

## **DETERMINA DIRETTORIALE 46/20/DTC/CW**

**Fascicolo n. GU14/194476/2019**

### **DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA Carbone - Optima Italia Spa**

#### **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. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante “Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, di seguito Regolamento;

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 Indennizzi;

VISTA la delibera n. 223/12/CONS, del 27 aprile 2012, recante “Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 95/19/CONS;

VISTA l’istanza dell’utente Carbone, del 25/10/2019 acquisita con protocollo N. 0451318 del 28/10/2019;

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell’istruttoria;

CONSIDERATO che, sulla base della documentazione istruttoria acquisita agli atti del procedimento è risultato che:

L’istante sig. Carbone, titolare dell’utenza di telefonia fissa n. 0966479xxx presso l’operatore Vodafone, nella propria istanza ha rappresentato che in data 27 febbraio 2019 concludeva un contratto con la società Optima S.p.A. (d’ora in poi, Optima). In particolare, l’istante dichiara quanto segue: «[I]l gestore Optima Italia S.p.A. ... proponeva l’attivazione di un contratto, denominato "Tutto in uno" per la fornitura di energia elettrica della propria abitazione nonché contestualmente l’attivazione di un contratto per la linea telefonica fissa. Relativamente al contratto di telefonia, in data 27/02/2019, il gestore comunicava via sms di aver provveduto all’attivazione del contratto. Tuttavia, ad oggi la migrazione non si è perfezionata e il contratto non è mai stato attivato. Inoltre, nel corso di questi mesi, anche con riferimento al contratto di fornitura di energia elettrica, il Sig. Carbone subiva notevoli disservizi, relativi alla applicazione di costi non dovuti, e pertanto decideva così di cessare ogni rapporto contrattuale con la società Optima Italia SpA, inviando richiesta di recesso per la linea fissa 0966479xxx e di disdetta per la sim mobile ad essa associata. Inoltre, con riferimento alla sim, la stessa non è stata mai richiesta nè utilizzata dall’istante e, al momento del contatto telefonico da parte dell’operatore, all’utente era stato specificato che tale sim era assolutamente gratuita e non avrebbe avuto alcun costo nè di attivazione nè di disattivazione». Pertanto, l’utente dichiarava di non avere più interesse all’attivazione del contratto e che intendeva continuare il rapporto contrattuale con il precedente gestore. In base a tali premesse, l’utente ha richiesto nei confronti di Optima: i. l’indennizzo per mancata attivazione del contratto; ii. l’annullamento del contratto senza alcun costo o penale e la disdetta della SIM mobile senza alcun costo o penale; iii. il risarcimento per i disservizi patiti; iv. il rimborso delle spese sostenute.

La società Optima nelle proprie memorie ha rappresentato quanto segue: ««[I]n data 26.02.2019, il cliente attraverso una registrazione vocale, concludeva un contratto avente ad oggetto la fornitura da parte di Optima Italia S.p.a., del servizio di energia elettrica nonché dei servizi TLC in tecnologia Voip sull’utenza n. 0966479xxx e riceveva in omaggio una sim del valore di €. 90,00. Orbene, da verifiche effettuate il servizio Voip non è mai stato attivato e pertanto neanche fatturato dalla scrivente per mancata copertura nella zona di residenza del cliente. Pertanto, alcuna responsabilità potrà essere ascritta in capo a Optima che, anzi ha provveduto tempestivamente a comunicare al cliente la mancata attivazione del servizio Voip attraverso l’invio dei documenti allegati. In ordine all’asserita gratuità del servizio mobile, in questa sede è opportuno evidenziare

che l'offerta alla quale ha aderito il cliente, denominata Tutto-in-uno, offre al cliente una sim mobile nel caso di attivazione di un servizio energia e la gratuità della sim permane fino a quando il cliente rimane con Optima come cliente energia, così come espressamente stabilito nelle condizioni generali e particolari di contratto, accettate e sottoscritte dall'utente». L'operatore, pertanto, ha declinato qualsivoglia responsabilità verso l'utente, e ha richiesto l'archiviazione del procedimento.

