

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

C. FONTANAROSA / WIND TRE XXX

(LAZIO/D/4/2016)

Registro Co.Re.Com n. 12/2018

IL DIRIGENTE

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, recante “Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità”;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, recante “Istituzione dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo”;

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante “Codice delle comunicazioni elettroniche”;

VISTO 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;

VISTA la Convenzione per l’esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni del Lazio del 16.12.2009 e in particolare l’art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, recante “Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti”, di seguito “Regolamento”;

VISTA la delibera n. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori”;

VISTA l’istanza dell’utente C. Fontanarosa del 2 gennaio 2016;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’Istante

L’istante ha introdotto la presente controversia lamentando nei confronti di H3g XXX (per brevità di seguito Tre), in relazione all’utenza mobile n. *****031, l’applicazione di un piano tariffario difforme da quello richiesto.

In particolare rappresentava quanto segue.

Attiva sin dal 2014 con piano tariffario che prevedeva, dietro corrispettivo di Euro 30,00 mensili per 30 mensilità, l’acquisto di un apparato Samsung e servizio di telefonia mobile con chiamate e sms illimitati e 1 Giga di connessione sotto rete Tre riceveva, in data 23.3.2015, proposta via telefono per un cambio piano che, alle stesse condizioni di utilizzo e a costo invariato, avrebbe consentito la fruizione di 20 Giga.

Rassicurata dall'operatore che il canone sarebbe rimasto ai correnti Euro 30,00, effettuava la registrazione telefonica senza tuttavia ricevere, in seguito, alcuna copia del contratto da sottoscrivere.

Soltanto alla ricezione della prima bolletta si avvedeva che in realtà il nuovo piano prevedeva Euro 40,00 mensili e costi per il cambio, pari a Euro 25,00.

Richiesta copia del vocal order e ricevuto il file nei successivi trenta giorni, aveva modo di verificare che la registrazione risultava incomprensibile in molte sue parti ed a stento si percepiva un riferimento ad una somma di "euro quaranta" o "zero quaranta"; la stessa conversazione risultava inoltre incompleta perché priva della dicitura finale di "registrazione terminata".

Contestava pertanto la validità di un ordine siffatto per la sua incomprensibilità, incompletezza e per non essersi perfezionato il relativo contratto per effetto della mancata sottoscrizione successiva.

A fronte di tali contestazioni ha richiesto quindi :

- a) Il ripristino delle condizioni antecedenti al cambio piano, o la cessazione del contratto con possibilità di migrare il numero altrove, e mantenimento in proprietà dell'apparato "senza pagamento della rate rimanenti o di penali".
- b) Lo storno di tutte le fatture pagate per Euro 40,00 al mese
- c) Un indennizzo per il danno reso e per il tempo perso e per profilo tariffario non richiesto.

2. La posizione dell'operatore.

Tre ha prodotto una memoria difensiva nella quale ha richiesto il rigetto delle domande precisando quanto segue.

Preliminarmente richiedeva dichiararsi l'inammissibilità delle domande in merito al ripristino del piano tariffario precedente il cambio, la cessazione del contratto con migrazione ad altro operatore e l'estinzione del pagamento rateale dell'apparato, tutte escluse dalle competenze del Corecom nel procedimento di definizione, in quanto implicanti ordini di un "facere" anziché della sola determinazione di rimborsi e/o indennizzi.

Era da considerarsi altresì inammissibile la richiesta di un indennizzo per il danno reso e per il tempo perso in quanto trattarsi, al di là del nomen juris, di una domanda di natura risarcitoria, riservata al giudice ordinario.

Nel merito precisava quanto segue.

Titolare dal 18.5.2014 di un contratto per utenza mobile con profilo tariffario denominato "No limits medium" , accettava di passare al profilo "Top infinito" al costo mensile di Euro 40,00 mediante registrazione vocale del consenso in data 23.3.2015; il contratto per la modifica del piano tariffario dunque, risulta regolarmente concluso all'esito del vocal order in conformità con la normativa vigente.

Inoltre, come confermato dalla controparte, Tre aveva messo a disposizione della cliente la registrazione in questione, al fine di metterla in condizione di effettuare le opportune verifiche, ricordando come la legge (n.d.r. il Codice del Consumo) preveda espressamente che la conferma del contratto possa essere resa su supporto durevole, derogando così alla forma scritta quale regola generale per la conclusione dei contratti telefonici.

Dunque la pretesa dell'utente doveva ritenersi infondata a fronte dell'esplicita accettazione del canone nella misura di Euro 40,00, come si evince dall'ascolto della registrazione.

