

DELIBERA N. 147/20/CIR

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA L'IMMAGINE DI M. E G. / TIM S.P.A. / OPTIMA ITALIA S.P.A. (GU14/126807/2019)

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 de L'immagine di M. e G., del 3 giugno 2019, numero di protocollo 0238936;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

Parte istante, titolare di una utenza *business*, ha rappresentato quanto segue: «*Cliente TIM il 23/12/2018 migro con voce adsl e pos in Optima; immediatamente entro in disservizio totale e nonostante numerosi reclami telefonici non riesco a risolvere il problema. Avvio procedimento di urgenza Gu5 in cui chiedo la riattivazione della linea adsl e pos che sta creando notevoli problemi e perdite alla mia attività*».

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. (d'ora in poi, Optima):

- i. rimborso fatture pagate nel periodo di disservizio;
- ii. indennizzo per disservizio voce, ADSL e POS *business* dal 23 dicembre 2018 e fino alla risoluzione delle problematiche;
- iii. riattivazione utenza;
- iv. storno eventuali insoluti;

v. indennizzo per eventuale perdita del numero storico.

2. Posizione degli operatori

La società TIM, in qualità di *donating*, nelle proprie memorie ha eccepito l'inammissibilità e improcedibilità di eventuali richieste avanzate nel formulario GU14 che non siano coincidenti con quelle formulate nell'istanza di conciliazione. Nel merito, ha rappresentato che *«il DN si trova nello stato attivo con l'Operatore Optima sia per la componente voce che per la componente l'ADSL con decorrenza 24/12/2018. Arriviamo nel 2019, quando pervengono due provvedimenti d'urgenza rispettivamente in data 13/03 e 29/05/2019 che riportano le informazioni tracciate sui sistemi di rete e Wholesale sopra riportati. Non risultano segnalazioni di disservizio tracciate sui nostri sistemi di rete. Insintesi sul DN 0522286xxx è stata attivata la CPS dal 22/06/2015. In data 4/01/2019 viene espletato ordine di cessazione linea sulla base ordine emesso da altro Operatore come da richiesta su CRM NOW. In data 29/05/2019 l'asset CPS viene cessato a seguito di attività di riallineamento dei sistemi Wholesale. Il numero è stato correttamente cessato a fronte dell'ordine dati di Optima (rif.: NOW OPTBTS-0000000000641806) Lato TIM: la fonia viene cessata senza aver predisposto la number portability (NP) del numero. La cessazione, e quindi il disservizio, non è attribuibile a TIM. È comunque possibile recuperare manualmente il numero in base all'attuale volontà del cliente.»*. Inoltre, in merito all'ultima fattura emessa e contestata, l'operatore ne evidenzia invece la correttezza, avendo fatturato sino alla data di cessazione del rapporto contrattuale.

Optima, in qualità di *recipient*, nelle proprie memorie ha dichiarato che il servizio voce non è mai stato attivato per motivazioni tecniche. In ordine al servizio dati, l'operatore ha rappresentato quanto segue *«[d]alla fattura emessa dal precedente gestore, allegata al contratto, era visibile infatti che la cliente avesse anche una linea adsl attiva e per evitare che perdesse il servizio adsl con Telecom l'attivazione in wrl è stata cestinata in data 29 marzo 2018, a sostegno di quanto asserito si allega il print nonché il contratto sottoscritto con la società "Optima" sotto le lettere "A" e "B". Con il secondo contratto sottoscritto in data 5 settembre 2018, il cliente richiedeva soltanto il servizio dati, sull'utenza 0522286xxx, come si evince dal contratto che si allega sotto la lettera "C". Il servizio adsl è stato attivato in data 24 dicembre 2018 ed è regolarmente funzionante, a sostegno di quanto asserito si allegano, sotto le lettere "D" ed "E", il print di attivazione e lo storico delle connessioni. Per mera completezza espositiva, si evidenzia che è stato riconosciuto un indennizzo alla cliente per ogni giorno di ritardo nell'attivazione, a sostegno si allega, sotto la lettera "F", la nota credito numero 5001230 predisposta a favore del cliente. ... Per i malfunzionamenti della linea dati (adsl), dallo storico della cliente non risultano casi di guasto. Non avendo avuto comunicazione di nessun disservizio o malfunzionamento la società "Optima Italia s.p.a." non è stata posta nella condizione di effettuare ulteriore assistenza. In assenza di segnalazioni da parte della cliente, il gestore non può essere a conoscenza del*

malfunzionamento o di un qualunque altro inconveniente riscontrato e, dunque, non può attivarsi per la risoluzione dello stesso».

