

DELIBERA N. 36/2021/Corecom Toscana

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

**xxxx / Optima Italia S.p.A.
(GU14/150185/2019)**

Il Corecom della Regione Toscana

NELLA riunione del 24 marzo 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. 106 del 25 febbraio 2021 avente per oggetto “*Assetto organizzativo del Consiglio regionale XI Legislatura*” con il quale è stato conferito alla Dott.ssa Cinzia Guerrini l’incarico di responsabile del “*Settore Cerimoniale, Eventi, Contributi. Biblioteca e documentazione. Assistenza generale al CORECOM. Tipografia*”, con decorrenza 1° marzo 2021;

VISTA l’istanza dell’utente xxxx, del 16/07/2019 acquisita con protocollo n. 0312737 del 16/07/2019;

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) 0565852xxxx l'attivazione non richiesta di un servizio accessorio di abilitazione alle chiamate a sovrapprezzo.

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

- *“in data 14.05.2015, la sig.ra xxxx attivava con la Compagnia Optima Italia spa contratto voce, internet adsl e componente luce elettrica”*. Riceveva dal consulente una copia al momento della sottoscrizione;
- *successivamente chiedeva all'operatore Optima l'invio del contratto in base al quale veniva emessa la fatturazione. “Dopo svariate richieste senza risposta, per ottenere copia del contratto sottoscritto, in data 29.05.2018 veniva inviata per PEC comunicazione di reclamo e richiesta documentazione contrattuale e saldo posizione debitoria della cliente, da parte del legale. A questa richiesta rispondeva la Compagnia inviando copia del contratto sottoscritto (...). Il contratto inviato dalla Compagnia risultava però palesemente manipolato”*;
- *riscontrava, in particolare, l'attivazione non richiesta “di servizi a sovrapprezzo sotto la voce “abilitare le chiamate a sovrapprezzo”. Tale manipolazione, palese, unilaterale e successiva alla sottoscrizione dell'originario contratto da parte della cliente è facilmente dimostrabile confrontando la copia del contratto originario e la copia del contratto inviato su richiesta, dalla Compagnia, che si allegano entrambe alla presente istanza”*.
- *in data 1.04.2018 passava ad altro gestore.*

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

- i) *lo “storno insoluto (ad oggi euro 950,00 circa)”*;
- ii) *l’“indennizzo attivazione servizi a sovrapprezzo (con contratto modificato dopo la sottoscrizione) dalla data di attivazione dell'utenza (contratto sottoscritto in data 14.05.2015, fornitura attivata in data 1.07.2015) al successivo subentro di altro soggetto nella fornitura avvenuto in data 1.04.2018 e quindi dal 1.07.2015 al 1.04.2018 per un totale di giorno 1.005 (euro 2.50 al giorno x giorni 1.005 = euro 2.512,50)”*.

2. La posizione dell'operatore.

L'operatore Optima, nell'ambito del contraddittorio, ha eccepito preliminarmente *“l'inammissibilità del presente formulario GU14/100109/2019, nonché del formulario UG/98551/2019. La sig.ra xxxx ha sottoscritto il contratto “Optima Vita Mia Business” del 14.05.2015 non in proprio, bensì nella sua qualità di legale rappresentante di una società”, ma “ha promosso il presente procedimento - tanto il formulario UG che il formulario GU14 - IN PROPRIO (...) Quello stipulato con la Optima è un contratto Business e non un contratto Consumer, [l'istante] non riveste la qualifica di consumatore, a cui come noto si applica una diversa normativa giuridica, ma bensì quella di legale rappresentante pro tempore della predetta società”*.

Nel merito l'operatore ha evidenziato che sulla contestazione, circa l'attivazione non richiesta del servizio "voce di chiamate a sovrapprezzo", *"che il predetto servizio non è mai stato abilitato dalla scrivente società"*.

In conclusione l'operatore ha ribadito l'eccezione che *"l'odierna istanza di definizione [sia] inammissibile"*.

3. La replica dell'istante.

Parte istante, nell'ambito del contraddittorio, ha respinto l'eccezione di inammissibilità per carenza di legittimazione attiva dell'istante e ha puntualizzato, fra l'altro, che la titolare della linea *"non sottoscriveva il contratto con Optima Italia spa in qualità di "rappresentante legale" di società, come indicato da controparte nelle proprie memorie in modo del tutto infondato, semmai lo sottoscriveva quale imprenditore titolare di omonima ditta individuale corrispondente alla p.iva ad oggi cessata 01707360xxxx. Uno dei principi fondamentali del nostro ordinamento civilistico è che vi sia confusione patrimoniale tra ditta individuale e persona fisica titolare: "non vi è diversità tra colui che viene indicato come titolare di una "ditta" (o, rectius, "impresa") individuale ed il medesimo come persona fisica, visto che, per scolastica nozione, quella non ha alcuna autonomia patrimoniale ed il primo si risolve nel secondo, senza possibilità di tenere distinti, in capo al medesimo soggetto, i rapporti a lui facenti capo quale imprenditore e quelli estranei all'impresa..." ex multis Cass. Civ. Sez. III n. 6734/2011. Da ciò se ne deve dedurre la perfetta legittimazione attiva in capo alla Maccanti in relazione alla presente procedura ed alla precedente procedura conciliativa"*.

Inoltre ha evidenziato quanto di seguito esposto.

"Controparte eccepisce che parte istante errando, non abbia promosso il presente procedimento in qualità di rappresentante legale della persona giuridica "xxxx". Anche con questa affermazione nuovamente sbaglia: "xxxx" che si legge nel contratto prodotto da controparte e solo nello stesso (essendo il contratto di parte istante DIVERSO) è solo al più, l'insegna commerciale, poiché non vi è alcuna persona giuridica legata alla partita iva ora cessata della xxxx. Assolutamente priva di rilievo è l'affermazione di controparte in cui si dice che la xxxx non sarebbe "consumatore": il "Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche" (All. A alla delibera n. 347/18/CONS) all'art. 1 lettera f) non parla certo di "consumatore" bensì di "utente" definendolo "ogni persona fisica o giuridica che utilizza o chiede di utilizzare un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico..." e lo stesso fa il "Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche" delibera n. 203/18/CONS, all'art. 1, lettera j) richiamato in memoria dalla stessa controparte.

Nel merito parte istante ribatte a quanto eccepito dall'operatore che afferma *"di non aver mai abilitato il servizio voce di "chiamate a sovrapprezzo"*. Questa rappresenta chiaramente una semplice allegazione di controparte, che non trova fondamento in alcun documento probatorio, che ben avrebbe potuto, in questa fase del procedimento, Optima Italia spa, depositare. Viceversa, questa difesa, già ha depositato un contratto chiaramente manipolato dopo la sua sottoscrizione, ove chiaramente è visibile l'attivazione di un servizio voce di chiamata a sovrapprezzo mai richiesto da parte istante. I Regolamenti vigenti, prevedono il diritto ad un indennizzo a prescindere dall'effettivo addebito/utilizzo del servizio a sovrapprezzo contestato. Per questo motivo, si chiede al Co.Re.Com competente il corrispondente indennizzo, come da Regolamento vigente, pertanto, previo rigetto di tutto quanto ex adverso dedotto e osservato, si insiste per l'integrale accoglimento delle richieste che qui si riportano: *"storno insoluto (ad oggi euro 950,00 circa) indennizzo attivazione servizi a sovrapprezzo (con contratto modificato dopo la sottoscrizione) dalla data di attivazione dell'utenza"*

(contratto sottoscritto in data 14.05.2015, fornitura attivata in data 1.07.2015) al successivo subentro di altro soggetto nella fornitura avvenuto in data 1.04.2018 e quindi dal 1.07.2015 al 1.04.2018 per un totale di giorno 1005 (euro 2.50 al giorno x giorni 1005 = euro 2.512,50)".

4. Motivazione della decisione.

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

In primis si osserva che non può essere accolta l'eccezione di inammissibilità dell'istanza formulata da Optima in ragione del difetto di legittimazione attiva, atteso che, dalla documentazione in atti, risulta confermata la proponibilità dell'istanza da parte della Sig.ra Maccanti in relazione al contratto sottoscritto sull'utenza n. 0565 85xxxx.

