

DELIBERA N. 121/2020/Corecom Toscana

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

**xxxx - Optima Italia Spa
(GU14/85360/2019)**

Il Corecom della RegioneToscana

NELLA riunione del 15 dicembre 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. 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;

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);

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);

VISTO il decreto del Segretario Generale n. 5 del 26 aprile 2018 avente ad oggetto *“Assetto organizzativo del Consiglio regionale”*, con il quale è stato definito il nuovo assetto organizzativo del Consiglio Regionale della Toscana e con il quale è stato conferito alla Dott.ssa Cinzia Guerrini l’incarico di responsabile del *“Settore Biblioteca*

e documentazione. Archivio e protocollo. Assistenza generale al Corecom”, con decorrenza 3 maggio 2018;

VISTA l’istanza dell’utente xxxx, del 18/02/2019 acquisita con protocollo N. 0068876 del 18/02/2019;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante.

La parte istante titolare di un contratto residenziale di telefonia mobile identificato con n. 1084201 e codice cliente n. 365xxx con la società Optima Italia S.p.A. (di seguito per brevità Optima), lamenta il ritardo nella attivazione della SIM n. xxxxx e l’assenza di riscontro ai reclami.

In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento e nella documentazione acquisita al fascicolo, ha dichiarato quanto segue:

- di essere un cliente Optima con codice cliente n. 365xxx e di essere titolare del contratto n. 1084xxx;
- di avere effettuato, in data 23 novembre 2018, *“un ordine online per l’attivazione di nuova utenza prepagata con MNP con spedizione a domicilio”* e che *“il contratto (non le condizioni generali ma le condizioni specifiche approvate online) prevedeva la consegna (non la spedizione, ma proprio l’arrivo) della carta SIM a mezzo corriere espresso entro 7 giorni di calendario (dunque entro il 30/11) e che Optima si sarebbe impegnata ad attivare l’utenza con numero provvisorio e contestualmente far partire il processo di MNP entro 3 giorni di calendario dall’avvenuta consegna (dunque entro il 03/12)”*;
- di avere indicato nel modulo di adesione, quale indirizzo di consegna, il domicilio elettivo mentre l’operatore aveva inviato la SIM acquistata online, seppur nei tempi previsti dal contratto, presso il diverso indirizzo di residenza anagrafica, rimanendo di conseguenza in giacenza presso il corriere BRT;
- di avere segnalato l’errore di spedizione all’Operatore, che aveva provveduto a *“reindirizzare il pezzo da xxxx, accollandosene le spese”*, facendo pervenire *“la SIM, avente numero seriale xxxxx (...) al domicilio [indicato sul contratto]; peraltro la SIM “veniva attivata con il numero temporaneo xxxx con 8 giorni di ritardo rispetto al termine contrattualmente previsto. L’importazione del numero xxx poi avveniva secondo le normali tempistiche”*;
- di avere inviato a Optima, in data 14 dicembre 2018, a mezzo PEC, un *“reclamo richiedendo la corresponsione di un indennizzo di euro 60 (sessanta) per il ritardo in spedizione e attivazione della carta SIM, computato in base alla delibera n° 347/2018/CONS dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni in combinato con i criteri previsti dalla carta dei servizi di comunicazioni mobili e personali di Optima”*;

- di avere ricevuto da Optima, in data 8 gennaio 2019, *“una nota via e-mail (non certificata) in cui annunciava che avrebbe provveduto all’accredito in ottica conciliativa di 30 euro ad avvenuta acquisizione della SIM, rectius del numero”* e di ritenere tale accredito *“un’azione di caring conseguente a una mia segnalazione del 09/12/2018 relativa alla mancata ricezione della SIM, non la risposta al reclamo in parola”*.

In base a tali premesse l’istante ha chiesto:

- i) la liquidazione di un indennizzo per il ritardo nella attivazione della SIM n. xxxx, per un importo pari ad euro 30,00 (trenta/00);
- ii) la liquidazione di un indennizzo per mancata risposta ai reclami.

