

DELIBERA N. 199/20/CIR

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA DIME / OPTIMA ITALIA S.P.A. (GU14/199692/2019)

L'AUTORITÀ

NELLA riunione della Commissione per le Infrastrutture e le Reti del 23 aprile 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, dichiarata 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;

VISTO il decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23, recante “*Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali*” e, in particolare, l'art. 37;

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 di Dime, del 6 novembre 2019, avente numero di protocollo 0476067;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

La società Dime, cliente *business* di TIM S.p.A. (d'ora in poi, TIM), nonché titolare dell'utenza numero 0522952xxx, ha rappresentato che il 25 Maggio 2017, tramite un agente di Optima Italia S.p.A., attivava un contratto con quest'ultima per la fornitura del servizio ADSL/voce/luce, chiedendo contestualmente la *number portability* (NP) del numero originario; tuttavia, a seguito del passaggio in Optima Italia, riscontrava l'assenza di linea e di connettività in negozio, con grave danno per l'attività, trattandosi di un negozio abilitato alle scommesse. Pertanto, parte istante provvedeva a contattare sia l'agente che il servizio clienti dell'operatore, chiedendo assistenza tecnica, ma senza ottenere alcuna soluzione. Ciò nonostante, l'operatore Optima Italia gli comunicava che la portabilità del numero era andata a buon fine in data 3 luglio 2017. A seguito del

protrarsi del disagio, parte istante provvedeva a esporre denuncia contro il gestore in data 29 luglio 2017, nella quale confermava come, a seguito del passaggio in Optima Italia, la linea risultava disservita, e che nessun tecnico era intervenuto per la risoluzione del problema. A seguito della perdita del numero originario l'istante era costretto ad attivare un numero nuovo per poter svolgere l'attività lavorativa.

In base a tali premesse, l'utente ha richiesto nei confronti di Optima Italia:

- i. L'indennizzo per "mancato allaccio" linea;
- ii. L'indennizzo per assenza di connessione dati;
- iii. L'indennizzo per la perdita del numero originario;
- iv. L'indennizzo per mancata assistenza tecnica dell'operatore;
- v. L'indennizzo per i danni derivanti dalla chiusura obbligatoria dell'attività;
- vi. Il ritiro di eventuali pratiche di recupero del credito con storno dell'intero ciclo di fatturazione.

2. La posizione dell'operatore

L'operatore Optima Italia nelle proprie memorie ha rappresentato quanto segue: *«in data 25.05.2017, la cliente concludeva un contratto avente ad oggetto, tra l'altro, i servizi voce/Adsl in tecnologia "VOIP" sulla numerazione 0522952xxx intestata alla DIME. I servizi sono rimasti attivi dal 03.07.17 al 03.10.17 allorquando sono cessati per mancata notifica della richiesta di migrazione da parte di altro operatore. In merito al disservizio lamentato si rappresenta che il cliente, nella persona di S., n.q. di rappresentante legale della DIMA contattava Optima per segnalare il malfunzionamento solo in data 11.07.17. I tecnici di Optima per ben due giorni hanno richiesto la presenza in sede del Sig. S., al fine di verificare i collegamenti router. Solo in data 13.07.17 lo stesso si è reso disponibile e dopo le verifiche è stata segnalata l'anomalia a Telecom che è intervenuta con ritardo nella gestione. Allorquando un tecnico inviato da Telecom si è recato presso la sede del cliente, per cercare di risolvere il malfunzionamento, il cliente medesimo ne ha fermamente ostacolato l'ingresso e l'intervento. Pertanto, non è stato possibile analizzare l'anomalia, come risulta dalla documentazione depositata».* Optima Italia ha altresì rappresentato di aver provveduto, a seguito del ricevimento della disdetta del cliente, a inviare una comunicazione nella quale lo avvertiva che, in caso di mancata notifica della richiesta di migrazione da parte di altro operatore, avrebbe provveduto alla cessazione dell'utenza con conseguente perdita della numerazione. Poiché non è risultata alcuna notifica di migrazione, l'utenza è cessata in data 3 ottobre 2017, quindi oltre 2 mesi dalla disdetta inviata. L'operatore sottolinea, altresì, che *«[i]n ogni caso per i lamentati disservizi Optima ha provveduto allo storno dei costi mensili relativi ai servizi voce e adsl per un totale di €. 84,77 oltre al riconoscimento di un indennizzo di €. 25,00 per il guasto lamentato e allo storno del rateo del costo di attivazione per un totale di €. 40,00. Per tutto quanto sopra esposto, si chiede l'archiviazione del procedimento nei confronti di Optima».*

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 risulta che parte istante abbia richiesto l'attivazione dei servizi voce e ADSL in data 25 maggio 2017; inoltre, come risulta confermato dalle schermate depositate da Optima Italia, a seguito di un ordine inserito in data 20 giugno 2017, vi è stata un'attivazione in tecnologia VOIP con portabilità della numerazione 0522952xxx. In pari data vi è stata l'attivazione del servizio ADSL. Risulta quindi confermato che fino a tale data l'utente abbia usufruito dei servizi forniti dal precedente gestore. Al contrario, le schermate depositate dall'operatore in merito alla gestione del *ticket* non riportano riferimento alcuno all'utenza in oggetto. Risulta invece incontestato che parte istante abbia depositato denuncia in data 29 luglio e che con fax del 31 luglio 2017 il medesimo abbia inviato formale disdetta nei confronti di Optima Italia in relazione al servizio voce e ADSL.

Ciò premesso, le richieste di cui ai punti *sub* i. e ii. possono trovare accoglimento. Difatti, a fronte delle doglianze dell'utente viene in rilievo il consolidato orientamento giurisprudenziale (*ex multis*, 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 Italia, quale operatore *recipient*, ha dichiarato di aver attivato la fornitura dell'utenza *de qua* in data 3 luglio 2017. Tuttavia, l'operatore non ha prodotto documentazione circa le attività messe in atto per garantire il corretto funzionamento dei servizi. Attesa la contestazione dell'utente, il quale lamenta di non aver mai usufruito dei servizi voce e adsl a far data dal completamento del passaggio in Optima Italia, l'operatore non ha fornito la prova contraria di aver posto in essere tutte le attività necessarie a evitare il danno lamentato. Anzi, l'operatore ha dedotto in memoria che l'istante avrebbe più volte rifiutato l'intervento del tecnico, e che le problematiche fossero in ultima istanza da ascrivere a TIM. Tuttavia, dalle schermate depositate in atti, non risulta provato che l'operatore si sia recato sul posto per un intervento tecnico, né il *ticket* allegato, riportante la causale di rifiuto del cliente all'intervento di TIM, appare in qualche modo riconducibile all'utenza in questione.

Quindi, per quanto sopra esposto, in assenza agli atti di documentazione probatoria idonea a escludere la responsabilità dell'operatore Optima Italia, si ritiene che sia da ascrivere a detto operatore la responsabilità in ordine al malfunzionamento del servizio voce e ADSL nel periodo intercorrente tra la data del 3 luglio 2017 (data di attivazione del servizio, tenuto conto altresì dei tempi di attivazione previsti dalla Carta dei Servizi dell'operatore) e il 31 luglio 2017 (data di inoltro della disdetta di parte istante), per un periodo complessivo di 28 giorni. Per quanto concerne la determinazione dell'indennizzo, 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, calcolati in misura doppia in quanto trattasi di utenza *business*, pari a euro 672,00, detratti gli importi già riconosciuti dall'operatore con note di credito del 23 novembre 2017 – quindi successive ai 45 giorni previsti dall'art. 3, comma 2 del *Regolamento sugli indennizzi* – pari a euro 25,00, e così per un importo complessivo di euro 647,00.

La richiesta di indennizzo di cui la punto *sub iii.* non risulta invece accoglibile, in quanto l'operatore, in assenza di indicazioni all'atto della disdetta del 24 luglio 2017, ha correttamente informato l'utente (con la lettera depositata al fascicolo e non smentita dall'utente) della necessità di ricevere una richiesta di migrazione entro 30 giorni, dovendo altrimenti procedere alla cessazione dell'utenza, come di fatto è avvenuto.

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

L'indennizzo di cui al punto *sub v.* non merita accoglimento, stante l'incompetenza di questa Autorità in tema di risarcimento del danno, fermo restando la possibilità per la parte di rivolgersi al giudice ordinario per il riconoscimento del maggior danno.

La richiesta di cui al punto *sub vi.* merita accoglimento, poiché le fatture allegate dall'operatore non riportano i dettagli del presunto traffico effettuato da parte istante, quindi non risulta provato che il medesimo abbia usufruito dei relativi servizi. Per l'effetto, si dispone lo storno degli importi insoluti sino a chiusura del ciclo di fatturazione, con regolarizzazione della posizione amministrativo-contabile dell'istante e il ritiro della pratica di recupero del credito in esenzione spese.

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 dalla società Dime.
2. La società Optima Italia S.p.A. è tenuta, entro 60 giorni dalla notifica del presente provvedimento, a corrispondere in favore di parte istante euro 647,00

(seicentoquarantasette/00) maggiorati degli interessi legali, a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza, a titolo di indennizzo per malfunzionamento del servizio, oltre allo storno dell'intero ciclo di fatturazione emesso in relazione ai servizi voce e adsl, con regolarizzazione della posizione amministrativo-contabile dell'istante e il ritiro della pratica di recupero del credito in esenzione spese.

3. 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 e dalla proroga intervenuta ai sensi dell'art. 37 del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23.

4. 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.

5. 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 e della proroga intervenuta ai sensi dell'art. 36, comma 3, del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23.

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

Roma, 23 aprile 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