

DELIBERA N. 136/20/CIR

**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
GAZ /OPTIMA S.P.A./TIM S.P.A.
(GIU14/112464/2019)**

L'AUTORITÀ

NELLA riunione della Commissione per le Infrastrutture e le Reti del 31 marzo 2020;

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 1° agosto 2003, n. 259, recante “*Codice delle comunicazioni elettroniche*”;

VISTA la delibera n. 223/12/CONS, del 27 aprile 2012, recante “*Adozione del nuovo Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 95/19/CONS;

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*”, di seguito denominato *Regolamento sugli indennizzi* come modificato da ultimo dalla delibera n. 347/18/CONS;

VISTA la delibera n. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante “*Approvazione del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche*”, di seguito denominato *Regolamento*, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 353/19/CONS;

VISTO l’articolo 7 del decreto-legge 21 settembre 2019, n. 104, recante “*Misure urgenti per assicurare la continuità delle funzioni dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*”, come modificato, da ultimo, dall’articolo 117 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, ai sensi del quale “*Il Presidente e i componenti del Consiglio dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni di cui all’articolo 1 della legge 31 luglio 1997, n. 249, in carica alla data del 19 settembre 2019, continuano a esercitare le proprie funzioni, limitatamente agli atti di ordinaria amministrazione e a quelli*

indifferibili e urgenti, fino all'insediamento del nuovo Consiglio e comunque fino a non oltre i 60 giorni successivi alla data di cessazione dello stato di emergenza sul territorio nazionale relativo al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili, dichiarato con la delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 26 del 1° febbraio 2020";

VISTO il decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, recante “*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*” e, in particolare, l'articolo 103, comma 1;

CONSIDERATO che nel procedimento sono stati acquisiti tutti gli elementi istruttori nella piena garanzia del contraddittorio;

RITENUTO, alla luce di quanto stabilito dall'articolo 103, comma 1, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, che impone alle pubbliche amministrazioni di adottare “*ogni misura organizzativa idonea ad assicurare comunque la ragionevole durata e la celere conclusione dei procedimenti*”, opportuno procedere all'adozione del provvedimento finale;

VISTA l'istanza dell'utente Gaz, del 17 aprile 2019, n. prot. 0170429;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

Il sig. Gaz, titolare di una utenza *business* ha rappresentato quanto segue: «*[n]el mese di luglio 2018 mi sono visto disattivare dalla società OPTIMA il n° storico dell'officina di Agordo 0437-62xxx per un ritardo di pagamento di alcune fatture che ho prontamente pagato. Nonostante poi avessi continuato a chiamare il servizio clienti nulla è servito per poter avere la riattivazione...Ho provato poi ad agosto 2018 con TIM a fare la pratica di PORTABILITA' del numero 0437 62xxx ma ad oggi sono ancora privo di linea telefonica nonostante siano passati 5 mesi dalla richiesta di passaggio. Già fatta la registrazione vocale alla compagnia TIM TELECOM ITALIA SPA. il 24.01.2019 operatrice TIM n. AL605 dice che la pratica di PORTABILITA' è ancora IN LAVORAZIONE e che la società OPTIMA ITALIA SPA non rilascia il numero. Il numero 0437-62xxx è stato riattivato con TIM in data 09/04/2019*».

In base a tali premesse, l'utente ha richiesto nei confronti di TIM S.p.A. (d'ora in poi, TIM) e Optima S.p.A. (di seguito, Optima):

- i. l'indennizzo per la mancata attivazione della linea telefonica da agosto 2018 e sino alla effettiva data di riattivazione del 09/04/2019.
- ii. l'indennizzo per il completo disservizio della linea telefonica da agosto 2018 e sino alla effettiva data di riattivazione del 09/04/2019;

- iii. l'indennizzo per i mancati riscontri ai reclami;
- iv. l'indennizzo per il mancato adempimento del provvedimento GU5;
- v. l'indennizzo per la gestione della pratica.

2. Posizione degli operatori

L'operatore Optima nelle proprie memorie ha rappresentato quanto segue: «*[i]l signor Gaz, nonostante la regolare fornitura dei servizi, non ha pagato alla società "Optima Italia s.p.a." alcune fatture, e segnatamente: la numero 46889/I del 9 aprile 2018; la numero 58774/I del 9 maggio 2018; per un totale di Euro 50,62 e, pertanto, quest'ultima, dopo numerosi avvisi al cliente, ha inviato una formale costituzione in mora nella quale, tra l'altro, era testualmente statuito che" Voce. Per il servizio di fornitura Voce l'importo dovuto è pari ad Euro 50,62. Pertanto, se entro 15 giorni dalla data della presente comunicazione gli importi delle fatture insolute non risulteranno corrisposti, il contratto di fornitura Voce dovrà intendersi chiuso. In tal caso, procederemo alla definitiva interruzione del servizio, con conseguente perdita della numerazione, specificando che i costi di tale interruzione saranno a suo esclusivo carico. Rebus sic stantibus, visto il perdurare della morosità, la società "Optima" ha regolarmente inviato data out per morosità il 22 giugno 2018 ed il servizio è cessato in data 4 luglio 2018. Per mero tuziorismo difensivo, si comunica che le fatture numero 46889/I e numero 58774/I sono state saldate tardivamente, successivamente al data out, a sostegno di quanto asserito si allega il mastrino contabile sotto la lettera "C". Per mera completezza espositiva, si precisa che le richieste di migrazione sono successive alla data di cessazione della linea in quanto sono pervenute in data 30 settembre 2018 e 16 ottobre 2018 e pertanto non sono andate a buon fine».*