2. La posizione dell’operatore.

La società Optima, ha fatto pervenire, nei termini stabiliti dal vigente regolamento di cui all’allegato A alla Delibera Agcom n. 203/18/CONS e successive modifiche, una memoria difensiva, con documentazione in allegato nella quale, nel rilevare l’infondatezza di quanto *ex adverso* dedotto, ha eccepito che:

- *“la consegna della SIM (già attiva al momento della consegna) presso l’indirizzo VIA xxxxxI, 80 80021 Afragola, è avvenuta nelle tempistiche contrattualmente previste ovvero in data 30.11.18 (7 giorni dopo la conclusione del contratto). Tuttavia, da un attento esame del contratto la SIM doveva essere spedita presso un diverso indirizzo, ovvero alla xxxx - 50139 Firenze, dove poi è stata regolarmente consegnata in data 10.12.18, già attiva”*;
- *“trattandosi di ritardo nella consegna/errore spedizione e non di ritardo nell’attivazione del servizio, Optima ha provveduto a riconoscere al cliente uno sconto, erogato sotto forma di ricarica della SIM, di €. 30,00, come indicato nel riscontro al reclamo che si allega alla presente memoria”*;
- *“diversamente da quanto dedotto da parte istante, Optima non deve alcun indennizzo per mancata risposta al reclamo nei tempi previsti dalla normativa vigente, in quanto ha fornito regolarmente riscontro alle segnalazioni del cliente l’una del 09.12.18 e la successiva del 14.12.18 (aventi ad oggetto le medesime richieste), con un’unica comunicazione, inviata in data 07.01.19, in allegato”*;
- *in ogni caso si rappresenta che, nonostante lo sconto di €. 30,00 già riconosciuto al cliente, Optima ha provveduto ad assecondare anche le ulteriori richieste dell’istante, emettendo una nota di credito di €. 60,00, che verranno rimborsati al cliente, come da documentazione allegata alla presente”*.

3. La replica dell’istante.

La parte istante, ha fatto pervenire, nei termini stabiliti dal vigente regolamento, una replica con la quale ha ribadito la propria posizione, evidenziando che:

- *“la SIM non era affatto attiva al momento della consegna. Inserita in un dispositivo cellulare, questo non riusciva ad agganciare la rete e il messaggio visualizzato sul display del telefono cellulare era “SIM non registrata” o “verificare servizi operatore” a seconda del software (...) Nel caso di specie, l’identificazione avveniva a*

vista da parte del corriere, al quale come da contratto è stato esibito il documento di identità o riconoscimento i cui estremi sono stati specificati in sede di adesione, di cui è stata rilasciata anche una copia fotostatica. Optima procede[va] all'attivazione solo dopo aver ricevuto dal vettore il report di consegna con la copia del documento”;

- “le affermazioni in merito al mancato riscontro al reclamo sono supportate da idonea documentazione. La controparte deduce altre date ma le sue asserzioni non sono suffragate da alcun elemento probatorio e non trovano riscontro nel materiale in possesso della scrivente;

- “anche la dichiarazione secondo cui sarebbe stata emessa una nota di credito di euro 60 (superiore a quanto richiesto nell'istanza di conciliazione e confermato in quella di definizione, con la quale si chiedevano ulteriori 30 euro rispetto ai 30 già erogati sotto forma di ricarica) non è confortata da alcuna documentazione, richiamata ma non presente”;

L'istante, infine, precisava che si sarebbe ritenuto soddisfatto qualora l'operatore avesse prodotto la nota di credito richiamata nella memoria di Optima.

4. La richiesta istruttoria.

L'ufficio, in data 28 ottobre 2020, ai sensi dell'art. 18 della delibera Agcom 203/18/CONS Allegato A) e successive modifiche, ha chiesto un'integrazione istruttoria ad entrambe le parti, volta a verificare l'emissione e la data della nota di credito di euro 60,00, richiamata nella memoria dell'operatore.

