

Co.Re.Com. Cal/Ri

DELIBERAZIONE N. 145

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

Forestiero xxx c/ Okcom xxx

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

nella seduta del giorno 30/07/2012, svolta presso la sede del Consiglio Regionale della Calabria, via Cardinale Portanova Reggio Calabria, in cui sono presenti:

Prof. Alessandro Mangano	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 15 febbraio 2012, acquisita al prot Co.Re.Com. Calabria n. 7651, con cui l'utente Forestiero xxx ha chiesto l'intervento del Co.re.com. Calabria per la definizione della controversia in essere con la società 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 21 febbraio 2012 (prot. n. 10824 del 24 febbraio 2012), 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;

Dato atto che nessuna delle parti ha richiesto l'udienza di discussione;

considerato quanto segue:

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

L'utente xxx Forestiero ha promosso, dinanzi a questo Co.Re.Com., un procedimento di conciliazione nei confronti della società OKcom xxx. La conciliazione si è conclusa ai sensi dell'**art. 8, co. 3, del Regolamento**, in quanto il gestore non ha comunicato la propria volontà di partecipare alla procedura conciliativa.

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 xxx, nonché della mancata adesione del gestore alla procedura conciliativa di primo grado.

In particolare, l'utente ha affermato:

- a) di non aver mai concluso un contratto telefonico con Okcom;
- b) di aver ricevuto, nei primi giorni di gennaio 2012, una fattura attestante l'esistenza di un "nuovo tipo di contratto con Okcom xxx".
- c) di aver prontamente telefonato ai call center di Okcom e Telecom (di seguito anche T.I.), manifestando la volontà di mantenere il rapporto contrattuale con l'ex monopolista;
- d) di aver inviato lettere raccomandate e fax ad entrambe le società;
- e) che nonostante quanto sopra, Okcom non ha provveduto alla cessazione del contratto.

L'istante, pertanto, ha domandato il rimborso di tutte le somme non dovute, il riconoscimento degli indennizzi previsti da contratto o predeterminati dall'Autorità ed, infine, il rientro in T.I..

L'utente ha depositato, peraltro in primo grado, unicamente la copia di una fattura emessa dalla resistente.

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

- 1) il 20 settembre 2011, è stata contattata la sig.ra Onorato xxx, 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) all'inizio ed alla fine del contatto telefonico, l'operatore ha informato la sig.ra Onorato 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 - di una raccomandata con avviso di ricevimento contenente le 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) la documentazione è stata ricevuta dall'utente il 5 ottobre 2011, come attestato dall'avviso di ricevimento depositato;
- 8) ha concesso a tutti i propri clienti, incluso l'attuale istante, un termine di 15 (quindici) giorni per l'esercizio del diritto di recesso, più favorevole quindi rispetto a quello sancito dal codice del consumo;
- 9) l'utenza è stata attivata il 3 novembre 2011, dopo 44 giorni dalla conclusione del contratto;
- 10) gli addebiti in fattura sono corretti, corrispondenti alle condizioni contrattuali pattuite ed in linea con il servizio richiesto e somministrato;
- 11) successivamente, il 23 gennaio 2012, l'utente ha inviato, tramite il proprio legale, una nota rivolta a disconoscere il contratto ed ha, pertanto, domandato il rientro in T.I.

Allegava l'operatore, tra l'altro, una copia: del file, contenente la registrazione vocale, delle condizioni contrattuali, del modulo dati, della scheda prodotto, della lettera di benvenuto, del prospetto informativo e del modulo DBU, corredati dall'avviso di ricevimento sottoscritto dall'utente.

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 parzialmente fondate e meritano accoglimento nei limiti del dispositivo.

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 e sul ritardo nel rientro dell'utenza.

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, successivamente contestato dal 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.).

Tornando al caso esaminato, giova rilevare che nella memoria depositata nel presente procedimento l'utente non fa cenno al vocal order, ma si sofferma solo sul mancato consenso all'attivazione del servizio.

