

Co.Re.Com. Cal/Ri

DELIBERAZIONE N. 253

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

Calopresti Xxxxxxx c/ Wind Telecomunicazioni

Xxxxxxx

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

nella seduta del giorno 19/12/2012 , 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:

il Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262 di approvazione del testo del codice civile;

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";

la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, "Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni- Corecom" 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.;

l'art. 84 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante il "Codice delle comunicazioni elettroniche";

gli artt. 17 e 17 bis della Delibera n. 274/07/Cons, "Modifiche ed integrazioni alla delibera 4/06/CONS: Modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso;

la Delibera 664/06/Cons, allegato A;

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 Corecom 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 acquisita al prot. Corecom Calabria n. 28685 del 20 giugno 2012, con cui l'utente Calopresti Xxxxxxx ha chiesto l'intervento del Corecom Calabria per la definizione della controversia in essere con la Società Wind Telecomunicazioni 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 20 giugno 2012 (prot. n. 29908 del 21 giugno 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;

l'avviso di convocazione (prot. n. 46314/12 del 24 ottobre 2012) con cui il Responsabile del procedimento, ai sensi dell'art. 15, comma 2 dell'anzidetto Regolamento, ha invitato le parti a comparire, per il giorno 4 dicembre 2012, alla relativa udienza di discussione;

Preso atto del verbale di discussione, redatto in data 4 dicembre 2012, con riserva di svolgere le opportune valutazioni al fine di definire la controversia;

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

considerato quanto segue:

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

Il sig. Calopresti ha promosso, dinanzi al Corecom Calabria, un procedimento di conciliazione nei confronti della società Wind Telecomunicazioni S.p.A. La conciliazione si è conclusa con esito negativo.

Il 20 giugno 2012, l'istante ha domandato a questo Corecom la definizione della controversia. Il ricorrente ha esposto che, a seguito della stipula di un contratto di utenza telefonica mobile con l'operatore Wind, avvenuta il 17 settembre 2010, ha subito l'illegittima attivazione di alcuni servizi non richiesti, taluni gratuiti e tal altri con addebito di costi ingiustificati. Il gestore avrebbe altresì attivato un profilo tariffario non richiesto dal ricorrente.

Il sig. Calopresti deduce, a tal proposito, di aver appreso l'attivazione dei servizi e del piano tariffario attraverso una verifica - eseguita l'8 settembre 2011, nell'area clienti del sito dell'operatore - per accertare le ragioni del sistematico ed ingiustificato esaurimento del credito sulla propria sim. Nell'area personale è risultata l'attivazione di una serie di servizi mai richiesti all'operatore: "piano tariffario Wind 12", attivo dal 17 settembre 2010, "MMS", attivo dal 23 settembre 2010, "segreteria telefonica Wind", attiva dal 26 marzo 2010, "my personal sim", attiva dal 26 marzo 2010, "follow Wind", attivo dal 26 marzo 2010, "ring me", attivo dal 26 marzo 2010 e "pensaci tu", attivo dal 26 marzo 2010. Taluni di questi servizi risultano attivati antecedentemente rispetto alla sim.

Con riferimento, poi, al piano tariffario, l'istante lamenta l'attivazione del profilo "Wind 12", al posto di quello prescelto in occasione della conclusione del contratto, denominato invece "Wind 9".

Con raccomandata dell'8 settembre 2011, il ricorrente ha quindi domandato la disattivazione dei servizi, senza ricevere alcun riscontro dal gestore.

L'istante ha altresì dedotto la mancata sottoscrizione di un contratto e la mancata consegna, da parte di Wind, di una copia delle condizioni contrattuali asseritamente sottoscritte.

Il sig. Calopresti, per quanto sopra, ha lamentato la violazione della normativa di settore, rammentando che gli operatori non possono attivare dei servizi senza il consenso espresso degli interessati.

