

Co.re.com. Cal./Vic

DELIBERAZIONE N. 109

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA - GENTILE xxx / OK COM xxx

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

nella seduta del giorno 9/07/2012, svolta presso la sede del Consiglio Regionale della Calabria, via Cardinale Portanova Reggio Calabria, in cui sono presenti:

Prof. Alessandro Manganaro Presidente
Prof Carmelo Carabetta Componente
Dott. Gregorio Corigliano Componente

e Avv. Rosario Carnevale, Direttore del Co.re.com. Calabria;

Visti:

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, lett. a), n. 14;

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";

il Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262, di approvazione del testo del Codice civile;

l'art. 84 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, "Codice delle comunicazioni elettroniche";

la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, "Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni- Co.re.com." e succ. modif. ed int.;

la propria deliberazione n. 5 del 10 giugno 2009, recante: "Regolamento interno di organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni";

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 173/07/CONS., "Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" e succ. modif. ed int.;

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 73/11/CONS., "Approvazione del regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori e individuazione delle fattispecie di indennizzo automatico" ai sensi dell'articolo 2, comma 12, lett. g), della legge 14 novembre 1995, n.481;

l'Accordo quadro tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, 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 4 dicembre 2008;

la Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed il Co.re.com. Calabria in data 16 dicembre 2009 ed, in particolare, l'art. 4, comma 1, lett. e);

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 179/03/CSP, all. A, "Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni";

l'istanza del 16 dicembre 2011, acquisita al prot. Co.re.com. Calabria n. 59183, con cui il sig. Gentile ha chiesto l'intervento del Co.re.com. Calabria per la definizione della controversia in essere con la Okcom xxx., ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con delibera 173/07/Cons. e succ. modif. ed int.;

la nota del 28 luglio 2011 (prot. n. 37819), con cui il Responsabile del procedimento ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del summenzionato Regolamento, l'avvio del procedimento finalizzato alla definizione della deferita controversia;

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

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

L'istante, sig. Gentile xxx, ha contestato l'attivazione arbitraria ed indesiderata dei servizi di OkCom xxx, esercitando il diritto di recesso, continuando a ricevere, ciò nonostante, fatture di pagamento.

Segnatamente, l'utente, nella propria istanza ha eccepito la mancanza di potere rappresentativo e negoziale in capo al soggetto contattato telefonicamente dal gestore.

Ha dunque contestato l'attivazione di un contratto non richiesto, vieppiù che il ricorrente non ha mai restituito all'operatore il modulo di conferma-contratto, lamentando, altresì l'ingiustificato addebito dell'importo di €. 53,88, richiesto tramite diffida dal legale dell'operatore per l'asserito mancato pagamento della fattura n. 229.598 in realtà regolarizzata correttamente prima dalla scadenza come da ricevuta versata in atti. Ha inoltre lamentato il malfunzionamento e la sospensione del servizio arbitrariamente effettuato dall'operatore senza alcun preavviso a partire dal mese di settembre 2011.

L'istante ha infine richiesto l'annullamento di tutte le fatture emesse dalla società convenuta a seguito della comunicazione di recesso ricevuta dall'operatore e l'indennizzo per i disagi subiti.

Stante, l'asserita infruttuosità dei reclami inoltrati all'operatore, in data 29 ottobre 2011 presentava istanza per tentativo di conciliazione che sortiva esito negativo a causa della mancata adesione del gestore telefonico.

In data 16 dicembre 2011 presentava istanza per la definizione della controversia, ribadendo richieste e doglianze già avanzate in sede di conciliazione.

Il procedimento di definizione veniva avviato in data 23 dicembre 2011 con concessione alle parti dei termini regolamentari per la produzione di memorie e documenti.

L'operatore in data 23 gennaio 2012 faceva pervenire a mezzo fax memoria difensiva, protocollata in data 24 gennaio 2012, con relativi documenti allegati, a proposito della quale occorre rilevarne la tardività perché depositata oltre il termine perentorio assegnato alle parti; essendo tardiva, la memoria *de qua* deve essere dichiarata irricevibile.

L'istante, a sua volta, replicava ribadendo le proprie doglianze e richieste ed insistendo in tutte le conclusioni formulate nei propri scritti difensivi.

Il fascicolo veniva dunque trattenuto per la definizione della controversia.

2. Motivi della decisione.

Osservazioni in rito.

Preliminarmente, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile.

Si dispone inoltre lo stralcio della memoria depositata tardivamente dall'operatore.

2.1. Sulla validità del contratto

La vicenda oggetto della presente controversia, si incentra sulla validità del contratto dal punto di vista della legittimazione attiva alla conclusione dello stesso, integrante fattispecie più complessa rispetto ad un ordinario rapporto negoziale, riconducibile alla figura del c.d. *falsus procurator* disciplinata dall'art. 1398 c.c. secondo cui " *colui che ha contrattato come rappresentante senza averne i poteri o eccedendo i limiti delle facoltà conferitegli, è responsabile del danno che il terzo contraente ha sofferto per aver confidato senza sua colpa nella validità del contratto*". Infatti il ricorrente nella domanda introduttiva del presente contenzioso, eccepisce l'assenza di potere rappresentativo e negoziale in capo al soggetto contattato telefonicamente dal gestore che è risultato essere la Sig.ra Franco Maria Giuseppe, moglie dell'istante.

All'uopo, si osserva, che un recente orientamento giurisprudenziale salva l'efficacia del contratto concluso dal falso rappresentante nei confronti dei terzi, allorché il comportamento colpevole del *falsus procurator* abbia ingenerato un affidamento incolpevole del terzo contraente (Cfr. Cass. 408/2006; Cass. 14618/2010; Cass. 17243/10). Nel caso di specie può essere richiamato il principio dell'apparenza del diritto¹, rientrando in quello più ampio della tutela dell'affidamento incolpevole, perché si ritiene sussistere la buona fede del gestore, il quale non avrebbe avuto motivi apparenti per diffidare della veridicità delle dichiarazioni fornite dal soggetto contattato telefonicamente e che ha manifestato la volontà di concludere il contratto prestando, altresì, il consenso alla registrazione della conversazione telefonica. D'altro canto è individuabile, altresì, l'elemento del comportamento colpevole dell'utente intestatario dell'utenza che all'atto della ricezione del contratto e del plico informativo non ne ha contestato la validità e non ha esercitato il diritto di ripensamento. In effetti l'utente ha avuto contezza della proposta di fornitura del servizio telefonico al momento della ricezione del contratto e del plico informativo in data 22 aprile 2011 ma non ha mai esercitato nei termini ivi contemplati il diritto di recesso, ingenerando per tale via nel gestore l'affidamento circa il convincimento dell'utente medesimo alla fornitura del servizio proposto. Ne deriva che il rapporto contrattuale instauratosi fra le parti può ritenersi validamente concluso e successivamente confermato dal mancato esercizio del recesso che l'utente ben avrebbe potuto esercitare ai sensi dell'art. 5 della delibera 664/06/CONS nei termini consentiti di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, o, in quello più ampio concesso dall'operatore, ed, in ogni caso, entro il termine di novanta giorni in caso di mancanza di informazioni o di informazioni incomplete decorrente dalla conclusione del contratto.

Alla luce di quanto esposto si deve concludere che il contratto sia stato validamente concluso, oltre che anche di recente, la Suprema Corte ha chiarito che la ratifica di un contratto formale stipulato da *falsus procurator* può avvenire anche implicitamente e risultare da un atto dal quale risulti in modo inequivoco la volontà del "dominus" incompatibile con quella di rifiutare l'operato del rappresentante senza potere (Cass. Civ. Sez II, 25 ottobre 2010, n. 21844).

2.2. Mancata lavorazione del recesso e l'indebita successiva fatturazione

L'utente, ha dedotto e provato di aver inviato richiesta di recesso mediante raccomandata a.r. ricevuta dall'operatore in data 31 ottobre 2011 e da questi mai contestata né lavorata. Deve pertanto affermarsi la ritualità del recesso, esercitato dal ricorrente, divenuto efficace - conformemente all'art. 8 della Carta dei Servizi dell'operatore - a far data dal 30 novembre 2011, vale a dire a far data dal 30° giorno successivo alla ricezione della comunicazione di recesso; a partire da tale data, inoltre, ogni fatturazione del gestore telefonico deve ritenersi indebita, e l'utente ha diritto allo storno delle fatture, per tutti gli importi addebitati in relazione alla propria utenza oltre all'indennizzo per mancata lavorazione del diritto di recesso.

In particolare, l'utente ha diritto allo storno delle seguenti fatture e per i seguenti importi:

- Fattura n. 359.442 dell'importo di €. 31,19;
- Fattura n. 113.972 dell'importo di €. 56,71.

