

DELIBERA N. 38/2023

**XXXXXXXX / WIND TRE (VERY MOBILE)
(GU14/581300/2023)**

Il Corecom Basilicata

NELLA riunione del Corecom Basilicata del 20/10/2023;

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*”;

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*”, di seguito denominato *Regolamento sugli indennizzi*, come modificata da ultimo dalla delibera n. 347/18/CONS;

VISTA la delibera n. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante “*Approvazione del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 358/22/CONS;

VISTA la legge regionale 27 marzo 2000, n. 20, recante “*Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato Regionale per le Comunicazioni – Co.Re.Com.*”;

VISTA la delibera n. 339/18/CONS, del 12 luglio 2018, recante “*Regolamento applicativo sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche tramite piattaforma Concilia-Web, ai sensi dell’articolo 3, comma 3, dell’Accordo Quadro del 20 novembre 2017 per l’esercizio delle funzioni delegate ai Corecom*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 670/20/CONS;

VISTA la delibera n. 427/22/CONS del 14 dicembre 2022 recante: “*Approvazione dell’accordo quadro tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblies legislative delle Regioni e delle Province autonome, concernente l’esercizio delle funzioni delegate ai Comitati regionali per le comunicazioni*”, sottoscritto il 20 dicembre 2022, ed in particolare l’articolo 8 il quale dispone che lo stesso Accordo Quadro, di

durata quinquennale, e le relative Convenzioni tra l'Autorità e le singole Regioni/Consigli regionali, da stipularsi entro il 31 marzo 2023, hanno comunque effetto a far data dal 1° gennaio 2023;

VISTA la nuova Convenzione per il conferimento e l'esercizio della delega di funzioni ai Comitati Regionali per le Comunicazioni, sottoscritta rispettivamente in data 14/02/2023, 27/02/2023 e 8/3/2023 dall'Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni, dal Comitato regionale per le comunicazioni della Basilicata e dal Consiglio Regionale della Basilicata;

VISTA l'istanza di XXXX XXXXXXXX del 24/01/2023 acquisita con protocollo n. 0018955 del 24/01/2023;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

Il sig. XXXXXXXX, quale titolare di un contratto di linea mobile con Wind Tre, mediante formulario UG/556286/2022 si rivolgeva al Co.re.com. di Basilicata, rappresentando di aver stipulato, con il predetto operatore, un contratto con navigazione dati per 70 gb, al prezzo di 20,90 euro con cadenza bimestrale.

In particolare, il sig. XXXXX precisava che “[...] a soglia raggiunta non navigava più e il servizio veniva sospeso”. Pertanto, l'utente, lamentava l'emissione di fatture per soglia extra dati nr. 2XXXXXXX321 del 8.3.22 di euro 106,90; nr 22XXXXXXX1 del 8.5.22 di euro 96,39 e nr 2XXXXXXX6 del 8.7.22 di euro 61,92 e ne chiedeva lo storno con corresponsione di un indennizzo per “abuso di posizione dominante”, quantificato in euro 500,00.

All'udienza di conciliazione, svoltasi il 23.01.2023, dinanzi al funzionario Co.re.com. responsabile del procedimento, veniva redatto un verbale di mancato accordo.

L'utente, quindi, in data 24/01/2023, presentava l'istanza di definizione della controversia dinanzi al Co.re.com. di Basilicata, avente n. GU14/581300/2023. Con la predetta istanza il sig. XXXXXXXX, chiedeva:

- i) Richieste: storno fatture nr. 2XXXXXXX1 del 8.3.22 di euro 106,90; nr 2XXXXXXX1 del 8.5.22 di euro 96,39 e nr 22XXXXXXX6 del 8.7.22 di euro 61,92. indennizzo per abuso di posizione dominante indennizzi richiesti (ineuro): 500.0
- ii) Quantificazione dei rimborsi o indennizzi richiesti (in euro): 500,00.

2. La posizione dell'operatore

L'Operatore faceva pervenire la memoria difensiva, datata 20.02.2023, chiedendo il rigetto della domanda dell'utente.

