



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Direzione tutela dei consumatori

DETERMINA DIRETTORIALE N. 1/19/DTC

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA CIRILLO & C. di C. / OPTIMA ITALIA S.P.A. (GU14/2448/17)

IL DIRETTORE

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. 405/17/CONS;

VISTA la delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, recante “*Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti*” di seguito *Regolamento*, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 597/11/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 “*Regolamento sugli indennizzi*”), come modificato da ultimo dalla delibera n. 347/18/CONS;

VISTA la delibera n. 276/13/CONS, dell’11 aprile 2013, recante: “*Linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche*”;

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*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 296/18/CONS;

VISTA la delibera n. 347/18/CONS, del 18 luglio 2018, recante “*Modifica del Regolamento in materia di indennizzi applicabili alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di*



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Direzione tutela dei consumatori

comunicazioni elettroniche di cui all'Allegato A alla delibera n. 73/11/CONS", e in particolare l'articolo 2, comma 2;

VISTA l'istanza del 29 dicembre 2017 con la quale la società Cirillo & C. di C. ha chiesto l'intervento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni per la definizione della controversia in essere con la società Optima Italia S.p.A.;

CONSIDERATO che, nel caso di specie, trova applicazione *ratione temporis* il *Regolamento sugli indennizzi* vigente al momento della presentazione dell'istanza, e dunque nella versione precedente alle modifiche introdotte con la delibera n. 347/18/CONS;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

L'istante, in riferimento all'utenza telefonica *business* n. 0818351xxx, lamenta la mancata fornitura del servizio voce e il ritardo nella procedura di migrazione da Optima Italia S.p.A. ad OLO.

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

a. in data 1° giugno 2014, la Società istante ha sottoscritto un contratto con Optima Italia S.p.A. aderendo all'offerta "Optima VitaMia", avente ad oggetto la fornitura di servizi di telefonia fissa e ADSL;

b. sin dall'attivazione, l'operatore ha erogato esclusivamente il servizio ADSL, pur addebitando e incassando anche il canone destinato a coprire il servizio voce;

c. per tali ragioni, in data 6 settembre 2016, l'utente ha inoltrato comunicazione di disdetta del contratto, "*regolarmente gestita dall'operatore*";

d. ciò nonostante, Optima Italia S.p.A. non ha tempestivamente comunicato il codice di migrazione necessario al passaggio della linea verso OLO, ostacolando di fatto l'espletamento della procedura;

e. la Società ha inoltre continuato ad emettere fatture relative a servizi non più erogati all'istante.

In base a tali premesse, l'istante ha chiesto:

i. lo storno delle fatture n. 2167492/IB del 15 settembre 2016, n. 2191854/IB del 15 ottobre 2016, n. 2216305/IB del 15 novembre 2016, n. 2242267/IB del 15 dicembre 2016 e n. 2002081/IB del 16 gennaio 2017, per un importo complessivo pari a euro 225,46 (duecentoventicinque/quarantasei);

ii. lo storno della fattura n. 2045598/IB del 15 febbraio 2017, per un importo pari a euro 109,80 (centonove/ottanta);

iii. il rimborso degli importi corrisposti per il servizio di telefonia fissa mai fruito;

iv. "*il risarcimento dei danni subiti ovvero il pagamento dell'indennità dovuta per la mancata portabilità/migrazione del numero telefonico*";

v. la corresponsione di un indennizzo per ogni giorno di disservizio;

vi. il rimborso delle spese di procedura.



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Direzione tutela dei consumatori

La società Optima Italia S.p.A., nelle proprie memorie, ha precisato che la comunicazione di recesso è stata immediatamente gestita. Pertanto, l'operatore, come previsto dalla normativa vigente, ha comunicato regolarmente in fattura il codice di migrazione affinché OLO potesse avviare il processo di trasferimento dell'utenza interessata. In quanto *donating*, "Optima Italia S.p.A. ha giocato un ruolo passivo, non potendo ostacolare il processo di migrazione".

Il servizio ADSL è rimasto pertanto attivo e fatturato, in attesa che si perfezionasse la procedura. Tuttavia, stante il persistente stato di morosità dell'istante, è stato cessato in data 20 gennaio 2017 e, nell'ultima fattura emessa, è stata addebitata la quota ADSL del mese di gennaio, in cui il servizio era regolarmente fornito.

RITENUTO, alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, che le richieste formulate dalla parte istante possono trovare parziale accoglimento, si rileva quanto segue.