Sempre in via preliminare, con riferimento alla domanda *sub i*) volta ad ottenere lo "storno insoluto (ad oggi euro 950,00 circa)", occorre evidenziare che l'utente non ha precisato la sua richiesta mediante l'indicazione dell'insoluto dovuto ai servizi di telefonia, trattandosi, nel caso che ci occupa, di un contratto integrato di fornitura di servizi, quali quelli dell'elettricità, che esulano dalla competenza di questo Corecom. Al riguardo si ritiene che, a prescindere dalla formulazione della predetta doglianza, contenente richieste implicitamente risarcitorie, gli eventi e i disservizi rappresentati in atti da parte istante siano suscettibili di valutazione, considerato che un eventuale accertamento di responsabilità in capo al gestore convenuto e l'applicazione del Regolamento sugli indennizzi, in relazione alle fattispecie ivi contemplate, rientrano nel perimetro della disposizione di cui articolo 20, comma 4, del Regolamento.

Ciò posto, nel caso di specie, si rileva che l'oggetto della presente disamina riguarda l'attivazione di un servizio accessorio non richiesto, doglianza fondata sulla contestazione della documentazione contrattuale prodotta dall'operatore, fermamente disconosciuta dall'utente in quanto giudicata difforme da quella consegnata dal consulente commerciale al momento della stipula contrattuale. Inoltre non risulta agli atti che la società Optima abbia riscontrato il reclamo inviato a mezzo PEC in data 29 maggio 2018.

Venendo alla *res controversa*, con riferimento alla domanda dell'istante *sub ii*) volta ad ottenere l'indennizzo per l'attivazione servizi non richiesti, in via generale, si rileva che, a fronte della contestazione dell'utente circa l'esistenza e la valida conclusione di un contratto di telefonia, è onere probatorio dell'operatore telefonico fornire la prova positiva della conclusione del contratto. La fattispecie in esame rientra nell'ambito generale delle c.d. "attivazioni di servizi non richiesti" o "prestazioni non richieste", previste e disciplinate dalle Delibere n. 41/09/CIR (art. 3), n. 179/03/CSP (art. 7, comma 5), nonché dal Codice delle Comunicazioni Elettroniche (art. 70).

Nel caso in esame, preliminarmente, occorre soffermarsi sulla documentazione contrattuale allegata dall'operatore alla memoria e già inviata. Tale documentazione è stata disconosciuta nelle proprie controdeduzioni dall'utente, sotto vari profili, in quanto risulterebbe "manipolata" e difforme dalla copia consegnata dall'agente al momento della sottoscrizione.

Al riguardo deve evidenziarsi che il disconoscimento cd. di autenticità esula dall'ambito di competenza dell'Autorità ai sensi dell'articolo 2 del Regolamento e che, in relazione ad esso, è necessario fare riferimento alla disciplina di cui agli articoli 214 e 215 del Codice di procedura civile e al rinvio all'autorità giudiziaria ordinaria (Cass. Sez. V, 22 gennaio 2004 n. 935). Tuttavia, fermo restando che gli accertamenti sull'integrità della produzione documentale saranno oggetto di valutazione rilevanti sotto profili che esulano dalla decisione del caso di specie, ai fini della decisione della presente controversia, in ossequio al principio del *favor utentis*, si ritiene di fare esclusivo riferimento alla copia del contratto depositata dall'utente (Delibera Agcom 86/18/CIR) che lo stesso istante dichiara di aver ricevuto contestualmente alla sottoscrizione contrattuale.

Ciò stante, si osserva che, nella copia contestata, risulta selezionata con crocetta la casella riservata all'attivazione alle chiamate a sovrapprezzo. Al contrario si riscontra "*ictu oculi*" che la stessa opzione non risulta selezionata nella copia contrattuale già in possesso dell'utente. Tale circostanza va considerata unitamente al disconoscimento, che l'utente ha manifestato con la propria memoria di replica, in relazione all'attivazione del servizio accessorio non richiesto.

Al riguardo, attesa la contestazione dell'istante, deve evidenziarsi che l'operatore Optima non ha giustificato quanto contestato da parte istante, limitandosi ad osservare che il servizio oggetto della contestazione non è mai stato abilitato.

Pertanto, in assenza di prova contraria, l'operatore Optima può ritenersi responsabile *ex art. 1218 del Codice civile* per l'attivazione non richiesta del servizio accessorio *de quo*.

Dunque, alla luce di quanto sopra esposto, in parziale accoglimento della domanda *sub i)*, parte istante ha diritto alla regolarizzazione della posizione contabile-amministrativa dell'istante mediante lo storno (o il rimborso, in caso di avvenuto pagamento) delle somme imputate a titolo del servizio accessorio non richiesto "Chiamate a sovrapprezzo" fino alla fine del ciclo di fatturazione con il ritiro di eventuale connessa pratica di recupero dei crediti aperta

Per quanto riguarda, invece, la richiesta d'indennizzo da parte dell'istante si richiama l'art. 9, comma 2, in virtù del quale "*[n]ei casi di servizi accessori o di profili tariffari non richiesti, l'indennizzo è applicato in misura pari a euro 2,50 per ogni giorno di attivazione*".

Tuttavia il medesimo Regolamento all'art. 13, comma 1, prevede, che "*[n]elle fattispecie contemplate dagli articoli 6, 8, 9 e 11, il calcolo dell'indennizzo è effettuato tenuto conto della data di presentazione del reclamo da parte dell'utente*". A tal riguardo occorre evidenziare che l'unico reclamo in atti è del 29/05/2018 risulta posteriore alla cessazione del servizio stesso per passaggio ad altro operatore.

Ne deriva che, per tale motivo, non può ritenersi fondata la richiesta di liquidazione *sub ii)* di indennizzo per servizio accessorio non richiesto.

Viceversa, si ritiene fondata, la domanda d'indennizzo *sub i)* riletta sotto il profilo della mancata risposta al reclamo del 29 maggio 2018 inviato per PEC all'operatore.

Tale reclamo non risulta riscontrato dall'operatore.

Dunque, atteso che il disposto dell'art. 8, comma 4, della Delibera n. 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera), prevede che la risposta al reclamo debba essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto (e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta), in forma scritta nei casi di rigetto, la mancata risposta al reclamo giustifica il riconoscimento all'utente di un indennizzo "*da mancata risposta al reclamo*".

Ne consegue che l'istante ha diritto alla corresponsione di *un indennizzo pari a euro 2,50 per ogni giorno di ritardo, fino a un massimo di euro 300*, in base a quanto previsto dall'art. 12, comma 1, del Regolamento sugli Indennizzi.

Ai fini del calcolo dell'indennizzo si determina il *dies a quo* nella data del 14 luglio 2018, detratto il tempo utile di 45 giorni previsto dalla Carta dei Servizi dell'operatore per la risposta al reclamo del 29 maggio 2018 ed il *dies ad quem* nella data del deposito dell'istanza di definizione del 16 luglio 2019, in assenza di una partecipazione attiva nella procedura di conciliazione semplificata da parte dell'operatore.

Pertanto l'istante ha diritto alla corresponsione dell'indennizzo da computarsi nella misura massima di euro 300,00 (trecento/00).

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

DELIBERA

Articolo 1

1. Il Corecom Toscana accoglie parzialmente l'istanza presentata dalla Sig.ra xxxx nei confronti della società Optima Italia S.p.A.;
2. La società Optima Italia S.p.A. è tenuta a corrispondere in favore dell'istante l'importo maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza pari euro 300,00 (trecento/00) a titolo di indennizzo ai sensi dell'art. 12, comma 1, del Regolamento sugli Indennizzi;
3. 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) di quanto fatturato a titolo del servizio accessorio non richiesto "*Chiamate a sovrapprezzo*" fino alla fine del ciclo di fatturazione con il ritiro di eventuale connessa pratica di recupero dei crediti 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, 24 marzo 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.)