3. Motivi della decisione

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

Questo premesso, si rileva anzitutto 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 ed è, ex adverso, limitato agli eventuali indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità. Resta salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità ordinaria per il maggior danno.

Pertanto, trattandosi nonostante il nomen juris, di una domanda di natura risarcitoria avente ad oggetto danni che esulano dalla competenza dell'Autorità adita, in quanto riferita all' *"indennizzo per il danno reso e per il tempo speso"*, la stessa non può trovare accoglimento in questa sede dacché non riconducibile nell'alveo degli indennizzi. Quindi, sempre ai sensi dell'art. 19 comma 4 del Regolamento, viene dichiarata inammissibile.

Parimenti sono da espungere dalla presente pronuncia tutte le domande che non siano riconducibili al potere di condannare il gestore al ristoro economico previsto dai regolamenti in conseguenza dell'accertamento di inadempimenti contrattuali, mediante liquidazione di rimborsi e/o indennizzi sempre a mente del citato art. 19.4 del Regolamento.

In base a quanto sopra esposto, l'oggetto della presente definizione è dunque circoscritto all'applicazione di un profilo tariffario non richiesto da parte di Tre, in conseguenza del mancato perfezionamento del contratto concluso telefonicamente il 23.3.2015, al quale non è seguito l'invio di una copia contrattuale in formato cartaceo. Tale modalità non avrebbe reso l'utente sufficientemente edotta delle condizioni economiche applicate, determinando un vizio del consenso prestato all'offerta sottoposta telefonicamente che, nella realtà, prevedeva differenti condizioni rispetto a quelle erroneamente percepite al momento della conclusione del contratto con verbal order (canone mensile di 40,00 Euro, anziché 30,00)

Ciò premesso, a fronte della contestazione dell'utente circa l'esistenza e la valida conclusione di un contratto di telefonia, è onere probatorio dell'operatore telefonico fornire la prova positiva della conclusione del contratto.

La fattispecie rientra nell'ambito disciplinare dei c.d. "contratti a distanza" di cui agli artt.49 e segg del Codice del Consumo e ss.mm., disciplina dettagliata dalla Delibera n.520/15/CONS con riferimento ai contratti per la somministrazione di servizi di comunicazione elettronica, conclusi con tale tecnica di comunicazione.

Per i contratti stipulati a far data dal 13 giugno 2014, le società che effettuano vendite di prodotti o servizi utilizzando tecniche di comunicazione a distanza (telefono, e-commerce, posta) devono rispettare le novità normative introdotte dal D.Lgs 21 febbraio 2014 n. 21 al Codice del Consumo (Dlgs. 6 settembre 2005 n. 206) in recepimento della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori. Questa riforma, tra le numerose modifiche apportate per regolare il rapporto tra imprese e consumatori, prevede significativi cambiamenti con riferimento ai requisiti formali per la conclusione dei contratti stipulati mediante l'uso del telefono. In pratica non è più sufficiente che il compratore accetti verbalmente l'offerta formulatagli nel corso della conversazione con l'operatore

ma occorrerà che il documento contrattuale –reso in forma scritta o su supporto durevole- sia sottoscritto dal cliente a conferma del consenso già espresso attraverso il vocal order. Dette conferme possono essere effettuate, se il consumatore acconsente, anche su un supporto durevole.

Tale previsione comporta la necessità di ottenere la firma del consumatore o l'accettazione scritta dell'offerta affinché sorga il vincolo contrattuale a carico delle parti; in mancanza di questo requisito formale non può dirsi perfezionato il contratto.

Ciò equivale a dire che il contratto non può essere concluso con la sola registrazione telefonica nel corso della quale il consumatore riceve verbalmente ed accetta l'offerta, ma è necessario che segua l'invio al consumatore della proposta scritta di contratto e l'accettazione scritta del consumatore.

Priva di pregio è al riguardo l'eccezione che il gestore abbia reso disponibile il vocal order su supporto durevole (ma su specifica e successiva richiesta dell'utente) in quanto ciò, come visto, non è più sufficiente a provare l'esistenza del vincolo contrattuale in mancanza di accordo con il cliente per tale modalità di prova del contratto, ma soprattutto in assenza di esplicita sua sottoscrizione o, nel caso di supporto durevole, di conferma per iscritto o conferma telematica (es. mediante spunta su area web riservata ecc), e comunque, da inviarsi al domicilio del cliente "entro un termine ragionevole" utile all'esercizio eventuale della facoltà di recesso garantita dal successivo art. 52, comma 1 (cioè nei 14 giorni successivi alla conclusione del contratto).

La ratio della previsione sta dunque nel rafforzamento della già esistente tutela a favore del consumatore, che deve ritenersi vincolato solo a seguito di adeguata presa di conoscenza delle condizioni contrattuali già rappresentategli per telefono, in modo da evitare la possibilità di subire contratti, condizioni, servizi e, come nel caso di specie, condizioni tariffarie non capite o non richieste.

La cautela codicistica trova conforto applicativo proprio nella presente controversia, laddove l'ascolto della registrazione telefonica versata in atti mette in luce il parziale soddisfacimento della stessa dei requisiti di chiarezza e completezza delle informazioni obbligatorie di cui all'art 49 , comma 1 del C.d. C, anche in relazione alla consistenza del canone, che ove fosse stato confermato per iscritto, avrebbe presumibilmente indotto l'utente a rinunciare all'adesione all'offerta.

Inoltre, il mancato invio del modulo di conferma del contratto all'utente, non solo ha prodotto un vizio del consenso sulle caratteristiche dell'offerta, ma non ha consentito all'utente di ripensarci entro i quattordici giorni successivi.

In mancanza di questo requisito formale il contratto non sorge in capo al cliente che quindi non sarà obbligato a corrispondere il prezzo previsto dall'offerta, né a suo carico potranno essere poste ulteriori obbligazioni accessorie (costo cambio piano).

Orbene, a fronte dell'esplicita conferma da parte del gestore delle lamentate condizioni tariffarie effettivamente applicate (40,00 Euro mensili), l'utente non ha tuttavia prodotto le fatture che consentano di quantificare la somma complessiva da stornare e se, ed in che misura, la stessa sia stata effettivamente corrisposta.

In assenza dei documenti contabili, nulla dunque può disporsi in ordine a storno e/o rimborso.

La citata carenza di allegazione documentale ostacola anche la determinazione del periodo in cui l'utente ha sofferto l'applicazione di un profilo tariffario non richiesto.

Tuttavia, in considerazione di quanto affermato dal gestore sulla perdurante vigenza in capo al contratto, almeno sino alla data di deposito delle memorie, del profilo tariffario in contestazione "Top Infinito" e tenuto conto della deduzione dell'utente di aver ricevuto (su esplicita richiesta) il contenuto dell'offerta su supporto durevole in data 18 settembre 2015, può trovare applicazione l'art. 53, comma 2 del C.d.C. che prevede tale ipotesi per cui " *Se il professionista fornisce al consumatore le informazioni di cui al comma 1 entro dodici mesi dalla data di cui all'articolo 52, comma 2, il periodo di recesso termina quattordici giorni dopo il giorno in cui il consumatore riceve le informazioni.*"

Pertanto, attesa l'incontestata data del vocal order del 23.3.2015, e stimato ragionevolmente l'inizio del ciclo di fatturazione col nuovo profilo al 1.4.2015, il profilo non richiesto è stato illegittimamente applicato sino al 2.10.2015 (18.9.2015 + 14 gg), termine entro il quale l'utente avrebbe potuto esercitare la facoltà di recedere con i medesimi effetti di cui all'art.52, comma 1.

Spetta pertanto all'utente l'indennizzo ai sensi dell'art.8, comma 2 allegato A alla Del. 73/11/CONS nella misura di Euro 184,00.

4. 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 prevista dall'articolo 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, tenuto conto del comportamento complessivamente adottato dalle parti e delle difese svolte, si ritiene equo liquidare a favore di parte istante, le spese per la procedura di conciliazione e per la procedura di definizione, nella misura di Euro 50,00

IL DIRIGENTE

VISTO l'art. 19 comma 7 della delibera Agcom 173/07/CONS che attribuisce al dirigente della struttura amministrativa del Co.Re.Com. la definizione delle controversie di modesta entità, che hanno ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente l'importo di Euro 500,00;

DETERMINA

1. L'accoglimento parziale, nei termini esposti in motivazione, dell'istanza presentata dall'utente C. Fontanarosa in data 2 gennaio 2016 nei confronti di WindTre XXX .

2. La WindTre XXX è tenuta a pagare in favore dell'istante, la somma di Euro 50,00 a titolo di spese di procedura, nonché a corrispondere l'importo di € 184,00 oltre interessi legali, per l'attivazione di profilo tariffario non richiesto ai sensi dell'art.8, comma 2 Allegato A alla Del. 73/11/CONS.

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

4. Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del D.lgs. 1 agosto 2003, n. 259.

5. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.

6. Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, 12/04/2018

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto