

*Co.Re.Com. Cal/Rep*

DELIBERAZIONE N. 55-2016

OGGETTO: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA –Minnicelli xxxx c/Fastweb xxxx. – utenza n. xxxx

## IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

nella seduta del giorno 03-10-2016, svolta presso la sede del Consiglio Regionale della Calabria, via Cardinale Portanova Reggio Calabria, in cui sono presenti:

Rotta Dott. Giuseppe	Presidente
Cileone Av. Massimiliano	Vicepresidente
Santacroce Av. Frank Mario	Segretario

e Avv. Rosario Carnevale, Direttore del Co.Re.Com;

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- Corecom”* e ss.. mm. e ii.;

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. del 19 aprile 2007, *"Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti"* e ss.mm.e ii, di seguito "Regolamento";

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011, *"Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori e individuazione delle fattispecie di indennizzo automatico"*, di seguito "Regolamento indennizzi";

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"*;

VISTA l'istanza, acquisita al prot. n. 29890 del 22 maggio 2015, con cui la ricorrente in oggetto ha chiesto l'intervento del Co.Re.Com. Calabria per la definizione della controversia in essere con la Società in epigrafe, 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.;

VISTA la nota del 15 giugno 2015, prot. n. 32707, con cui il Responsabile del procedimento ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del Regolamento, l'avvio di un procedimento finalizzato alla definizione della predetta controversia;

VISTA la nota pervenuta a mezzo e-mail il 13 luglio 2015, con cui la Società resistente ha prodotto la memoria difensiva e gli allegati;

VISTE le controdeduzioni prodotte dalla ricorrente l'8 luglio 2015;

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

Considerato quanto segue:

## **1. La posizione dell'istante**

L'istante, menzionata in oggetto, ha introdotto il presente procedimento per la definizione della controversia in atto con la società in epigrafe, lamentando principalmente la sospensione dei servizi (fonia e ADSL) dal 10 ottobre 2014.

In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento e, successivamente, nella memoria di replica, la ricorrente ha specificato che:

1. *"Fastweb in maniera del tutto arbitraria senza alcun consenso ha interrotto la linea telefonica collegata a Infostrada -wind e ha arbitrariamente collegato la linea telefonica a Fastweb creando gravi disservizi per come descritto nelle missive ...";*
2. *"... nonostante determina UG5 positiva con immediato ordine a Fastweb di ripristino della situazione quo ante nessuna migrazione è stata possibile, perché Wind Infostrada non può più tecnicamente attivare l'utenza in oggetto su rete Wind ...";*
3. *"... la linea telefonica risulta isolata dal settembre 2014";*
4. *"l'utenza era direttamente collegata con l'Ospedale per le gravi condizioni di salute del padre ...";*
5. *"la situazione creatasi è da addebitare unicamente a Fastweb (come già confermato da esito UG5) stante il suo comportamento, che si ribadisce, è consistito nell'attivazione arbitraria della linea telefonica e per la quale non è stato prestato alcun consenso".*

Posto che il tentativo di conciliazione, si è concluso con un verbale di mancata conciliazione del 15 maggio 2015, in atti, ha chiesto di definire l'odierna controversia, al fine di ottenere dal gestore:

- a) *il risarcimento del danno quantificato in € 5.000,00;*
- b) *il ripristino della situazione quo ante, senza addebiti.*

## 1. La posizione dell'operatore

In data 13 luglio 2015, nel rispetto dei termini procedurali, la società convenuta ha fatto pervenire una propria memoria difensiva, con cui ha contestato ogni responsabilità nella vicenda, precisando che l'istante "nel mese di settembre 2014" (precisamente il 9 settembre 2014) ha concluso un contratto, mediante registrazione telefonica, c.d. "Verbal Order"; a sostegno di quanto sostenuto ha allegato il file audio della registrazione che, a suo dire, contiene tutte le informazioni necessarie alla stipula del contratto, oltre l'espreso consenso dell'utente all'attivazione del servizio. La stessa deduce che: "dopo aver inviato il plico contenente il contratto cartaceo ... non ha mai ricevuto formale disdetta del contratto ed ha portato a termine il processo di migrazione (...). Deduce ancora che l'istante è rimasta isolata non per colpa della società resistente, bensì perché la stessa ha rifiutato l'attivazione dei servizi, che nel frattempo erano stati richiesti a Wind "non permettendo né il collaudo né il ripristino della linea".