L'istante cita poi l'art. 57 del codice del consumo rivendicando, in presenza di un'attivazione illegittima, il suo diritto al rimborso delle somme indebitamente prelevate, nonché ad un indennizzo. Espressamente richiama, a tal fine, una precedente decisione di questo Comitato, con cui è stato riconosciuto all'utente un indennizzo da mancata trasparenza contrattuale di € 500,00, in presenza di analoga fattispecie.

L'istante ha, quindi, domandato:

- a) la corresponsione di un indennizzo **€ 800,00** per illegittimo addebito dei servizi e del piano tariffario non richiesto;

- b) l'indennizzo di € 400,00 per la mancata risposta al reclamo scritto, proposto dall'utente in data 8 settembre 2011;
- c) il rimborso delle spese di procedura.

Wind Telecomunicazioni Xxxxxxx, nonostante il rituale avvio del procedimento, non ha depositato memorie e/o documenti ed ha disertato l'udienza del 4 dicembre 2012, adducendo, in quest'ultimo caso, adeguata giustificazione.

Motivi della decisione

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.

Nonostante Wind abbia adeguatamente giustificato l'assenza all'udienza del 4 dicembre 2012, l'imminente scadenza dei termini ordinatori per la definizione della controversia, rende preferibile l'attuale scelta di non disporre un'ulteriore seduta. D'altro canto, Wind avrebbe comunque potuto presenziare in udienza, delegando all'uopo altro soggetto.

2. Riguardo al merito.

Le doglianze dell'istante sono parzialmente fondate e meritano, quindi, accoglimento nei soli limiti del dispositivo.

Risulta provato che tra le parti è stato stipulato un contratto di somministrazione di servizi di telefonia mobile. 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 servizi non richiesti.

Il ricorrente lamenta, come visto, l'attivazione non richiesta dei servizi "MMS", "segreteria telefonica Wind", "my personal sim", "follow Wind", "ring me" e "pensaci tu". Si duole altresì dell'attivazione non richiesta del "piano tariffario Wind 12", applicato dal 17 settembre 2010.

La società resistente, invece, non ha depositato memorie.

Ciò posto, l'indagine, non può prescindere dall'analisi della disciplina vigente. **L'art. 57 del codice del consumo (Fornitura non richiesta)**, espressamente recita: *"il consumatore non è tenuto ad alcuna prestazione corrispettiva in caso di fornitura non richiesta. In ogni caso l'assenza di risposta non implica consenso del consumatore"*.

Nel campo delle telecomunicazioni, le garanzie disposte in favore del consumatore sono integrate con una minuziosa regolamentazione che amplia lo spettro della tutela. In base alla disciplina regolamentare, infatti, *è vietata la fornitura di beni o servizi di comunicazione elettronica, anche solo supplementari rispetto ad un contratto già in esecuzione, in mancanza della loro previa ordinazione da parte dell'utente (art. 3, delibera 664/06/CONS)*. 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*.

Orbene, la fattispecie odierna appare in contrasto con il quadro legislativo e regolamentare appena delineato. Wind non ha dimostrato di avere ricevuto una valida richiesta dell'utente di attivazione dei servizi. Non è stata depositata, fra l'altro, una copia del contratto sottoscritto dal ricorrente, disattendendo ad un preciso onere posto a carico del gestore. Sicché può ritenersi provata l'attivazione di servizi e di un piano tariffario non richiesto, imponendo la necessità di un ripristino dello *status quo ante*.

Accertata la responsabilità dell'operatore, occorre ribadire che la disciplina regolamentare di settore sanziona l'attivazione di servizi non richiesti, tutelando gli utenti dalle conseguenze pregiudizievoli dell'indebita fornitura.

Non può sottacersi quindi che Wind, nonostante la ricezione del reclamo e l'esperimento del tentativo di conciliazione, non sembra essersi attivata per rimuovere i servizi.