3. Motivazione della decisione

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

In via preliminare, l'eccezione di TIM sulla inammissibilità di eventuali richieste avanzate nel formulario GU14 che non siano coincidenti con quelle formulate nell'istanza di conciliazione appare meramente tuzioristica, e come tale non meritevole di accoglimento.

Passando al merito della questione, dal corredo probatorio allegato agli atti emerge che l'istante avesse attivo un servizio di CPS verso Optima su rete telefonica dell'operatore di accesso. In data 23 dicembre 2018 la società istante ha richiesto una migrazione del servizio voce, ADSL e POS nello scenario TIM *donating* e Optima *Recipient*. La componente voce e la componente ADSL risultano migrate in Optima a partire dal 24 dicembre 2018. Tale circostanza è confermata dalle schermate depositate da TIM e dal fatto che l'istante, a seguito del passaggio, riscontrava numerosi malfunzionamenti, per cui inoltrava due istanze GU5 al CORECOM territorialmente competente, rispettivamente in data 6 marzo 2019 e 23 maggio 2019, ottenendo i conseguenti provvedimenti tesi a ottenere il funzionamento dei servizi forniti da Optima, ma senza riscontrare soluzione alcuna alle problematiche segnalate. Non risultano allegati, invece, reclami scritti da parte dell'utente.

Ciò stante, la richiesta *sub ii.*, relativa al riconoscimento di un indennizzo per disservizio voce, ADSL e POS è accoglibile nei termini di seguito riportati. A fronte delle contestazioni di parte istante – concernenti il disservizio sulla componente voce, dati e POS a partire dalla DAC del 24 dicembre 2018, data di passaggio confermata da TIM – la società Opima, in qualità di *recipient*, non ha dimostrato di aver adottato un comportamento diligente per la risoluzione delle problematiche. Difatti, con specifico riferimento alle procedure di passaggio fra operatori, secondo il consolidato orientamento dell'Autorità, un ruolo preminente nella gestione della procedura spetta all'operatore *recipient*, mentre l'operatore *donating* assume una condotta sostanzialmente passiva (cfr., *ex multis*, 33/18/DTC). Sul punto occorre fare riferimento al consolidato orientamento giurisprudenziale (Cass. Civ. 9 febbraio 2004 n. 2387, e da ultimo Cass. Civ. sez. II 20 gennaio 2010 n. 936) in tema di prova dell'inadempimento di un'obbligazione secondo cui *“il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'inadempimento deve solo provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto, mentre il debitore convenuto è gravato dall'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (anche per difformità rispetto al dovuto o anche per tardività dell'adempimento)*

gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento". In mancanza di prova dell'esatto adempimento da parte del fornitore, si presume la responsabilità contrattuale di questi, a meno che lo stesso non provi, ex art. 1218 c.c., che *"l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile"*.

Nel caso di specie, si rileva che l'operatore Optima in merito al servizio ADSL sull'utenza *de qua* ha confermato quanto sostenuto dall'istante e dal *donating*, e cioè che l'attivazione è avvenuta in data 24 dicembre 2018. Optima poi, contrariamente a quanto sostenuto da TIM e dall'istante, ha dichiarato nelle proprie memorie che l'attivazione del servizio voce non sarebbe mai avvenuta *«per motivazioni tecniche»*, senza dare evidenza, nello specifico, delle causali di scarto che avrebbero prodotto il KO. Nel corso dell'udienza di discussione l'operatore medesimo, contraddicendo riportato nelle proprie memorie, ha invece sostenuto che la mancata attivazione fosse dipesa dall'utente, e in proposito ha testualmente affermato che *«l'utente ha sottoscritto un ulteriore contratto con il quale ha richiesto soltanto il servizio dati che è stato attivato il 24 dicembre 2018»*. Ancora con riguardo al servizio di CPS per la componente voce l'operatore nelle memorie ha sostenuto che *«è stato attivo con la società "Optima" fino al 22 giugno 2015»*, mentre nel verbale di mancato accordo ha sostenuto che *«[i]l suddetto servizio è stato attivo sino al 30 settembre 2018»*. Pertanto Optima, in qualità di *recipient*, a fronte delle schermate di TIM che danno evidenza dell'avvenuto passaggio dei servizi voce e ADSL e delle doglianze dell'utente in merito ai servizi riscontrati a seguito del passaggio fra operatori, ha riportato motivazioni contraddittorie, non ha prodotto documentazione idonea a dimostrare la causale relativa alla asserita mancata migrazione del servizio voce, né ha dato contezza delle attività svolte per garantire il corretto funzionamento dei tre servizi richiesti – l'unica schermata prodotta in merito alla connessione ADSL non dimostra il relativo corretto funzionamento – o di aver reso idonea informativa al cliente.

