



DELIBERAZIONE
n. 77 del 14 dicembre 2018

Oggetto: **DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA: xxx /Optima Italia xxx.**

Presenti:

ENZO BROGI	<i>Presidente</i>
CHETI CAFISSI	<i>Vice Presidente</i>
ALBERTO LAPENNA	<i>Componente</i>
ELETTRA PINZANI	<i>Componente</i>
MASSIMO SANDRELLI	<i>Componente</i>

Assenti:

Presiede: **Enzo Brogi**

Segretario: **Luciano Moretti** *Dirigente sostituto per le funzioni e attività inerenti il Corecom incaricato della redazione del presente atto*

II COMITATO REGIONALE per le COMUNICAZIONI

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'art. 1, comma 6, lettera a), n. 14 e comma 13;

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

VISTA la legge regionale Toscana 25 giugno 2002, n. 22 "Norme e interventi in materia di informazione e comunicazione. Disciplina del Comitato Regionale per le Comunicazioni", in particolare l'art. 30, e il "Regolamento Interno di organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni" (ex art. 8 legge regionale 1° febbraio 2000, n. 10);

VISTO l'"*Accordo quadro concernente l'esercizio delle funzioni delegate ai comitati regionali per le comunicazioni e 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 28 novembre 2017;

VISTA la "*Convenzione per il conferimento e l'esercizio della delega di funzioni ai Comitati Regionali per le Comunicazioni*", sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni della Toscana in data 16 gennaio 2018", e in particolare l'art. 5, comma 1, lett. e);

VISTA la Delibera Agcom n. 179/03/CSP "*Approvazione della direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lettera b), numero 2, della legge 31 luglio 1997, n. 249*" e successive modifiche e integrazioni;

VISTA la Delibera Agcom n. 173/07/CONS, All. A "*Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti*" e successive modifiche ed integrazioni;

VISTA la Delibera Agcom n. 73/11/CONS All. A "*Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori*";

VISTA la Delibera Agcom n. 276/13/CONS "*Approvazione delle Linee Guida relative all'attribuzione delle deleghe ai CoReCom in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche*";

VISTA l'istanza GU14 n. 514 del giorno 25 novembre 2016 con cui la società xxx chiedeva l'intervento del Comitato Regionale per le Comunicazioni (di seguito, per brevità, CoReCom) per la definizione della controversia in essere con la società Optima Italia xxx (di seguito, per brevità, Optima) ai sensi dell'art. 14 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con Delibera Agcom n. 173/07/CONS, Allegato A (di seguito il "Regolamento");

ESAMINATI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante.

La società istante lamenta il ritardo dell'attivazione del contratto con Telecom Italia xxx (di seguito, per brevità, Telecom Italia) che prevedeva la disattivazione del servizio di "Carrier Pre-Selection" (CPS) sulle utenze business n. 0571 51xxx e n. 0571 242xxx; contesta, altresì, l'emissione di fatturazione, da parte di Optima, successivamente al passaggio al nuovo gestore, nonché la sospensione del servizio sull'utenza n. 0571 242xxx dedicata al fax.

In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento, l'istante ha dichiarato quanto segue:

- in data 31 dicembre 2015, aderiva ad un'offerta "Evoluzione Ufficio Small" con Telecom Italia ad oggetto linee mobili e fisse che prevedeva la disattivazione del servizio di CPS con Optima; concordava con l'operatore Telecom Italia che avrebbe provveduto a disattivare il servizio di preselezione automatica di Optima;

- dopo sei mesi dalla sottoscrizione del contratto con Telecom Italia, i servizi di rete fissa non erano stati attivati e non era stato ancora disattivato il servizio di CPS con Optima;

- in data 15 luglio 2016, inviava un reclamo ad Optima a mezzo e-mail con il quale comunicava "che in data 31.12.15 [aveva]richiesto un cambio di contratto al [...] gestore della telefonia fissa Telecom. Il nuovo contratto si chiama "Evoluzione ufficio Small" e prevede, fra le tante cose, l'annullamento del contratto con tutti i servizi di preselezione, come il vostro a spese di Telecom. Ad oggi però non è stato ancora attivato (... dopo 6 mesi) e quindi a voi risulta ancora attivo questo servizio".

- riceveva da Optima "Preavviso di sospensione dei servizi di telefonia" datato 27 luglio 2016;

- riscontrava la disattivazione "in data 3 agosto 2015 [del] numero di fax 0571 242xxx rimasto attivo con CPS Optima";

- "in data 5 agosto 2016 inviava un modulo di cessazione CPS verso Optima nonostante avesse confidato nell'operato di Tim per l'acquisizione delle linee in toto tramite contratto sottoscritto a dicembre".

In data 22 novembre 2016 la parte istante esperiva nei confronti dell'operatore Optima e Telecom Italia xxx tentativo obbligatorio di conciliazione presso il CoReCom Toscana, tentativo che si concludeva con verbale attestante il fallimento dello stesso nei confronti di Optima per mancata comparizione di detto operatore e di accordo nei confronti di Telecom Italia xxx.

In base a tali premesse l'istante ha chiesto:

- i) il "rimborso fatture pagate ad Optima per la riattivazione del servizio fax disattivato per morosità";
- ii) lo "storno della morosità maturata inconsapevolmente per servizio CPS rimasto attivo";
- iii) il "ritiro pratica recupero credito";

- iv) l' "indennizzo da quantificare in sede conciliativa per disagi patiti dalla mancata tempestiva migrazione completa di tutte le linee";
- v) l' "indennizzo per distacco fax";
- vi) le "spese di procedura".

2. La posizione dell'operatore.

La società Optima , in data 20 dicembre 2016, ha fatto pervenire, ai sensi e nei termini di cui all'art. 16, comma 2 del Regolamento, una memoria difensiva, nella quale ha dedotto, con riferimento *"alla richiesta di indennizzi, corre l'obbligo precisare, che in base a quanto stabilito dalla Delibera 173/07/CONS, articolo 19, comma 4, "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 dai casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità."* Ne deriva, nel caso di specie la evidente genericità delle richieste avanzate. Manca, infatti, una qualsiasi imputazione ad una specifica norma del Contratto, della Carta dei servizi nonché delle Delibere AGCOM, così come richiesto, invece, dalla suddetta Delibera 173/07/CONS".

Inoltre ha dedotto che:

- *"contrariamente a quanto lamentato, il servizio fax non è mai stato contrattualizzato, attivato ed erogato dalla scrivente, quindi mai sospeso per morosità. Fatta questa indispensabile premessa si rappresenta che alcuna disdetta è pervenuta ad Optima, e rebus sic stantibus il servizio voce è rimasto attivo e regolarmente fatturato. Tuttavia a seguito delle verifiche effettuate è emerso che a far data dal 27.08.16, la "Cps è caduta per cambio operatore selezionato". Probabilmente la cliente si è rivolta ad un nuovo operatore"*.
- *"il servizio fax non è mai stato contrattualizzato e rebus sic stantibus attivato, fatturato e pertanto alcun rimborso è dovuto"*;
- *"alcuna disdetta è pervenuta, dunque il servizio voce è rimasto regolarmente attivo, erogato e fatturato, pertanto legittime sono le fatture emesse a fronte del servizio fornito e le azioni volte al recupero del credito"*.

3. Motivazione della decisione.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dall'istante possono essere parzialmente accolte come di seguito precisato.

In via preliminare, con riferimento alla domanda d'indennizzo *sub v)* per i disagi subiti occorre evidenziare che trova applicazione quanto statuito con le *"Linee Guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche"*, approvate con Delibera Agcom n. 276/13/CONS), secondo cui, in un'ottica di *favor utentis*, le istanze inesatte o imprecise, devono essere interpretate secondo il loro significato più logico e più pertinente rispetto alla questione da esaminare. In particolare, anche la richiesta di risarcimento danni, in attuazione di un criterio di ragionevolezza ed efficienza dell'azione, può essere interpretata come richiesta di accertamento di un comportamento illegittimo da parte dell'operatore e del conseguente diritto all'indennizzo, a prescindere dal *nomen iuris* indicato dalla parte istante.

Tutto ciò posto, all'esito delle risultanze istruttorie, la presente disamina si incentra sulla fatturazione del servizio voce erogato in modalità CPS da parte di Optima dopo il passaggio all'operatore Telecom Italia S.p.A., la sospensione per morosità del numero dedicato al fax (n. 0571 242xxx) e sul ritardo dell'attivazione del contratto con il nuovo operatore.

La domanda *sub i)* di "rimborso fatture pagate ad Optima per la riattivazione del servizio fax disattivato per morosità" non è meritevole di accoglimento, dal momento che l'istante ha omesso di produrre agli atti la documentazione indispensabile allo svolgimento e alla completezza della fase istruttoria senza allegare la fatturazione riportante i costi sostenuti per la riattivazione, né indicarne l'importo. Tale insufficienza probatoria impedisce di effettuare l'esatto riscontro circa quanto lamentato dall'istante in merito al disservizio patito.

Pertanto, non può essere accolta la domanda di rimborso da parte dell'utente dei costi sostenuti per la riattivazione del servizio.

Con riferimento alla domanda *sub iv)* riferita all'indennizzo dovuto per la "mancata tempestiva migrazione completa di tutte le linee" occorre osservare che detta doglianza ha ad oggetto la ritardata attivazione dell'offerta sottoscritta, in data 31 dicembre 2015, con la società Telecom Italia che, in sede di udienza di conciliazione, ha raggiunto un accordo con la parte istante. Detta richiesta non può trovare accoglimento nei confronti del gestore Optima, atteso che la responsabilità circa le tempistiche per l'attivazione del contratto riguardava unicamente l'operatore con il quale aveva sottoscritto il contratto.

La domanda *sub v)* di "indennizzo per distacco fax" è meritevole di un parziale accoglimento, per le ragioni di seguito esposte.

Preliminarmente si richiama che 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, 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 codice civile, 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.

Nel caso di specie la società istante ha lamentato che "in data 3 agosto 2015 ha disattivato il numero di fax 0571 242xxx rimasto attivo con CPS Optima". Di contro l'operatore Optima ha evidenziato che "il servizio fax non è mai stato contrattualizzato, attivato ed erogato dalla scrivente, quindi mai sospeso per morosità". In merito al servizio di CPS, l'operatore Optima ha evidenziato che "il servizio voce è rimasto attivo e regolarmente fatturato. Tuttavia a seguito delle verifiche effettuate è emerso che a far data dal 27.08.16, la "Cps è caduta per cambio operatore selezionato".

DELIBERAZIONE
n. 77 del 14 dicembre 2018

Atteso che l'istante lamenta la mancata erogazione del servizio di preselezione automatica sul numero 0571 242xxx a partire da 3 agosto 2015, l'operatore Optima, che ha sostenuto di non aver sospeso i servizi e di aver disattivato il servizio voce solo in data 27 agosto 2016, non dà conto di aver correttamente erogato il servizio di CPS nel periodo 3 – 27 agosto 2016.

Ciò premesso, in mancanza di qualsivoglia prova prodotta dall'operatore in ordine al corretto del servizio CPS nel periodo 3 – 27 agosto 2016, si ritiene che la condotta di Optima non sia stata conforme agli obblighi previsti e che sussista una sua responsabilità contrattuale per l'interruzione di detto servizio sull'utenza n. 0571 242xxx.