Per ultimo, ha precisato che: "da quanto si apprende dagli scritti di Wind, collegati al GV5, la sig. ra avrebbe sottoscritto anche un contratto con Telecom Italia xxx. che avrebbe ricevuto prima una bocciatura, giusta, per altro ordine in corso (richiesta Fastweb) e poi nei mesi successivi (novembre e dicembre) altre bocciature sempre di Wind, per cliente cessato e/o in cessazione ..." e che: "Fastweb non ha mai ricevuto alcuna richiesta di migrazione da Wind ...".

## 2. Motivazione della decisione

In via preliminare, si dichiara l'inammissibilità della domanda di risarcimento danni, per incompetenza di questo Organo a decidere su qualsiasi richiesta risarcitoria, ai sensi dell'art. 19, comma 4, della delibera 173/07/Cons, essendo materia riservata alla competenza dell'Autorità Giudiziaria Ordinaria.

A tal proposito, si rammenta che l'art. 19, comma 4, del Regolamento, esclude ogni richiesta risarcitoria, limitando l'oggetto della pronuncia esclusivamente al rimborso/storno di somme non dovute e/o alla liquidazione di eventuali indennizzi previsti "dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità". Tuttavia, esclusa ogni pronuncia risarcitoria, la domanda *de qua*, concordemente agli indirizzi espressi dall'Agcom, dovrà essere interpretata

in base al criterio di efficienza e ragionevolezza dell'azione amministrativa, quindi, come domanda di condanna del gestore al pagamento di un eventuale indennizzo e/ o al rimborso di somme non dovute, a seconda degli inadempimenti accertati, a prescindere dal *nomen juris* indicato dalla parte, la quale potrà rivolgersi all'Autorità Ordinaria per ottenere la liquidazione dell'eventuale maggior danno.

Gradatamente, in via preliminare, si rigetta l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla società convenuta in relazione al diverso e più esteso contenuto della domanda di definizione rispetto all'istanza per tentativo di conciliazione, in quanto entrambe presentano identico contenuto per quel che concerne la materia del contendere. Non riveste, invece, alcun rilievo il fatto che l'istanza di definizione contenga una domanda risarcitoria rispetto all'istanza di primo grado, dal momento che, come ribadito *ut supra*, la materia è di competenza dell'Autorità Giudiziaria.

Quanto al comportamento delle parti, valutabili ai fini della liquidazione delle spese di procedura, si rileva che entrambe le parti hanno aderito al tentativo di conciliazione, senza raggiungere l'accordo, come da verbale di mancata conciliazione, in atti, e che l'udienza di secondo grado, fissata per il 27 ottobre 2015, non si è tenuta, per impedimento del legale della parte istante.

NEL MERITO, alla luce degli elementi emersi nel corso dell'istruttoria, la fattispecie sottoposta al nostro esame riguarda un contratto telefonico concluso nel mese di settembre 2014 che rientra nella tipologia dei c.d. contratti a distanza.

Orbene, a partire dal 13 giugno 2014, questi contratti devono rispettare le novità normative introdotte dal Decreto Legislativo del 21 febbraio 2014, n. 21. Tale decreto ha recepito la direttiva 2011/83/UE, sui i diritti dei consumatori, apportando modifiche sostanziali al Codice del Consumo (D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206).

In sintesi, la riforma che ha una portata molto ampia, incide sulle vendite a distanza per questi tre profili:

1) Ha esteso l'obbligo di informativa precontrattuale a carico del venditore. Le informazioni devono essere fornite in modo chiaro e comprensibile, con ogni mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione a distanza utilizzata e nel rispetto del principio generale della trasparenza. In caso di comunicazioni telefoniche, l'identità del professionista e lo scopo commerciale della telefonata devono essere dichiarati in modo inequivocabile all'inizio della conversazione con il consumatore;

2) Ha esteso la rilevanza del diritto di recesso. Il consumatore, se correttamente informato dell'esistenza di tale diritto, può, unilateralmente, entro 14 giorni (dal momento della conclusione del contratto per la fornitura di servizi o dal momento della consegna del bene per la vendita di prodotti) recedere dal contratto, senza necessità di motivazione. Qualora, invece, non è informato, il termine per esercitare tale diritto di ripensamento si estende a 12 mesi (prima erano previsti 60 giorni dalla conclusione del contratto e i 90 dalla consegna del bene.). Inoltre, il consumatore non ha vincoli di forma per esercitare il recesso ed ha la possibilità di restituire il prodotto ricevuto, anche se deteriorato, essendo ritenuto responsabile soltanto per la diminuzione del valore;

3) Ha modificato i requisiti formali per tutti i contratti a distanza ed, in particolare, sono stati introdotti specifici vincoli di forma per la conferma dell'ordine da parte del consumatore. Per le vendite telefoniche è stato previsto a carico del venditore l'obbligo di formalizzare dettagliatamente, su supporto durevole, le caratteristiche del bene venduto e le condizioni dell'offerta e di ricevere, sempre su supporto durevole, la conferma dell'accettazione dell'offerta; tale supporto deve essere messo a disposizione del cliente.

Dopo questi brevi cenni sulla nuova normativa dei contratti a distanza, giacché la fattispecie posta al nostro esame riguarda la registrazione telefonica del contratto, occorre individuare i requisiti formali richiesti dalla legge per la corretta acquisizione dei "verbal order".

A tal proposito, ci viene in aiuto il contenuto del nuovo art. 51 del Codice del consumo, rubricato "Requisiti formali per i contratti a distanza", che al comma 6 prevede quanto segue: "*Quando un contratto a distanza deve essere concluso per telefono, il professionista deve confermare l'offerta al*

*consumatore, il quale è vincolato solo dopo aver firmato l'offerta o dopo averla accettata per iscritto; in tali casi il documento informatico può essere sottoscritto con firma elettronica ai sensi dell'articolo 21 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni. Dette conferme possono essere effettuate, se il consumatore acconsente, anche su un supporto durevole".*

Questa norma introduce una regola innovativa che prevede, come situazione tipica, la necessità di ottenere la firma del consumatore o, in ogni caso, l'accettazione per iscritto dell'offerta per determinare la nascita del vincolo contrattuale a carico del cliente. In mancanza di questo requisito formale, il contratto non sorge in capo al cliente.

Lo stesso comma, dopo aver fissato come regola generale il requisito dell'accettazione in forma scritta da parte del consumatore, prevede due modalità equivalenti per documentare l'adesione all'offerta: da un lato la sottoscrizione del documento informatico che contiene l'offerta con firma elettronica e dall'altro, quale possibile alternativa, a condizione che il consumatore sia d'accordo, la manifestazione di tale accettazione su supporto durevole.

In particolare, il legislatore affermando che "dette conferme possono essere effettuate, se il consumatore acconsente, anche su un supporto durevole" ha inteso in modo evidente esprimere una significativa deroga rispetto al requisito della forma scritta che rappresenta la nuova regola generale che accompagna la conclusione dei contratti telefonici.