¹ Il principio di *apparenza del diritto* radica le ragioni del proprio riconoscimento giuridico nell'esigenza, riconosciuta dall'ordinamento, di apprestare forme di tutela e di garanzia dei rapporti giuridici complementari al sistema legale di pubblicità. La ratio teleologica sottesa al riconoscimento del principio risiede nell'avvertita necessità di agevolare la circolazione dei beni (e, dunque, della ricchezza), tutelando l'affidamento riposto dal terzo nella rispondenza della situazione di fatto apparente alla situazione di diritto. Il principio dell'apparenza tende, dunque, a colmare lo iato esistente tra fatto e qualificazione giuridica di esso, superando l'eventuale distonia tra realtà fattuale e realtà giuridica, così garantendo il terzo, che abbia legittimamente risposto fiducia nella effettività giuridica dell'effettività fenomenica, circa la corrispondenza della seconda alla prima. Attraverso una *fictio iuris*, la situazione di fatto percepita dal terzo, pur non corrispondendo a quella di diritto, viene qualificata dall'ordinamento come se a quest'ultima corrispondente e, dunque, diviene produttiva degli stessi effetti che si sarebbero prodotti in ragione della sussunzione *sub iure* del fatto medesimo (cfr. www.percorsi.giuffre.it)

Tutto ciò premesso, stante la mancata lavorazione del diritto di recesso, sussiste una responsabilità dell'operatore ex art. 1218 cod. civ. con il conseguente diritto dell'utente ad un indennizzo proporzionato al disservizio subito, ai sensi dell'art. 11 comma 2 delibera 179/03/CSP.

Passando ora all'esame della misura dell'indennizzo spettante al ricorrente per la mancata attuazione della prestazione richiesta, che, ai sensi dell'art. 84 del codice delle comunicazioni elettroniche, che deve soddisfare il requisito dell'equità, e pertanto tenere indenne l'istante dal decorso del tempo necessario alla definizione della procedura.

Va aggiunto altresì che in questi casi il gestore deve anche fornire la prova di aver adeguatamente informato l'utente delle difficoltà incontrate nella gestione del recesso, al fine di mettere lo stesso in grado di comprendere quanto accaduto. Allo stesso modo, l'operatore deve anche dimostrare di essersi diligentemente attivato per rimuovere gli ostacoli incontrati, dimostrando il compimento di tutte le attività a suo carico (cfr. 62/08/CIR, 90/08/CIR e 8/09/CIR).

Nel caso di specie Ok Com xxx ha ignorato la volontà dell'utente proseguendo nell'emissione di fatture che non avrebbero dovuto essere inviate se il recesso fosse stato correttamente lavorato.

In relazione alla quantificazione dell'indennizzo, appare equo e proporzionale fare riferimento ai parametri previsti dal nuovo Regolamento di cui alla Delibera n. 73/11/CONS in materia di indennizzi applicabili nei rapporti tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche e di televisione a pagamento, eventualmente applicabili per analogia o similitudine.

Ciò detto, appare pertanto equo e proporzionale riconoscere un indennizzo giornaliero pari ad €. 5,00 per ogni giorno di ritardata lavorazione del recesso/ripensamento. Il periodo di maturazione dell'indennizzo deve essere individuato in quello intercorrente tra: (*dies a quo*) la data in cui il recesso avrebbe dovuto essere efficace, il 30 novembre 2011; (*dies ad quem*) la data di adozione della delibera di definizione, ovvero, alternativamente, quella di decorso del termine di conclusione del procedimento, pari a centocinquanta giorni decorrenti dalla data di deposito dell'istanza, qualora il procedimento si concluda oltre tale termine ordinario. Ciò premesso, applicandosi nel caso di specie questo secondo principio di individuazione del *dies ad quem* e considerando che l'istanza di definizione è stata depositata in data 16 dicembre 2011 e che il disservizio è perdurato almeno sino al decorso del termine procedimentale di centocinquanta giorni (21 maggio 2012), si ricava la maturazione di un indennizzo complessivo pari ad €. 900,00 (€. 5 x 180 gg. compresi tra il giorno in cui il recesso avrebbe dovuto essere efficace ossia il 30 novembre 2011 a quello in cui il procedimento si sarebbe dovuto concludere 21 maggio 2012)

Si ritiene in questo modo applicato il combinato disposto dell'art. 11 comma 2 della delibera Agcom 179/03/CSP e del richiamato art. 84 del codice delle comunicazioni elettroniche, in forza del quale gli indennizzi corrisposti e riconosciuti devono essere proporzionati al pregiudizio arrecato, alla natura e alla tipologia del contratto e a tutte le circostanze del caso concreto.

2.3. Sulla interruzione del servizio

L'utente ha lamentato, altresì, l'interruzione del servizio a partire dal mese di settembre 2011.

All'uopo, si osserva che le doglianze dell'istante pur non essendo contestate dall'operatore, sono tuttavia formulate in maniera del tutto generica, non avendo specificato *i giorni in cui non ha goduto del servizio telefonico*. Non è stato neppure possibile desumere *aliunde* la durata e la natura del disservizio non avendo il ricorrente presentato reclami all'operatore.

Considerato, dunque, che la domanda sul punto appare genericamente formulata oltre che sfornita di qualsivoglia riscontro probatorio, se ne dispone il rigetto.

2.4. Sull'annullamento della fattura

L'utente ha dedotto e provato di aver pagato la fattura n. 229.598 dell'importo di €. 28,88 di cui l'operatore ha richiesto nuovamente il pagamento oltre spese legali per un importo complessivo di €. 58,93 mediante diffida ad adempiere a firma dell'avv. Francesco Pugliese in data 11 ottobre 2011.

Ciò premesso si evidenzia che la richiesta dell'utente è fondata e merita accoglimento onde la società convenuta è tenuta ad annullare la fattura in oggetto tenendo indenne l'istante anche dal pagamento di ogni prestazione tributaria o di ogni costo inerente all'eventuale recupero del credito illegittimamente all'uopo vantato.

3. Sulle spese di procedura

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è previsto dall'art. 19, comma 6, del Regolamento, che sancisce inoltre che nel determinare rimborsi ed indennizzi si tenga conto *"del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione"*. Nel caso di specie, considerato il comportamento complessivo delle parti, le eccezioni svolte e le difese, si ritiene congruo liquidare a favore dell'istante l'importo di 100,00 (diconsi cento/00) a titolo di spese di procedura ai sensi dell'art. 19, comma 6, delibera Agcom 173/07/CONS in considerazione della mancata partecipazione del gestore al tavolo conciliativo.

Vista la proposta di decisione del Dirigente del Settore Assistenza agli Organi Istituzionali – Affari generali e legali di questo Comitato, Avv. Rosario Carnevale, resa ai sensi dell'art. 19 del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti;

Udita la relazione del Presidente di questo Comitato, Prof. A. Manganaro, nell'odierna seduta;

All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge

DELIBERA

La Società OkCom xxx. è tenuta a corrispondere al sig. Gentile xxx mediante assegno o bonifico bancario:

- 1) L'importo di €. 900,00 (diconsi novecento/00) a titolo di indennizzo per mancata lavorazione del diritto di recesso;
- 2) L'importo di €. 100,00 (diconsi cento/00), determinato in base ai criteri indicati dalla delibera 529/09/CONS a titolo di spese di procedura ai sensi dell'art. 19, comm 6, delibera Agcom 173/07/CONS.

Per le motivazioni esposte in narrativa, l'anzidetto operatore è tenuto ad accettare la richiesta di parte istante di risoluzione contrattuale.

L'operatore è inoltre tenuto:

- ad annullare la fattura n. 229.598 dell'importo di €. 28,88;
- a stornare le seguenti fatture :
 - 1) fattura n. 359.442 dell'importo di €. 31,19;
 - 2) fattura n. 113.972 dell'importo di €. 56,71;

tenendo, altresì, indenne l'istante dal pagamento di ogni prestazione tributaria o di ogni costo inerente all'eventuale recupero del credito.

Le somme a titolo di indennizzo dovranno essere maggiorate della misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia, sino al soddisfo.

Si rigetta ogni altra domanda

E' fatta salva per l'utente la possibilità di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, come previsto dall'articolo 19 comma 5 della delibera n. 173/07 CONS. e suc. modif. e int.;

Ai sensi dell'art.19, comma 3, della delibera n. 173/07/CONS 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 presente delibera è notificata alle parti e pubblicata nel Bollettino Ufficiale e sul sito web dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e sul sito web del Co.re.com. Calabria, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della legge n. 69/2009.

La Società Ok Com xxx è tenuta altresì a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente delibera 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.

Ai sensi dell'articolo 119 del medesimo Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

I Componenti

f.to Prof. Carmelo Carabetta

f.to Dott. Gregorio Corigliano

Il Presidente

f.to Prof. Alessandro Manganaro

V. Il Dirigente

f.to Avv. Rosario Carnevale