Può essere accolta la richiesta *sub i.*, in quanto Optima Italia S.p.A. ha addotto ma non ha provato di aver continuato ad erogare il servizio ADSL dopo la disdetta inoltrata dall'utente in data 9 settembre 2016. In particolare, l'operatore non ha dato seguito ad espressa richiesta istruttoria di esibire la documentazione contabile dalla quale si sarebbe potuto dedurre l'eventuale fornitura del servizio, tantomeno ha offerto altro supporto documentale comprovante la regolare erogazione del servizio dati. Pertanto, si ritiene equo disporre lo storno, ovvero il rimborso, degli importi addebitati in fattura a seguito di recesso.

Analoghe considerazioni valgono in merito alla richiesta *sub ii.*

In particolare, atteso che nella fattura contestata (n. 2045598/IB del 15 febbraio 2017) sono addebitati, oltre a euro 15,00 (quindici/00) a titolo di canone mensile per il servizio ADSL, anche i costi di disattivazione del servizio, per un importo pari a euro 75,00 (settantacinque/00), fermo restando che non è provata l'erogazione del servizio ADSL, in merito ai costi di disattivazione si richiama l'articolo 1, comma 3, della legge 40/2007 (c.d. decreto Bersani) che sancisce la nullità delle clausole contrattuali che impongono agli utenti, in caso di recesso anticipato, spese non giustificate dai costi sostenuti dagli operatori. In particolare, le spese di recesso "*devono essere commisurate al valore del contratto e ai costi realmente sopportati dall'azienda, ovvero ai costi sostenuti per dismettere la linea telefonica o trasferire il servizio*".

Nel caso di specie, peraltro, il recesso dal contratto è avvenuto a fronte dell'inesatto adempimento della prestazione contrattuale da parte dell'operatore che, incontestatamente, non ha erogato il servizio voce, pure oggetto del contratto.

Parimenti, può trovare accoglimento la richiesta *sub iii.*, al netto delle note di credito già emesse, n. 104456 del 24 dicembre 2014, n. 104457 del 24 dicembre 2014, n. 5000319 del 27 aprile 2015, n. 5000320 del 27 aprile 2015, n. 5000321 del 27 aprile 2015, n. 5000318 del 27 aprile 2015 e n. 5000134 del 12 febbraio 2018. In proposito, restano incontestate le doglianze della Società istante in merito alla mancata fornitura del servizio di telefonia fissa, in quanto l'operatore in memoria non ha prodotto alcuna giustificazione per la mancata attivazione.

In merito alla richiesta *sub iv.*, in via preliminare, per quanto concerne le pretese risarcitorie, si precisa che, ai sensi dall'articolo 19, comma 4, del Regolamento, la liquidazione del danno esula dalle competenze dell'Autorità. Pertanto, la domanda relativa al risarcimento del danno non può trovare



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Direzione tutela dei consumatori

accoglimento in questa sede, se non in termini di corresponsione degli indennizzi di cui al Regolamento approvato con delibera n. 73/11/CONS.

Tuttavia, nel caso di specie, alcuna pretesa indennitaria della società Cirillo & C. di C. risulta riconoscibile nei confronti di Optima Italia S.p.A. per la mancata migrazione dell'utenza dal suddetto operatore ad OLO, atteso che non è emersa alcuna responsabilità a carico dell'operatore *donating*. In particolare, la materia è disciplinata dalla delibera n. 274/07/CONS, in virtù della quale è possibile schematizzare la complessa procedura di migrazione in tre fasi. Nella fase 1, in particolare, l'utente aderisce ad un'offerta commerciale di un operatore commerciale diverso (c.d. operatore *recipient*) da quello presso il quale è l'utenza da migrare (c.d. operatore *donating*). Nella fase 2, l'operatore *recipient* trasmette la richiesta di passaggio all'operatore *donating* e quest'ultimo procede alle verifiche formali e tecniche previste dalla normativa di settore, fornendo l'esito delle stesse ("OK" o "KO") entro 5 giorni lavorativi, trascorsi inutilmente i quali si applica il silenzio assenso. Nella fase 3, l'operatore *recipient*, ricevuto il riscontro positivo o comunque in applicazione del silenzio assenso, processa la migrazione entro la DAC (data di attesa consegna) precedentemente concordata con il cliente. In tal modo viene avviato il *provisioning* tecnico da parte dell'operatore di rete.