Questa previsione, peraltro, risponde alla previsione contenuta nella direttiva comunitaria 83/2011 che il D. Lgs 21/2014 recepisce. A tal proposito, giova richiamare la definizione di "supporto durevole", contenuta nell'articolo 45 del nuovo testo del Codice del Consumo, dove viene precisato che "supporto durevole" è: *"ogni strumento che permetta al consumatore o al professionista di conservare le informazioni che gli sono personalmente indirizzate in modo da potervi accedere in futuro per un periodo di tempo adeguato alle finalità cui esse sono destinate e che permetta la riproduzione identica delle informazioni memorizzate".*

La registrazione vocale della telefonata presenta le caratteristiche proprie del "supporto durevole" previsto dalla normativa vigente. Tuttavia, per poter assumere tale natura è necessario che la stessa rispetti alcuni requisiti: 1) la registrazione della telefonata deve essere introdotta da una chiara richiesta al consumatore del suo consenso ad utilizzare questo strumento in alternativa alla possibilità di formulare in forma scritta la sua adesione al contratto telefonico; 2) occorre che il consumatore sia informato del fatto che la registrazione della telefonata viene effettuata a sua tutela e che la copia del file audio gli verrà messa a disposizione in caso di sua richiesta senza nessun onere a suo carico; 3) occorre che il consumatore dopo la conclusione della registrazione riceva, per posta ordinaria o per posta elettronica, un messaggio che gli confermi la conclusione del contratto e che in particolare precisi che, a sua tutela e con il suo consenso, l'ordine telefonico è stato registrato; 4) occorre, infine, definire le specifiche modalità di conservazione della registrazione con adeguate misure di sicurezza, definendo un tempo di conservazione del file audio commisurato alla natura del contratto ed alla sua durata.

La ratio di queste norme è quella di salvaguardare la posizione di debolezza del consumatore, rispetto alla controparte, soprattutto per quanto concerne il profilo informativo, in quanto la distanza rende impossibile la visione di quanto viene offerto, ossia le caratteristiche del servizio e il suo costo, per tale ragione, il legislatore ha previsto adempimenti specifici a carico del professionista.

L' AgCom, in merito alle modalità di conclusione dei contratti a distanza, sulla falsariga della normativa generale, ha adottato il Regolamento *"recante disposizioni a tutela degli utenti in materia di contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazione elettronica"*, approvato con delibera Agcom n. 519/15/CONS che ha sostituito, abrogandola, la delibera 664/06/CONS. Successivamente, ha approvato la delibera 520/15/CONS che si occupa, in modo specifico, dei contratti attivati telefonicamente.

Venendo al caso in esame, l' istante sostiene che l'attivazione del servizio sia avvenuta in maniera arbitraria. Infatti, riferisce che: *"... a seguito della proposta per meglio esaminare e definire l'offerta*

chiedeva l'invio del contratto, che però una volta esaminato non lo intendeva più definire e quindi sottoscrivere perché non lo considerava conveniente alle sue esigenze...". Successivamente, dopo aver constatato che la sua utenza non risultava più allacciata al precedente gestore, ha diffidato la società resistente, a disattivare il servizio arbitrariamente attivato, a mezzo raccomandata A/R del 10 ottobre 2014 e del 22 ottobre 2014.

Dall'altra parte, la società resistente ha prodotto il file audio del 9 settembre 2014, che riporta la registrazione intercorsa tra la ricorrente e l'addetto al Call Center. Questo Ufficio ha proceduto all'esame del file audio, per accertare se i requisiti previsti dalla normativa sopra citata fossero stati rispettati.

L'indagine istruttoria ha evidenziato che la registrazione vocale prodotta non presenta le caratteristiche formali richieste per poter essere qualificata come supporto durevole, giacché gli obblighi informativi non sono stati dettagliati per come disciplinato nella normativa sopra richiamata. Per di più, è emerso un regolare esercizio del diritto di ripensamento da parte della ricorrente. Quest'ultima, infatti, subito dopo l'adesione alla proposta telefonica, ha chiesto l'invio del contratto, per poter esaminare le condizioni contrattuali. Dopo averle esaminate, si rifiutava di sottoscrivere il contratto, in quanto non erano convenienti alle proprie esigenze. Inoltre, la stessa si premurava ad informare il servizio Call center della società, per rifiutare l'offerta, e l'operatore la rassicurava che il servizio non sarebbe stato attivato.

