata comunque inviata a mezzo posta raccomandata A/R.

MOTIVI DELLA DECISIONE

È preliminarmente da rilevarsi l'inutilizzabilità della memoria autorizzata di Optima, e dell'allegata documentazione, sia per il mancato rispetto del termine per il deposito indicato nella

3





comunicazione di avvio (14 settembre 2010), termine da considerarsi perentorio anche perché da esso decorre il termine per il deposito di memorie di replica; sia per l'assenza di invio alla controparte (nessuna documentazione è stata infatti prodotta nonostante l'espressa richiesta nella comunicazione di avvio del procedimento), in violazione dell'art. 16, c. 2, del. AGCOM 173/07/CONS. Tale obbligo è infatti da considerarsi essenziale perché necessario ai fini dell'esercizio dei diritti di difesa (conformemente, del. n. 8/2010 e det. n. 1/2010, di questo Ufficio).

Nel merito, la controversia concerne: a) il mancato funzionamento del servizio adsl sull'utenza 000; b) la mancata risposta ai reclami.

a) La domanda è fondata, nei limiti che seguono. Secondo l'ordinario criterio della ripartizione dell'onere della prova al creditore attore è richiesto di provare la fonte contrattuale del suo diritto e il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo della altrui pretesa, costituito dall'avvenuto esatto adempimento, ovvero dall'imputabilità dell'inadempimento a fatto altrui (Cass. civ., sent. n. 7996/2006). Nel caso di specie risulta provata la sussistenza di un contratto, stipulato tra l'istante e Optima, per la somministrazione del servizio adsl, con piano tariffario My Ring, sull'utenza 000. L'istante ha infatti prodotto copia della proposta di abbonamento sottoscritta e l'attestazione del suo invio a mezzo fax a Optima, in data 25 febbraio 2010. Invio ripetuto, per una parte del contratto, anche in data 26 aprile 2010, con la medesima forma. Come indicato dall'art. 2, c. 3, Condizioni generali di contratto, il negozio si intende perfezionato nel momento dell'accettazione da parte di Optima, anche per fatti concludenti. Dall'istruttoria svolta risulta che Optima, attraverso BT Italia (di seguito, BT), abbia proceduto all'attivazione del servizio come bitstream asimmetrico in data 5 maggio 2010, importando l'utenza da Telecom. Tale condotta si configura con tutta evidenza come un fatto concludente qualificabile sotto forma di accettazione della proposta di abbonamento. Conferma tale ricostruzione la circostanza che l'utenza, per il servizio adsl, sia stata in gestione a Optima, come riferito da BT in sede di integrazione istruttoria. Non risulta al contrario che analoga attivazione, o quanto meno richiesta, sia avvenuta per il servizio voce, per il quale pertanto non può ritenersi provata la stipulazione del contratto di somministrazione del servizio tra Optima e l'istante. In data 5 maggio 2010, secondo la documentazione prodotta da Telecom, la somministrazione del servizio passava a Optima, come detto attraverso BT. Dal 7 maggio 2010



tuttavia la somministrazione del servizio veniva interrotta. L'utente inviava nello stesso giorno un reclamo, diffidando Optima a somministrare il servizio. Con comunicazione inviata via posta raccomandata a/r e ricevuta in data 15 maggio 2010, l'utente comunicava altresì a Optima la "disdetta" del contratto per "grave inadempienza", prendendo atto che l'intimazione all'attivazione del servizio di cui al fax del 7 maggio 2010 era rimasta lettera morta. In tale comunicazione si chiedeva altresì il risarcimento dei danni prodotti. In data 11 maggio 2010 l'utente inviava un nuovo reclamo, via fax, diffidando Optima a eseguire il recesso e a liberare l'infrastruttura occupata, per permettere la somministrazione del servizio attraverso un altro operatore. Il reclamo veniva ribadito con comunicazione dell'8 giugno 2010, inviata sempre a mezzo fax. Infine con una comunicazione inviata via posta raccomandata a/r in data 8 giugno 2010 l'utente ribadiva le richieste. È opportuno chiarire che la comunicazione di recesso, specificando la motivazione consistente nella "grave inadempienza" integrata dalla totale mancata somministrazione del servizio, è correttamente da qualificarsi come risoluzione e pertanto Optima avrebbe dovuto liberare immediatamente l'infrastruttura, abbandonando ogni rapporto contrattuale, senza attendere eventuali termini di recesso. Ciò premesso, a fronte della contestazione dell'utente circa l'adempimento della prestazione, nella forma prima della somministrazione del servizio (comunicazione del 7 maggio 2010) e nella forma poi della dismissione del servizio per risoluzione (comunicazione del 15 maggio 2010), onere probatorio a carico di Optima era pertanto quello di dimostrare che nel periodo considerato il servizio è stato fornito in modo regolare, continuo e senza interruzioni, rispetto a quanto contrattualmente pattuito, e che successivamente la dismissione del servizio è avvenuta tempestivamente. Tale onere non può tuttavia dirsi assolto da Optima, che non ha preso parte al procedimento e pertanto non ha prodotto prove documentali che attestino direttamente quali verifiche tecniche siano state effettuate e quali i relativi esiti (sul punto, cfr det. 4/2013, di questo Ufficio). Risulta invece, dalla documentazione prodotta da Telecom, che solo in data 28 giugno la stessa Telecom sia potuta tornare a somministrare il servizio adsl, come da volontà dell'utente, a seguito della liberazione dell'utenza da parte di Optima inoltrata a Telecom in data 15 giugno 2010. Così ricostruiti i fatti, emerge come, per responsabilità di Optima, il disservizio da mancata somministrazione del servizio si sia verificato dal 7 maggio 2010 al 27 giugno 2010, inclusi, per complessivi cinquantadue giorni, mentre la mancata liberazione dell'utenza si sia verificata dal 16 maggio 2010 (giorno successivo a quello di ricezione della comunicazione dell'utente) sino al 15 giugno 2010 (giorno antecedente la richiesta di cessazione inviata da Optima a Telecom), per

