

Oggetto: **DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA: XXX /Telecom Italia XXX /
Optima Italia XXX**

Presenti:

ENZO BROGI	<i>Presidente</i>
CHETI CAFISSI	<i>Vice Presidente</i>
ELETTRA PINZANI	<i>Componente</i>
MASSIMO SANDRELLI	<i>Componente</i>

Assenti:

ALBERTO LAPENNA	<i>Componente</i>
------------------------	-------------------

Presiede: **Enzo Brogi**

Segretario: **Cinzia Guerrini** *Dirigente della struttura di assistenza al Comitato incaricata
della redazione del presente atto*

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 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 integrazioni;

VISTA Delibera Agcom n. 41/09/CIR *"Integrazioni e modifiche relative alle procedure di cui alla delibera n. 274/07/CONS ed alla portabilità del numero su rete fissa"*;

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 l’istanza GU14 n. 41 del giorno 29 gennaio 2016 con cui la società 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 Telecom Italia XXX (di seguito, per brevità, Telecom Italia) e 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 società istante, titolare di un contratto business sull’utenza n. 055 419XXX con la società Telecom Italia, lamenta l’omessa migrazione del servizio voce all’operatore Optima, il quale, con ritardo, procedeva all’attivazione del solo servizio di preselezione automatica, con conseguente doppia fatturazione da parte dei due operatori.

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

- in data 30 gennaio 2014, “*all’epoca cliente Telecom Italia (...), sottoscriveva un contratto di migrazione verso Optima*”;
- Telecom Italia continuava ad emettere fatture e, “*a sei mesi di distanza dalla sottoscrizione del contratto, non avendo ancora ricevuto alcuna fattura da Optima, (...) chiedeva il rientro in Telecom, ammesso che la migrazione verso Optima fosse effettivamente avvenuta*”;
- a partire dal 17 aprile 2015, “*15 mesi dopo la sottoscrizione del contratto, Optima ha cominciato ad emettere fatture, nonostante l’utenza in oggetto fosse (...) fornita da Telecom Italia*”;
- inviava reclamo in data 5 maggio 2015 contestando la fatturazione ai gestori Telecom Italia e Optima.
- con riscontro datato 27 luglio 2015, l’operatore Optima rappresentava, tra l’altro, “*che in esecuzione del contratto, il servizio voce è stato attivato in data 13.03.15 e rebus sic stantibus fatturato*”.

In data 27 gennaio 2016 la parte istante esperiva nei confronti degli operatori Telecom Italia e Optima tentativo obbligatorio di conciliazione presso il CoReCom Toscana, tentativo che si concludeva con verbale attestante il fallimento dello stesso per mancato accordo con Telecom Italia e, per la mancata comparizione, nei confronti di Optima.

In base a tali premesse l’istante ha chiesto, “*ad entrambi, ognuno per la propria responsabilità*”:

- i) “*lo storno di tutte le fatture emesse da Optima o da Telecom Italia durante il periodo di doppia fatturazione (ovvero 13/03/2015 – 09/06/2015)*”;

- ii) *“gli indennizzi ex del. 73/11/Cons per ritardata portabilità della numerazione e ritardata attivazione, per un totale di 4.875,00”;*
- iii) *“ad Optima, le spese per l’esperimento del tentativo di conciliazione ex art.19, comma 6, del 173/07/Cons”;*
- iv) *“le spese di procedura di definizione ex art. 19, comma 6 del 173/07/Cons”.*

2. La posizione dell’operatore Optima.

La società Optima, in data 2 febbraio 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 dedotto che, *“in esecuzione del contratto, il servizio voce è stato attivato in data 13.03.15 e rebus sic stantibus fatturato. Per scrupolo difensivo si precisa che il ritardo nell’attivazione del servizio non è imputabile ad Optima, che invero, nel dare seguito al contratto, ha tempestivamente in data 13.02.2014, inoltrato richiesta di attivazione all’operatore di rete, il quale tuttavia, ha più volte rifiutato la richiesta per la seguente causale: “presente richiesta con data sottoscrizione più recente”. Il processo di attivazione, si ribadisce istaurato da Optima tempestivamente, si è concluso in data 13.03.2015. Successivamente in data 12.05.15, la Cliente ha comunicato la propria volontà di recedere dal contratto; la comunicazione, è stata gestita e lavorata con conseguente cessazione del servizio in data 09.06.15 (nel rispetto delle tempistiche normative e contrattuali)”*.