Più nel dettaglio, l'operatore eccepiva, in primis, l'inammissibilità della richiesta di indennizzo per abuso di posizione dominante indennizzi richiesti (in euro): 500,00 ritenendo che lo stesso esulasse dalla competenza dei Corecom/Agcom.

In secondo luogo, rispetto alla richiesta di storno avanzata dal sig. XXXXX, per le fatture nr. 2XXXXXX1 del 8.3.22, di euro 106,90; nr 2XXXXXX1 del 8.5.22 di euro 96,39 e nr 2XXXXXX6 del 8.7.22 di euro 61,92, l'operatore eccepiva la genericità della stessa e, a sostegno di ciò, richiamava il provvedimento del Corecom Puglia determinatoriale n. 48 del 23 ottobre 2020, Delibera 116/2020 del Corecom Puglia e la Deliberazione n. 4 del 11 gennaio 2023 del Corecom Veneto. In ultimo, la società Wind Tre provvedeva alla ricostruzione della vicenda contrattuale chiarendo che "[...] in data 22/07/2019 veniva attivata la sim consumer 3XXXXXXXXX2 con piano tariffario 3cube Special associata ad un terminale 3Cube Pack con la formula della vendita a rate con vincolo di 30 mesi al costo di €9,99 al mese. Soglia inclusa nel piano 80 gb internet al mese. La sim 3XXXXXXXXX2 oggetto di controversia migrava verso altro operatore in data 18/07/2022.

Parte istante, nel corso del rapporto contrattuale, mai si è premurato di contestare alcuna fattura, esperiva, invece, direttamente tentativo di conciliazione ex art 3 del Regolamento in data 09/10/2022; l'UG, quindi, risulta essere il primo ed unico reclamo formale rivolto alla convenuta, ben 3 mesi dopo la migrazione della sim! Il piano tariffario 3cube Special prevede, incluso nell'abbonamento, una soglia di 80 GB di internet al mese, superati gli 80 gb la navigazione continua e la tariffazione extra prevede un costo di €5,50 ogni GB fino ad una soglia massima mensile di spesa pari a €50 iva esclusa.

La suddetta soglia di traffico imposta per gli utenti consumer dalla delibera 326/10/CONS, come nella fattispecie in esame, è di €50, al raggiungimento delle quali l'utente va debitamente allertato e bloccato nella ulteriore fatturazione.

Sul sito istituzionale di Wind Tre alla pagina <https://www.windtre.it/trasparenza-tariffaria/tre-privati-nonsottoscrivibili/> era ed è chiaramente indicato che il piano tariffario 3cube Special prevede un costo extra soglia di 5,50 euro/gb superata la soglia di 80 gb.

Nelle fatture ricevute e contestate dal cliente è indicato il servizio "Soglie di spesa Internet" In questa sezione sono chiaramente indicate sia la soglia di spesa mensile pre-impostata per uso privato - pari a €50 (iva esclusa) - che le modalità per poterla eventualmente modificare. Sulla sim oggetto di controversia risultava correttamente impostata la suddetta soglia dati e mai modificata dall'utente.

Orbene, in merito alle fatture contestate dall'utente fatture numero 2XXXXXX1 emessa in data 8.3.22 di euro 106,90; numero 22XXXXXX1 emessa in data 8.5.22 di euro

96,39 e numero 2XXXXXXX6 emessa in data 8.7.22 di euro 61,92 voglia l'adito Corecom in primis considerare, come già anticipato precedentemente, che l'utente nel corso del rapporto contrattuale non ha mai contestato alcun conto telefonico! Si ricorda che è la stessa regolamentazione Agcom ad escludere ogni forma di indennizzo nel caso in cui l'utente non lo segnali tempestivamente: art 14 comma 4 delibera 353/19/CONS "Sono esclusi gli indennizzi previsti dal presente regolamento se l'utente non ha segnalato il disservizio all'operatore entro tre mesi dal momento in cui ne è venuto a conoscenza o avrebbe potuto venirne a conoscenza secondo l'ordinaria diligenza, fatto salvo il diritto al rimborso di eventuali somme indebitamente corrisposte". Gli operatori non hanno la possibilità di accedere agli addebiti/traffico dell'utente oltre i 6 mesi dalla data del reclamo, in conformità quindi alla regolamentazione vigente in materia di tutela della privacy (d.lgs. 1 giugno 2003 n 196).

Analizzando le fatture contestate e qui depositate è possibile verificare che la soglia dati nazionale di €50 al mese risulta sempre rispettata. Sulla sim oggetto di controversia era attivo il servizio gratuito di "Info soglie", che Windtre mette a disposizione della clientela e che prevede l'invio di un SMS di notifica dell'imminente esaurimento delle soglie di traffico incluse rimandando il cliente all'IVR InfoSoglie e/o all'Area Clienti per ulteriori informazioni: il processo prevede che esaurita la soglia dati prevista dal piano tariffario, il cliente continua a navigare in extra soglia fino al massimale preimpostato (come da delibera) di €50 iva esclusa al mese; raggiunto tale limite gli viene inviato l'sms che lo invita, se lo desidera, a modificare tale soglia di spesa mensile, potendola portare a €100 iva esclusa al mese, o ancora ad €150 iva esclusa al mese per poter continuare a navigare.

La Delibera 326/10/CONS impone agli operatori di attivare un sistema di allerta efficace durante la fruizione del plafond di traffico dati tariffato a forfait (di tempo o di volume) che informi il cliente, oltre del raggiungimento della soglia, anche del traffico residuo disponibile e del prossimo passaggio a eventuale altra tariffa e del relativo prezzo al superamento del plafond; la soglia di traffico imposta per gli utenti consumer come nella fattispecie in esame è di 50€, al raggiungimento delle quali l'utente va debitamente allertato e bloccato nella ulteriore fatturazione. Resta salva la facoltà dello stesso di decidere di disattivare le predette soglie e continuare nella fatturazione.

Come già anticipato in precedenza, sulla sim oggetto di controversia era attivo il servizio gratuito di "Info soglie", con invio, quindi, di sms alert; voglia, inoltre, l'adito Corecom considerare che parte istante era assolutamente a conoscenza del funzionamento/processo di cui sopra posto che l'utente con un precedente UG (490984/2022) di gennaio 2022 aveva già contestato, sempre per la stessa sim 3XXXXXXX2, addebiti extra soglia L'art. 25.3 delle Condizioni generali sottoscritte dall'utente statuiscono: I reclami relativi alla fatturazione ed al pagamento potranno essere inoltrati da parte del Cliente a "3", a propria scelta, contattando telefonicamente il Customer Care, via e-mail o mediante lettera raccomandata a.r. o posta ordinaria entro 90 (novanta) giorni dalla data di emissione della fattura in contestazione. [omissis]

Nel procedimento in esame, come ampiamente già rappresentato, parte istante mai nel corso del rapporto contrattuale aveva contestato le fatture oggetto del presente formulario se non con l'esperimento del tentativo di conciliazione; ad ogni modo da un'analisi delle suddette fatture e degli importi addebitati, è evidente che la soglia mensile preimpostata di €50 ha funzionato correttamente, tant'è che l'extra soglia complessivo nelle fatture, che erano bimestrali, non ha mai supera l'importo di €100+iva; risultano, altresì, correttamente inviati gli sms di alert all'utente sulla sim oggetto di controversia: Orbene, si richiamano i principi fondamentali del processo civile, in particolare della difesa e del contraddittorio, disciplinati dagli articoli 115 c.p.c. e 2697 c.c. che prevedono che il giudice debba decidere iuxta alligata et probata, e quindi, porre a base della decisione unicamente le circostanze di fatto dedotte a fondamento della domanda e le prove offerte dalle parti, e che chiunque voglia far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento, che non risultano essere stati rispettati da controparte. Si richiama determina direttoriale AGCOM 96/17/DTC. "la documentazione depositata al fascicolo dall'utente non prova la sussistenza dei disservizi oggetto di controversia.

