

DELIBERA N. 11/2021/Corecom Toscana

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

**xxxx / Optima Italia S.p.A.
(GU14/28837/2018)
Il Corecom della Regione Toscana**

NELLA riunione del 9 febbraio 2021;

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 09/10/2018 acquisita con protocollo N. 0152950 del 09/10/2018;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante.

Parte istante contesta all'operatore Optima Italia S.p.A. (di seguito, per brevità, Optima) l'addebito in fattura di costi derivanti dall'acquisto non richiesto di un telefono cellulare.

In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento e nella documentazione in atti, l'istante ha dichiarato quanto segue:

- in data 16 novembre 2017 veniva contattata dal *call center* della società Optima, e "le [veniva] offerto in "regalo" un telefono cellulare";
- scopriva successivamente "che questa offerta [era] una compravendita a rate del telefono suddetto, un I phone 7 plus 32 GB. Una volta compreso che non si trattava di una offerta regalo, provvede a reclamare telefonicamente, ed il call center di Optima la rassicura sul fatto che non avrebbe pagato alcunché";
- tuttavia constatava l'addebito, nelle "fatture successive, [del]la somma di € 28,50 per il pagamento rateale del dispositivo previsto in 36 mesi. Tali addebiti, pertanto, risultano del tutto illegittimi";
- con PEC del 10/04/2018, per il tramite dell'associazione dei consumatori di riferimento, sporgeva reclamo all'operatore Optima con il quale formulava le richieste che seguono:

"1. Provveda a stornare parzialmente le fatture già emesse e quelle di successiva emissione in cui vengono addebitate somme da pagare relative al pagamento della rateizzazione di un telefono cellulare marca Apple modello I phone 7 plus 32 GB mai richiesto;

2. Provveda al pagamento degli indennizzi previsti per legge e dalle delibere agcom per attivazione di servizi non richiesti;

3. Provveda a rispondere per iscritto entro e non oltre trenta giorni dal ricevimento del presente reclamo".

In data 20/07/2018 la parte istante esperiva nei confronti dell'operatore Optima tentativo obbligatorio di conciliazione presso il CoReCom Toscana, tentativo che si concludeva con verbale attestante la mancata adesione.

In base a tali premesse l'istante ha chiesto che l'operatore provveda:

- i) *“a stornare parzialmente le fatture già emesse e quelle di successiva emissione in cui vengono addebitate somme da pagare relative al pagamento della rateizzazione di un telefono cellulare marca Apple modello I phone 7 plus 32 GB mai richiesto”;*
- ii) *“al pagamento degli indennizzi previsti per legge e dalle delibere Agcom per attivazione di servizi non richiesti”.*

2. La posizione dell’operatore.

La società Optima ha preliminarmente dedotto *“che, contrariamente a quanto riportato nell’istanza nonché nei precedenti reclami presentati dal cliente, ai quali è stato dato sempre puntuale riscontro, il dispositivo Iphone 7 plus 32 GB richiamato, non è mai stato “regalato” dalla scrivente società. Invero, in data 07.03.17, la cliente ha sottoscritto un contratto con Optima Italia S.p.a. avente ad oggetto la fornitura del servizio di energia elettrica, successivamente, ovvero in data 16.11.17, attraverso un regolare contratto, concluso attraverso un Vocal Order (allegato alle presenti memorie), ha acquistato il predetto dispositivo, impegnandosi al pagamento della somma di € 1.026,00 (comprensivo di IVA), da corrispondersi in n. 36 rate mensili da € 28,50. Orbene, in esecuzione del contratto, il device è stato regolarmente consegnato alla cliente e, pertanto, correttamente fatturato. Si rappresenta, inoltre che, il file audio allegato è chiaro e comprensibile e nello stesso viene distintamente indicato lo scopo della registrazione ossia: un contratto finalizzato all’acquisto di un dispositivo I Phone 7 plus 32 GB, ma vi è di più, viene ripetuto il costo complessivo del dispositivo stesso. Alla luce di quanto sopra, pertanto, attesa la regolarità delle fatture emesse dalla scrivente società, si conclude per il rigetto delle richieste formulate dell’istante”.*

3. Motivazione della decisione.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell’istruttoria, le richieste formulate dall’istante essere parzialmente accolte come di seguito precisato.

La domanda *sub i)* è meritevole di accoglimento nei termini di seguito esposti.

In primis occorre richiamare che è ormai pacifico che, nel caso di contestazione delle fatture, l’operatore debba fornire la prova della debenza degli importi fatturati, altrimenti l’utente ha diritto allo storno o al rimborso degli stessi, tenuto conto che la fattura non costituisce negozio di accertamento.

Sul punto viene in rilievo l’orientamento giurisprudenziale, ormai consolidato, (*ex multis*, Cass. Civ., sez. III, 17 febbraio 2006, n. 947) in virtù del quale l’emissione della bolletta non costituisce un negozio di accertamento, idoneo a rendere certa ed incontestabile l’entità periodica della somministrazione, ma solo un atto unilaterale di natura contabile diretto a comunicare all’utente le prestazioni già eseguite secondo la conoscenza ed il convincimento dell’operatore telefonico; resta dunque rettificabile in caso di divergenza con i dati reali. Tanto premesso, sussiste in capo all’operatore l’onere di provare l’esattezza dei dati posti a base della fattura nel caso di contestazione del suo ammontare da parte dell’utente (Cass. Civ. sez. III, 28 maggio 2004, n. 10313),

altrimenti l'utente ha diritto allo storno delle fatture e/o al loro rimborso (*ex multis*, Delibera Agcom n. 82/17/CIR).

Nel caso di specie, parte istante contesta l'addebito, nell'ambito dell'offerta cui aveva aderito con l'operatore Optima ("*Vita Mia Business*", come risulta dalle fatture in atti), l'addebito di costi dovuti per l'acquisto di un apparecchio "*Dispositivo iPhone 7 Plus 32Gb*". In particolare, l'utente disconosce i predetti addebiti, in ragione di un suo mancato consenso all'acquisto del predetto terminale, adducendo che gli era stato, invece, offerto come omaggio. Al riguardo l'utente ha dichiarato di aver ricevuto una chiamata in data 16 novembre 2017 da un incaricato che si presentava per conto di Optima e che gli prometteva l'invio di un cellulare iPhone "*in regalo*".

Di contro, la società Optima ha dedotto l'esistenza di una valida accettazione di tale vincolo contrattuale, puntualizzando che l'istante, "*in data 16.11.17, attraverso un regolare contratto, concluso attraverso un Vocal Order (allegato alle ... memorie), ha acquistato il predetto dispositivo, impegnandosi al pagamento della somma di € 1.026,00 (comprensivo di IVA), da corrispondersi in n. 36 rate mensili da € 28,502*". L'operatore ha sostenuto che "*in esecuzione del contratto, il device è stato regolarmente consegnato alla cliente e, pertanto, correttamente fatturato*", omettendo, però, di allegare il citato file audio comprovante tale adesione contrattuale. Successivamente, in sede di integrazione istruttoria, veniva rivolta alla società Optima la richiesta di depositare il predetto *vocal ordering* che, però, non veniva prodotto in atti.

Dunque, a fronte delle fatture depositate al fascicolo, la predetta società non ha fornito alcuna documentazione utile a smentire quanto lamentato dall'istante, ovvero a dimostrare la volontà dell'utente alla sottoscrizione del contratto di acquisto del terminale.

Ne consegue che, attesa mancata prova della debenza degli importi contestati, in accoglimento della richiesta *sub i*), la società Optima è tenuta a regolarizzare la posizione amministrativo-contabile dell'istante mediante lo storno (ovvero il rimborso, in caso di avvenuto pagamento) di quanto fatturato a titolo di "*Dispositivo iPhone 7 Plus 32Gb*".

Viceversa non può trovare accoglimento la richiesta d'indennizzo *sub ii*) formulata dalla parte istante in relazione all'acquisto non richiesto del dispositivo iPhone 7 Plus 32Gb, atteso che il predetto terminale non può ritenersi un servizio di comunicazione elettronica, né un servizio accessorio, secondo le definizioni di cui all'art. 1, lett. l) e lett. m) del Regolamento sugli indennizzi (*ex multis* Delibera Agcom n. 53/16/CIR).

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

DELIBERA

Articolo 1

1. Il Corecom Toscana accoglie parzialmente l'istanza presentata presentata da Federico Ivana Francesca nei confronti dell'operatore Optima Italia S.p.A per le motivazioni di cui in premessa.
2. La società Optima Italia S.p.A. è tenuta alla regolarizzazione della posizione amministrativa - contabile mediante lo storno (o il rimborso in caso di avvenuto pagamento oltre agli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia) di quanto addebitato a titolo "Dispositivo iPhone 7 Plus 32Gb" con ritiro a cura e spese del gestore la connessa pratica di recupero del credito eventualmente aperta.

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, 9 febbraio 2021

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.)