L’operatore ha, quindi, respinto le richieste della società istante in quanto:

- *“il servizio è stato regolarmente erogato da Optima dal 13.03.15 al 09.06.15, e fruito dalla cliente, come si evince dal dettaglio traffico che si allega (traffico prodotto proprio in virtù dell’utilizzo del servizio). Il dettaglio de quo (che risulta conservato a norma di legge stante la contestazione delle fatture) consente una verifica sulla corrispondenza tra le chiamate effettuate e gli importi addebitati in fattura. Pertanto le fatture emesse sono regolari e vanno saldate;*
- *“si ribadisce che il ritardo nell’attivazione non è imputabile alla scrivente, e rebus sic stantibus alcun indennizzo è dovuto”.*

3. La posizione dell’operatore Telecom Italia.

La società Telecom Italia in data 2 marzo 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 eccepito: *“l’inammissibilità dell’istanza proposta dalla XXX per aver la stessa formulato nuove domande. Al riguardo si rammenta infatti che in sede di UG l’istante si limitava a richiedere, “l’indicazione delle date di migrazione/rientri avvenuti negli anni 2014/2015, se effettivamente avvenute; lo storno o rimborso di tutte le fatture emesse ed emittende da Optima; la cessazione di ogni rapporto con Optima e il mantenimento di Telecom come fornitore dell’utenza in oggetto; il ritiro senza costi per la cliente delle pratiche di recupero del credito; gli indennizzi ex Del 73/11/CONS per ritardata portabilità della numerazione e servizio non richiesto, per un totale di € 800,00M (v. UG - doc. 1) mentre ora pretende “lo storno di tutte le fatture emesse da Optima o da Telecom durante il periodo di doppia fatturazione; gli indennizzi ex Del 73/11/CONS per mancata portabilità/ritardata migrazione, per un totale di € 4785,00, ad Optima le spese per l’esperimento del tentativo di conciliazione ; le spese di procedura di definizione.” (v. GU 14). E’ evidente che si*

tratta di domande del tutto nuove e distinte dalle precedenti e come tali inammissibili ai sensi dell'articolo 14 della delibera AGCOM n. 173/07/CONS, che esclude la possibilità di formulare in fase di definizione richieste in precedenza non formulate".

Nel merito Telecom Italia ha dedotto che *"le verifiche svolte (...) hanno confermato che la XXX non ha mai formulato richiesta di migrazione verso altro operatore. Secondo quanto confermato anche da Wholesale, infatti, l'istante ha unicamente richiesto l'attivazione (...) di una carrier preselection, il che comporta che il cliente rimane in Telecom, ma effettua il traffico telefonico con OLO (doc. 2). Nessuna indebita fatturazione è quindi avvenuta nella specie posto che in caso di CPS Telecom continua legittimamente a fatturare per i soli canoni e il traffico a numeri speciali. Alcuno storno è quindi dovuto al Cliente, come peraltro allo stesso già rappresentato da Telecom (doc. 3)".*

4. La replica della società istante.

La società istante, per il tramite dell'associazione XXX, in data 2 marzo 2016, ha fatto pervenire, ai sensi e nei termini di cui all'art. 16, comma 2 del Regolamento, una memoria di replica con la quale ha osservato, nei confronti della memoria difensiva di Optima, che:

- detto operatore ha asserito *"di aver inviato richiesta di attivazione all'operatore di rete con esito negativo, senza fornirne prova alcuna"*;
- *"che Optima Italia (...) ha affermato e riconosciuto di aver attivato il servizio in data 13/03/2015, ovvero ben 13 mesi e mezzo dopo la sottoscrizione del contratto (30/01/2014), senza fornire in quel tempo alcuna informazione circa i tempi di realizzazione dell'intervento o gli eventuali inadempimenti"*;
- non può dirsi *"provata la causa di imputabilità a terzi dell'inadempimento"*; infatti *"la giurisprudenza della Cassazione, nonché la prassi del Corecom Toscana (delibera n. 161/2015) statuiscano chiaramente che l'utente è estraneo ai rapporti interni tra operatore che eroga il servizio acquistato (Optima) e operatore di rete. Persino nel caso di malfunzionamento del servizio per mancata manutenzione dell'ultimo miglio da parte dell'operatore dominante, è l'operatore che eroga il servizio che risponde del disservizio. "Gli obblighi manutentivi del c.d. ultimo miglio spettano all'operatore dominante, tuttavia, eventuali inadempimenti restano estranei al rapporto tra operatore erogante il servizio (non dominante) ed utente. L'operatore che eroga il servizio risponde anche del disservizio dell'ultimo miglio" (Cass 18470/2015)".*

La parte istante ha, quindi, nei confronti di Optima, ribadito la propria richiesta precisando che: *"Ove quindi fosse confermato che trattavasi di una carrier pre selection (CPS), si insiste affinché Codesto Corecom voglia comunque condannare Optima Italia Spa al pagamento degli indennizzi per ritardata attivazione del servizio, a partire dal 30mo giorno dalla sottoscrizione fino alla data di attivazione, ovvero dal 01/03/2014 al 15/03/2015, per un totale di 379 giorni"*.

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 primis si rileva che deve essere respinta l'eccezione di Telecom Italia volta a dichiarare "l'inammissibilità dell'istanza proposta dalla XXX per aver la stessa formulato nuove domande" rispetto al precedente tentativo di conciliazione. In ordine alle domande formulate dall'utente in sede di conciliazione, non si può che osservare come tali richieste facciano riferimento unicamente ai disservizi connessi all'asserita mancata migrazione del servizio voce dall'operatore Telecom Italia all'operatore Optima, nonché alla ritardata attivazione, da parte di quest'ultimo, della preselezione automatica. Al riguardo giova richiamare che l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ha ribadito come la propria competenza alla liquidazione degli indennizzi dovuti debba essere intesa a prescindere dalla specifica formulazione della domanda posta dall'utente, avuto riguardo alle Linee Guida approvate con la Delibera Agcom n. 276/13/CONS, secondo cui "[i]l contenuto delle singole richieste di parte, invece, può essere interpretato in maniera più sfumata [...] in un'ottica di tutela dei contraenti deboli e nel rispetto delle finalità delle procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie, le istanze inesatte, ogni qualvolta possibile, devono essere interpretate secondo il loro significato più logico e più pertinente rispetto alla questione da esaminare". La medesima Autorità ha ribadito che, in casi come quello che oggi ci occupa, risulta "possibile ritenere che la domanda posta in sede di conciliazione sia stata di seguito meglio articolata e specificata dall'utente" (ex multis Delibera Agcom n. 3/18/CIR).

Con riferimento alle domande della parte istante *sub*) i di "storno di tutte le fatture emesse da Optima o da Telecom Italia durante il periodo di doppia fatturazione (ovvero 13/03/2015 – 09/06/2015)" e *sub*) ii) volte ad ottenere "gli indennizzi ex del. 73/11/Cons per ritardata portabilità della numerazione e ritardata attivazione, per un totale di 4.875,00", si deve evidenziare che dette richieste fanno riferimento ad una ricostruzione della vicenda da parte della parte istante che non ha trovato conferma all'esito delle risultanze istruttorie.

Sul punto è opportuno precisare, infatti, che al termine dell'istruttoria procedimentale, dopo aver esaminato la documentazione acquisita agli atti e ricostruito i fatti, deve evidenziarsi che il caso in esame verte sostanzialmente su una mancanza di trasparenza e informativa precontrattuale da parte di Optima, a causa della quale l'istante ha stipulato un contratto non ritenendo di incorrere nell'attivazione di una CPS con conseguente doppia fatturazione (si confronti sul punto Delibera Agcom n. 134/16/CIR).

Ne consegue che tutte le richieste formulate della società istante dovranno essere interpretate alla luce di quanto è emerso dalle risultanze istruttorie, non potendosi accogliere la richiesta dell'utente, il quale, in sede di memoria replica, ha chiesto l'applicazione dell'indennizzo per la mancata attivazione del servizio voce e per la mancata portabilità, anche qualora si fosse accertato, cosa che è effettivamente avvenuta, che si trattasse di attivazione di CPS da parte di Optima.

Quindi l'oggetto della presente controversia, non riguarda un ritardo nella migrazione da Telecom Italia a Optima, bensì l'attivazione del servizio di "Carrier Pre Selection" (CPS) da parte di quest'ultimo operatore, contratto che la parte istante non ha ritenuto di aver sottoscritto in questi termini. Pertanto la richiesta d'indennizzo della società istante *sub* ii) è parzialmente accoglibile, tenendo conto, come sopra esposto, che l'oggetto della presente controversia deve essere riferita esclusivamente al servizio di "Carrier Pre Selection" (CPS) da parte di Optima.

In via generale, con riferimento al disservizio lamentato, giova ribadire:

- quanto più volte statuito da questa Autorità secondo cui, in base ai principi sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità (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., sez. II, 20 gennaio 2010 n. 936), *“il creditore che agisce per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte; sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto un inesatto adempimento dell'obbligazione, al creditore istante sarà sufficiente allegare tale inesattezza, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento o che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile ex art. 1218 c.c., ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta Servizi”*;
- quanto disposto dalla Delibera Agcom n. 179/03/CSP e richiamato dalle Carte dei servizi e dalle Condizioni generali di Contratto di ciascun operatore, circa l'obbligo posto a carico degli operatori di garantire un'erogazione continua ed interrotta dei servizi offerti, nel rispetto di quanto contrattualmente previsto, impegnandosi alla risoluzione del disservizio entro termini congrui. Di conseguenza, allorquando l'utente, in caso di ritardata/mancata attivazione di un servizio di comunicazione elettronica, non può pienamente godere, con le modalità prescelte, del servizio acquistato e l'operatore non risolve la situazione nel rispetto dei termini previsti dal contratto, nonché dalla normativa sugli standard di qualità, lo stesso ha diritto ad un indennizzo per il periodo di disservizio. Gli operatori, per escludere la propria responsabilità, sono tenuti a dimostrare che i fatti oggetto di doglianza sono stati determinati da circostanze ad essi non imputabili, ovvero da problematiche tecniche non causate da propria colpa. Gli stessi devono fornire la prova di aver adeguatamente informato l'utente delle difficoltà incontrate nell'adempimento dell'obbligazione e, al riguardo, non può risultare sufficiente una mera indicazione tecnica, poiché l'utente deve essere in grado di comprendere quanto accaduto.

Tutto ciò premesso, nel caso di specie, risulta che la società istante abbia depositato “Proposta di contratto Optima”, sottoscritta in data 30 gennaio 2014, con due profili tariffari prescelti (“*Optima Voce*” e “*Optima voce plus*”) e con l'indicazione del “codice di migrazione (cod. segreto)” relativo all'utenza n. 055 419XXX.

Sul punto è opportuno richiamare quanto previsto dall'Art.1.2 delle “*Condizioni Generali Optima Voce Plus e Adsl business*” dove si legge che “*Optima fornirà al Cliente i Servizi richiesti utilizzando, a seconda dei casi, la tecnologia ULL (Unbundling Local Loop), WLR (Wholesale Line Rental) oppure VOIP (Voice Over Internet Protocol) e quindi come Operatore Unico ove sussistano le disponibilità tecniche del Servizio. In caso di esito negativo delle verifiche tecniche, o di impossibilità per qualsivoglia motivo di attivare il Servizio in ULL, WLR o VOIP con conseguente distacco dall'operatore di accesso, il contratto si intenderà ugualmente concluso mediante attivazione dei servizi in modalità CS/CPS (Carrier Pre-Selection). In tal caso il Cliente dovrà continuare a corrispondere il canone di abbonamento delle linee di cui è titolare attestate alla rete telefonica pubblica dell'operatore di accesso nonché il costo del traffico telefonico generato verso numerazioni non geografiche*”.

Dalle risultanze istruttorie risulta che l'operatore Optima abbia attivato un servizio di "Carrier Pre Selection" (CPS) in data 13 marzo 2015, come si evince dalle schermate "Pitagora" allegate da Telecom Italia alla propria memoria. Alla luce di quanto previsto dalle proprie Condizioni Generali di Contratto, l'operatore non ha, però, dato atto degli impedimenti incorsi nell'attivazione del "servizio voce" nella modalità di accesso diretto e del ritardo dell'attivazione del servizio di CPS. L'operatore Optima, nelle proprie memorie difensive, si è limitato a dedurre che *"il ritardo nell'attivazione del servizio non è imputabile ad Optima, che invero, nel dare seguito al contratto, ha tempestivamente in data 13.02.2014, inoltrato richiesta di attivazione all'operatore di rete, il quale tuttavia, ha più volte rifiutato la richiesta per la seguente causale: "presente richiesta con data sottoscrizione più recente"*. L'operatore Optima, altresì, ha evidenziato che *il processo di attivazione, (...) istaurato (...) tempestivamente, si è concluso in data 13.03.2015"*.

