

DELIBERA DL/098/14/CRL/UD del 23 settembre 2014

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

M. F. / OPTIMA

IL CORECOM LAZIO

NELLA Riunione del Comitato Regionale per le Comunicazioni del Lazio (di seguito, per brevità, "Corecom Lazio") del 23 settembre 2014;

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 10 giugno 2013, rubricata al Protocollo n. LAZIO/D/316/2013, con cui il sig. M. F. ha chiesto l'intervento del Corecom Lazio per la definizione della controversia insorta con la società Optima (di seguito, per brevità, "Optima");

VISTA la nota del 26 giugno 2013 con cui il Corecom Lazio ha comunicato alle parti, ai sensi dell'articolo 15 del Regolamento, l'avvio di un procedimento per la definizione della predetta controversia, fissando termini per lo scambio di memorie, repliche e documentazione;

VISTI gli atti e i documenti depositati dall'istante;

PRESO atto della memoria depositata dall'operatore in data 9 agosto 2013;

UDITO l'istante all'udienza di discussione, stante la mancata comparizione dell'operatore;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Oggetto della controversia e svolgimento del procedimento.

a) L'istante ha introdotto il presente contenzioso rappresentando quanto segue:

- Il 23 ottobre 2012, l'utente sottoscriveva con Optima un contratto affari per la fornitura dei servizi voce e internet sulla linea fissa;
- Sin dall'attivazione, il servizio subiva continue interruzioni e l'istante chiedeva la sostituzione del modem;
- L'operatore non ha mai fornito riscontro ai reclami, né assistenza tecnica;
- L'istante chiedeva dunque il rientro in Telecom, che si perfezionava per il servizio voce in data 11 aprile 2013. La migrazione del servizio internet invece non andava a buon fine, per il mancato rilascio della linea
- Con l'istanza di conciliazione, l'utente chiedeva un indennizzo per parziale fruizione del servizio dal 27 novembre 2012 (data dell'attivazione) al 15 aprile 2013. Chiedeva altresì dichiararsi l'inapplicabilità della penale per recesso anticipato, essendosi il contratto risolto per inadempimento dell'operatore, e rimetteva nella disponibilità di Optima il modem;
- L'udienza di conciliazione si concludeva con esito negativo per la mancata comparizione dell'operatore;
- Con l'istanza di definizione, l'utente reiterava la domanda di indennizzo per la parziale fruizione dei servizi, chiedeva la liquidazione dell'indennizzo per la mancata risposta ai reclami, oltre le spese di procedura;
- Con memoria del 1 luglio 2013, l'utente precisava che il malfunzionamento era consistito in frequenti cadute della linea e nel malfunzionamento del modem. Insisteva nelle domande di indennizzo, da quantificarsi sino al giorno dell'effettiva liberazione della linea internet e del relativo rientro in Telecom;
- L'operatore non compariva all'udienza di discussione.

2. Motivi della decisione.

2.1. Osservazioni in rito.

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

Viene stralciata, perché tardivamente prodotta, la memoria dell'operatore, unitamente ai

documenti ad essa allegati. Il termine per il deposito della prima memoria difensiva, fissato con la lettera di avvio del procedimento, scadeva infatti il 25 luglio 2013, avendo Optima espressamente dichiarato di aver ricevuto la comunicazione del Corecom a mezzo fax, in data 5 luglio 2013.

2.2. Nel merito.

2.2.a. Sul malfunzionamento del servizio

L'istante lamenta il malfunzionamento del servizio voce e del modem, dalla attivazione, e chiede la liquidazione di un indennizzo per il disservizio.

La domanda dell'utente viene accolta.

In base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, si richiama 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 dalla Carta Servizi.

Ai sensi della Delibera n. 179/03/CSP (TLC, Direttiva Generale), inoltre, gli operatori devono fornire i servizi in modo regolare, continuo e senza interruzioni, nel rispetto delle previsioni normative e contrattuali.