L'istante, all'esito delle richieste, ha confermato che *“la nota di credito di cui l'operatore fa menzione, senza peraltro riportarne gli estremi, non è mai pervenuta all'istante, né le è stato liquidato in alcun modo il relativo importo, mai corrisposto né in forma monetaria né in forma di traffico telefonico prepagato”*.

La società Optima, all'esito delle richieste, non ha prodotto alcun riscontro, nei termini assegnati.

5. 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.

Sul ritardo nell'attivazione del servizio.

L'istante lamenta il ritardo nella attivazione della SIM n. xxxxxx, laddove l'operatore eccepisce di avere già riconosciuto un ristoro economico a fronte di un *“ritardo nella consegna/errore spedizione e non di ritardo nell'attivazione del servizio”*.

La richiesta dell'istante *sub i)* è accoglibile nei termini di seguito esposti.

In primis, a fronte delle doglianze dell'utente, viene in rilievo il consolidato orientamento giurisprudenziale (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. II 20 gennaio 2010 n. 936), sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni 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"*.

In tal senso, si evidenzia, come l'operatore debba fornire i servizi richiesti nel rispetto di quanto contrattualmente e normativamente previsto, anche sotto il profilo temporale. Qualora l'utente lamenti l'inadempimento o il ritardo l'operatore, per escludere la propria responsabilità, deve dimostrare che i fatti oggetto di doglianza sono stati determinati da circostanze ad esso non imputabili ovvero da problematiche tecniche non causate da colpa dell'operatore (Corecom Piemonte, determina 9/18). Qualora l'operatore non fornisca prova dell'oggettiva impossibilità della prestazione medesima, ovvero di un fatto a lui non imputabile che abbia determinato l'inadempimento, la condotta tenuta dall'operatore risulta tale da integrare gli estremi della responsabilità contrattuale per inesatto adempimento ex articolo 1218 c.c., e da fondare, conseguentemente, il diritto dell'utente all'indennizzo.

Nel caso che ci occupa, l'istante acquistava on line, in data 23 novembre 2018, una SIM, per la quale ne veniva richiesta la consegna al domicilio, in conformità al contratto sottoscritto. Diversamente, così come supportato dall'operatore medesimo, la scheda SIM veniva erroneamente consegnata al diverso recapito di residenza dell'utente. Successivamente, a seguito di contestazione dell'istante, la SIM era consegnata al recapito indicato nel contratto, anche se ciò determinava un ritardo nell'attivazione del servizio.

Sul punto la società Optima ha evidenziato che la SIM era stata consegnata in ritardo, e che la fattispecie in esame non era relativa ad un *"ritardo nell'attivazione del servizio"*.

Tale circostanza, peraltro contraddetta nella replica dell'istante (*"la SIM non era affatto attiva al momento della consegna"*) il quale, tra l'altro, ha evidenziato che l'operatore aveva provveduto all'attivazione *"solo dopo aver ricevuto dal vettore il report di consegna con la copia del documento" dell'istante*, non esclude la responsabilità dell'operatore medesimo in ordine alla ritardata attivazione della SIM.

Infatti, in base alle condizioni contrattuali di acquisto, la SIM doveva essere consegnata entro 7 giorni di calendario dalla stipula del contratto, avvenuto in data 23 novembre 2018 e, dunque, entro il 30 novembre 2018 e l'utenza avrebbe dovuto essere attivata, entro 3 giorni di calendario dall'avvenuta consegna e dunque, in definitiva entro la data del 3 dicembre 2018.

La SIM invece, è stata attivata successivamente a tale data; nello specifico, la società Optima ha dichiarato, nella propria memoria, che la SIM *"è stata regolarmente consegnata in data 10.12.18, già attiva"*, mentre l'istante ha riferito che la SIM *"veniva attivata con il numero temporaneo xxxx con 8 giorni di ritardo rispetto al termine"*.

contrattualmente previsto. L'importazione del numero xxxx è poi avvenuta secondo le normali tempistiche", collocando infine, l'effettiva attivazione della SIM al giorno successivo alla consegna ovvero l'11 dicembre 2018, in quanto *"La SIM non era affatto attiva al momento della consegna"*.