In particolare, atteso che secondo un principio giuridico di carattere generale (articolo 2697 del codice civile) colui che vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento, nel caso di specie l'istante che chiede la corresponsione dell'indennizzo per malfunzionamento del servizio voce non prova, neanche per presunzione, che lo stesso si è verificato.

Pertanto, constatata l'assenza di reclami in atti, si ritiene che le richieste non meritino accoglimento, stante l'impossibilità di accertare l'an, il quomodo [omissis]" DETERMINA Fascicolo n. GU14/215037/2019 Sulla richiesta GU14/392475/2021 [Omissis] l'utente non ha assolto all'onere probatorio previsto a suo carico ex art. 2697 c.c. L'utente non ha provato in maniera esauriente ed esaustiva quanto affermato e richiesto con l'istanza introduttiva del presente procedimento.

L'utente, che ha lamentato una interruzione dei servizi dopo un supposto superamento della soglia dati e che si duole di non aver ricevuto nessun preavviso sul superamento del traffico dati sopra soglia che contesta, non ha assolto al proprio onere di provare quanto sostenuto.

L'operatore ha dato prova di aver debitamente dato preavviso circa l'imminente raggiungimento della soglia e/o blocco del traffico al superamento, previsto dalla normativa di riferimento per il traffico dati ex delibera n. 326/10/CONS che, nello specifico, prevede, all'art. 3, (Sistemi di allerta e limiti di spesa per il traffico dati sulle reti di telefonia mobile) " 1. Gli operatori mobili, con riferimento ai piani tariffari che prevedono un plafond di traffico dati tariffato a forfait (di tempo o di volume), rendono disponibili gratuitamente sistemi di allerta efficaci che, al raggiungimento di una soglia di consumo pari ad una percentuale del plafond di traffico (di tempo o di volume) scelta dall'utente tra le diverse opzioni proposte dall'operatore, informino l'utente medesimo:

a) del raggiungimento della soglia; b) del traffico residuo disponibile; c) del prossimo passaggio ad eventuale altra tariffa e del relativo prezzo al superamento del plafond.

2 Qualora il cliente non abbia dato indicazioni diverse in forma scritta, gli operatori provvedono a far cessare il collegamento dati non appena il credito o il traffico disponibile residuo (di tempo o di volume) di cui al comma 1 sia stato interamente esaurito dal cliente, senza ulteriori addebiti o oneri per quest'ultimo, avvisandolo di tale circostanza, conclude, perché l'Autorità Voglia nel merito rigettare tutte le richieste dell'istante in quanto del tutto infondate in fatto ed in diritto e non provate”.

3. Motivazione della decisione

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

L'utente asserisce di essere titolare di una linea mobile e di aver stipulato un contratto con l'operatore, per il servizio di dati a consumo per 70 gb, oltre il quale, vi era l'interruzione del servizio ma, a detta dell'utente, sono stati fatturati anche dei consumi extra soglia, senza interruzione in automatico del servizio e chiede lo storno di n. 3 fatture nr. 2XXXXXXX321 del 8.3.22 di euro 106,90; nr 2XXXXXXX51 del 8.5.22 di euro 96,39 e nr. 22XXXXXX16 del 8.7.22 di euro 61,92, oltre che l'indennizzo per abuso di posizione dominante per euro in euro 500,00.

L'utente, stante quanto si evince dalle allegazioni di entrambe le parti e la documentazione versata in atti, non ha mai provveduto alla contestazione, mediante reclamo, della fatturazione rendendo l'operatore edotto delle doglianze solo, in data 09.10.2022, ovvero sia quando adiva il Corecom competente, presentando l'istanza di avvio del procedimento obbligatorio di conciliazione della controversia. Dunque, dovrà escludersi, in primis, ogni forma di indennizzo.

Ad ogni buon conto, questo Corecom non è competente a disporre per “l'indennizzo per abuso di posizione dominante”, così come richiesto dall'utente, e ciò in quanto non è tra le ipotesi previste dalla delibera n. 347/2018/CONS.