L'istante, d'altro canto, si è lamentato dei presunti addebiti solo a distanza di un anno dall'attivazione del servizio. In tal senso, si osserva che la fornitura di taluni dei servizi *ut supra* elencati è immediatamente percepibile, in quanto l'utente può riscontrarla verosimilmente sin dal primo giorno di attivazione. Ad es. il servizio ring me - laddove attivato - è preceduto, prima dell'uso, da una segnalazione vocale che informa l'utente della possibilità di avvalersi della prestazione. I servizi attivati poi sono gratuiti, diventando onerosi, solo in caso di concreto utilizzo da parte dell'utente, né il ricorrente ha offerto idonea prova contraria. Le uniche conseguenze economiche pregiudizievoli sembrano essere riconducibili solo al profilo tariffario, ma l'assunto dell'istante è rimasto sfornito di prova.

I contrapposti atteggiamenti appena descritti meritano di essere adeguatamente temperati.

Sotto il profilo del pregiudizio, la rappresentazione degli avvenimenti delinea uno scarso disagio dell'istante, anche per la sua reazione tardiva. Prima del reclamo, non sono percepibili quelle conseguenze pregiudizievoli tutelate dal codice delle comunicazioni elettroniche e dalle delibere dell'Agcom e, pertanto, questo Comitato non ritiene che sussistano i presupposti per la liquidazione del relativo indennizzo.

D'altro canto, l'elemento soggettivo della violazione va adeguatamente ponderato alle conseguenze pregiudizievoli sopportate dall'istante, tenuto conto che l'attivazione contestata è

avvenuta prima dell'approvazione del regolamento indennizzi. Appare, pertanto, equo e ragionevole liquidare l'importo di euro 1,00 (uno/00) *pro die* dalla data del reclamo, avvenuto il 13 settembre 2011, sino alla data di deposito dell'istanza di definizione.

Lo scarso pregiudizio concretamente sopportato dal ricorrente impone altresì di corrispondere l'indennizzo in misura unica, per tutti i servizi e per il profilo tariffario.

Occorre, infine, dare conto delle ragioni del *revirement* rispetto all'orientamento assunto con la delibera del 2010, sempre emessa da questo Comitato e depositata dall'istante a sostegno delle sue affermazioni. La precedente decisione ha riconosciuto ai ricorrenti un indennizzo di € 500,00 ciascuno per l'attivazione dei servizi non richiesti, a titolo di violazione dell'obbligo di chiarezza e trasparenza contrattuale. L'opzione odierna è diversa dalla precedente, giacché tiene conto dell'entrata in vigore della **delibera 73/11/CONS** che disciplina espressamente l'ipotesi – sino ad allora non regolamentata sotto l'aspetto indennitario – quantificando l'indennizzo nella misura di un euro al giorno (nel caso di servizi e profili tariffari accessori).

2.2 Sulla mancata risposta al reclamo.

Il ricorrente afferma di aver inviato un reclamo con raccomandata del 9 settembre 2011 ricevuta da Wind il 13 settembre 2011, chiedendo la corresponsione del correlativo indennizzo. Nella missiva l'istante segnala l'attivazione dei servizi non richiesti, domandandone la disattivazione.

L'accoglimento della domanda è subordinato alla sussumibilità della segnalazione *ut supra* indicata nell'ambito della più complessa figura del reclamo. Quest'ultimo è, infatti, "*l'istanza con cui l'utente si rivolge direttamente all'organismo di telecomunicazioni per segnalare un disservizio, ovvero una questione attinente l'oggetto, le modalità o i costi della prestazione erogata*" (**delibera 179/O3/CSP**).

Orbene, la comunicazione pervenuta all'operatore il 13 settembre 2011 è da considerarsi un valido reclamo. Essa costituisce un'istanza con cui il cliente segnala una problematica inerente i costi della prestazione erogata.

A fronte della ricezione del reclamo Wind, al fine di non incorrere in responsabilità, avrebbe dovuto comunicare, nei termini sanciti dall'art. 2.3. della propria carta dei servizi (45 giorni), una risposta chiara ed esauritiva alla segnalazione, dimostrando di aver adempiuto a quanto disposto **dall'art. art. 8, comma 4, , delibera 179/O3/CSP**. Ai sensi di tale disposizione, infatti, "*gli organismi di telecomunicazioni indicano nelle carte dei servizi il termine per la definizione dei reclami, termine che non può essere superiore a quarantacinque giorni dal ricevimento del reclamo stesso ...omissis In caso di rigetto, la risposta in esito al reclamo è in forma scritta, è adeguatamente motivata ed indica gli accertamenti compiuti*".

A tale proposito, non appare pleonastico rammentare che, alla luce della casistica delle decisioni adottate dall'Autorità, la mancata risposta scritta al reclamo determina *una mancanza di ascolto, dialogo e contraddittorio* tra utente e gestore, **meritando il riconoscimento di un indennizzo**.

3. Indennizzi, rimborsi e storni.

Si rigetta la domanda di rimborso del ricorrente in quanto generica e non provata. In forza dell'art. 2697 c.c., infatti, *"chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento"*. L'istante invece non ha prodotto, né allegato, alcuna ricostruzione idonea a giustificare l'affermazione dell'onerosità dei servizi non richiesti, né d'altronde ha dimostrato le ragioni del maggiore costo legato al piano tariffario applicato rispetto a quello richiesto.

Al ricorrente dovrà essere piuttosto corrisposto un indennizzo per l'attivazione non richiesta dei servizi e soprattutto del piano tariffario, ai sensi dell'art. 8, co.2, della delibera 73/11/CONS che recita espressamente: *"nel caso di servizi accessori o di profili tariffari non richiesti l'indennizzo è applicato nella misura di euro 1,00 per ogni giorno di attivazione"*. Il *dies a quo* è il 13 settembre 2011, ovvero il giorno di ricezione della segnalazione da parte di Wind. Il *dies ad quem* è, invece, il 20 giugno 2012, ovvero la data di deposito dell'istanza di definizione.

Il ricorrente merita altresì il riconoscimento di un indennizzo per la mancata risposta al reclamo dal 13 settembre 2011 – giorno di ricezione del reclamo da parte dell'operatore – al 29 maggio 2012, data di esperimento del tentativo di conciliazione. La data di esperimento della conciliazione, sulla scorta di un indirizzo consolidato, rappresenta il *dies ad quem* per il calcolo dell'indennizzo. In tale circostanza, infatti, il consumatore ha interloquuto con l'operatore ed ha avuto modo di ricevere le attese delucidazioni. L'indennizzo per la mancata risposta al reclamo viene riconosciuto – previa decurtazione dei 45 giorni previsti per il riscontro al reclamo dalla carta dei servizi Teletu – per un totale complessivo di 214 (duecentoquattordici) giorni di ritardo, giusta previsione dell'art. 11, co. 1 e 2, delibera 73/11/CONS.

All'istante dovranno quindi essere riconosciute le seguenti somme:

€ 281,00 (duecentottantuno/00), per l'attivazione non richiesta dei servizi e del profilo tariffario;

€ 214,00 (duecentoquattordici/00), a titolo di mancata risposta al reclamo.

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.

4. 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 fondatezza parziale 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.

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 depositata dal sig. Calopresti Xxxxxxx.

La società **Wind Italia Xxxxxxx**, pertanto, è tenuta, a riconoscere e versare all'istante, attraverso assegno bancario e/o bonifico:

- 1) **€ 281,00 (duecentottantuno/00)**, per l'attivazione non richiesta dei servizi e del profilo tariffario;
- 2) **€ 214,00 (duecentoquattordici/00)**, a titolo di mancata risposta al reclamo;
- 3) **€ 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 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