Non risulta, quindi, agli atti che l'operatore Optima abbia fornito alcuna prova dell'avvenuto esatto adempimento delle obbligazioni derivanti dal contratto, né che abbia provato di aver comunicato all'utente i motivi ostativi all'attivazione del profilo "Voce Optima Plus" e del ritardo nell'attivazione del profilo "Optima Voce". Solo con la missiva del 27 luglio 2015, l'operatore Optima, rispondendo ad una segnalazione dell'utente, indicava che il profilo attivato era il servizio denominato "Optima Voce", non specificando esplicitamente, neppure in tale occasione, che si trattava di preselezione automatica. Niente viene indicato in merito al profilo "Optima Voce Plus".

Sussiste, pertanto, responsabilità dell'operatore Optima per non aver adempiuto la propria obbligazione con diligenza richiesta dalla natura dell'attività esercitata ex art. 1218 c.c. per il ritardo nell'adempimento. Viceversa nessuna censura può essere mossa a Telecom Italia che non ha alcun ruolo nel ritardo nell'attivazione del servizio voce, non essendosi instaurata alcuna procedura di migrazione.

Tutto ciò posto, ne consegue che la parte istante ha diritto all'indennizzo di cui all'articolo 3, comma 2, della Delibera Agcom n. 73/11/CONS secondo cui l'indennizzo per il ritardo nell'attivazione del servizio rispetto al termine massimo previsto dal contratto è applicato anche nei casi di ritardo per i quali l'operatore non abbia rispettato i propri oneri informativi circa i tempi della realizzazione dell'intervento o gli eventuali impedimenti; lo stesso articolo precisa, al comma 4, che, nel caso di servizi accessori è applicato per ogni giorno di ritardo l'importo maggiore tra la metà del canone mensile del servizio interessato e la somma di euro 1,00, fino ad un massimo di euro 300,00. Nel caso di specie, viene in rilievo quanto previsto dall'articolo 12, comma 2, della sopracitata Delibera, che, attesa la natura business dell'utenza telefonica interessata dal disservizio, prevede *"nei casi indicati dagli articoli da 3 a 6 gli importi liquidati a titolo di indennizzo ed i limiti corrispondenti sono computati in misura pari al doppio"*.

Sull'intervallo temporale rispetto al quale calcolare l'indennizzo, si evidenzia che *"La Carta dei Servizi di Optima Italia - Servizi di Comunicazione Elettronica su rete fissa – 2014"*, prevede che il tempo di attivazione della CPS è di 15 giorni, come lo è il tempo previsto per lo *"studio di fattibilità tecnica per l'accesso diretto – valutazione per la fornitura del servizio diretto al cliente finale"*; ne deriva che l'operatore Optima in data 15 febbraio 2014 (decorsi i 15 giorni previsti a partire dall'adesione contrattuale del 30 gennaio 2014) avrebbe dovuto fornire alla parte istante l'informativa circa l'impossibilità di poter attivare il servizio "Optima Voce Plus" mediante accesso diretto, nonché aver attivato il servizio di CPS.

Dunque si prende a riferimento, quale *dies a quo*, la data del 15 febbraio 2014 e come *dies ad quem* il 13 marzo 2015 (giorno dell'attivazione della CPS).

Pertanto, atteso che il canone indicato nel "Riepilogo Traffico Voce" di Optima è pari ad euro 18,00, l'indennizzo da riconoscere all'utente per il ritardo nell'attivazione del servizio CPS è da commisurarsi nella misura massima ovvero pari all'importo euro 600,00 (tetto massimo di euro 300,00 x 2).

Parimenti la richiesta d'indennizzo *sub ii)* della parte istante riferita alla ritardata/mancata portabilità del numero, come tale, non è accoglibile, atteso che, come sopra indicato, l'utenza *de qua* non è stata oggetto di alcuna migrazione. Tuttavia la domanda dell'istante sarà esaminata tenendo conto, come sopra esposto, che l'oggetto della presente controversia riguarda l'attivazione del servizio di "Carrier Pre Selection" (CPS) da parte di Optima, attivazione avvenuta in alternativa a quanto l'utente ritiene fosse stato contrattualmente concordato: ossia la migrazione del servizio voce da Telecom Italia a Optima con portabilità del numero. Lo stesso dicasi per la domanda *sub i)* riguardante lo storno della doppia fatturazione da parte dei due gestori, che sarà interpretata come conseguenza dell'attivazione del servizio di preselezione automatica da parte di Optima.

