

Co.Re.Com. Cal/Ri

DELIBERAZIONE N. 141

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

Xxxxxxx Ferraro c/ Okcom Xxxxxxx

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

nella seduta del giorno 23/07/2012, 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;

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 274/07/CONS., "Modifiche ed integrazioni alla delibera 4/06/CONS: Modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso;

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 27 febbraio 2012, acquisita al prot. Corecom Calabria n. 9947, con cui l'utente Xxxxxxx Ferraro ha chiesto l'intervento del Corecom Calabria per la definizione della controversia in essere con la società Okcom Xxxxxxx, 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 29 febbraio 2012 (prot. n. 10824), 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;

considerato quanto segue:

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

L'utente Xxxxxxx Ferraro ha promosso, dinanzi a questo Corecom, un procedimento di conciliazione nei confronti della società OKcom Xxxxxxx. La conciliazione si è conclusa ai sensi dell'**art. 8, co. 3, del Regolamento**.

Il 27 febbraio 2012, l'istante ha domandato la definizione della controversia.

Il ricorrente si è lamentato dell'arbitraria attivazione dei servizi telefonici da parte di Okcom Xxxxxxx, deducendo di non aver mai ricevuto e quindi sottoscritto il contratto cartaceo. Nella documentazione allegata, si rinvenivano copie di due fax, in cui l'utente ha precisato:

- 1) di non aver mai richiesto il passaggio in Okcom;
- 2) l'unico contatto telefonico è avvenuto tra il gestore e la propria coniuge;
- 3) il consenso espresso dalla sua coniuge è viziato, in quanto preceduto da una condotta ingannevole di OKcom; l'operatore del call center, infatti, avrebbe dichiarato di agire per conto di Telecom, originario fornitore dei servizi sull'utenza.

L'istante, pertanto, ha domandato lo storno di tutte le fatture emesse e ha depositato, una copia delle note inviate all'operatore, compresa quella di recesso del **12 ottobre 2011**.

Okcom Xxxxxxx, tempestivamente costituita, ha chiesto il rigetto delle avverse domande, affermando all'uopo che:

- 1) in data 5 aprile 2011, è stata contattata la sig.ra Battaglia Vincenzina, coniuge del titolare dell'utenza, per la stipula di un contratto a distanza;
- 2) durante il contatto sono state fornite alla coniuge dell'utente tutte le comunicazioni previste dalla normativa legislativa e regolamentare vigente in materia, quali, il nominativo della Società e della persona fisica che ha eseguito la telefonata, i dettagli del servizio telefonico offerto, l'informativa sui diritti degli utenti;
- 3) sia all'inizio che alla fine del contatto telefonico, l'operatore ha informato la sig.ra Battaglia che attraverso la registrazione si sarebbe concluso un contratto a distanza;

- 4) la predetta ha espressamente dichiarato di essere interessata al servizio, di poter disporre dal punto di vista negoziale, in quanto espressamente delegata dall'intestatario, autorizzando altresì l'operatore alla registrazione della telefonata ai fini della raccolta del consenso alla conclusione del contratto;
- 5) l'intera operazione è stata regolarmente registrata, conferendo piena efficacia all'accordo;
- 6) la conclusione del contratto è stata poi confermata attraverso la spedizione al domicilio dell'utente delle condizioni contrattuali, il modulo dati, la scheda prodotto, la lettera di benvenuto, il prospetto informativo, il modulo DBU per la richiesta della pubblicazione dei dati negli elenchi telefonici;
- 7) l'utenza è stata attivata il 12 ottobre 2011, dopo 37 giorni dalla conclusione del contratto;
- 8) gli addebiti in fattura sono corretti, corrispondenti alle condizioni contrattuali pattuite ed in linea con il servizio richiesto e somministrato;
- 9) successivamente, in data 12 ottobre 2012 (*rectius*: 2011), la società ha ricevuto dall'utente richiesta di cessazione del contratto con rientro in Telecom.

Allegava l'operatore, tra l'altro, una copia: del CD, contenente la registrazione vocale, delle condizioni contrattuali, del modulo dati, della scheda prodotto, della lettera di benvenuto, del prospetto informativo e del modulo DBU

1. In tema di rito.

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

2. Riguardo al merito.

Le doglianze dell'istante sono fondate e meritano integrale accoglimento.

Risulta provato che tra le parti è stato stipulato un contratto di somministrazione di servizi di telefonia fissa. Ciò emerge in modo incontrovertito dall'esame degli atti depositati dalle parti.

In particolare, nel contratto di somministrazione "*una parte si obbliga, verso corrispettivo di un prezzo, ad eseguire a favore dell'altra, prestazioni periodiche o continuative di cose*" (**art. 1559 c.c.**).

Nell'ambito del contratto, le posizioni giuridiche dei contraenti sono da ricomprendere nell'alveo dei diritti soggettivi, con la differenza, rispetto ai normali rapporti contrattuali, che le tariffe vengono fissate unilateralmente, senza cioè una vera contrattazione tra le parti, trattandosi di contratto per adesione. Il Gestore, infatti, propone all'utente offerte contrattuali diverse, con tariffe predeterminate, limitandosi la trattativa alla scelta tra più offerte di servizi senza intervento dell'utente sul prezzo.

2.1 Sull'attivazione di un servizio non richiesto.

L'utente, come visto, lamenta l'attivazione di servizi telefonici non richiesti.

L'operatore afferma, invece, di aver adempiuto a tutte le comunicazioni previste dalla normativa legislativa e regolamentare vigente in tema di contratti a distanza.

L'indagine sull'esistenza dell'attivazione di servizi non richiesti, non può non partire dall'esame del file - depositato in atti - contenente la registrazione telefonica.

La riproduzione vocale è conforme alle indicazioni espresse dall'Agcom in tema di adempimento agli obblighi informativi.

Il vocal order è chiaro, espresso in termini comprensibili ed è tale da suscitare quell'adeguata consapevolezza richiamata dalle norme.

Il *vocal order* viene però concluso tra l'adetta e la coniuge dell'intestatario, laddove secondo le indicazioni espresse dalla **delibera 664/06/CONS**, l'unico soggetto legittimato a disporre della propria utenza telefonica è il titolare dell'utenza, anche perché tenuto a fornire il consenso al trattamento dei propri dati personali (*ex multis*: **delibera 127/10CONS**).

A tale proposito, come espresso in più occasioni dall'Agcom "per l'attivazione di un servizio di comunicazione elettronica vale il principio generale per il quale l'operatore, prima di erogare il servizio, deve acquisire il consenso inequivoco del titolare della linea telefonica". Nel caso di specie è stato il coniuge convivente a stipulare il contratto, poi contestato dall'altro coniuge titolare dell'utenza. Orbene secondo l'Agcom: tale fattispecie è peculiare in quanto vige anche la regola codicistica che attribuisce disgiuntamente ad entrambi i coniugi il potere di compiere atti giuridici nell'interesse della famiglia, principio espresso nei dati normativi contenuti negli articoli 143, 180, 189 del codice civile verso i quali si è orientata la giurisprudenza di legittimità più recente. Alla luce di ciò, può ben affermarsi che l'attività giuridica posta in essere dal coniuge non titolare del diritto ha generato un'apparenza giuridica rilevante, "realizzando un legittimo affidamento nell'altro contraente (operatore) circa la validità del contratto concluso con persona non titolare dell'utenza. Secondo un orientamento della S.C. di Cassazione (cfr. Cass. Sez. 1, 04/06/99, n. 5487; Cass. Sez. II, 07/07/95, n. 7501, Cass. Sez. II, 25/07/92, n. 8995), applicabile al caso di specie, benché ogni coniuge sia di regola responsabile in proprio per le obbligazioni da lui o da lei contratte, senza poter impegnare in alcun modo l'altro coniuge, tuttavia può ritenersi che un coniuge sia responsabile delle obbligazioni contratte in suo nome dall'altro - oltre che nei casi in cui fosse stata conferita a quest'ultimo, in forma espressa o tacita, una procura a rappresentarlo - anche tutte le volte in cui sia stata posta in essere una situazione tale da fare ritenere, alla stregua del rilevante principio della apparenza giuridica, che il coniuge abbia contratto una determinata obbligazione, riconducibile all'interesse della famiglia, non già in proprio, ma in nome dell'altro" (DELIBERA N. 655/07/CONS, in senso conforme v. DELIBERA N. 127/10/CONS cit.).

Tuttavia, l'utente non si lamenta della legittimazione attiva del coniuge, quanto piuttosto di non aver mai sottoscritto, né ricevuto il modello contrattuale asseritamente inviato dal Gestore., né tantomeno di aver mai inteso concludere un contratto con l'odierna resistente.

Orbene, Okcom non ha provato l'invio e la ricezione dell'apposito modulo di conferma del contratto, contenente tutte le informazioni elencate dall'art. 53 del codice del consumo. In particolare, secondo quanto disposto, poi, dall'art. 2, co. 5, 6 e 7 della delibera 664/06/CONS: "5. La volontà inequivoca del titolare dell'utenza telefonica di concludere il contratto deve risultare da un modulo ovvero altro documento contrattuale, anche elettronico, recante la data e l'ora dell'avvenuto accordo e la relativa sottoscrizione del titolare dell'utenza telefonica. Se è utilizzata la comunicazione telefonica, l'adempimento degli obblighi informativi di cui ai commi 1, 2, 3 e 4, e il consenso informato del titolare dell'utenza telefonica possono risultare dalla registrazione integrale della conversazione telefonica, previo consenso dell'interessato alla registrazione, sempre che l'operatore abbia adempiuto anche gli oneri di cui al comma seguente. 6. Prima o al più tardi al momento dell'inizio dell'esecuzione del contratto di fornitura di beni o servizi di comunicazione elettronica concluso a distanza, il titolare dell'utenza telefonica deve ricevere un apposito modulo di conferma del contratto, contenente tutte le informazioni elencate al comma 1 e all'articolo 53 Codice del consumo. Con il medesimo modulo, l'operatore comunica al titolare dell'utenza telefonica che, ove ritenga che il servizio non sia stato da lui richiesto, può proporre opposizione, a mezzo di fax o di posta elettronica, ai recapiti indicati nella stessa informativa, ferma restando la sua facoltà di opporsi in ogni tempo e con qualsiasi mezzo ad una fornitura non richiesta ai sensi dell'art. 3 e dall'art. 57 del Codice del consumo".

La mancata prova della comunicazione anzidetta, non è priva di rilevanza giuridica, per molteplici ragioni.

In primo luogo il contratto, pur non essendo privo di pregio giuridico per il richiamato principio di apparenza, non può esplicitare i suoi effetti nei confronti dell'odierno istante, il quale lo ha immediatamente contestato, lamentandosi altresì per l'attivazione del servizio. La nota di reclamo, contenete anche la richiesta di recesso, è addirittura giunta al gestore come riconosciuto dal medesimo - il giorno stesso dell'attivazione (12 ottobre 2011).

In secondo luogo, il termine per l'esercizio del diritto di recesso, subisce un'estensione in favore dell'utente, passando ex articolo 5 (Esercizio del diritto di recesso), delibera 664/06/CONS, da dieci giorni a tre mesi: ".....// termine per l'esercizio del diritto di recesso decorre: dal giorno della conclusione del contratto o dal giorno in cui siano stati soddisfatti gli obblighi di informazione di cui all'articolo 2, qualora ciò avvenga dopo la conclusione del contratto purché non oltre il termine di tre mesi dalla conclusione stessa".

Infine, poi, la mancata prova della ricezione del modulo contrattuale cartaceo e della documentazione informativa di corredo, letta congiuntamente all'analisi dei fatti, siccome emersi nel corso del procedimento, appalesa e rafforza la bontà delle affermazioni dell'utente. In tal senso appare significativa la tempestività delle eccezioni dell'utente, anche avuto riguardo al profilo di ingannevolezza lamentato nei confronti dell'agente incaricato di avviare il vocal order. La doglianza pur non potendo assurgere alla dignità di prova, rimanendo confinata entro gli angusti limiti di un semplice indizio, non viene espressamente contestata da controparte e, comunque sia, non appare inverosimile.

Per cui, soccorre il disposto dell'art. 1362. cc., che così testualmente recita: "nell'interpretare il contratto si deve

indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole. Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto". Il consequenziale principio, qui accolto, è sintetizzato nel celebre brocardo: "Plus actum quam scriptum valet".

Per altro verso, il comportamento tenuto dall'operatore in siffatta circostanza, **non appare in linea con le indicazioni espresse dall'Agcom in tema di adempimento agli obblighi informativi**. In particolare, la delibera 179/03/CSP, all'art. 4 recita testualmente: "Gli utenti hanno diritto ad un'informazione completa circa le modalità giuridiche, economiche e tecniche di prestazione dei servizi. La diffusione di qualsiasi informazione, in particolare di quelle relative alle condizioni tecniche ed economiche dei servizi anche in relazione alle modificazioni delle condizioni applicate al servizio sottoscritto, avviene secondo criteri uniformi di trasparenza, chiarezza e tempestività, osservando in particolare i principi di buona fede e di lealtà, valutati alla stregua delle esigenze delle categorie di consumatori più deboli...omissis...".

L'eccessiva celerità e la poca trasparenza con cui è stata evasa la pratica dell'utente è di tutta evidenza. **Il mancato invio di una copia del contratto è fatto significativo**. Lo spirito della norma è finalizzato a rafforzare il diritto dell'utente ad avere una piena consapevolezza circa le proposte commerciali alle quali ha precedentemente aderito telefonicamente. La ricezione di un documento cartaceo permette al destinatario di verificare la convenienza dell'offerta telefonica, consentendogli all'occorrenza di esercitare il proprio diritto di ripensamento (ex multis Co.re.com. Abruzzo, determinazione n. 17/2012).

Okcom era, dunque, in dovere di attenersi agli obblighi di **assistenza, correttezza e diligenza** ai quali l'operatore professionale deve necessariamente soggiacere, alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata degli **artt.1375 e 1176 c.c., 2 co., garantendo un'adeguata informazione dell'utente**. Non avendo rispettato gli obblighi giuridici imposti dalla legge, la società resistente non può che soccombere, come da orientamento consolidato in seno all'Agcom.

2 Indennizzi, rimborsi e storni.

Andranno stornate in favore dell'utente tutte le fatture (o solleciti) emesse da Okcom. Ove le fatture siano state saldate, andrà corrisposto il rimborso in favore dell'utente.

3 Sulle spese di procedura.

L'art. 6 del Regolamento sancisce che nel determinare rimborsi e gli indennizzi si tenga conto "del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione" e che "quando l'operatore non partecipi all'udienza fissata per la conciliazione senza addurre giustificati motivi" vadano comunque "rimborsate all'utente, se presente all'udienza ed indipendentemente dall'esito della controversia di cui agli art. 14 e ss., le spese sostenute per l'esperimento del tentativo di conciliazione".

A tale proposito, l'accoglimento integrale dell'istanza, il comportamento complessivo delle parti, le eccezioni svolte e le difese, conducono a riconoscere all'istante - in conformità a quanto previsto dall'**articolo 19, comma 6, della delibera n.173/07/CONS** - l'importo di **€ 100,00 (cento/00)**, a titolo di rimborso spese di procedura.

Per tutto quanto sopra esposto

Vista la proposta di decisione del Direttore del Co.Re.Com. Calabria, 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. Alessandro Manganaro, nell'odierna seduta; All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge

DELIBERA

L'accoglimento, nei termini esposti in motivazione, della domanda proposta dall'utente Xxxxxxx Ferraro.

La società OKcom Xxxxxxx, è tenuta a stornare (ovvero rimborsare) tutte le fatture emesse, regolarizzando la posizione dell'utente.

Okcom Xxxxxxx è tenuta, altresì, a riconoscere e versare all'istante, attraverso assegno bancario e/o bonifico, € **100,00 (cento/00)** a titolo di rimborso spese di procedura.

E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito, come previsto dall'**articolo 11, comma 4, della delibera n. 179/03/CSP**.

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, pubblicata nel Bollettino ufficiale, sul sito *web* dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e sul sito web del Corecom Calabria, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della Legge 69/2009.

La società è tenuta, altresì, a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

Ai sensi dell'art. 135, comma 1, lett. b) del Codice del processo amministrativo, approvato con decreto legislativo 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'art. 119 dell'anzidetto Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica del medesimo.

I COMPONENTI

f.to Prof. Carmelo Carabetta

f.to Dott. Gregorio Corigliano

IL PRESIDENTE

f.to Prof. Alessandro Manganaro

V. Il Direttore del Co.Re.Com. Calabria
f.to Avv. Rosario Carnevale