Ciò detto, si rappresenta che l'utente ha richiesto lo storno di n. 3 fatture, ritenendo che le stesse attengano a dei consumi extra soglia e ciò nella misura in cui, come asserito dall'utente, il servizio di dati a consumo cessava automaticamente superata la soglia oggetto dell'offerta.

Nemmeno detta doglianza può trovare accoglimento. Agli atti manca la prova di quali fossero le condizioni di contratto ma è possibile rinvenire solo le tre fatture oggetto di contestazione, la schermata delle condizioni dell'offerta presente sul sito internet dell'operatore ed il modulo di abbonamento sottoscritto dall'utente. Dunque, le allegazioni in fatto dell'utenze sono prive di supporto probatorio.

Diversamente, le eccezioni dell'operatore trovano giusto conforto probatorio proprio nelle fatture emesse. Infatti, ciascuna delle tre fatture riporta alcune delle condizioni contrattuali, applicate in fatturazione, più nel dettaglio, sotto la dicitura "in primo piano" si legge quanto segue: "[...] Servizio "Soglie di spesa internet" Ti informiamo che sulla/e tua/e SIM è stato attivato il servizio "Soglie di spesa Internet" nazionale ed internazionale, il servizio gratuito che ti consente di scegliere in anticipo quanto vuoi spendere per navigare in Internet in Italia o all'estero. Le soglie di spesa mensile pre-impostate per uso privato sono pari a 50 Euro (IVA esclusa) sia per l'Italia che per l'estero. Le soglie di spesa mensile pre-impostate per uso affari sono pari a 150 Euro (IVA esclusa) per l'Italia e 50 Euro (IVA esclusa) per l'estero. Per modificare e consultare le soglie pre-impostate chiama il numero gratuito 159 (dall'estero +393205000200) o accedi alla tua Area Clienti WINDTRE".

Dunque, l'operatore, con propria fatturazione, precisava chiaramente all'utente che alla linea telefonica veniva applicata una soglia di spesa internet fissa, nella misura massima di euro 50,00.

L'utente ha dichiarato di aver utilizzato l'offerta sino alla disattivazione del servizio, dunque, sino a quando l'operatore disponeva il blocco all'utilizzo dei dati extra soglia.

Ebbene, non essendo mai state contestate dette fatture, le stesse costituiscono prova piena dell'esistenza del contratto e ciò nella esatta determinazione delle condizioni riportate in esse, pertanto, essendo le stesse emesse con cadenza bimestrale, si ritiene che gli importi addebitati, ancorché non contestati in ordine alla base dei dati consumati, sono da ritenere compatibili con i consumi dell'utente e, pertanto, dovrà essere accolta l'eccezione dell'operatore.

Infatti, per mero scrupolo, si rammenta che la disciplina generale dell'onere della prova dettata dall'art. 2697 codice civile, dispone espressamente che "[...] Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda", inoltre, ai sensi dell'art. 115 c.p.c. "[...] il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita".

Ebbene, l'utente non ha contestato i consumi effettuati, in termini di volume e durata media e/o totale, né ha disconosciuto le condizioni contrattuali riportate in fattura, inoltre, non ha offerto la prova delle condizioni contrattuali applicate al caso di specie, non potrà trovare accoglimento alcuna delle sue doglianze, diversamente, potranno trovare accoglimento le eccezioni dell'operatore e ciò in quanto le fatture, ancorché non contestate (cfr. Corte di Cassazione, sez. II Civile, ordinanza n. 26801/19; depositata il 21 ottobre), provano esattamente le contestazioni mosse dall'operatore.

DELIBERA

Articolo 1

1. Alla luce delle considerazioni sin qui svolte e della documentazione prodotta dalle parti, vista la relazione istruttoria dell'esperto giuridico Avv. XXXXXX, si rigetta l'istanza avanzata dal sig. XXXXXXXX, per le causali di cui in parte motiva.

2. 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.

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

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

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sul sito *web* dell'Autorità.

Potenza, 20/10/2023

IL PRESIDENTE

dr. Antonio Donato Marra