Alla luce delle risultanze istruttorie le richieste di parte istante possono essere parzialmente accolte, per le motivazioni di seguito riportate. Dal corredo probatorio allegato agli atti risulta provato che il sig. Carbone, in data novembre 26 febbraio 2019, concludeva un contratto con la società Optima per l'attivazione del servizio dati e voce in tecnologia VOip, chiedendo la portabilità della relativa numerazione. In particolare, l'attivazione di tali servizi rientrava in una offerta cumulativa che comprendeva, altresì, la consegna di una SIM mobile del valore di euro 90,00, nonché la contestuale attivazione del servizio di energia elettrica. Tuttavia, la migrazione non si perfezionava a causa di difficoltà tecniche, vale a dire per mancanza di copertura di zona, come affermato dall'operatore. L'istante, rimasto servito dal precedente operatore Vodafone, esercitava diritto di recesso e chiedeva la chiusura del rapporto contrattuale nei confronti del recipient. Ciò stante, la richiesta sub i., relativa al riconoscimento di un indennizzo per mancata migrazione del servizio voce e dati può trovare accoglimento. Difatti l'operatore, in qualità di recipient, ha soltanto affermato, ma non provato, che il ritardo nella portabilità del servizio voce fosse dipesa da cause a esso non imputabili. Sul punto occorre evidenziare che l'operatore recipient si è limitato ad allegare alcune comunicazioni inviate al cliente con il quale lo informava – a seguito di una segnalazione di questi inoltrata il 16 maggio – che il servizio voce e dati non risultava attivo. Non vi è agli atti prova alcuna del fatto che l'operatore abbia informato l'utente circa le difficoltà tecniche riscontrate durante l'attivazione dei servizi suddetti; né vi è prova che le comunicazioni allegate siano state ricevute dal cliente. Infine, non vi è prova alcuna che l'operatore si sia diligentemente attivato per rimuovere le problematiche tecniche ostative all'attivazione dei servizi. Sul punto giova rammentare che, secondo il consolidato orientamento dell'Autorità, l'operatore che non garantisce l'erogazione del servizio secondo quanto promesso, e che non prova di aver posto in essere comportamenti volti a evitare, rimuovere o superare l'ostacolo tecnico, è responsabile nei confronti dell'utente in quanto, ai sensi del combinato normativo degli articoli 1218 e 1256 del Codice civile, si presume, fino a prova contraria, che l'impossibilità sopravvenuta temporanea o definitiva della prestazione stessa sia imputabile al debitore. In proposito, la giurisprudenza di legittimità è costante nel ritenere che l'impossibilità sopravvenuta che libera dall'obbligazione (se definitiva) o che esonera da responsabilità per ritardo (se temporanea), deve essere obiettiva, assoluta e riferibile al contratto e alla prestazione ivi contemplata, e deve consistere non in una mera difficoltà, ma in un impedimento, del pari obiettivo e assoluto, tale da non poter essere rimosso (cfr. da ultimo Cassazione civile, sez. II, 30 aprile 2012 n. 6594435 – Cassazione civile, sez. III, 05 agosto 2002 n. 117174). Pertanto, considerato il comportamento scarsamente diligente e collaborativo del gestore recipient, e considerato, altresì, che nelle more della portabilità parte istante continuava a essere fornita da Vodafone, si ritiene dover riconoscere in capo a Optima l'obbligo di corresponsione dell'indennizzo di cui all'art. 7 comma 1 del Regolamento sugli indennizzi, relativo ai disservizi nelle procedure di passaggio fra operatori, e nella specie per ritardo della portabilità, nel periodo intercorrente tra la data di richiesta di attivazione del servizio voce e dati, ovvero dal 27 febbraio 2019, sino alla data di prima segnalazione, risalente al 16 maggio 2019, per un totale di 78 giorni, detratti 30 giorni mediamente previsti per l'attivazione dei servizi, moltiplicati per euro 1,50 pro die, relativamente ai servizi voce e dati, per un importo complessivo di euro 144,00. La richiesta sub ii., può trovare accoglimento, stante il fatto che risulta incontestato che l'istante non abbia mai usufruito dei servizi voce e dati di Optima, né abbia mai utilizzato la SIM mobile rientrante nell'offerta commerciale di tipo cumulativo; pertanto, il rapporto sinallagmatico verrebbe alterato se, ciò nonostante, il cliente fosse tenuto a pagare costi legati alla cessazione di un rapporto contrattuale nel quale l'operatore non ha adempiuto alla obbligazione relativa alla fornitura dei servizi. Per l'effetto, l'operatore è tenuto ad annullare la SIM mobile senza costi aggiuntivi, e a stornare o rimborsare eventuali costi legati al recesso contrattuale in ordine al servizio voce e dati. La richiesta sub iii. non può trovare accoglimento, in ragione del fatto che il risarcimento del danno esula dalle competenze di questa Autorità, ferma restando la possibilità, in capo a parte istante, di rivolgersi al giudice ordinario in merito al risarcimento dell'eventuale maggior danno. La richiesta sub iv. non può essere accolta, stante la gratuità della procedura e la mancata allegazione agli atti, di documentazione attestante eventuali spese accessorie.

DETERMINA

- Optima Italia Spa, in parziale accoglimento dell'istanza del 25/10/2019, è tenuta a tenuta a corrispondere, tramite bonifico, con la maggiorazione degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza, euro 144,00 (centoquarantaquattro/00) a titolo di indennizzo per ritardo della portabilità. La società Optima S.p.A. è tenuta a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente determina entro il termine di 60 giorni dalla notifica della stessa. I termini per l'esecuzione del presente provvedimento sono computati tenuto conto di quanto disposto dall'art. 103, comma 1, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18. Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11 di cui al d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259.

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 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, in sede di giurisdizione esclusiva.

Il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è comunicata alle parti.

Il direttore  
Mario Staderini