La società TIM nelle proprie memorie ha eccepito quanto segue «*[d]a una verifica nei sistemi informatici di Telecom, risulta che, in data 13/09/2018, il cliente ha sottoscritto un modulo di rientro in TIM della linea 043762xxx (Doc. 1), con VO 754798, scartato da OLO per numerazione inesistente. In data 30/01/19, l'istante ha presentato il GU5 e dalle verifiche effettuate da TIM per la lavorazione della richiesta è risultato che l'OLO ha cessato la linea il 04/07/2018 e, nei sistemi commerciali, la linea non risultava, tuttavia, tornata nella disponibilità di TIM, talché la stessa è stata riattivata manualmente in data 09/04/19. La linea risulta essere stata cessata da OLO in data 04/07/18. Tale variazione non è arrivata nei sistemi commerciali di TIM e non risultava, pertanto, disponibile. Fino alla lavorazione del GU5, la responsabilità è imputabile all'OLO. Non sussistono responsabilità in capo a TIM, salvo valutazioni conciliative da effettuarsi in udienza. Per tutto quanto sopra esposto, Telecom Italia S.p.A. chiede all'AGCOM di voler: - nel merito, respingere l'avversa istanza in quanto infondata in fatto ed in diritto per i motivi sopra esposti».*

3. Motivazione della decisione

Alla luce delle risultanze istruttorie le richieste di parte istante possono essere parzialmente accolte, per le motivazioni di seguito riportate.

Dal corredo probatorio allegato agli atti emerge che il sig. Gaz, cliente *business* di Optima, riceveva numerosi solleciti di pagamento da parte dell'operatore in merito alle fatture n. 46889/I con scad. 09/04/2018; n. 58774/I con scad. 09/05/2018; n. 84120/I con scad. il 25/07/2018 e n. 97359 con scad. il 24/08/2018. In particolare, a seguito del ritardo nel pagamento delle prime due fatture, Optima, previa diffida comunicata all'istante in data 4 giugno 2018, ha cessato il servizio in data 4 luglio 2018. Le fatture di luglio e agosto venivano invece regolarizzate dall'istante soltanto il 5 ottobre 2018 (come si evince da ricevuta bonifico e fax allegati agli atti). Pertanto, stante l'interruzione del servizio voce, in data 13 settembre 2018 il sig. Gaz effettuava richiesta di rientro in TIM, ma senza tuttavia ottenere la riattivazione della linea. TIM dal canto suo, con lettera del 25 ottobre 2018, confermava al nuovo cliente che erano in corso le procedure per l'attivazione della medesima. Perdurando il mancato rientro in TIM, il sig. Gaz promuoveva istanza di GU5 in data 24 gennaio 2019, ottenendo un provvedimento di urgenza del CORECOM Veneto in data 14 febbraio, teso alla riattivazione del servizio entro il 4 marzo 2019. Il servizio infine veniva riattivato a partire dal 9 aprile 2019.

Alla luce del quadro istruttorio così ricostruito, la richiesta *sub i.*, relativa al riconoscimento di un indennizzo per la mancata attivazione della linea telefonica da agosto 2018 e sino alla effettiva data di riattivazione del 9 aprile 2019 può trovare accoglimento nei termini di seguito riportati.

L'operatore Optima, in qualità di *donating*, ha provveduto alla sospensione prima, e alla cessazione poi del servizio voce, stante il perdurare del ritardo nel pagamento delle fatture, in conformità alle proprie Condizioni generali di contratto e a quanto altresì previsto dal *Regolamento*, il quale all'art. 5.1. stabilisce che «*[f]ermo restando l'obbligo di informare l'utente con congruo preavviso, l'operatore, salvi i casi di frode, di ripetuti ritardi di pagamento o di ripetuti mancati pagamenti e per quanto tecnicamente fattibile, può disporre la sospensione del solo servizio interessato dal mancato pagamento*», e al comma 2, lett. c) prevede che «*si può considerare ritardato unicamente il pagamento avvenuto almeno quindici giorni oltre la scadenza e fatti comunque salvi i casi di ritardo nella emissione o consegna della fattura*». Pertanto, Optima non poteva più procedere all'OK di fase 2 a seguito della richiesta di TIM, stante l'ormai avvenuta cessazione della linea che, quindi, non risultava più disponibile nei propri sistemi.

