

**DELIBERA N. 38/2019**

**XXX / TIM SPA**

**(GU14/2129/2018)**

**Corecom Lombardia**

NELLA riunione del Corecom Lombardia del 22 maggio 2019;

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 modificato 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. 296/18/CONS;

VISTA la l.r. 28 ottobre 2003, n. 20, Istituzione del Comitato regionale per le comunicazioni, in particolare l’art. 10; RICHIAMATO 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 21 novembre 2017; VISTO il testo della Convenzione per l’esercizio delle funzioni delegate tra l’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e il Co.Re.Com. Lombardia, sottoscritta in data 29 dicembre 2017; VISTA la delibera del CORECOM Lombardia 7 novembre 2013, n. 63 (Regolamento interno);

VISTA l’istanza di XXX del 27/07/2018 acquisita con protocollo n. 0064652 del 27/07/2018;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

### **1. La posizione dell'istante**

Nell'istanza presentata 27 luglio 2018 XXX esponeva quanto segue: "Con fattura n. XXX TIM fatturava un importo abnorme di Euro 34.730,82 per asserito traffico effettuato dall'estero (XXX). Durante il soggiorno professionale in XXX dell'XXX, TIM non aveva mai avvisato l'utenza che vi era un utilizzo anomalo del roaming dati e che ciò avrebbe portato ad un incremento tanto spropositato del costo del servizio. A seguito di numerosi reclami promossi dall'istante stesso, in ultimo in data 25.05.2017, TIM, con comunicazione del 08.11.2017, confermava la regolarità dell'importo fatturato, rifiutandosi di stornare la fattura o quantomeno ridurne l'importo. Pertanto, XXX decideva di esperire il tentativo di conciliazione davanti al Corecom Lombardia, ma l'incontro del 28.05.2018 si concludeva negativamente. L'utente contesta l'importo e la mancata tempestiva informativa da parte di TIM". Sulla base di quanto esposto XXX chiede: in via principale, lo storno dell'intera fattura n. XXX; in via sussidiaria: lo storno degli importi indicati alla voce "Roaming dati extra UE" nella fattura n. XXX, o la riduzione in maniera considerevole dell'abnorme importo richiesto.

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

L'operatore, con memoria ritualmente depositata, dichiarava quanto segue: "Preliminarmente occorre precisare che, quanto alla telefonia mobile – a differenza di quanto accade nella telefonia fissa per il servizio ADSL – la possibilità di navigare in internet non è subordinata ad alcuna attivazione sulla linea dell'utente, ma è in funzione delle potenzialità dell'apparato in dotazione dell'utilizzatore, senza necessità di ulteriori interventi da parte del gestore telefonico prescelto". In sostanza, ciascuno smart-phone è "automaticamente abilitato ad effettuare traffico dati in modalità GPRS, EDGE, UMTS e WIFI ...", come peraltro noto a tutti gli "internauti mobili" (che si dotano di smart-phone proprio a questo scopo) e come indicato nelle condizioni generali di abbonamento multibusiness consegnate all'utente in allegato al contratto telefonico. Si tratta, insomma, di apparati telefonici che, oltre a garantire i servizi di fonia (chiamate, SMS ed MMS) consentono la navigazione in internet, anche all'estero in modalità roaming. Al fine di disabilitare tale funzione di navigazione è necessario che l'utilizzatore dello smartphone (e non di certo il gestore telefonico) intervenga sulle impostazioni di configurazione escludendo (o autolimitando) una o più funzioni specifiche in relazione alla navigazione che si desidera effettuare tanto sul territorio nazionale quanto all'estero. Ebbene, nel caso che ci occupa Tim ha provveduto correttamente a fatturare alla società istante (oltre agli importi non oggetto di contestazioni quali canoni, telefonate, etc) le connessioni dati in roaming, Extra UE. Infatti, nel mese di febbraio 2017 e più precisamente in data 1.2.2017 la linea XXX, a seguito ricezione da parte del gestore dell'sms di blocco, per aver raggiunto la soglia di € 200,00 di traffico dati roaming a consumo, ha inviato al 40915 sms di sblocco, autorizzando, pertanto, la possibilità di continuare ad effettuare traffico dati roaming a consumo. Il nucleo antifrode (NAF), intercettata la linea per altro traffico dati roaming

[era stato effettuato circa 1GB in zona 3 (XXX)], contattava in data 6.2.2017 il cliente per avvisarlo del traffico svolto e procedeva, in via cautelativa, a bloccare la linea che non risultava essere coperta del tutto da offerta per traffico roaming. In data 9.2.2017, al rientro in Italia, l'istante chiedeva la riattivazione, perfezionatasi in data 14.2.2017. In sostanza il cliente aveva attivo il servizio ROAMING ALL INCLUSIVE RESTO DEL MONDO che però copre solo 50 MB. L'opzione Roaming Tutto Incluso Daily Resto del Mondo è valida per le chiamate originate/ricevute e per il traffico dati nei paesi EXTRA UE, ad esclusione dei 33 paesi della Top Destination; A fronte di un gettone giornaliero di 29€ prevede di: · un bundle di 50 minuti di chiamate originate, · un bundle di 50 minuti di chiamate ricevute, · un bundle di 50 SMS, · un bundle di 50 MB Non ce ne voglia il nostro contraddittore ma la somma contabilizzata da Tim costituisce la mole di traffico generata volontariamente dal cliente, il quale, allertato con appositi sms di aver raggiunto la soglia di spesa (di Euro 200,00, ndr), autorizzava a propria volta e tramite sms la prosecuzione della navigazione. (cfr. al riguardo Delibera Abruzzo n.11/18 del 13 febbraio 2018) La procedura di blocco/sblocco navigazione internet da telefonia mobile è contemplata nella delibera Agcom 326/2010, la quale ha imposto agli operatori di telefonia mobile l'adozione di sistemi di allerta efficaci, consistenti nella notifica di un messaggio di allerta al terminale di telefonia mobile o altra apparecchiatura indicata a scelta dal cliente, tra le quali "almeno un SMS o un messaggio di posta elettronica nonché una finestra di "pop-up" sul computer, atti ad informare l'utente del raggiungimento della soglia di consumo per traffico dati roaming. Da quanto esposto emerge che Tim, contrariamente a quanto vorrebbe far credere l'avversario, non solo si è attenuta scrupolosamente alla normativa di settore, ma si è comportata nell'esecuzione del contratto con diligenza e buona fede riconoscendo, stante lo scambio dei messaggi di blocco/sblocco come imposti dalla normativa succitata, la correttezza degli addebiti che, seppur "importanti", erano riconducibili ad un traffico roaming dati "sano", vale a dire generato volontariamente dal cliente e non riconducibile a qualche anomalia del sistema o abusivo/illegittimo utilizzo della linea da parte di terze persone. Gli importi addebitati in bolletta corrispondono in maniera inequivoca a connessioni regolarmente registrate dall'organo centrale di conteggio e sul quale, per consolidata giurisprudenza (cfr. ex multis, Cass. civ. 2.12.2002, n.17041; Cass. civ.3.7.2008, n.18231) vige la presunzione di conformità e buon funzionamento, restando in capo al contestatore la dimostrazione del malfunzionamento del sistema e dello stesso contatore. Più precisamente l'utente, e la giurisprudenza è pacifica sul punto, "è ammesso a provare che non gli sono addebitabili gli scatti risultanti dalla corretta lettura del contatore funzionante, ma dovrà allegare circostanze che univocamente autorizzino a presumere che sia avvenuta una utilizzazione esterna della linea nel periodo al quale gli addebiti si riferiscono. A tale scopo non è sufficiente dimostrare che il traffico telefonico appaia di entità straordinaria rispetto ai livelli normali, né che sia diretto verso destinazioni inusuali, ma è necessario anche che possa escludersi che soggetti diversi dal titolare dell'utenza, ma in grado di accedere ad essa, ne abbiano fatto uso per ragioni ricollegabili ad un difetto di vigilanza da parte dell'intestatario, ovvero alla mancata adozione di possibili cautele da parte del medesimo". (Cass. civ., Sez. III, 28/01/2003, n.1236). Certo è che dei fatti lamentati

dall'istante e di cui non è stato fornito un benché minimo riscontro probatorio, non può rispondere in alcun modo l'odierno gestore, il quale ha correttamente adempiuto alla propria obbligazione, fornendo XXX il servizio telefonico ed ha fatturato i relativi costi conformemente a quanto registrato dall'elaboratore centrale di conteggio. Si precisa che parte istante ha maturato un insoluto di euro 42.066,43, portato oltre che dalla fattura contestata per traffico dati roaming, anche da altre successive fatture".

