

Protocollo: vedi segnatura XML

Tit. 2015.1.10.21.350

OGGETTO: Definizione controversia XXX / Optima Italia X

La Responsabile del Servizio

Vista la legge 14 novembre 1995, n. 481, recante "*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, recante "*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;

Visto il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante il "*Codice delle comunicazioni elettroniche*";

Visto il decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante il "*Codice del consumo*";

Vista la legge 2 aprile 2007, n. 40, recante "*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, recante misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese*";

Viste la legge regionale Emilia-Romagna 30 gennaio 2001, n. 1, recante "*Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (CO.RE.COM.)*", in particolare l'art. 14, e la deliberazione del Comitato regionale per le Comunicazioni Emilia-Romagna 9/III/08;

Vista la delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, recante "*Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti*" e successive modifiche ed integrazioni, di seguito "Regolamento";



Viale Aldo Moro, 44 - 40127 Bologna - Tel. 527.6370 - 527.7664 - Fax 051 527 5059

email definizionecontroversietlc@regione.emilia-romagna.it PEC corecom@postacert.regione.emilia-romagna.it

WEB www.assemblea.emr.it/corecom

Vista la delibera n. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011, recante *“Regolamento in materia dei indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori”*, di seguito *“Regolamento indennizzi”*;

Vista la delibera n. 274/07/CONS, del 6 giugno 2007, recante *“Modifiche ed integrazioni alla delibera 4/06/CONS: modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso”*;

Vista la delibera n. 276/13/CONS, del 11 aprile 2013, recante *“Linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche”*;

Viste le delibere Agcom nn. 103/10/CIR, 137/10/CIR, 69/11/CIR, 100/12/CIR, 113/12/CIR e Corecom Emilia-Romagna nn. 62/2015, 11/2016, 12/2016, 18/2016, 29/16;

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);

Visti gli atti del procedimento;

CONSIDERATO QUANTO SEGUE

1. La posizione dell’istante

L’istante, in riferimento all’utenza di rete fissa business di cui è intestataria, lamenta nei confronti di Optima Italia X (di seguito Optima) il malfunzionamento del servizio internet e il mancato recepimento del recesso. In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento e nel corso dell’audizione l’istante dichiara quanto segue:

- in data 21.03.2014 l’utente – cliente di Telecom Italia X (di seguito Telecom) - sottoscriveva con Wind Infostrada (oggi Wind Tre X, di seguito Wind) una proposta di contratto per la fornitura del servizio adsl e del servizio voce;
- il passaggio da Telecom a Wind non si perfezionava e l’utente, in data 30.07.2014, stipulava un contratto con Optima per l’attivazione dei servizi voce e adsl sulla medesima linea;



Viale Aldo Moro, 44 - 40127 Bologna - Tel. 527.6370 - 527.7664 - Fax 051 527 5059

email definizionecontroversietlc@regione.emilia-romagna.it PEC corecom@postacert.regione.emilia-romagna.it

WEB www.assemblea.emr.it/corecom

- in data 31.07.2014 tramite raccomandata a/r l'istante recedeva dalla proposta di contratto sottoscritta il giorno prima con Optima;
- in data 05.08.2014 riceveva ed immediatamente restituiva ad Optima il router;
- a partire dal giorno 18.08.2014 l'utente rimaneva privo del servizio adsl;
- in data 02.10.2014 la linea migrava in Telecom;
- Optima avviava la fatturazione e in data 26.03.2015 inviava all'utente un sollecito di pagamento delle fatture n. 496027 del 08.09.2014 di euro 57,82, n. 541638 del 08.10.2014 di euro 35,79 e n. 580316 del 10.11.2014 di euro 132,14.

In base a tali premesse, l'utente ha richiesto:

- 1) il risarcimento di danni e indennizzi;
- 2) l'indennizzo per i 45 giorni di disservizio della linea adsl dal 18.08.2014 al 02.10.2014;
- 3) l'indennizzo per i 45 giorni di mancata portabilità del numero per la linea adsl;
- 4) l'annullamento delle fatture Optima nn. 496027, 541638 e 580316 con emissione di note di credito e ritiro della pratica di recupero del credito senza costi;
- 5) il rimborso delle spese di procedura.

2. La posizione dell'operatore

Con propria memoria difensiva Optima chiede che la richiesta di risarcimento danni venga dichiarata inammissibile e rappresenta quanto segue. Conferma di aver ricevuto in data 05.08.2014 la raccomandata dell'utente tramite la quale lo stesso comunicava la propria volontà di recedere dal contratto e afferma di averla gestita, relativamente al servizio voce, "come recesso contrattuale, prevedendo pertanto un preavviso di 30 giorni a decorrere dalla data di ricezione", senza emissione di "fatture successive al trentesimo giorno dalla disdetta". In proposito l'operatore contesta l'applicabilità al caso di specie della disciplina sul ripensamento in quanto trattasi di contratto concluso tra professionisti e "fuori dai locali commerciali (...) e, come tale, non soggetto alla disciplina del ripensamento per i clienti diversi dai consumatori". Relativamente al servizio adsl, Optima chiarisce



Viale Aldo Moro, 44 - 40127 Bologna - Tel. 527.6370 - 527.7664 - Fax 051 527 5059

email definizionecontroversietlc@regione.emilia-romagna.it PEC corecom@postacert.regione.emilia-romagna.it

WEB www.assemblea.emr.it/corecom

che alla data del 05.08.2014 lo stesso era “in fase di attivazione e pertanto, come noto, non è stato possibile revocare la richiesta di attivazione già inoltrata all’operatore di rete, ed il servizio (è stato, *n.d.r.*) attivato in data 18.08.14, e rebus sic stantibus regolarmente addebitati nelle fatture emesse dalla scrivente”. Inoltre l’operatore precisa di aver “comunicato regolarmente in fattura il codice di migrazione, affinché il nuovo operatore potesse avviare il processo di trasferimento dell’utenza interessata”. Sul punto dichiara di non aver posto in essere “alcuna procedura ostativa e/o omissiva (...) al passaggio del cliente ad altro operatore” e chiarisce infine che “la procedura di migrazione si è conclusa in data 03.10.14”.

3. Motivazione della decisione

Alla luce di quanto emerso nel corso dell’istruttoria, le richieste formulate dalla parte possono essere parzialmente accolte come di seguito precisato.

- a) In via preliminare occorre dichiarare l’inammissibilità della domanda avanzata sub 1) relativamente alla richiesta di risarcimento danni. Il c. 4 dell’art. 19 del Regolamento ed il par. III.1.3 delle Linee Guida Agcom limitano infatti il contenuto del provvedimento di decisione della controversia a rimborsi e/o storni di somme non dovute e al pagamento di indennizzi in favore dell’utente ed escludono espressamente la possibilità di condannare l’operatore al risarcimento del danno nei casi in cui – come nel caso di specie - la parte istante abbia richiesto sia la liquidazione degli indennizzi contrattuali che dei danni.
- b) In merito all’interruzione del servizio internet si ritiene di non poter accogliere la richiesta di indennizzo formulata sub 2) in quanto manca agli atti la prova che l’utente abbia avanzato una qualche segnalazione all’operatore in merito al lamentato disservizio. In base alla documentazione agli atti, infatti, l’unica comunicazione che risulta inviata ad Optima è costituita dal recesso dal contratto e non vi è riscontro né menzione alcuna di reclami inoltrati da parte dell’utente nel periodo considerato dal lamentato disservizio. Come da consolidato orientamento dell’Autorità (cfr. ex *multiis* delibera n. 69/11/CIR, 100/12/CIR, 113/12/CIR e successive conformi), non è possibile affermare la sussistenza della responsabilità dell’operatore per malfunzionamento della linea qualora l’utente non provi di aver inoltrato, prima di rivolgersi all’Autorità, un reclamo all’operatore. Infatti, in assenza di un reclamo, il gestore non può avere contezza del guasto e non può, quindi, provvedere alla sua risoluzione. Sulla scorta del summenzionato inquadramento, in base all’istruttoria condotta la domanda sub 2) deve pertanto essere rigettata.



Viale Aldo Moro, 44 - 40127 Bologna - Tel. 527.6370 - 527.7664 - Fax 051 527 5059

email definizionecontroversietlc@regione.emilia-romagna.it PEC corecom@postacert.regione.emilia-romagna.it

WEB www.assemblea.emr.it/corecom

c) In merito al ritardo nella portabilità di cui alla domanda sub 3) deve osservarsi quanto segue. La documentazione in atti ha consentito di accertare che il contratto *de quo* – la cui copia depositata dalla parte istante reca chiaramente la sottoscrizione del legale rappresentante e il timbro della società nonché l'indicazione dell'agente commerciale - non rientra nella tipologia dei contratti conclusi a distanza, bensì in quella dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali, come tali sottratti al campo di applicazione della delibera Agcom n. 664/06/CONS (cui occorre fare riferimento *ratione temporis*). In proposito è la stessa parte istante, in sede di memoria difensiva, a riferire la circostanza per cui “un agente Optima si è recato presso l'attività commerciale in questione, al fine di proporre un contratto Voce e Internet con canone mensile unitario €. 80,00 per 1 linea telefonica, (*omissis*), contratti che vennero sottoscritti dal legale rappresentante” della società istante. Si deve inoltre rilevare che la fattispecie non rientra nella nozione di consumatore cui la legge (e in particolare l'art. 64 del Codice del consumo) fa riferimento per disciplinare il c.d. diritto di ripensamento e che quindi la controversia deve essere ricondotta alla disciplina del recesso e in particolare a quanto stabilito dall'art. 1, c. 3 della legge n. 40/2007. Atteso che nella controversia in esame l'esercizio del diritto di recesso da parte dell'utente è intervenuto in pendenza della procedura di migrazione, anche la normativa che disciplina le procedure di migrazione tra operatori di telecomunicazioni (delibera Agcom n. 274/07/CONS) merita un richiamo. Sotto questo profilo, in conseguenza di quanto sopra rilevato, non trova applicazione la particolare disciplina di cui alle delibere Agcom n. 664/06/CONS (artt. 5, commi 2 e 4, lett. b) e n. 274/07/CONS (art. 17, c. 7), finalizzata a consentire che il processo di attivazione del contratto possa essere interrotto prima che questo produca effetti permanenti e a vincolare l'operatore a ripristinare compiutamente e in un termine temporale ristretto la situazione *quo ante*. Dunque il recesso *de quo* si traduce, nella pratica, nella necessità di avviare una procedura di passaggio *ex novo*, analoga ed equivalente a quella già conclusa, anche solo per rientrare col vecchio operatore. Con riferimento a quanto rilevato preme evidenziare che nel caso in esame l'onere di allegazione posto a carico dell'utente non risulta adempiuto. In particolare l'istante non ha riferito quando ha avanzato la richiesta del codice di migrazione all'operatore interessato (c.d. donating, nel caso di specie Optima) né ha indicato la data in cui lo ha comunicato al nuovo operatore (c.d. recipient, nel caso di specie Telecom) né ha dato prova di aver segnalato in alcun modo il lamentato ritardo. Giova ricordare che, nell'ambito della procedura di migrazione, il recipient deve attivarsi



Viale Aldo Moro, 44 - 40127 Bologna - Tel. 527.6370 - 527.7664 - Fax 051 527 5059

email definizionecontroversietlc@regione.emilia-romagna.it PEC corecom@postacert.regione.emilia-romagna.it

WEB www.assemblea.emr.it/corecom

tempestivamente non appena acquisisce il consenso del cliente e il passaggio deve avvenire alla DAC fissata dal cliente e dall'operatore richiedente. La fornitura del codice di migrazione avviene da parte dell'operatore donating (ossia l'operatore che è tenuto al rilascio della risorsa, nel caso di specie Optima) all'utente che ne faccia richiesta, il quale può poi dare avvio alla procedura di trasferimento dell'utenza comunicando il codice al nuovo gestore. E' bene sottolineare, quindi, che gli adempimenti di competenza del gestore donating si limitano alla comunicazione del codice di migrazione al cliente nelle forme previste dalla normativa vigente (tramite cioè fattura, area web riservata al cliente, call center, IVR ovvero risponditore automatico). Al riguardo, la stessa parte istante dichiara che Optima ha comunicato il codice di migrazione alla fine del mese di agosto 2014, non smentisce la circostanza, rilevata dall'operatore, che tale codice fosse regolarmente presente in fattura affinché il nuovo operatore potesse avviare il processo di trasferimento dell'utenza interessata e non provvede a specificare quando ha avanzato la richiesta di portabilità. L'istante dichiara unicamente che Optima ha fornito il codice di migrazione "solo alla fine di agosto e la portabilità al gestore Telecom è stata possibile solo al 02.10.2014", non consentendo quindi di verificare se effettivamente ci sia stato un ritardo nell'espletamento della procedura da parte dell'operatore donating (nella fattispecie, Optima). Come già statuito in questa sede (cfr. delibera Corecom Emilia-Romagna n. 29/16), alla luce di quanto descritto non è stato possibile individuare il *dies a quo* necessario per la determinazione degli eventuali indennizzi cui l'utente avrebbe avuto diritto in merito alla gestione della procedura di migrazione da parte dell'operatore Optima. Poiché la parte istante non ha allegato i fatti posti a fondamento della propria pretesa, la stessa non ha consentito di valutare il comportamento dell'operatore. Sulla scorta del predetto inquadramento non è pertanto possibile imputare a Optima irregolarità nella gestione della richiesta di portabilità né ordinare all'operatore la corresponsione di indennizzi a titolo di ritardo nella portabilità. La richiesta sub 3) deve quindi essere rigettata.