Dunque, per quanto sopra esposto, dette richieste della parte istante saranno esaminate complessivamente, valutando se, in base alla normativa di settore, alle Condizioni generali di contratto e alla Carta dei servizi dell'operatore, vi sia stato da parte degli operatori coinvolti un inadempimento contrattuale in relazione alla lamentata sull'attivazione da parte di Optima di una preselezione automatica sull'utenza n. 055 419XXX, in alternativa alla migrazione richiesta dall'utente del servizio voce da Telecom Italia a Optima.

Con riferimento alla fattispecie in esame giova, preliminarmente, richiamare:

- che le parti di uno stipulando (e, poi, stipulato) contratto sono tenute a comportarsi, ai sensi degli articoli 1175, 1337 e 1375 c.c., secondo buona fede e correttezza sia nella fase precontrattuale che nella fase dell'esecuzione del contratto. Il principio di buona fede contrattuale costituisce oggetto di un vero e proprio obbligo giuridico, che si considera violato dalla parte contrattuale che, anche non dolosamente, ometta di tenere un comportamento improntato alla diligente correttezza;
- i principi di trasparenza e completezza informativa di cui delibera Agcom n. 179/03/CSP (articolo 4, commi 1 e 2) e il principio del diritto di scelta dell'utente finale di cui all'articolo 3, comma 5, della medesima delibera.

Nel caso di specie, dalle risultanze istruttorie, risulta agli atti la copia, depositata dalla parte istante, del contratto con Optima sottoscritto in data 30 gennaio 2014 con l'indicazione dei due profili "Optima voce"/ "Optima voce plus", nonché del codice di migrazione dell'utenza n. 055 419XXX, che lasciava presupporre la volontà dell'utente ad aderire ad un'offerta che prevedesse il passaggio a Optima dal precedente operatore. Al contrario la società Optima non ha prodotto copia del contratto debitamente sottoscritta dall'istante relativa all'attivazione del servizio di preselezione automatica; l'operatore non ha, altresì, provato di aver allegato le Condizioni Generali di contratto, non risultando agli atti la prova di alcuna esaustiva comunicazione resa dall'operatore all'utente in ordine alle caratteristiche essenziali della promozione, in particolare in merito all'attivazione del profilo "Optima Voce" nella modalità CPS nel caso di impossibilità dell'attivazione del servizio con Optima come "operatore unico".

Deve evidenziarsi, inoltre, che, Optima non ha dimostrato di aver conformato il proprio operato alla “*Carta dei Servizi di Optima Italia - Servizi di Comunicazione Elettronica su rete fissa – 2014*”), nella quale è disposto che lo “*studio di fattibilità tecnica per l’accesso diretto – valutazione per la fornitura del servizio diretto al cliente finale*” debba concludersi entro 15 giorni. Dunque, atteso che il contratto era stato sottoscritto il 30 gennaio 2014, non più tardi del giorno 15 febbraio 2014, l’operatore, prima di procedere all’attivazione della CPS, avrebbe dovuto comunicare l’impossibilità di portare avanti la richiesta di migrazione, onere informativo che non ha provato di aver adempiuto. E’ da notare che, neppure con la successiva risposta dell’operatore al reclamo dell’utente, datata 27 luglio 2015, l’operatore Optima ha spiegato di aver attivato la preselezione automatica secondo quanto disposto dalle proprie condizioni contrattuali.

Per quanto sopra esposto, si configura, dunque, una violazione della normativa vigente, oltre che un inadempimento contrattuale, in quanto, la comunicazione resa all’utente è risultata inidonea a garantire la chiarezza e completezza informativa necessaria per poter effettuare una decisione consapevole, compromettendo il diritto di scelta della parte istante. Infatti, con tutta probabilità, la stessa non avrebbe preso in considerazione e sottoscritto quella determinata “Proposta di Contratto Optima” se fosse stata correttamente informata circa l’eventuale attivazione di una CPS (con conseguente doppia fatturazione) in caso di accertato impedimento all’attivazione del profilo prescelto. Si può ritenere che anche la comunicazione sul riscontrato impedimento, dopo 15 giorni dalla sottoscrizione del contratto, avrebbe potuto consentire una scelta consapevole per l’utente, che avrebbe potuto recedere dal contratto.

Ne deriva il diritto della parte istante all’indennizzo e allo storno (o al rimborso, in caso di avvenuto pagamento) previsto dall’art. 7 dell’Allegato A alla delibera n. 73/11/CONS che, in caso di attivazione non richiesta della prestazione di “*carrier selection o carrier pre-selection*”, prevede che “*l’operatore responsabile sia tenuto a corrispondere all’utente interessato un indennizzo pari ad euro 2,50 per ogni giorno di attivazione o disattivazione, fermo restando il diritto allo storno dei corrispettivi addebitati per il traffico generato con l’operatore responsabile ed il rimborso degli eventuali oneri aggiuntivi*”.

Per quanto concerne l’individuazione dell’intervallo temporale di riferimento in base al quale effettuare il calcolo dell’indennizzo, si individua il *dies a quo* nel giorno 13 marzo 2015 (data attivazione del servizio CPS) e il *dies ad quem* nella data del 6 giugno 2015 (data di disattivazione della CPS).

Pertanto l’indennizzo da riconoscere all’istante è pari all’importo di euro 222,50 (euro 2,50 *pro die* per 89 giorni di servizio CPS non richiesto).

La società Optima, inoltre, per i medesimi motivi, è tenuta a regolarizzare la posizione amministrativa dell’istante mediante lo storno (o il rimborso, in caso di avvenuto pagamento) di quanto fatturato a titolo del profilo “*Optima voce*” in modalità CPS, nonché il ritiro a propria cura e spese dell’eventuale connessa pratica di recupero del credito.

Viceversa, non può essere accolta la domanda *sub i)* dell’istante volta ad ottenere lo storno della fatturazione emessa da Telecom Italia nel periodo 13 marzo – 9 giugno 2015, atteso che Optima aveva attivato un servizio di preselezione automatica, che non prevede il distacco dalla rete dell’operatore di accesso (nel caso di specie, Telecom Italia), il quale ha continuato legittimamente a fatturare per i soli canoni e il traffico a numeri speciali, come aveva rappresentato lo stesso operatore Telecom Italia in data 17 novembre 2015 nella risposta alla segnalazione dell’utente.

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento, appare equo liquidare la somma di euro 150,00, da porre a carico dell'operatore Optima, atteso che il tentativo di conciliazione si è concluso con un verbale di mancata comparizione del gestore Optima, così come quello conclusivo dell'udienza di discussione nell'ambito del presente procedimento

VISTI la relazione istruttoria redatta dalla Dott.ssa Elisabetta Castelli, responsabile del procedimento e lo schema di decisione predisposto dal Dirigente Dott.ssa Cinzia Guerrini, ex art. 19, comma 1, del Regolamento;

UDITA l'illustrazione del Dirigente, Dott.ssa Cinzia Guerrini svolta su proposta del Presidente nella seduta del 21 maggio 2018;

D E L I B E R A

in riferimento all'istanza avanzata in data 29 gennaio 2016 dalla società XXX nei confronti degli operatori Telecom Italia XXX e Optima Italia XXX dispone:

- I. il rigetto dell'istanza *de qua* nei confronti dell'operatore Telecom Italia XXX;
- II. in parziale accoglimento dell'istanza *de qua*, che l'operatore Optima Italia XXX provveda:
 - 1) al pagamento a mezzo assegno o bonifico bancario:
 - a) della somma euro 600,00 a titolo di indennizzo per la ritardata attivazione del servizio CPS sull'utenza *de qua*;
 - b) dell'importo di euro 222,50 a titolo d'indennizzo per servizio CPS non richiesto;
 - c) della somma di euro 150,00 a titolo di rimborso delle spese di procedura;
 - 2) alla regolarizzazione della posizione contabile amministrativa provvedendo allo storno (o al rimborso in caso di avvenuto pagamento) di quanto fatturato con riferimento al servizio di CPS sull'utenza n. 055 419XXX nel periodo nel periodo 13 marzo – 9 giugno 2015; dovrà inoltre essere ritirata a cura e spese del gestore la pratica di recupero del credito eventualmente aperta.

Le somme così determinate a titolo di indennizzo e/o rimborso di cui ai precedenti punto 1) lett. a), lett. b) e 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. 29 del 21 maggio 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
Cinzia Guerrini

Il Presidente
Enzo Brogi