### **3. Motivazione della decisione**

Si ritiene che la richiesta di storno della fattura n. XXX formulata XXX possa essere accolta limitatamente all'importo, nella stessa esposto, relativo a traffico dati in roaming extra UE per le ragioni che seguono. L'oggetto della presente controversia può essere a pieno titolo inquadrato nel fenomeno del c.d. bill-shock, ossia della fatturazione abnorme rispetto ai normali consumi dell'utente, derivante in questo caso da traffico in roaming internazionale. Intervenuta in più occasioni in questa materia, che dal 2010 trova una puntuale e rigorosa disciplina nella Delibera 326/10/CONS, Agcom ha innanzi tutto ribadito la centralità dei doveri di corretta e completa informativa dell'utente incombenti sui gestori ai sensi dell'art. 4 Del. A.G.Com. 179/03/CSP, nonché i principi generali stabiliti dagli artt. 1175, 1375 e 1176, comma 2, c.c., in materia di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto e in materia di diligenza nell'adempimento delle obbligazioni, così come interpretati dalla Corte di Cassazione. In particolare, Agcom, richiamato quanto enunciato dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. 5240/2004; Cass. 14605/2004; Cass. 18947/2005) in materia di buona fede nell'esecuzione del contratto (quale "generale obbligo di solidarietà ... che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*, trovando tale impegno solidaristico il suo limite precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico"), ha stabilito che l'operatore professionale, nell'esecuzione della prestazione avente ad oggetto la fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche, ogni qualvolta si trovi a rilevare un addebito di somme al cliente particolarmente esorbitante tale, cioè, da risultare incompatibile con ogni canone di tipicità sociale ed incompatibile finanche con le soglie di spesa proprie dell'utenza per esso più profittevole, quale quella business, è chiamato a tenere un comportamento leale e deve considerarsi, quindi, tenuto ad adottare tutte le misure precauzionali necessarie per la salvaguardia dell'interesse non solo proprio (nel caso di utilizzo del servizio per fini fraudolenti), ma anche della controparte, nei limiti in cui esse non comportino un apprezzabile sacrificio a proprio carico. Tali principi sono di fatto trasfusi nella regolamentazione fornita dalla citata delibera 326/10/CONS che ha introdotto specifiche misure volte a garantire, oltre a una maggiore trasparenza nelle condizioni di offerta dei servizi dati in mobilità, mezzi più efficaci per il controllo della spesa. In particolare, in forza dell'art. 2 Del. A.G.Com. 326/10/CONS, gli operatori mobili sono tenuti, con riferimento a piani tariffari che