Occorre evidenziare, d'altro canto, che parte istante non ha prodotto agli atti reclami scritti da cui potessero evincersi le segnalazioni in ordine al malfunzionamento riscontrato, e si è limitato a indicare le date delle segnalazioni telefoniche a Optima. Quindi, per quanto sopra esposto, si ritiene che sia da ascrivere all'operatore Optima la responsabilità in ordine al malfunzionamento del servizio voce e ADSL, ma il periodo indennizzabile andrà circoscritto tra la data del 6 marzo 2019 (data di inoltro della prima istanza GU5) al 2 luglio 2019 (data alla quale la società istante lamenta ancora il perdurare dei disservizi come da comunicazione depositata agli atti), per un periodo complessivo di 118 giorni. Per quanto concerne il *quantum*, si ritiene dover disporre la liquidazione dell'indennizzo di cui all'art. 6, comma 1, del *Regolamento sugli indennizzi*, relativo al malfunzionamento del servizio, pari a euro 6,00 *pro die*, per ciascuno servizio (voce e dati), calcolati in misura doppia in quanto trattasi di utenza *business*, pari a euro 2.832,00, detratti gli importi già riconosciuti dall'operatore con note di credito del 12 luglio 2019, pari a euro 360,00, e così per un importo complessivo di euro 2.472,00.

In merito al servizio accessorio POS andrà corrisposto, per le medesime motivazioni di cui al punto *sub ii.*, l'importo di cui all'art. 4, comma 3, nella misura massima di euro 300,00.

Le richieste *sub i.* e *iv.*, relative allo storno/rimborso delle fatture per il periodo di disservizio risultano meritevoli di accoglimento, in ragione del consolidato orientamento dell'Autorità secondo cui devono essere considerate illegittime le fatture emesse dall'operatore il quale, a fronte delle contestazioni sul malfunzionamento del servizio, nulla abbia provato, né in relazione alla corretta erogazione né in relazione alla correttezza degli addebiti fatturati (cfr. Del. 155/11/CIR). Pertanto, Optima dovrà stornare/rimborsare le fatture emesse durante il periodo contestato; TIM, dal canto suo, dovrà stornare la fattura n. 8H00490112 di aprile-maggio 2019, nella parte relativa al costo addebitato per il *router*, in quanto risulta incontestato che parte istante non lo avesse richiesto.

La richiesta *sub iii.* non risulta ammissibile, in considerazione della sua genericità.

La richiesta *sub v.* non è accoglibile, stante la mancata allegazione agli di documentazione idonea a dimostrare la storicità del numero, e vista la possibilità dichiarata dall'operatore TIM, nelle memorie difensive e a verbale, di recupero manuale della numerazione oggetto del pregresso rapporto contrattuale.

UDITA la relazione del Commissario Mario Morcellini, 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 dalla società L'immagine di M. e G. nei confronti di Optima S.p.A. e TIM S.p.A.

2. La società Optima S.p.A. è tenuta, entro 60 giorni dalla notifica del presente provvedimento, a corrispondere in favore di parte istante i seguenti importi maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:

- i. euro 2.472,00 (duemilaquattrocentosettantadue/00) a titolo di indennizzo per malfunzionamento servizio voce e ADSL;

3. La società Optima S.p.A. è altresì tenuta, entro 60 giorni dalla notifica del presente provvedimento, allo storno/rimborso dei corrispettivi addebitati per il traffico generato e degli eventuali oneri aggiuntivi.

4. La società TIM S.p.A. è tenuta allo storno parziale della fattura n. 8H00490112 di aprile-maggio 2019 in ordine ai costi addebitati per apparecchiatura non richiesta.

5. La società Optima S.p.A. e la società TIM S.p.A. sono tenute a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento della presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

6. 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.

7. 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.

8. 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
Mario Morcellini

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