

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
SIMMETRIA IMMAGINE E COMUNICAZIONE xxx / OPTIMA ITALIA xxx
(LAZIO/D/858/2014)

Registro Corecom n. 62/2015

IL DIRIGENTE

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*”;

VISTO il decreto legislativo del 1 agosto 2003 n. 259, recante “*Codice delle comunicazioni elettroniche*”;

VISTO 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;

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 del 16/12/2009 e in particolare l’art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la delibera n. 173/07/CONS del 19 aprile 2007, recante “ *Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti*”, di seguito, “Regolamento”;

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

VISTA l’istanza dell’utente Simmetria Immagine e Comunicazione xxx presentata in data 27 ottobre 2014;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue.

1) La posizione dell’istante

La Simmetria Immagine e Comunicazione xxx, all’esito negativo del tentativo obbligatorio di conciliazione, ha introdotto il presente procedimento affermando di esser titolare di contratto "OPTI VOCE PEC" relativo alle tre utenze 06.65921***, 06.5921*** e 06.5911*** per servizi di telefonia fissa con il Gestore Optima sottoscritto in data 8 luglio 2011 e di aver ricevuto in pari data una e-mail da parte dell’Operatore con la quale veniva comunicata l’attivazione sulla centrale BT Albacom della modalità di Preselezione Automatica (CPS).

Al riguardo l’Istante afferma che da quella data paga regolarmente sia Optima per il

traffico voce che Telecom Italia xxx per il canone linea.

Riferisce, inoltre, che in data 6 febbraio 2014 sottoscrive nuovo contratto con Telecom Italia xxx, con tariffa FLAT, relativo alle numerazioni sopra specificate per il rientro con detto Gestore.

L'Utente evidenzia, inoltre, che in data 5 marzo 2014, risultando ancora la fatturazione del traffico in capo ad Optima, inviava una lettera Racc. A/R con la quale richiedeva l'immediata cessazione dal contratto in essere con detto Operatore per tutte le loro numerazioni telefoniche.

A detta comunicazione, ricevuta da Optima il successivo 7 marzo, l'Utente afferma di non aver ricevuto alcun riscontro. Al contrario, afferma di aver continuato a ricevere fatture dal Gestore Optima nonostante anche numerose telefonate effettuate al Servizio Clienti che ribadivano la volontà di recesso e sollecitavano la chiusura del contratto.

L'Utente, infine, evidenzia che alla data della presentazione dell'istanza di definizione continua a ricevere anche le fatture di Telecom Italia relative al canone telefonico che, oltretutto, afferma non dovuto ai sensi della tariffa prevista nel nuovo contratto sottoscritto nel febbraio 2014.

L'Utente quindi richiede:

a) la corresponsione della somma risultante dalla differenza tra quanto avrebbe pagato, dal mese di marzo 2014 alla data della presentazione della domanda, con tariffa Flat di Telecom ai sensi del nuovo contratto sottoscritto e quanto invece illegittimamente preteso da Optima;

b) una nota di credito per le fatture relative ai mesi di Marzo, Aprile, Maggio e Giugno 2014 per un totale di Euro 752,77 ;

c) il risarcimento di Euro 300,00 per il tempo occorso a parlare con gli operatori e per la mancata comparizione del gestore all'udienza del 16 ottobre 2014.

2) La posizione del gestore

Il Gestore Optima riferisce che la Simmetria Immagine e Comunicazione ha stipulato in data 26 novembre 2011 un contratto "Opti Voce Pec" per la fornitura di traffico telefonico da rete fissa in modalità CPS in relazione alle utenze 065921*** e 065911*** e che, in data 7 marzo 2014, la stessa società ha inviato a mezzo lettera Racc. comunicazione di recesso dal contratto.

Il Gestore a tale proposito evidenzia che, in relazione al contratto Optivoce, le Condizioni Generali del Contratto prevedono espressamente che il Cliente può recedere dal contratto in qualsiasi momento con efficacia dello stesso decorsi trenta giorni dalla relativa comunicazione *"salva la necessità di un maggior tempo giustificato da cause imputabili ad esigenze tecniche"*.

Nel caso di specie Optima afferma essersi verificata la suddetta ipotesi e che l'efficacia del recesso prevista ex lege per il 7 aprile 2014 è avvenuta con ritardo il 30 luglio 2014 proprio per i previsti problemi tecnici dei quali il Gestore peraltro non riconosce la propria responsabilità diretta.

Afferma, inoltre, di aver depositato documentazione comprovante i problemi tecnici che hanno causato il ritardo nella disattivazione del servizio nonché i tabulati telefonici

dettagliati dai quali si riscontra traffico effettuato fino al 30 giugno 2014.

Alla luce di quanto sostenuto, il Gestore sostiene la legittimità delle fatture emesse a fronte dei servizi regolarmente erogati.

3) Motivi della decisione

L'istanza soddisfa i requisiti di cui all'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile ed ammissibile.

Prima di entrare nel merito della questione si rileva anzitutto che, ai sensi dell'art. 19 comma 4 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, *(L'Autorità, con il provvedimento che definisce la controversia, ove riscontri la fondatezza dell'istanza, può condannare l'operatore ad effettuare rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità)* l'oggetto della pronuncia esclude ogni richiesta risarcitoria.

Resta salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità Giudiziaria per il maggior danno.

Tuttavia, la domanda di cui al punto c) di risarcimento del danno, di per sé inammissibile, in applicazione di un criterio di efficienza e ragionevolezza dell'azione, può essere interpretata come accertamento dell'inadempimento dell'operatore e del conseguente diritto all'indennizzo, a prescindere dal *nomen juris* indicato dalla parte (Par. III.1.3 Delibera n.276/13/CONS - Linee Guida in materia di risoluzione delle controversie).

La domanda pertanto è procedibile nel senso dell'accertamento del diritto all'indennizzo conseguente alla mancata disattivazione del servizio di CPS per effetto della disdetta esercitata dall'utente.

Quanto ai costi dei quali si chiede il rimborso, non supportati peraltro da alcun giustificativo, la domanda di rimborso spese per la procedura di conciliazione è assorbita dalla pronuncia sulle spese del procedimento liquidate in via forfettaria secondo i criteri di cui al par. III.5.4, e tabella allegata.

Sulla disdetta

Premesso che la domanda di rimborso della differenza tra quanto pagato ad Optima e quanto invece dovuto a Telecom in forza del nuovo contratto coincide con quella di emissione di nota di credito da parte di Optima per le fatture emesse indebitamente successivamente alla disdetta, poichè l'obbligo al versamento del corrispettivo cessa evidentemente solo dal momento di efficacia della disdetta stessa e non dalla stipula del contratto con altro gestore, occorre preliminarmente accertare validità ed efficacia della disdetta stessa.

L'Istante ha regolarmente e formalmente inviato comunicazione di disdetta a mezzo lettera Racc. A/R in data 5 marzo 2014, ricevuta dal Gestore il 7 marzo 2014, giusta copia della cartolina di ricevimento depositata in atti.

In considerazione di quanto sopra, risulta assolto l'onere della prova da parte dell'Utente in merito alla legittimità della disdetta inoltrata.

Il Gestore, peraltro, deduce di avere assolto al proprio onere contrattuale con ritardo dovuto ad esigenze tecniche imputabili al Gestore BT e non direttamente riconducibili a se

stesso.

A tale proposito ed 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.

Inoltre, in base alla direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni, Delibera Agcom 179/03/CSP, e secondo il consolidato orientamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, espresso in svariate pronunce (*ex plurimis*, Delibere Agcom 85/07/CIR, 45/08/CIR, 54/08/CIR, 15/09/CIR e 39/09/CIR), gli Operatori sono tenuti a fornire i servizi richiesti nel rispetto di quanto contrattualmente previsto, anche sotto il profilo temporale.

Pertanto, ove l'Utente lamenti il ritardo relativamente alla richiesta di disattivazione del servizio, l'Operatore, per escludere la propria responsabilità, è tenuto a fornire precisa dimostrazione che i fatti oggetto di doglianza sono stati determinati da circostanze a lui non imputabili ovvero da problematiche tecniche non causate da propria colpa.

In questi casi, peraltro, il Gestore deve anche fornire la prova di aver adeguatamente informato l'Utente delle difficoltà incontrate nell'adempimento dell'obbligazione e non è da ritenersi sufficiente un mero richiamo "formale" ai motivi tecnici, dovendo invece l'Utente essere messo in grado di comprendere quanto effettivamente accaduto.

