

**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA**  
**M. C. PALMIERI / WIND TELECOMUNICAZIONI XXX**  
**(LAZIO/D/82/2016)**

**Registro Corecom n. 44/2017**

**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 M. C. Palmieri del 1 febbraio 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 Wind, in relazione all’utenza mobile n. XXXXX1764, l’indebita fatturazione di somme per traffico extra soglia.

Nell’istanza di definizione e negli scritti difensivi, l’utente ha lamentato quanto segue.

i. Aveva aderito all’offerta ALL INCLUSIVE Smart 400, successivamente integrata con l’opzione “ESTERO” che prevedeva, al costo di 10 € alla settimana, la possibilità di ricevere o inoltrare chiamate per una durata di 150 minuti, di inviare 150 sms e 250 MB per il servizio internet.

ii. Aveva raggiunto sistematicamente per tutto il periodo contrattuale una soglia di consumo pari al plafond contrattualizzato e, nonostante ciò, non era stata mai informata in merito al raggiungimento della soglia, al traffico disponibile e del passaggio ad eventuale altra tariffazione al superamento di tale plafond.

iii. A seguito del ricevimento della raccomandata a/r del 5.5.2015 di richiesta di storno della somma di € 3.0000,00 per traffico oltre soglia, il gestore dapprima accoglieva le richieste dell'istante e poi riferiva di aver accolto per mero errore la richiesta, che viceversa doveva considerarsi rigettata.

iv. All'udienza di conciliazione presso il Corecom il gestore non forniva alcuna motivazione in merito al successivo rigetto, ma si limitava a riferire di non avere riscontrato alcuna anomalia in merito al traffico effettuato.

Alla luce di tali premesse, l'utente chiedeva:

- a. la restituzione dell'importo di € 3.000,00;
- b. l'indennizzo pari ad € 1.500,00;
- c. le spese di procedura per un importo pari ad € 500,00.

## **2. La posizione dell'operatore.**

Wind, nel rispetto dei termini procedurali, ha prodotto una memoria difensiva, con documentazione allegata nella quale ha richiesto il rigetto delle domande precisando quanto segue.

- i. In data 29.4.2013 veniva attivato il contratto mobile post pagato sulla sim XXXXX1764 e il servizio veniva correttamente erogato.
- ii. In data 29.3.2014 (ore 13.26) informava l'utente che stava per raggiungere l'80% del traffico incluso nell'opzione; il 3.4.2014 gli comunicava che aveva raggiunto l'80% e che al raggiungimento del 100%, della predetta soglia di spesa avrebbe bloccato il traffico; il 4.4.2014 l'utente raggiungeva la soglia di spesa stabilita in 50 €, il gestore bloccava il traffico roaming e l'istante con specifico sms richiedeva lo sblocco del traffico.
- iii. Rispettivamente il 3.5.2014 (ore 1.26), il 5.7.2014 (ore 19.20), il 4.8.2014 (ore 18.01) informava l'utente dell'avvenuto raggiungimento della soglia dell'80% del traffico incluso nell'opzione e che avrebbe bloccato il traffico comunicandogli il successivo blocco. In tutti e tre i casi, l'utente raggiungeva la soglia massima di spesa e lo stesso, a seguito del blocco del traffico roaming, provvedeva ad inviare un sms di richiesta di sblocco del traffico.
- iv. Quindi l'utente, debitamente informato in merito all'avanzamento della soglia di traffico roaming effettuata, continuava a generare traffico oltre soglia, generando i conti telefonici n. 7910019063 emesso il 12.6.2014 dell'importo di € 14671, n. 7913615589 e 7917165215 del 12.8.2014, tutti regolarmente pagati.
- v. Solo in data 7.5.2015 il cliente, tramite il suo legale, contestava i conti telefonici emessi e il gestore, a seguito di verifiche, confermava l'esattezza degli stessi.
- vi. La condotta tenuta era conforme alla delibera n. 326/10/CONS, per ogni cliente infatti è previsto un tetto massimo di spesa di 50 € al mese, al raggiungimento dell'80% di tale importo l'utente riceve un primo sms informativo e, raggiunta la soglia, viene bloccato il traffico con invio di un sms informativo. Per essere nuovamente abilitato il cliente deve quindi chiamare un numero

- gratuito ed acconsentire al superamento del limite di spesa o rispondere all'sms di blocco con testo "ESTERI SI";
- vii. Conformemente alle disposizioni del D.Lgs. 196/2003, gli operatori telefonici, in presenza di una contestazione, possono conservare il traffico relativo all'ultimo semestre e, pertanto, dovendo consentire agli stessi il pieno esercizio del diritto di difesa, le uniche fatture che possono essere prese in considerazione quelle relative agli ultimi sei mesi dalla data di presentazione del reclamo.
- viii. Tenendo conto che il reclamo dell'utente sulla fattura 7910019063, emessa in data 12.6.2014, è del 7.5.2015, la stessa non poteva essere oggetto di verifica.
- Precisava infine che il cliente ha un insoluto di € 724,11.