Per quanto concerne la determinazione dell'indennizzo, richiamando le considerazioni sopra menzionate, si ritiene di liquidare l'indennizzo derivante dal combinato disposto dell'art. 7, comma 1, e dell'art. 12, comma 2, dell'Allegato A alla Delibera Agcom n. 73/11/CONS, attesa la natura *business* dell'utenza, per il periodo 3 – 27 agosto 2016 per complessivi euro 125,00 (euro 2,50 x 2 x 26 giorni di disservizio).

Inoltre, in parziale accoglimento della domanda *sub ii)* di “*storno della morosità maturata inconsapevolmente per servizio CPS rimasto attivo*”, a fronte della mancata fruizione del servizio CPS a partire dal 3 agosto 2016 non può ritenersi fondata la pretesa creditoria vantata dall'operatore Optima. La società istante ha, pertanto, diritto allo storno e/o rimborso (in caso di avvenuto pagamento) della fatturazione emessa con riferimento al servizio voce Optima (Id Cliente: 140417) a partire dal 3 agosto 2015 fino alla fine del ciclo di fatturazione, oltre al ritiro, a propria cura e spese, delle eventuali corrispondenti pratiche di recupero del credito eventualmente aperte.

Infine si ritiene proporzionale ed equo liquidare a favore dell'istante, ai sensi dell'art.19, comma 6, del Regolamento, la somma forfettaria di euro 50,00 a titolo di spese di procedura.

VISTO l'Ordine di Servizio del Segretario Generale n. 9 del 24 luglio 2018, con il quale, a seguito della temporanea assenza della Dott.ssa Cinzia Guerrini, è stato individuato il Dott. Luciano Moretti, dirigente del Settore “Analisi di fattibilità e per la valutazione delle politiche. Assistenza al Difensore Civico, al Garante dei detenuti e all'Autorità per la partecipazione” quale dirigente sostituto per le funzioni e attività inerenti il Corecom;

VISTI la relazione istruttoria redatta dalla Dott.ssa Elisabetta Castelli, responsabile del procedimento e lo schema di decisione predisposto dal Dirigente Dott. Luciano Moretti ex art. 19, comma 1, del Regolamento;

UDITA l'illustrazione del Dirigente, Dott. Luciano Moretti volta su proposta del Presidente nella seduta del 14 dicembre 2018;

DELIBERA

in parziale accoglimento dell'istanza presentata in data 25 novembre 2016 xxx nei confronti dell'operatore Optima Italia xxx, che detto operatore provveda a:

1) corrispondere, mediante assegno o bonifico bancario:

DELIBERAZIONE
n. 77 del 14 dicembre 2018

- a) l'importo di euro 125,00 a titolo di indennizzo per sospensione del servizio di servizio di CPS;
- b) la somma di euro 50,00 a titolo di spese di procedura ai sensi dell'art. 19, comma 6, del Regolamento e delle Linee Guida approvate con la Delibera Agcom n. 276/13/CONS.

2) regolarizzare la posizione contabile-amministrativa dell'istante mediante lo storno e/o rimborso (in caso di avvenuto pagamento) della fatturazione emessa con riferimento al servizio voce Optima (Id Cliente: 140417) a partire dal 3 agosto 2015 fino alla fine del ciclo di fatturazione, oltre al ritiro, a propria cura e spese, delle eventuali corrispondenti pratiche di recupero del credito eventualmente aperte.

Le somme così determinate a titolo di indennizzo e rimborso di cui ai precedenti punti 1) lett. a) e 2) dovranno essere maggiorate della misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia.

E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, come previsto dall'art. 19, comma 5, della Delibera Agcom n. 173/07/CONS, Allegato A.

Ai sensi dell'art. 19, comma 3, della Delibera Agcom n. 173/07/CONS Allegato A, il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, comma 11, D.lgs. n. 259/2003.

L'operatore è tenuto, altresì, a comunicare a questo Ufficio l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sul sito internet istituzionale del CoReCom, nonché trasmessa all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni per gli adempimenti conseguenti.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con D.lgs. 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'art. 119 del medesimo Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

Il Segretario
Luciano Moretti

Il Presidente
Enzo Brogi