5





complessivi trentuno giorni. La condotta dell'operatore merita la condanna di questi alla corresponsione di un indennizzo determinato sulla base dell'art. 7, c. 1, Carta dei servizi dell'operatore, che prevede un indennizzo giornaliero di 2,50 euro, pari nel complesso rispettivamente a 130,00 euro e 77,50 euro. Rispetto alle richieste dell'istante (il risarcimento del danno patito) occorre infatti considerare che ai sensi dell'art. 14, c. 1 e art. 7, c. 2, lett. c), del. AGCOM 173/07/CONS l'istante deve indicare le richieste che, in forza del successivo art. 19, c. 4, sono *ope legis* limitate, in fatto di indennizzi, a quanto previsto "dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità". La valutazione del rispetto di tali obblighi, rispondendo a un principio di tutela del contraente più debole, deve condurre alla rettifica delle istanze inesatte, specie in materia di indennizzi, secondo quanto indicato dal par. III.1.2. del. AGCOM 529/09/CONS. Il limite massimo di liquidazione dell'indennizzo indicato dalla Carta dei servizi deve invece essere disapplicato, come da costante prassi dell'AGCOM e di questo CORECOM (cfr. *ex multis* del. 3/2010 e 12/2010), in quanto la somma altrimenti liquidata non sarebbe proporzionale al pregiudizio arrecato, secondo quanto disposto dall'art. 11, c. 2, del. AGCOM 179/03/CSP, adottata in applicazione dell'art. 1, c. 6, lett. b, l. 249/1997. Nel caso di specie infatti occorre considerare come l'entità del disagio sia stata particolarmente intensa in ragione dell'attività commerciale svolta dall'istante (consulenza nella direzione di impresa). Si dà atto che non risultano fatture emesse da Optima, per il periodo indicato, che comunque, ove sussistenti, dovrebbero essere annullate con restituzione all'utente di quanto da questi eventualmente pagato.

b) La domanda è fondata, nei limiti che seguono. Come già indicato nel capo a) con comunicazione inviata via posta raccomandata a/r e ricevuta da Optima in data 15 maggio 2010 l'utente chiedeva anche il risarcimento dei danni prodotti. Tale comunicazione integra i requisiti previsti dall'art. 8, c. 1, del. AGCOM 179/03/CSP ed è pertanto qualificabile come reclamo, a cui Optima mai ha risposto, nemmeno nell'ambito del procedimento di conciliazione e di quello di definizione, in violazione dell'art. 6 della Carta dei servizi. La condotta dell'operatore merita la condanna di questi alla corresponsione di un indennizzo che, preso atto della base giornaliera prevista dall'art. 7, c. 2 Carta dei servizi, pari a 1,00 euro, deve essere equitativamente individuato in 300,00 euro. Relativamente alla determinazione di tale somma valgono le considerazioni svolte al capo a) relativamente alla disapplicazione del limite massimo di indennizzo previsto dalla Carta dei servizi.



In relazione alle spese di procedura, pare equo e proporzionale quantificarle in euro 50,00, anche sulla base di quanto disposto dal punto III, 4.4, del. AGCOM 529/09/CONS, atteso che l'istante non rappresentato ha partecipato al procedimento solo in via cartolare.

Per questi motivi, acquisito il parere preventivo di regolarità amministrativa formulato dal Segretario del Comitato regionale per le Comunicazioni, il CORECOM, all'unanimità

DELIBERA QUANTO SEGUE

In parziale accoglimento dell'istanza presentata la società XXXXX, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede legale nel Comune di XXXXX, Optima Italia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede legale nel comune di XXXXX, è tenuta a:

- 1) Corrispondere all'istante la somma di euro 207,50 (duecentosette/50), a titolo di indennizzo per i motivi di cui al capo a);
- 2) Corrispondere all'istante la somma di euro 300,00 (trecento/00), a titolo di indennizzo per i motivi di cui al capo b);
- 3) Annullare tutte le fatture emesse a carico dell'utente, in relazione al contratto ricevuto in data 25 febbraio 2010, restituendo quanto da questi eventualmente pagato ;
- 4) Corrispondere all'istante la somma di euro 50,00 (cinquanta/00), a titolo di rimborso delle spese di procedura.

Si rigettano le ulteriori richieste dell'istante.

Le somme corrisposte e/o rimborsate dovranno essere maggiorate nella misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di definizione della controversia.

E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno, come previsto dall'art. 19, c. 5, del. AGCOM 173/07/CONS.

Ai sensi dell'art. 19, c. 3, del. AGCOM 173/07/CONS il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, c. 11, d.lgs. 259/2003.

La presente delibera è comunicata alle parti nonché pubblicata sul sito internet istituzionale dell'Assemblea legislativa dell'Emilia-Romagna – CORECOM, assolvendo in tal modo ogni



obbligo di pubblicazione ai sensi dell'art. 32, c. 1, l. 69/2009.

Optima Italia è inoltre tenuta a dare comunicazione a questo Ufficio dell'avvenuto adempimento alla presente delibera. La comunicazione dovrà pervenire entro il termine di sessanta giorni dalla comunicazione della delibera stessa.

Ai sensi dell'art. 135, c. 1, lett. b), d.lgs. 104/2010, il presente provvedimento può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi degli art. 21 e 23 bis l. 1034/1971 e successive integrazioni e modificazioni, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di giorni sessanta dalla sua comunicazione.

Il Segretario

Dott.ssa Primarosa Fini

Il Presidente

Prof. avv. Gianluca Gardini