Nel caso di specie, l'Utente ha correttamente comunicato all'Operatore la sua richiesta di recesso ed il contratto si deve, pertanto, ritenere risolto a far data dal 6 aprile 2014, con il decorso dei trenta giorni previsti contrattualmente.

L'Operatore, d'altronde, non ha specificato quali siano state in concreto le "*ragioni tecniche*" ostative al puntuale adempimento della propria obbligazione nè ha dato prova di averne tempestivamente e puntualmente informato l'Utente.

Nessun pregio, inoltre, riveste la condizione contenuta nelle Condizioni Generali di Contratto e richiamata a propria discolpa dall'Operatore che differisce gli effetti del recesso richiesto dall'Utente anche oltre i trenta giorni previsti a causa di una eventuale "*necessità di una maggior tempo giustificato da cause imputabili ad esigenze tecniche*", posto che la regolamentazione di settore testè citata prescrive comunque in tali casi eccezionali, precisi oneri informativi nei confronti dell'utente, che se non assolti, non lo mandano comunque

esente da responsabilità.

Per le considerazioni sopra esposte e che qui si intendono richiamate il contratto deve intendersi risolto in data 6 aprile 2014.

La fatturazione successiva a tale data deve pertanto ritenersi indebitamente emessa e, in applicazione dell'art. 7 Allegato A) alla Delibera 73/11/CONS, si accoglie pertanto la richiesta di emissione di nota di credito delle fatture depositate negli atti del presente procedimento dall'Utente ed emesse dal Gestore successivamente alla data di efficacia della valida disdetta inoltrata dall'Utente, con le seguenti precisazioni

- non può essere accolta la domanda di storno della fattura n. 195198, relativa al periodo febbraio-marzo 2015, in cui il contratto era vigente;

- Optima provvederà alla regolarizzazione contabile amministrativa dell'Istante effettuando lo storno degli importi fatturati in riferimento al periodo a far data dal 7 Aprile 2014 e relativo alle fatture nn. 234261, 290313 e 377012.

Quanto all'indennizzo dovuto per la mancata disattivazione del servizio CPS, ai sensi dell'art.7 deve riconoscersi il parametro giornaliero di Euro 2,50 per ogni giorno di fornitura della prestazione non richiesta dal 7.4.2014 (data di efficacia della disdetta) al 30.7.2014 (data di effettiva disattivazione del servizio), considerato il disagio provocato all'utente che non ha potuto usufruire per tale periodo del servizio voce con altro operatore alle condizioni tariffarie pattuite.

In applicazione dell'art. 12, comma 1 si riconosce l'indennizzo in misura unitaria rispetto al contratto Optima risultante stipulato per tre linee, considerato che le fatture depositate con il dettaglio dei consumi contestati afferiscono ad una sola linea e che lo stesso rientro in Telecom con contratto Impresa Semplice risulta richiesto per sole due linee; così, si riconosce un indennizzo pari a Euro 285,00

4) Sul rimborso delle spese per la procedura

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è previsto dall'art. 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, considerato il comportamento complessivo delle parti, le eccezioni svolte e le difese, la mancata partecipazione del gestore all'udienza di conciliazione e di definizione, si ritiene congruo liquidare la somma di Euro 200,00 (duecento/00) a titolo di rimborso delle spese sostenute per la trattazione della presente procedura.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL DIRIGENTE

VISTO l'art.19 comma 7 della delibera Agcom 173/07/CONS che attribuisce al dirigente della struttura amministrativa del Corecom la definizione delle controversie di modesta entità, che hanno ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente l'importo di Euro 500,00;

DETERMINA

1. Il Corecom accoglie parzialmente, nei termini esposti in motivazione, l'istanza presentata da Simmetria Immagine e Comunicazione xxx in data 27 ottobre 2014
2. La società Optima Italia xxx è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre la somma di euro 200,00 (duecento/00) per le spese di procedura, la somma di Euro 285,00 a titolo di indennizzo ai sensi dell'art.7 Allegato A) alla Delibera .73/11/CONS;
3. La società società Optima Italia xxx è inoltre tenuta a disporre lo storno relativo alle fatture nn. 234261, 290313 e 377012, regolarizzando la posizione contabile ed amministrativa dell'utente.
4. La società società Optima Italia xxx è tenuta, altresì, a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente determina entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.
5. 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.
6. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
7. Il presente atto 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 sui siti web del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, 06/10/2015

Il Dirigente
Aurelio Lo Fazio
Fto