

Co.Re.Com. Cal/Ri

DELIBERAZIONE N. 190

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

Romeo xxx c/ Teletu xxx

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

nella seduta del giorno 03/10/2012, 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 11 aprile 2012, acquisita al protocollo del Co.Re.Com. Calabria n. 18050, con cui l'utente Romeo xxx ha chiesto l'intervento del Co.Re.Com. Calabria per la definizione della controversia in essere con la società Teletu 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 20 aprile 2012 (prot. n. 19570), 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 Romeo xxx ha promosso, dinanzi a questo Co.Re.Com., un procedimento di conciliazione nei confronti della società Teletu xxx. In tale occasione, la ricorrente ha affermato di aver subito dei malfunzionamenti sulla propria linea, per la cui risoluzione si è rivolta a Telecom Italia, con la quale aveva *illo tempore* stipulato un contratto di somministrazione di servizi telefonici. All'esito della conversazione ha appreso che la linea era in realtà gestita da diversi anni dall'operatore Teledue (ora Teletu). L'utente, ritenendo di non aver mai concluso alcun contratto con il secondo gestore, dopo aver tentato di risolvere bonariamente la controversia, ha avviato il tentativo di conciliazione, domandando la cessazione dei servizi ed il risarcimento dei danni patiti. La conciliazione si è conclusa con esito negativo.

L'11 aprile 2012, l'istante ha domandato la definizione della controversia.

Il ricorrente ha esposto di aver subito l'attivazione di servizi non richiesti, domandando l'annullamento delle fatture ed il risarcimento del danno.

Teletu xxx, ritualmente costituita, ha eccepito quanto segue:

- a) l'utente ha attivato il 24 novembre 2003, prestando il proprio consenso telefonico, il servizio di preselezione automatica;
- b) da allora ha saldato diverse fatture, sebbene residuino degli insoluti;
- c) i legali della ricorrente sono stati informati sia dell'esistenza della registrazione telefonica che della regolarità contabile delle fatture emesse;

il gestore, pertanto, ha chiesto il rigetto della domanda in quanto infondata.

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.

Si rammenta, altresì, che ai sensi dell'**art. 19, comma 4, del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti**, l'oggetto della pronuncia esclude ogni richiesta risarcitoria, giacché è limitato agli eventuali indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità.

È fatto salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità Giudiziaria Ordinaria per il maggior danno.

2. Riguardo al merito.

Le doglianze dell'istante sono infondate, fatto salvo quanto indicato più avanti con riferimento alla disattivazione del servizio e allo storno delle fatture.

2.1 Sull'attivazione di un servizio non richiesto.

Il ricorrente, come visto, lamenta l'attivazione di servizi telefonici non richiesti.

L'operatore afferma, invece, di aver osservato la normativa legislativa e regolamentare vigente in tema di contratti a distanza.

Dinnanzi alle contrapposte argomentazioni, l'indagine, non può prescindere dall'esame del file - depositato in atti - contenente la registrazione telefonica. Nel vocal order l'operatrice chiede all'istante di manifestare il consenso alla fornitura del servizio di preselezione automatica. Il contatto avviene, quindi, tra l'operatore e l'utente. Per tale aspetto, la registrazione è in linea con le indicazioni espresse 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"*.

I fatti emersi nel corso del procedimento vanno, poi, riletti alla luce della disciplina vigente all'epoca dei fatti. L'**art. 9 del decreto legislativo 22 maggio 1999, n 185, recante attuazione della direttiva 97/7/CE, relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza**, recitava: *"È vietata la fornitura di beni o servizi al consumatore in mancanza di una sua previa ordinazione nel caso in cui la fornitura comporti una richiesta di pagamento. 2. Il consumatore non è tenuto ad alcuna prestazione corrispettiva in caso di fornitura non richiesta. In ogni caso, la mancata risposta non significa consenso"*. La norma, attualmente abrogata e sostituita dall'**art. 57 del codice del consumo**, riflette l'ipotesi in cui venga somministrato un servizio (o un bene) **senza il previo consenso del consumatore**. La *ratio* sottesa alla disposizione è quella di sanzionare in modo grave la fornitura arbitraria. Nella fattispecie odierna, invece, il consenso è stato manifestato dall'utente e, quindi, l'attivazione **non può ritenersi non richiesta**. La registrazione, infatti, è prova sufficiente della conclusione di un contratto tra le parti.

Ciò posto, non può sottacersi l'inosservanza degli obblighi imposti in materia di *carrier preselection* dall'**articolo 3, comma 3, dell'allegato A alla delibera 3/CIR/99** e dall'**articolo 3, commi 1 e 2, della delibera 4/00/CIR**, per aver trasmesso ordinativi di CPS senza aver dato prova di aver preventivamente acquisito l'inequivoca volontà dell'utente di voler modificare, tramite la prestazione di *carrier preselection*, il rapporto contrattuale in essere con l'operatore di accesso. La documentazione acquisita infatti, non dimostra che l'utente abbia manifestato inequivocabilmente la propria volontà di modificare il rapporto contrattuale in essere con Telecom Italia. In tal senso, si è espressa l'Agcom laddove ha pronunciato: *"non si contesta la validità della sottoscrizione avvenuta attraverso la cd. "firma vocale", da cui scaturiscono validi effetti contrattuali, ma la mancanza di una corretta informazione da parte dell'operatore in ordine alla circostanza che tale sottoscrizione modifica il rapporto contrattuale con l'operatore di accesso Telecom Italia.....omissisEd invero, dal contenuto delle conversazioni telefoniche prodotte non è dato rinvenire alcun riferimento all'operatore di accesso, se non nella parte in cui si informano gli utenti che "i dati saranno comunicati a Telecom Italia per le esigenze tecniche legate all'erogazione del servizio. Tale puntualizzazione non è esplicativa degli effetti dell'adesione sul rapporto contrattuale in essere con Telecom Italia, né, del resto, può ritenersi sufficiente la mera informazione fornita dal call center in ordine all'attivazione del servizio di preselezione automatica con Tele2 per la "totalità delle chiamate effettuate" dalla propria linea telefonica. Pertanto, l'informativa richiesta ai sensi della normativa di cui si contesta l'inosservanza risulta, nei casi esaminati, del tutto omessa: manca, infatti, qualsiasi riferimento alla modifica del rapporto contrattuale con Telecom Italia ed ancor di più rileva l'assenza di un'informativa completa e dettagliata in ordine all'instradamento della totalità delle*

chiamate effettuate e, nello specifico, all'indicazione della tipologia delle chiamate a cui è applicato il servizio di CPS" (ex multis, DELIBERA N. 382/07/CONS).

Il consenso è stato, dunque, prestato dall'utente, ma l'informazione offerta è stata incompleta. Pertanto, occorre giungere ad una decisione che contemperi adeguatamente i contrapposti interessi in giuoco, anche tenuto conto della natura di contraente debole dell'utente.

Va dapprima valutato, però, il comportamento delle parti. Dinanzi alla produzione del *vocal order*, la difesa ricorrente rimane inerte, senza contestare, neanche in forma generica, le affermazioni del gestore. **Il silenzio della ricorrente è fatto significativo**, se letto anche alla luce dell'ulteriore affermazione di Teletu. **Il gestore, infatti, allega, in assenza di contestazioni di controparte, l'avvenuto pagamento di diverse fatture.** L'affermazione è ritenuta plausibile – anche in forza della durata quasi decennale del rapporto – ed il comportamento assume un valore concludente, quale 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). La diversa tesi di una tolleranza dell'utente – rispetto ad un servizio indesiderato – per circa sette o otto anni, appare infatti inverosimile.

All'esito dell'indagine, dunque, emerge la *debenza* delle somme richieste per la fornitura del servizio ed il rigetto della domanda di indennizzo.

D'altro canto, però, esigenze di equità, equilibrio, proporzionalità impongono di tener conto della volontà della ricorrente di disattivare la preselezione. Ciò è anche in linea con lo spirito del presente procedimento.

Dalla documentazione in atti, depositata in occasione del procedimento di primo grado, l'utente, infatti, ha dimostrato di aver chiesto la disattivazione del servizio. La trattazione della domanda, sembrerebbe però preclusa da due ragioni: a) essa non è stata riproposta in secondo grado; b) il documento non è accompagnato dal deposito della ricevuta comprovante l'invio. Orbene, il giudizio di valore rispetto all'esibizione documentale della ricorrente – non assistita da adeguata prova della spedizione e ricezione della nota – è risolto da questo Comitato positivamente, anche in quanto la ricezione è riconosciuta da Teletu. A partire dal trentesimo giorno successivo al pervenimento della nota, scatta l'obbligo per Teletu di disattivare il servizio di preselezione automatica, stornando tutte le fatture successive. La mancata proposizione della domanda, invece, viene superata dall'interpretazione dell'istanza nel senso più logico e pertinentiale, in conformità a quell'indirizzo espresso dall'Agcom, che auspica un'interpretazione più sfumata delle singole richieste di parte: *"in un'ottica di tutela dei contraenti più deboli e nel rispetto delle finalità delle procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie, le istanze inesatte, ogni qualvolta sia possibile, devono essere interpretate secondo il loro significato più logico e più pertinente rispetto alla questione da esaminare"*.

2 Indennizzi, rimborsi e storni.

Dovranno essere stornate tutte le fatture contenenti addebiti per periodi successivi al 15 ottobre 2011. La nota dell'utente, inviata attraverso il legale, reca la data del 12 settembre 2011. Come già accennato, non sono presenti copie dell'avviso di ricevimento o il report del fax. In assenza di ulteriori elementi probatori, si assume, sulla base dell'*id quod plerumque accidit*, come giornata di ricezione della missiva il 15 settembre 2011.

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, è d'uopo sottolineare, la partecipazione di un delegato dell'utente all'udienza di conciliazione, il rigetto dell'istanza, il comportamento complessivo delle parti, le eccezioni svolte e le difese. Si riconosce, pertanto, in conformità a quanto previsto dall'**articolo 19, comma 6, della delibera n.173/07/CONS** – l'importo di **€ 50,00 (cinquanta/00)**, in favore dell'utente, a titolo di rimborso spese di procedura di conciliazione e di definizione.

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, dell'istanza proposta dall'utente Romeo xxx, con rigetto delle ulteriori domande.

La società Teletu xxx, è tenuta, pertanto, a stornare tutte le fatture individuate secondo i criteri espressi nell'apposito capo ed a disattivare il servizio di preselezione automatica.

Teletu xxx è tenuta altresì a riconoscere e versare all'istante, attraverso assegno bancario e/o bonifico € 50,00 (cinquanta/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/O3/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 Awv. Rosario Carnevale