D'altra parte, l'operatore, non ha provato l'effettiva attivazione del servizio, laddove avrebbe dovuto depositare la documentazione idonea a provare la fruizione dei servizi da parte dell'utente mediante la produzione dei tabulati del traffico e i report delle connessioni ad internet. Pertanto, in assenza di prova contraria, atteso che l'istante riferisce che la SIM è stata attivata a far data 11 dicembre 2018 e, quindi successivamente al 3 dicembre 2018, ne consegue che l'istante ha diritto al riconoscimento di un indennizzo per ritardata attivazione del servizio.

Per il calcolo dell'indennizzo si fa riferimento quale *dies a quo* al 3 dicembre 2018 (data, contrattualmente prevista, di attivazione della SIM e di completamento del processo di MNP), e quale *dies ad quem* al giorno 11 dicembre 2018, data in cui l'istante riferisce essere avvenuta l'effettiva l'attivazione della SIM, previa consegna al corretto recapito indicato nel contratto, con successivo completamento del processo di MNP.

Ne consegue che l'istante ha diritto all'indennizzo previsto dall'articolo 4, comma 1, del *Regolamento sugli indennizzi*, pari a euro 7,50 *pro die* per ritardo nell'attivazione del servizio, per n. 8 giorni di ritardo, così per un importo complessivo pari ad euro 60,00 (sessanta/00).

Nel caso che ci occupa, come emerge dal corredo istruttorio in atti, risulta peraltro che l'operatore abbia *"provveduto a riconoscere al cliente uno sconto, erogato sotto forma di ricarica della SIM, di €. 30,00"* ad avvenuta portabilità della SIM; circostanza, questa, confermata agli atti dall'utente.

Pertanto, la società Optima è tenuta a corrispondere in favore dell'istante l'importo complessivo pari ad euro 60,00 (trenta/00), detratto l'importo di euro 30,00 (trenta/00), già riaccreditato sulla SIM, al netto di eventuali note di credito già erogate.

Sulla mancata risposta al reclamo.

Per quanto riguarda, poi, la richiesta di liquidazione di un indennizzo per la mancata risposta al reclamo, inviato dall'utente con PEC del 14 dicembre 2018, la domanda *sub ii)* non può trovare accoglimento tenuto conto del fatto che l'istanza di conciliazione dinanzi al Corecom è stata depositata il giorno 8 gennaio 2019, cioè prima del decorrere dei 45 giorni di tempo che Optima aveva a disposizione per la gestione dei reclami, in base alla Carta dei servizi. È in tal senso consolidato l'orientamento dell'Autorità nell'asserire che l'utente, attraverso il deposito dell'istanza di conciliazione, momento nel quale si avvia un procedimento alternativo di contatto e confronto con l'operatore, sostanzialmente rinuncia alla gestione del reclamo ai sensi della Carta dei servizi (Delibera 79/19/CIR).

UDITA la relazione del Dirigente, svolta su proposta del Presidente;

DELIBERA

Articolo 1

1. Il Corecom Toscana accoglie parzialmente l'istanza presentata da xxx nei confronti di Optima Italia S.p.A.

2. Optima Italia S.p.A. è tenuta a corrispondere in favore dell'istante l'importo complessivo di euro 30,00 (trenta/00), oltre agli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia al netto di eventuali note di credito già erogate.

È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, ai sensi dell'articolo 20, comma 5, del Regolamento.

Ai sensi dell'articolo 20, comma 3, del citato Regolamento il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

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

Firenze, 15 dicembre 2020

Il Segretario
Cinzia Guerrini

Il Presidente
Enzo Brogi

Documento prodotto in originale informatico e firmato digitalmente ai sensi del "Codice dell'Amministrazione Digitale" (D.Lgs. n. 82/2005 e s.m.i.)