- d) In relazione allo storno delle fatture emesse da Optima, di cui alla domanda sub 4), si rileva che la comunicazione di recesso dell'utente è pervenuta ad Optima in data 05.08.2014 e quindi il recesso è divenuto efficace a decorrere dal 03.09.2014 ovvero trascorsi 30 giorni dalla ricezione della comunicazione di disdetta previsti dalla normativa richiamata al punto che precede. L'utente ha inoltre provveduto alla tempestiva restituzione del router, circostanza non smentita dall'operatore e suffragata dalla ricevuta di spedizione depositata in atti. Nonostante ciò, il gestore, secondo



Viale Aldo Moro, 44 - 40127 Bologna - Tel. 527.6370 - 527.7664 - Fax 051 527 5059

email definizionecontroversietlc@regione.emilia-romagna.it PEC corecom@postacert.regione.emilia-romagna.it

WEB www.assemblea.emr.it/corecom

quanto indicato dall'istante, ha continuato ad addebitare gli importi relativi al servizio adsl anche sulle fatture successive al termine di 30 giorni previsto per il recepimento della disdetta. Come da giurisprudenza costante dell'Autorità (cfr. ex *multiis* delibere Agcom nn. 103/10/CIR, 137/10/CIR e successive conformi) e di questo Corecom (cfr. ex *multiis* delibere nn. 62/2015, 11/2016, 12/2016 e 18/2016), gli importi relativi a periodi di fatturazione successivi alla data di efficacia del recesso dell'utente sono da considerarsi illegittimi. Pertanto, in accoglimento della domanda sub 4), l'utente ha diritto allo storno della posizione debitoria relativa agli importi del servizio adsl portati dalle fatture emesse da Optima e riferibili al periodo successivo al 03.09.2014, con contestuale ritiro della pratica di recupero crediti a cure e spese dell'operatore. Al riguardo si precisa che, in assenza di copia della fatturazione da cui si possa evincere il dettaglio preciso delle somme da stornare avendo riguardo al periodo di competenza delle stesse, le somme poste ad oggetto dello storno si individuano in riferimento al periodo di fatturazione sopra indicato.

- e) Quanto infine alla domanda sub 5), la stessa risulta accoglibile ai sensi del c. 6 dell'art. 19 del Regolamento, che consente di riconoscere il rimborso delle spese necessarie e giustificate per l'espletamento della procedura. In considerazione della partecipazione dell'utente all'udienza di discussione tramite l'assistenza di un legale, appare equo e proporzionato riconoscere in favore della parte istante il rimborso della somma di euro 100,00 per le spese di procedura.

Per questi motivi, attestata la regolarità amministrativa del presente atto;

DETERMINA QUANTO SEGUE

1. Accoglie parzialmente l'istanza di Pietralata 63 X nei confronti della società Optima Italia X per le motivazioni di cui in premessa.
2. La società Optima Italia X è tenuta a stornare gli importi fatturati in riferimento al periodo successivo alla data del 03.09.2014.
3. La società Optima Italia X è inoltre tenuta a pagare in favore dell'istante la somma di euro 100,00 (cento/00) per le spese di procedura.
4. La società Optima Italia X è tenuta, altresì, a comunicare a questo Ufficio l'avvenuto adempimento alla presente determina entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.



Viale Aldo Moro, 44 - 40127 Bologna - Tel. 527.6370 - 527.7664 - Fax 051 527 5059

email definizionecontroversietlc@regione.emilia-romagna.it PEC corecom@postacert.regione.emilia-romagna.it

WEB www.assemblea.emr.it/corecom

Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259.

È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.

Il presente provvedimento può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è notificata alle parti e pubblicata sul sito web del Corecom e dell'Autorità.

Firmato digitalmente

La Responsabile del Servizio

Dott.ssa Rita Filippini



Viale Aldo Moro, 44 - 40127 Bologna - Tel. 527.6370 - 527.7664 - Fax 051 527 5059

email definizionecontroversietlc@regione.emilia-romagna.it PEC corecom@postacert.regione.emilia-romagna.it

WEB www.assemblea.emr.it/corecom