### **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 proponibile.

In via preliminare si rileva l'indeterminatezza della domanda poiché il fatto oggetto di doglianza è del tutto lacunoso e generico e riguarda l'intera durata di vigenza del contratto (dal 2013 al 2015). L'utente non ha infatti dedotto il periodo degli addebiti contestati, limitandosi ad allegare fatture per un periodo molto ampio incluse quelle prive di tali addebiti; né ha dettagliato gli importi contestati tali da renderne agevole l'imputazione alle fatture. Del tutto generica è la domanda di restituzione di una somma complessiva e forfettaria, non riferita quindi a singole voci di costo non giustificate.

Tuttavia supplisce alla indeterminatezza dell'istanza, la ricostruzione del gestore dei fatti occorsi che, nella propria memoria, circoscrive l'avvenuto superamento della soglia in determinati periodi e, pertanto, in un'ottica di favor utentis e in funzione delle puntuali deduzioni di controparte, la domanda è esaminabile.

#### **3.1 Sul rimborso della somme fatturate**

L'istante contesta l'indebita fatturazione nel periodo da aprile 2013 ad agosto 2015 di somme per traffico extra soglia senza aver ricevuto dal gestore un alert di spesa, con contestuale richiesta di riaccredito.

La richiesta può essere parzialmente accolta.

In base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, si richiama il principio più volte affermato nella consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass. SS.UU. n. 13533 del 30 ottobre 2001, Cass. 9 febbraio 2004 n. 2387, 26 gennaio 2007 n. 1743, 19 aprile 2007 n. 9351, 11 novembre 2008 n. 26953, e da ultimo, 3 luglio 2009 n. 15677 e da ultimo Cass. Il 20 gennaio 2010 n. 936), secondo il quale il creditore che agisce per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte; sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto un inesatto adempimento dell'obbligazione, al creditore istante sarà

sufficiente allegare tale inesattezza, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento o che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile ex art. 1218 cod. civ, ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta Servizi.

Rileva, nel caso in esame, la delibera 126/07/CONS, e nello specifico per il traffico dati, la delibera n.326/10/CONS, contenente misure volte a garantire maggiore trasparenza nelle condizioni di offerta dei servizi dati in mobilità e mezzi più efficaci per il controllo della spesa, predisponendo l'introduzione di sistemi di allerta e tetti mensili di spesa.

In particolare, l'art. 2, comma 1 e 2, stabiliscono: "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. La connessione dati è riattivata nel più breve tempo possibile dopo che l'utente ha fornito, mediante una modalità semplice, il proprio consenso espresso, che non può, quindi, essere tacito o presunto".

Nella fattispecie odierna rileva anche il comma 6 del medesimo art. 2 della Del. cit., che stabilisce che "Gli operatori mobili offrono gratuitamente anche agli utenti con piani tariffari a consumo, diversi da quelli di cui al comma 1, la possibilità di predefinire una soglia massima di consumo mensile per traffico dati scelta dall'utente tra le diverse opzioni proposte dall'operatore. A tutti gli utenti che, entro il 31 dicembre 2010, non abbiano provveduto a scegliere tale soglia o a dichiarare di non volersene avvalere, si applica automaticamente, a decorrere dal 1 gennaio 2011, il limite massimo di consumo per traffico dati nazionale pari a 50 euro per mese per utenze private e pari a 150 Euro per utenze affari oltre ad un limite di 50 euro per il traffico dati nei Paesi esteri diversi da quelli dell'Unione europea, fatto salvo il limite di 50 euro previsto dal regolamento europeo per il traffico dati in roaming nei paesi dell'Unione europea. Per la cessazione del collegamento e le relative notifiche e consensi si applicano le medesime disposizioni di cui ai commi 2 e 3".

In relazione a tali cautele, l'utente, che pure ha dedotto di aver sottoscritto un'opzione per l'estero, tuttavia non ha assolto all'onere probatorio di provarne la sottoscrizione e soprattutto il periodo di vigenza, elementi necessari per verificare il rispetto da parte del gestore della capienza del plafond a disposizione e della resa obbligatoria dei relativi alert di spesa. Ciò detto, va anche evidenziato che in alcune fatture con traffico roaming, l'opzione "Europa & USA" risulta regolarmente applicata.

Quand'anche vi fossero periodi non coperti dall'opzione estero, tuttavia il gestore ha argomentato dell'applicazione regolare delle soglie di cui al comma 6 citato, fornendo prova degli alert forniti sull'utenza dell'istante.

Infatti, nelle risultanze informatiche del gestore risulta che l'utente raggiungeva la soglia massima di spesa rispettivamente il 4.4.2014, il 3.5.2014, il 6.7.2014 e il 7.8.2014 e, per tali episodi, risulta altresì che il gestore adottava i sistemi di allerta per il controllo della spesa, inviando apposite comunicazioni sul progressivo raggiungimento del plafond mensile e provvedendo, una volta raggiunta la soglia, a bloccare il collegamento dati. Tuttavia, nonostante la difesa svolta di aver sbloccato l'utenza a seguito del consenso espresso dall'utente alla navigazione extrasoglia, l'operatore non fornisce evidenza probatoria di aver ricevuto dall'utente l'autorizzazione espressa in tal senso.