Nel caso di specie, dalla documentazione acquisita al fascicolo, non è possibile ravvisare la responsabilità dell'operatore *donating* per il ritardo nell'espletamento della procedura in quanto risulta che il codice di migrazione è stato correttamente comunicato in fattura, come si evince nel documento contabile n. 2242267/IB del 15 dicembre 2016, in atti. Pertanto, atteso che nella procedura de qua non si evidenzia alcun inadempimento a carico di Optima Italia S.p.A., *donating*, e che l'operatore *recipient*, cui spetta l'onere propulsivo, non è convenuto in controversia, non si ritiene di poter accogliere la richiesta dell'istante.

Anche la richiesta *sub v.* di corresponsione di un indennizzo per ogni giorno di disservizio non può essere accolta. Nel caso di specie, infatti, si osserva che, nonostante fosse disservito, non risulta che l'utente abbia mai reclamato la mancata fornitura del servizio voce in pendenza di rapporto contrattuale e, per di più, ha formulato richiesta di migrazione ad altro operatore tantomeno solo il 9 settembre 2016, a distanza di due anni dalla sottoscrizione del contratto e quindi dall'inizio del disservizio lamentato. Ha continuato quindi pacificamente a fruire del solo servizio ADSL, salvo poi chiedere la corresponsione dell'indennizzo per il disagio patito.

Il suo comportamento, pertanto, non risulta conformato al criterio dell'ordinaria diligenza, espressamente richiamato al paragrafo III.5.3. delle *Linee Guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche*, approvate con delibera n. 276/13/CONS dell'11 aprile 2013, secondo cui "per la liquidazione degli indennizzi, si deve fare attenzione alla possibile applicazione di alcuni principi generali stabiliti dall'ordinamento, come, per esempio, quello di cui all'art. 1227 Cod. civ. sul concorso del fatto colposo del creditore. In altre parole, se l'utente, creditore dell'indennizzo da inadempimento, ha concorso nella causazione del danno o non ha usato l'ordinaria diligenza per evitarlo, l'indennizzo può essere diminuito proporzionalmente alla sua colpa e alle conseguenze o non dovuto affatto." Inoltre, le medesime *Linee Guida* testualmente recitano "in applicazione dei principi di proporzionalità ed equità dell'indennizzo, se dal comportamento tenuto dall'utente può desumersi un completo disinteresse per il servizio oggetto di sospensione o disservizio (ad es. perché per mesi o addirittura anni non ha reclamato o avanzato richieste in proposito) il calcolo dell'indennizzo va fatto decorrere dal



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Direzione tutela dei consumatori

momento in cui un simile interesse diventa attuale e viene manifestato attraverso un reclamo o altra forma di interlocuzione con l'operatore."

Per le suddette ragioni, atteso che in atti non risulta alcuna segnalazione o reclamo inoltrato all'operatore, alcuna responsabilità per mancata attivazione del servizio risulta ascrivibile a Optima Italia S.p.A.

Infine, tenuto conto del valore della controversia, appare equo liquidare in favore della parte istante, a titolo di rimborso delle spese di procedura, l'importo di euro 100,00 (cento/00).

DETERMINA

1.L'operatore Optima Italia S.p.A., oltre a dover corrispondere euro 100,00 (cento/00) a titolo di rimborso delle spese di procedura, è tenuto a stornare le fatture n. 2167492/IB del 15 settembre 2016, n. 2191854/IB del 15 ottobre 2016, n. 2216305/IB del 15 novembre 2016, n. 2242267/IB del 15 dicembre 2016 e n. 2002081/IB del 16 gennaio 2017, n. 2045598/IB del 15 febbraio 2017, nonché a rimborsare, al netto delle note di credito già emesse, gli importi eventualmente corrisposti per il servizio voce mai fruito.

Inoltre, la Società è tenuta a stornare, ovvero a rimborsare, i costi di disattivazione e i canoni per il servizio ADSL addebitati successivamente al 9 settembre 2016.

È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, giusto quanto previsto dall'articolo 19, comma 5, del Regolamento.

Ai sensi dell'articolo 19, comma 3, del Regolamento il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1° agosto 2003 n.259.

La società è tenuta, altresì, a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente determina entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, let. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con d. l.vo 2 luglio 2010, n. 104, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva, entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

Il presente provvedimento è trasmesso alle parti e pubblicato sul sito *web* dell'Autorità.

Napoli, 14 gennaio 2019

Il Direttore
Mario Staderini