Dal canto suo, invece, l'operatore TIM, in qualità di *recipient*, a seguito dei KO ricevuti da Optima in ordine alle richieste di rientro inoltrate dalla prima, rispettivamente, il 30 settembre 2018 e il 16 ottobre 2018, non ha dato prova di essersi prontamente attivato per risolvere le problematiche relative all'attivazione del servizio secondo le condizioni contrattuali, né ha dato prova di aver comunicato all'utente le ragioni degli impedimenti tecnici/amministrativi riscontrati nel corso della procedura. L'operatore ha soltanto affermato, ma non provato, che la linea non risultava tornata nella disponibilità di TIM a seguito della cessazione di Optima. Invece, a seguito del provvedimento temporaneo del CORECOM Veneto, l'operatore TIM, come affermato testualmente nelle proprie memorie, ha provveduto alla "riattivazione manuale della linea", con ciò confermando che il

disservizio lamentato da parte istante era dipeso dal mancato intervento risolutivo del *recipient* che, nel caso di specie, a seguito della cessazione della linea rivestiva anche il ruolo di *donor*.

In merito occorre richiamare il consolidato orientamento dell'Autorità, in base al quale l'operatore che non garantisce l'erogazione del servizio secondo quanto promesso, e che non prova di aver posto in essere comportamenti volti a evitare, rimuovere o superare l'ostacolo tecnico, è responsabile nei confronti dell'utente in quanto, ai sensi del combinato normativo degli articoli 1218 e 1256 del Codice civile, si presume, fino a prova contraria, che l'impossibilità sopravvenuta temporanea o definitiva della prestazione stessa sia imputabile al debitore. In proposito, la giurisprudenza di legittimità è costante nel ritenere che l'impossibilità sopravvenuta che libera dall'obbligazione (se definitiva) o che esonera da responsabilità per ritardo (se temporanea), deve essere obiettiva, assoluta e riferibile al contratto e alla prestazione ivi contemplata e deve consistere non in una mera difficoltà, ma in un impedimento, del pari obiettivo e assoluto, tale da non poter essere rimosso (cfr. da ultimo Cassazione civile, sez. II, 30 aprile 2012 n. 6594435 – Cassazione civile, sez. III, 05 agosto 2002 n. 117174). Pertanto, considerato il comportamento scarsamente diligente e collaborativo del gestore, si dispone in capo all'operatore TIM l'obbligo di corresponsione dell'indennizzo di cui all'art. 7, comma 1, del *Regolamento sugli indennizzi*, relativo alla mancata attivazione del servizio voce, nel periodo intercorrente tra la data di sottoscrizione del contratto, ovvero il 13 settembre 2018 (come risulta confermato dall'operatore), sino alla data di attivazione del servizio voce, risalente al 9 aprile 2019, per un periodo di 198 giorni, detratti 10 giorni per l'attivazione dei servizi previsti da Carta servizi TIM, per euro 7,50 *pro die*, calcolati in misura doppia in quanto trattasi di utenza *business*, per un importo complessivo di euro 2.970,00.

La richiesta di indennizzo di cui la punto *sub ii*. non risulta invece accoglibile, in quanto la condotta dell'operatore è stata già inquadrate e indennizzata secondo quanto disposto al punto precedente.

La richiesta di cui al punto *sub iii*. non merita accoglimento, in quanto l'assenza di risposta al reclamo è già stata valutata ai fini del riconoscimento dell'indennizzo, più favorevole all'utente, per ritardo attivazione dei servizi, e dunque, diversamente operando, la stessa condotta verrebbe sanzionata, in termini compensatori, due volte.

L'indennizzo di cui al punto *sub iv*. non merita accoglimento, in quanto non risulta contemplato fra le ipotesi tassative previste dal *Regolamento sugli indennizzi*.

Parimenti, la richiesta di cui al punto *sub v*. non merita accoglimento, stante la gratuità della procedura e la mancanza di prove circa le eventuali ulteriori spese sostenute.

UDITA la relazione del Commissario Antonio Nicita, relatore ai sensi dell'articolo 31 del *Regolamento per l'organizzazione ed il funzionamento dell'Autorità*;

DELIBERA

Articolo 1

1. L'Autorità accoglie parzialmente l'istanza presentata dal sig. Gaz nei confronti della società TIM S.P.A.

2. La società TIM S.p.A. è tenuta, entro 60 giorni dalla notifica del presente provvedimento, a corrispondere in favore di parte istante euro 2.970,00 (duemilanovecentosettanta/00) maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza a titolo di indennizzo per ritardo nell'attivazione del servizio.

3. La società TIM S.p.A. è tenuta a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento della presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

4. I termini per l'esecuzione al presente provvedimento sono computati tenuto conto di quanto disposto dall'art. 103, comma 1, del decreto-legge n. 18 del 23 marzo 2020.

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.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso, tenuto conto di quanto disposto dall'art. 84, comma 1, secondo periodo, del decreto-legge n. 18 del 17 marzo 2020.

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sul sito *web* dell'Autorità.

Roma, 31 marzo 2020

IL PRESIDENTE
Angelo Marcello Cardani

IL COMMISSARIO RELATORE
Antonio Nicita

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE f.f.
Nicola Sansalone