Orbene, l'indagine istruttoria ha comprovato che l'utente ha ricevuto, il giorno 5 ottobre 2011, una raccomandata a/r da parte del gestore contenente il contratto cartaceo e la documentazione informativa di corredo. La ricezione di una raccomandata è fatto significativo ed è tale da imporre all'utente l'onere di agire con la diligenza del buon padre di famiglia. Egli avrebbe dovuto esaminare il documento ricevuto in cui erano espresse chiaramente le conseguenze giuridiche del suo silenzio. Si legge, infatti, nel prospetto informativo inviato da Okcom: "**Il servizio da Lei attivato** Le consente di effettuare le chiamateomiss**Il cliente ha diritto di recedere**, senza alcune penalità e senza specificarne il motivo, entro il termine di 10 (dieci) giorni lavorativi ai sensi dell'art. 6 del D.lgs. 6/09/2005, estesi a 15 (quindici) giorni per i vocal order e per le richieste di attivazione on line, onde favorire maggiormente il cliente...omiss".

D'altro canto, la disposizione regolamentare espressa dall'**articolo 3 (fornitura di prestazioni non richieste)**, co. 1, **delibera 664/06/CONS** riflette - in conformità all'**art. 57 del codice del consumo** - l'ipotesi in cui venga attivato un servizio senza essere preceduto da una previa richiesta dell'utente. La *ratio* della norma, è quella di sanzionare in modo grave l'operatore allorquando, illegittimamente e dal nulla, attivi un servizio senza il previo consenso dell'utente. Nella fattispecie odierna, invece, il consenso è stato manifestato dal coniuge apparentemente delegato. Successivamente però l'utente ha inteso recedere dal contratto. Non può sottacersi però che l'uso del servizio telefonico sino all'esercizio del recesso, unitamente alla conoscenza della somministrazione del servizio, da ritenersi comprovata dal ricevimento della documentazione informativa, si pone come comportamento concludente avente valore di elemento costitutivo negativo con effetto preclusivo di un'eventuale eccezione d'inefficacia del

contratto (in tal senso ex multis: Cass. Civ., sez. II, 8 marzo 2011, n. 5425). L'accertamento dell'inesistenza di un'attivazione arbitraria non permette, poi, di accogliere la domanda di storno delle fatture emesse con riferimento all'arco temporale interessato dalla fruizione del servizio; **altrimenti l'utente beneficerebbe di un ingiustificato arricchimento.**

Sotto diverso profilo, invece, sono fondate le ragioni dell'utente allorché si avvale del diritto di recesso, domandando all'uopo, il 23 gennaio 2012, il rientro in Telecom. Tale comunicazione imponeva, infatti, il rispetto dei termini massimi imposti **dall'art. 1, comma 3, L. 40/2007**, nonché dalla stessa **carta dei servizi Okcom**. Quest'ultimo documento, al **paragrafo 8 (procedure di cambio operatore e recesso)**, espressamente recita: "Okcom si impegna a disattivare il servizio entro 30 giorni solari dalla data di spedizione della raccomandata". La società Okcom, invece, in difformità da quanto previsto nella propria Carta dei Servizi, non ha provato di aver cessato l'utenza entro i termini di legge e non ha fornito alcuna prova documentale tale da giustificare il ritardo nella lavorazione del rientro. In tal senso, risulta specificamente sfornita di prova, l'affermazione di Okcom dell'intervenuta cessazione del servizio al 28 febbraio 2012. L'indagine istruttoria – culminata nell'esame dei riscontri documentali acquisiti durante i procedimenti avviati dall'istante – ha tuttavia provato che il rientro in Telecom è avvenuto il 6 aprile 2012, siccome comunicato dall'ex monopolista in sede di provvedimento di urgenza. Il recesso ritualmente esercitato, infatti, imponeva il completamento della procedura al massimo entro il 22 febbraio 2012, vale a dire a far data dal 30° giorno successivo alla sua ricezione ed il ritardo è cessato solo in seguito all'avvenuto rientro. Orbene, la peculiare tipologia d'acquisizione del consenso imponeva, a parere di questo Co.Re.Com., una specifica diligenza improntata al rispetto della volontà dell'utente e della tempistica in materia. Il comportamento del gestore va, perciò, valutato con maggior rigore, in quanto il richiamato principio di apparenza non vale a coprire il mancato rispetto degli obblighi di **correttezza, diligenza e informazione**, ragionevolmente invocabili dall'utente nei confronti di Okcom, essendo quest'ultimo operatore professionale in un ramo altamente tecnico. La fattispecie odierna, infatti, proprio per la sua peculiarità, dovrebbe assumere natura "eccezionale" e non ordinaria, imponendo conseguentemente al gestore di adottare maggiori cautele. Pertanto, è conforme al principio di equità il riconoscimento di un ristoro per il ritardo nella cessazione del servizio e per il ritardo nel rientro in Telecom, prescindendo da qualunque valutazione sul comportamento di T.I., peraltro terzo rispetto al presente procedimento.

Le risultanze istruttorie conducono, quindi, verso la responsabilità dell'odierno resistente con accoglimento della richiesta di indennizzo. Dal 22 febbraio 2012, inoltre, come anticipato, ogni fatturazione del gestore è considerata indebita, con conseguente diritto del ricorrente allo storno delle fatture.

2 Indennizzi, rimborsi e storni.

Andranno stornate in favore dell'utente tutte le fatture (o solleciti) emesse da Okcom contenenti richieste per periodi successivi al 22 febbraio 2012. Ove le fatture siano state saldate, andrà corrisposto il rimborso in favore dell'utente.

Circa la misura dell'indennizzo – in assenza di una previsione espressa nella carta dei servizi e della possibilità, per carenza di elementi rinvenibili dagli atti, di quantificare il canone giornaliero base – andrà applicata la previsione contenuta nell'**art. 3 (Indennizzo per ritardata attivazione del servizio) della delibera 73/11/CONS**, che così espressamente recita: "Nel caso di ritardo nell'attivazione del servizio rispetto al termine massimo previsto dal contratto, ovvero di ritardo nel trasloco dell'utenza, gli operatori sono tenuti a corrispondere un indennizzo per ciascun servizio non accessorio pari ad euro 7,50 per ogni giorno di ritardo.....omissis.....Se il ritardo riguarda procedure per il cambio di operatore gli importi di cui al comma 1 sono ridotti ad un quinto....omissis". Anche nella fattispecie che ci occupa, infatti, siamo in presenza di un ritardo riguardante le procedure per il cambio di operatore, perciò il ricorrente andrà indennizzato nella corrispondente misura.

All'utente dovrà, dunque, essere corrisposto un indennizzo, così determinato:

€ 66,00 (sessantasei/00), per 44 giorni complessivi di ritardo nel rientro.

Come da orientamento consolidato, il calcolo dell'indennizzo, si conforma altresì ai principi di proporzionalità ed adeguatezza, che presuppongono una corrispondenza tra l'indennizzo erogato ed il pregiudizio subito.

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 **€ 50,00 (cinquanta/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 Forestiero xxx.

La società OKcom xxx, è tenuta a stornare (ovvero rimborsare) tutte le fatture emesse successivamente al 22 febbraio 2012.

Okcom xxx è tenuta, altresì, a riconoscere e versare all'istante, attraverso assegno bancario e/o bonifico:

- 1) **€ 66,00 (sessantasei/00)**, per il ritardo nel rientro;
- 2) **€ 50,00 (cinquanta/00)**, a titolo di rimborso spese di procedura.

Con la precisazione, che le somme riconosciute a titolo di indennizzo dovranno essere maggiorate di interessi legali, calcolati dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia, sino al soddisfo.

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 Co.Re.Com 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 Co.Re.Com 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