Nella fattispecie, a fronte del dedotto malfunzionamento lamentato dall'utente, spettava a Optima provare di avere fornito il servizio in modo regolare e continuo, nonché di avere svolto tutte le attività necessarie a risolvere il disservizio o che l'inadempimento è dipeso da cause a lui non imputabili ex art. 1218 codice civile o da cause specifiche di esclusione della responsabilità.

In forza del richiamato principio sull'onere probatorio e considerata la mancanza di prova circa interventi risolutivi da parte dell'operatore e circa l'esistenza di cause esimenti della sua responsabilità, deve ritenersi che sussista in capo all'operatore una responsabilità contrattuale per il malfunzionamento del servizio, che non ha comportato l'interruzione totale, come dichiarato dall'utente, con conseguente diritto alla liquidazione di un indennizzo per il malfunzionamento, per il periodo dal 23 novembre 2012 all'11 aprile 2013 (data di rientro in Telecom).

Non può essere accolta la domanda di liquidazione dell'indennizzo fino al giorno dell'effettiva liberazione della linea internet e relativo rientro in Telecom, non essendo il mancato rilascio della linea ADSL oggetto del presente procedimento e non essendo quindi accertata la responsabilità di Optima per il problema.

Per quanto riguarda la determinazione dell'indennizzo, ai sensi del combinato disposto degli articoli 2, 5.2 e 12.2 dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi, si riconosce un importo complessivo di Euro 695,00.

2.2.b. Sulla risposta ai reclami

L'istante lamenta la mancata risposta al reclamo del 22 aprile 2012 e chiede la liquidazione del relativo indennizzo.

Sono in atti i reclami svolti dall'utente il 28 marzo e il 4 aprile 2013. Pochi giorni dopo, il 19 aprile 2013, l'utente ha depositato l'istanza per il tentativo obbligatorio di conciliazione

Si ritiene pertanto che non sussistano i presupposti per la liquidazione di un indennizzo, poiché dopo il reclamo esercitato secondo le modalità contrattuali, nella pendenza del termine previsto dalla Delibera dell'articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP per la risposta, l'utente ha attivato la procedura conciliativa, la cui funzione economico sociale è proprio quella di creare un'occasione di confronto tra le posizioni dell'utente e dell'operatore superando quindi gli strumenti contrattualmente previsti tendenti allo stesso scopo

La domanda viene pertanto rigettata.

3. 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 delle difese svolte, e del grado di partecipazione ai procedimenti di conciliazione e di definizione, si ritiene congruo liquidare l'importo di Euro 150,00 a titolo di rimborso spese della procedura di conciliazione e della procedura di definizione.

*** ** ***

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

CONSIDERATO per quanto precede che la domanda proposta dal sig. M. F. nei confronti dell'operatore Optima [REDACTED] sia da accogliere;

RITENUTO inoltre, per quanto concerne le spese di procedura, che, alla luce dei criteri generalmente seguiti da quest'Autorità, sia equo liquidare all'istante un importo onnicomprensivo di Euro 150,00, quale rimborso forfetario delle spese sostenute per la trattazione della presente procedura;

RITENUTO infine che gli indennizzi e/o i rimborsi riconosciuti dall'Autorità all'esito della procedura devono soddisfare, ai sensi dell'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche, il requisito dell'equità e pertanto tenere indenne l'istante del decorso del tempo necessario alla definizione della procedura;

VISTA la proposta e la relazione del Responsabile del procedimento

DELIBERA

L'accoglimento, nei termini esposti in motivazione, dell'istanza presentata dal sig. M. F. in data 19 aprile 2013.

La società Optima [REDACTED] è pertanto tenuta a riconoscere in favore dell'istante, tramite assegno bancario o bonifico, le seguenti somme, calcolate come in motivazione:

- a) Euro 695,00 (seicentonovantacinque/00) a titolo di indennizzo per il malfunzionamento del servizio, oltre interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia;
- b) Euro 150,00 (cento cinquanta/00) a titolo di rimborso delle spese di procedura.

E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito, come previsto dall'articolo 11 comma 4 della delibera n. 179/03/CSP.

Ai sensi dell'art. 19, comma 3, della delibera n.173/07/CONS 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 società è tenuta, altresì, a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, let. 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, 23 settembre 2014

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto