DELIBERAZIONE
n. 51 dell'11 ottobre 2018

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

Presenti:

ENZO BROGI	*Presidente*
CHETI CAFISSI	*Vice Presidente*
ALBERTO LAPENNA	*Componente*
ELETTRA PINZANI	*Componente*
MASSIMO SANDRELLI	*Componente*

Assenti:

Presiede: **Enzo Brogi**

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

DELIBERAZIONE
n. 51 dell'11 ottobre 2018

Il 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 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 Delibera Agcom n. 274/07/CONS "*Modifiche ed integrazioni alla delibera 4/06/CONS: modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso*" e successive modifiche ed integrazione;

VISTA l'istanza n GU14 n.172 del giorno 13 maggio 2016, con cui la 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 parte istante lamenta l'attivazione, da parte dell'operatore Optima, dei servizi voce e ADSL sulle utenze n. 055 540xxx, n. 055 5417xxx, n. 055 541xxx e n. 055 540xxx nonostante l'invio della rinuncia all'adesione contrattuale. Ha contestato, altresì, il mancato rilascio della linea ADSL ai fini del rientro in Telecom Italia, nonché la sospensione dei servizi.

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

- in data 29 settembre 2015 si presentavano presso la propria abitazione due agenti per conto di Optima, i quali illustravano una "*proposta non vincolante*", che il titolare si era riservato di accettare entro il 5 ottobre 2015; decideva di non aderire all'offerta e, già in data 3 ottobre 2015, inviava un SMS e una e-mail, comunicando all'agente Optima la sua intenzione di non accettare la proposta;

- in data 13 ottobre 2015, nonostante la rinuncia all'attivazione, venivano recapitati n. 3 modem Optima, accettati per sbaglio dalla persona "*che non aveva avuto nessuna istruzione in proposito*";

- inviava raccomandata A/R datata 14 ottobre 2015 (ricevuta dall'operatore il 22 ottobre 2015) dove diffidava l'operatore Optima dall'addebitare ulteriori somme e comunicava che restava in attesa che il gestore provvedesse al recupero dei "*modem ancora imballati*";

- in data 11 novembre 2015, riceveva a mezzo e-mail, dal servizio clienti dell'operatore Optima, un riscontro al proprio reclamo che veniva giudicato fondato; in tale missiva il gestore comunicava che "*nonostante che il processo di attivazione sia stato già concluso, non saranno emesse fatture (…) per il servizio e che saranno stornate tutte le fatture eventualmente emesse. In particolare, relativamente a: Optima ADSL, per la linea 055540xxx – 0555417xxx – 055540xxx – 055541xxx, le comunichiamo che: nonostante il processo di attivazione sia stato già concluso, non saranno emesse fatture a suo carico per il servizio. Per procedere alla cessazione del servizio con Optima senza cessazione della linea ADSL e conseguente perdita della numerazione associata, è necessario richiedere la migrazione ad altro operatore, utilizzando i codici di migrazione in suo possesso. Le comunichiamo inoltre che, in assenza di una richiesta di migrazione proveniente da altro operatore entro 30 giorni dalla data di invio della presente comunicazione, o in assenza di una sua esplicita richiesta di cessazione definitiva del servizio con conseguente perdita della numerazioni associata, eventuali costi relativi alle prestazioni eseguite saranno a suo carico*";

- in data 23 ottobre 2015 inviava un fax ad Optima, con il quale contestava la migrazione;

- in data 27 novembre 2016, inviava un reclamo, per il tramite dell'associazione Federconsumatori, con il quale ribadiva di non aver autorizzato la migrazione, avendo esercitato il diritto di ripensamento;

- in data 4 gennaio 2016, riceveva da Optima una comunicazione di preavviso di sospensione;

- in data 6 gennaio 2016, inviava un reclamo al Servizio Clienti dell'operatore con il quale evidenziava che, con la precedente risposta ricevuta da Optima, era stata stornata la fatturazione e chiedeva che non fosse addebitato alcun costo fino al passaggio ad altro operatore.

Nell'ambito della procedura di conciliazione, l'istante chiedeva al CoReCom Toscana l'adozione di un provvedimento temporaneo ai sensi dell'art. 5, all. A della Delibera Agcom n. 173/07/CONS nei confronti dell'operatore Optima, poi esteso su impulso dell'utente a Telecom Italia xxx (di seguito, per brevità, Telecom Italia), al fine di ottenere la riattivazione immediata del servizio con quest'ultimo operatore. Nell'ambito della procedura per l'adozione del provvedimento temporaneo, alla data del 1° marzo 2016, è emerso sulle utenze *de quibus* era attivo un servizio di CPS Optima, disattivato, per quanto attiene l'utenza n. 055 540xxx, in data 12 novembre 2015 e, in data 13 novembre 2015, per le utenze n. 055 5417xxx e n. 055 541xxx. Dall'istruttoria in atti è, altresì, risultato che l'operatore aveva attivato il servizio ADSL su tutte le utenze interessate.

In data 19 aprile 2016 la parte istante esperiva nei confronti dell'operatore Optima tentativo obbligatorio di conciliazione presso il CoReCom Toscana, tentativo che si concludeva con verbale attestante il fallimento dello stesso, per la mancata adesione.

In base a tali premesse l'istante ha chiesto:

i) lo *"storno integrale della morosità presente amministrativa con note di credito"*;

ii) la *"cessazione contrattuale per giusta causa senza applicazione di penali e costi non dovuti";*

iii) gli *"indennizzi per la mancata risposta ai reclami e perdita del numero";*

iv) gli *"indennizzi per la disattivazione linee non richieste e impossibilità di migrare";*

v) gli *"indennizzi per attivazione servizi non richiesti e non concordati volontariamente e per gravi disagi – spese di procedura";*

vi) l'*"indennizzo per mancata lavorazione del diritto di ripensamento"*.

2. La posizione dell'operatore.

La società Optima, in data 23 maggio 2016, ha fatto pervenire, ai sensi e nei termini di cui all'art. 16, comma 2 del Regolamento, una memoria difensiva, con documentazione in allegato nella quale ha preliminarmente rappresentato *"che l'istante ha stipulato in data 29.09.15, con la scrivente società, un contratto denominato Optima Vita Mia Business, avente ad oggetto la fornitura integrata da parte di Optima, del servizio energia relativamente al Pod IT001E42139 e del servizio di comunicazione elettronica voce e dati, relativamente alle utenze nn. 055540xxx/0555417xxx/055541xxx/055540xxx"*.

L'operatore Optima, in merito all'esercizio del diritto di ripensamento, ha evidenziato che, *"in data 15.10.15, la Cliente ha comunicato la propria volontà di recedere dal contratto; la comunicazione, è stata gestita e lavorata ed invero il servizio voce risulta regolarmente cessato in data 17.11.15"*.

Inoltre l'operatore ha precisato che:

- *"nel caso di specie non trova applicazione la disciplina del diritto di ripensamento. Come noto, infatti, il ripensamento si applica: a. in ogni caso ai soli consumatori, intesi come "persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale, o professionale eventualmente svolta" ai sensi del D.Lgs 206/2005 "Codice del Consumo", b. alle ditte ed imprese solo in tema di contratti a distanza (si veda delibera 664/06 Cons)";*
- i *"contratti Optima, come noto, rientrano, invece, nella tipologia di quelli stipulati fuori dai locali commerciali (door to door), e come tali, non sono soggetti alla disciplina del ripensamento per i clienti diversi dai consumatori, come identificati dalla definizione del Codice del Consumo, ut supra menzionata"*.

La società Optima, ha evidenziato che, con riferimento *"al servizio adsl, (…)alla data di ricezione della disdetta, era stata già inoltrata la richiesta di attivazione all'operatore di rete e pertanto il servizio regolarmente attivato in data 15.10.15. Relativamente al servizio de quo, si evidenzia che Optima, come previsto dalla normativa vigente, ha comunicato regolarmente in fattura (CFR. Allegato 1) il cd "codice migrazione affinché il nuovo Operatore potesse avviare il processo di trasferimento dell'utenza interessata. Infatti, a tutela dell'utente finale, al fine di evitare pratiche scorrette da parte degli Operatori, l'Agcom con delibera n. 274/2007 ha trasferito sull'Operatore Ricevente ogni attività necessaria alla migrazione. Pertanto si rappresenta che il servizio è rimasto attivo, in attesa che si perfezionasse la procedura de qua, di competenza dell'operatore recipient, al fine precipuo di evitarne la cessazione, con rischio per la cliente, di perdita della numerazione. Per completezza di informazioni si rappresenta che per l' utenza n. 055540329 si è avuta migrazione in data 23/12/2015, per l' utenza n. 0555417xxx il 02.02.16, mentre per l'utenza n. 055541xxx, la migrazione si è conclusa in data 04/02/2016 (CFR. ALLEGATO 2).*

La società Optima, ha evidenziato, con riferimento *"all'utenza n. 055540xxx, (…) che alcuna richiesta di migrazione è pervenuta, e che, il servizio stante il persistente ed ancora attuale stato di morosità (€ 862,94), relativo al mancato pagamento delle fatture legittimamente emesse dalla scrivente, è stato cessato in data 22.04.16, previo invio di numerosi avvisi ultimo dei quali in data 08.01.16"*.

L'operatore ha, infine, dedotto quanto segue:

- *"che i servizi sono stati attivati e fatturati poiché contrattualmente richiesti, e pertanto legittime sono le fatture emesse, e rebus sic stantibus alcun indennizzo è dovuto per attivazioni non richieste";*
- *"al reclamo dell'associazione del 27.11.15, è stata fornita puntuale e motivata risposta che si allega (CFR. ALLEGATO 3), e pertanto alcun indennizzo è dovuto per mancata risposta";*
- *"nel caso di specie non si applica la disciplina sul diritto di ripensamento";*
- *"nella procedura di migrazione, Optima riveste un ruolo passivo e pertanto alcuna responsabilità è alla stessa imputabile e pertanto alcun indennizzo è dovuto"*.

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 primo luogo, occorre fa presente che la controversia *de qua* si incentra sostanzialmente sulla mancata lavorazione del diritto di ripensamento, non già sul disconoscimento del contratto, problematica emersa successivamente alla presentazione dell'istanza di definizione.

Alla luce di quanto detto, la richiesta d'indennizzo *sub v)* per l'attivazione non richiesta dei servizi, non può essere presa in considerazione in questa sede perché non è stata preventivamente sottoposta al prodromico tentativo obbligatorio di conciliazione.

Lo stesso dicasi per le domande d'indennizzo *sub iii)* per "*la perdita del numero*" e *sub iv)* per la "*disattivazione delle linee*", atteso che dette richieste non risultano essere state oggetto del preventivo tentativo di conciliazione depositato in data 21 gennaio 2016, data peraltro antecedente alla cessazione contrattuale che Optima afferma essere avvenuta in data 22 aprile 2016.

Con riferimento alla domanda *sub i),* volta ad ottenere la "*cessazione contrattuale"*, occorre rilevare l'avvenuta cessazione della materia del contendere con conseguente improcedibilità della richiesta.

Parimenti non può essere accolta la domanda d'indennizzo *sub ii), "per la mancata lavorazione del diritto di ripensamento"*, in quanto esula dalle competenze del Corecom che, ai sensi dell'articolo 19, comma 4, del Regolamento, "*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*".

Analogamente non è meritevole di accoglimento la domanda *sub iv)* per la parte in cui è richiesto un "*indennizzo per l'impossibilità di migrare*", in quanto, a fronte della documentazione agli atti del procedimento, si rileva che il ritardo nell'espletamento della migrazione da Optima, operatore *donating*, a Telecom Italia, *recipient*, non è imputabile all'operatore *donating* il quale ha dato evidenza di aver compiuto le attività di competenza. Giova al riguardo richiamare che l'operatore *donating* non ha alcuna responsabilità ai fini del ritardo nello svolgimento ed esecuzione del processo di migrazione e che la comunicazione di eventuali oneri informativi circa gli impedimenti incontrati è a carico dell'operatore *recipient*. Ciò stante, alcuna ulteriore indagine può essere compiuta in riferimento all'attività poste in essere dall'operatore *recipient*, che non è parte procedimento; pertanto la relativa richiesta di indennizzo nei confronti dell'operatore Optima non può trovare accoglimento.

Viceversa è accoglibile la domanda *sub i)* volta ad ottenere lo"*storno integrale della morosità",* atteso che lo stesso operatore Optima, con propria missiva dell'11 novembre 2015, aveva comunicato alla parte istante che, "*nonostante che il processo di attivazione sia stato già concluso, non saranno emesse fatture (…) per il servizio e che saranno stornate tutte le fatture eventualmente emesse"*.

Pertanto l'utente ha diritto alla regolarizzazione della propria posizione amministrativa, mediante lo storno (o il rimborso, in caso di avvenuto pagamento) di quanto fatturato con riferimento ai servizi voce e ADSL sulle utenze n. 055 540xxx, n. 055 5417xxx, n. 055 541xxx e n. 055 540xxx; nonché al ritiro, a cura e spese del gestore, della pratica di recupero del credito eventualmente aperta.

Infine non è accoglibile la domanda *sub iii),* per la parte in cui l'utente richiede un indennizzo per la mancata risposta ai reclami, atteso che, in data 11 novembre 2015, l'utente riceveva a mezzo e-mail, dal servizio clienti dell'operatore Optima, un riscontro alle proprie segnalazioni. Risulta riscontrato anche il reclamo del 27 novembre 2015, inviato per il tramite dell'Associazione Federconsumatori, in quanto l'operatore Optima, nella propria memoria, ha allegato la risposta 21 dicembre 2015 inoltrata a mezzo e-

mail all'istante. Al riguardo giova rilevare che detta missiva non è stata contestata dalla parte istante con eventuali note di replica

Con riferimento alla domanda *sub v)*, si ritiene proporzionale ed equo liquidare a favore dell'istante, ai sensi dell'art.19, comma 6, del Regolamento, la somma forfettaria di euro 100,00 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 sostituto per le funzioni e attività inerenti il Corecom, Dott. Luciano Moretti, ex art. 19, comma 1, del Regolamento;

UDITA l'illustrazione del Dirigente, Dott. Luciano Moretti svolta su proposta del Presidente nella seduta dell'11 ottobre 2018;

D E L I B E R A

in parziale accoglimento dell'istanza presentata in data 13 maggio 2016 dalla xxxx nei confronti dell'operatore Optima Italia, che detto operatore provveda:

1) al pagamento a mezzo assegno o bonifico bancario di euro 100,00 a titolo di spese di procedura ai sensi dell'art. 19, comma 6, del Regolamento e della Delibera Agcom n. 276/13/CONS;

2) alla regolarizzazione della propria posizione amministrativa, mediante lo storno (o il rimborso, in caso di avvenuto pagamento) di quanto fatturato con riferimento ai servizi voce e ADSL sulle utenze n. 055 540xxx, n. 055 5417xxx, n. 055 541xxx e n. 055 540xxx; nonché al ritiro, a cura e spese del gestore, della pratica di recupero del credito aperta eventualmente aperta.

Le somme così determinate a titolo di rimborso di cui al precedente punto 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.

DELIBERAZIONE
n. 51 dell'11 ottobre 2018

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