Pertanto deve ravvisarsi la responsabilità del gestore per aver fatturato consumi oltre soglia senza aver acquisito il consenso espresso dell'utente, consumi dei quali va disposto il rimborso.

Tuttavia, nonostante il parziale assolvimento dell'onere della prova esimente da parte del gestore, non è possibile accogliere integralmente la domanda, in quanto i periodi di fatturazione che possono essere oggetto di disamina in questa sede, sono limitati da quanto prescritto in tema di obbligo di conservazione e detenzione dei dati personali da parte del responsabile del trattamento (nel caso di specie l'operatore) dal D. Lgs. n.196/2003.

In tal senso è accoglibile l'eccezione di Wind relativa all'impossibilità di esibire i dati di traffico telefonico oltre il semestre antecedente la contestazione della singola fattura. Al riguardo, l'art. 123, comma 1 del Decreto citato prevede che "I dati relativi al traffico riguardanti abbonati ed utenti trattati dal fornitore di una rete pubblica di comunicazione sono cancellati o resi anonimi quando non sono più necessari ai fini della trasmissione della comunicazione elettronica, fatte salve le disposizioni dei commi 2,3 e 5". Il comma 2 dispone inoltre che "Il trattamento dei dati relativi al traffico strettamente necessari ai fini di fatturazione per l'abbonato, ovvero di pagamenti in caso di interconnessione, è consentito al fornitore, a fini di documentazione in caso di contestazione della fattura o per la pretesa del pagamento per un periodo non superiore a sei mesi, salva l'ulteriore specifica conservazione necessaria per effetto di una contestazione anche in sede giudiziale".

Dalla lettura del citato articolo ne consegue che gli operatori telefonici, in presenza di una contestazione scritta, possono conservare il traffico relativo all'ultimo semestre e, pertanto, dovendo consentire agli stessi il pieno diritto di difesa, le uniche fatture che possono essere prese in considerazione sono quelle relative agli ultimi sei mesi dalla data in cui è stato presentato il reclamo (del 5.5.2015).

Pertanto risultano esaminabili sotto il profilo degli addebiti di traffico extra soglia, unicamente le fatture nn. 7920701890 del 13.12.2014, 7402564258 del 11.2.2015, 7406098693 del 11.4.2015, nonché la fattura successiva al reclamo/disdetta, n. 7416510259 del 12.10.2015.

Nello specifico l'operatore è tenuto a stornare le seguenti somme:

-1) dalla fattura n. 7920701890 gli importi relativi alle voci "Traffico voce nazionale" e "Traffico verso l'estero", per un totale di € 32,10;

2) dalla fattura n. 7402564258 gli importi relativi alle voci "Traffico verso l'estero", "Traffico roaming dati", "Traffico roaming voce", "Traffico roaming sms", a cui vanno detratti gli sconti All Inclusive Europe\$USA, per un totale di € 33,73;

3) dalla fattura n. 7406098693 l'importo di € 7,32 relativo alla voce "Traffico voce nazionale".

4) nella fattura n. 7416510259 del 12.10.2015, non compaiono addebiti extra soglia.

Quindi per un totale da rimborsare di € 73,00 oltre IVA.

La richiesta di indennizzo in conseguenza del traffico extrasoglia non preavvisato, non può essere accolta, in quanto non previsto nelle fattispecie contemplate dalla Delibera 73/11/CONS, trattandosi di errata/indebita fatturazione che trova il suo soddisfacimento attraverso la restituzione degli importi erroneamente/indebitamente addebitati in fattura o mediante lo storno degli stessi qualora non siano stati corrisposti dall'utente.

#### **4. Sulle spese di procedura.**

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, appare equo liquidare in favore della parte istante, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento adottato con Delibera n.173/07/CONS, del 19 aprile 2007, l'importo di € 50,00 da porsi a carico di Wind, tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti, delle difese svolte e del modico valore della controversia.

Per tutto quanto sopra esposto,

### **IL DIRIGENTE**

VISTO l'art.19 comma 7 della delibera Agcom 173/07/CONS che attribuisce al dirigente della struttura amministrativa del Corecom 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. Accoglie parzialmente l'istanza della sig.ra M. C. Palmieri nei confronti di Wind Telecomunicazioni XXX
2. La Wind telecomunicazioni XXX è tenuta a stornare parzialmente le fatture nn. 7920701890, 7402564258 e 7406098693 nei termini e nella misura di cui in motivazione.
3. La Wind telecomunicazioni XXX è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di € 50,00 (cinquanta/00) per le spese di procedura, il seguente importo:  
- € 73,00 (settantatre/00), oltre IVA, a titolo di ripetizione di quanto indebitamente pagato, oltre gli interessi legali a decorrere dalla data dei pagamenti;
4. La Wind Telecomunicazioni 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.
5. 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.

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

7. 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](http://www.agcom.it)).

Roma, 17/05/2017

Il Dirigente  
Aurelio Lo Fazio  
Fto