Pertanto, valutati tutti gli elementi appena esposti, deve concludersi che, nel caso di specie, il "Verbal order" telefonico non ha dato luogo alla costituzione di un contratto vincolante tra le parti.

In ragione di quanto appena espresso, si ritiene che nella fattispecie in esame sussista una responsabilità contrattuale in capo alla società Fastweb, per aver procurato la sospensione del servizio (voce e ADSL) all'istante. Infatti, dall'esame del modello GU14 e dalla memoria di replica, emerge che la ricorrente è priva di utenza telefonica "... dal 10 ottobre 2014 ad oggi ...". La società resistente non ha confutato tale circostanza, anzi, nella memoria prodotta ha dichiarato che: "la signora ... non restava isolata per colpa di Fastweb ma la stessa rifiutava l'attivazione dei servizi, che nel frattempo erano stati chiesti a Wind, non permettendo così né il collaudo né il ripristino ...".

Per questo motivo, si stabilisce che la società convenuta liquidi alla ricorrente, a titolo di indennizzo, l'importo complessivo di € 3.375,00 (tremilatrecentosettantacinque/00), per il periodo dal 10 ottobre 2014 al 22 maggio 2015 (data di presentazione dell'istanza di definizione), per complessivi 225 giorni, al parametro stabilito, dall'art. 4, comma 1, del Regolamento indennizzi, adottato con delibera n. 73/11/CONS, per ciascun servizio (voce e ADSL), così calcolato: (7,50 x 2 x 225 giorni).

Non può invece trovare accoglimento, la domanda di indennizzo per l'attivazione del servizio non richiesto, poiché dalla documentazione prodotta dall'istante non emerge l'arco temporale di attivazione del servizio, né il disagio lamentato dalla stessa è stato corroborato dall'esibizione di fatture emesse dalla società.

Da ultimo, per quanto concerne le spese di procedura, appare equo liquidare in favore della parte istante, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento adottato con delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, l'importo di euro 50,00 (cinquanta/00), considerato che entrambe le parti hanno aderito al tentativo di conciliazione e che l'udienza di secondo grado non si è tenuta, per impedimento del legale della parte istante.

Per tutto quanto sopra esposto

Vista la proposta di decisione del Direttore del Co.Re.Com., Avv. Rosario Carnevale, resa ai sensi dell'art. 19 del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti;

Udito il Presidente, nell'odierna seduta;

All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge

## DELIBERA

L'accoglimento nei termini esposti in motivazione, dell'istanza presentata dalla signora **Minnicelli A.**

- 1) La società Fastweb è pertanto tenuta a riconoscere a favore dell'istante le seguenti somme, calcolate come in motivazione:
  - a) Euro 3.375,00 (tremilatrecentosettantacinque/00) a titolo di indennizzo per sospensione dei servizi (linea voce e adsl), oltre gli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia;
  - a) Euro 50,00 (cinquanta/00) a titolo di spese di procedura.
- 2) La società resistente è tenuta a comunicare a questo Co.Re.Com. l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di sessanta (60) giorni dalla notifica della medesima;
- 3) Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259;
- 4) E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito;
- 5) 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 sui siti *web* del Co.Re.Com. e dell'Autorità ([www.agcom.it](http://www.agcom.it)).

**Il Presidente**

F.to Dott. Giuseppe Rotta

**Il Segretario**

F.to Avv. Frank Mario Santacroce

Per attestazione di conformità a quanto deliberato

**Il Direttore**

F.to Avv. Rosario Carnevale