prevedono un plafond di traffico dati tariffario a forfait (di tempo o di volume), a rendere disponibili gratuitamente sistemi di allerta efficaci che, al raggiungimento di una determinata soglia di consumo informino l'utente su: a) raggiungimento della soglia; b) traffico residuo disponibile; c) prossimo passaggio ad eventuale altra tariffa e del relativo prezzo al superamento del plafond. A tutti gli utenti che, entro il 31 dicembre 2010, non avessero provveduto a scegliere tale soglia o a dichiarare di non volersene avvalere, si sarebbe applicato 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 ad euro 150 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. Ciò all'evidente fine di tutelare gli utenti di servizi di comunicazione mobile e personale dai fenomeni di c.d. bill-shock, derivanti dall'inconsapevole utilizzo degli apparati in roaming internazionale, ossia a tariffazioni decisamente maggiorate rispetto a quelle previste dal contratto per il traffico nazionale. Lo stesso articolo art. 2 della citata delibera 326/10/CONS prevede che "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) (...) 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". Nel caso in esame, TIM, che certamente ha rilevato la difformità del traffico dati rispetto al traffico medio prodotto dalla stessa utenza nei periodi precedenti, dichiara di aver inviato all'istante un sms di allerta all'esaurimento della soglia di traffico indicata dall'utente. Tuttavia TIM, sulla quale incombe l'onere probatorio secondo i principi generali stabiliti dall'art. 1218 c.c., non risulta avere fornito idonea prova circa il corretto e completo adempimento degli obblighi imposti dalla normativa in vigore. In particolare, non vale a sollevare l'operatore da responsabilità l'asserito invio di un messaggio di sblocco da parte dell'utente. Invero tale circostanza nulla prova in merito alla corretta informativa da parte dell'operatore: "non vi è prova del rispetto dei sistemi di allerta, mancando gli screenshot dei testi dei messaggi inviati al cliente, che avrebbero dovuto soddisfare i requisiti di cui al citato articolo 2, quali il raggiungimento della soglia, il traffico residuo disponibile, il passaggio ad eventuale altra tariffa, ed il relativo prezzo; non risulta l'invio del messaggio relativo al raggiungimento dell'80% del limite di spesa del traffico dati in roaming internazionale, laddove il gestore è tenuto ad avvertire l'utente in prossimità della soglia del traffico, non al suo esaurirsi; infine, considerata l'opzione tariffaria per il traffico dati estero, l'operatore avrebbe dovuto precisare all'utente se il raggiungimento e/o l'esaurirsi del limite di spesa riguardasse il limite previsto dall'opzione tariffaria attivata, o il limite di spesa predeterminato dalla Delibera 326/10/CONS, mettendo in condizione l'utente di comprendere la diversa portata delle due soglie e le conseguenze economiche derivanti dal superamento dei limiti previsti dall'una e dall'altra" (così ha ben sintetizzato Corecom Lazio con la decisione DL/049/18/CRL, che vertendo su un caso del tutto

analogo a quello qui in esame può essere utilmente richiamata a motivazione della presente decisione). Dunque, non è provata la corretta e completa informativa che avrebbe dovuto caratterizzare la comunicazione di TIM onde rendere l'utente pienamente consapevole circa i volumi di traffico prodotti nonché circa i costi che avrebbero caratterizzato le connessioni con tariffa a consumo. E' inoltre principio ormai pacificamente accolto nella giurisprudenza delle Corti nonché nelle decisioni dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (e dei Corecom delegati) quello secondo cui in caso di contestazione, nelle forme previste dal contratto, di traffico anomalo, l'operatore deve fornire la prova della debenza delle somme fatturate per tale traffico, pena il diritto per l'utente allo storno delle fatture e/o al rimborso degli importi eventualmente versati. Secondo un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, infatti, la fattura è soltanto un atto unilaterale di natura contabile diretto a comunicare all'utente le prestazioni già eseguite secondo la conoscenza ed il convincimento dell'operatore telefonico; resta dunque rettificabile in caso di divergenza con i dati reali. Compete all'operatore l'onere di provare l'esattezza dei dati posti a base della fattura nel caso di contestazione del suo ammontare da parte dell'utente (Cass., sent. n. 10313/2004), altrimenti l'utente ha diritto allo storno della fattura stessa e/o al rimborso degli importi eventualmente versati (Agcom Delibera 14/10/CIR). Neppure le risultanze del contatore centrale costituiscono piena prova se contestate dall'utente e il disconoscimento dei dati registrati determina lo scadimento della prova legale a presunzione semplice e la necessità, ai fini probatori, di ulteriori elementi (Cass., sent. n. 5232/2004). Come è noto, gli obblighi del gestore non si riducono alla sola fornitura del servizio telefonico ma consistono anche nel garantire la sicurezza della linea da possibili intrusioni da parte di terzi. Agcom ha più volte ribadito il proprio orientamento in merito, affermando che "è compito del gestore della rete assicurare tutte le misure necessarie, compatibili con l'evoluzione tecnica, atte a tutelare gli utenti da possibili furti di traffico, nonché assicurare un efficace controllo del collegamento in centrale dell'utenza" (Delibera Agcom n. 10/03 CIR). In conformità a tale principio, è stato stabilito che: "Qualora l'utente contesti le fatture emesse dall'operatore, non riconosca il traffico addebitato e sostenga che la linea sia stata fatta oggetto di intromissioni da parte di terzi, incombe sull'operatore l'onere di provare la correttezza degli importi fatturati e l'effettuazione di controlli sulla linea che escludano intromissioni di terzi sulla linea e garantiscano il corretto funzionamento del contatore. In mancanza di tali prove, l'utente avrà diritto alla regolarizzazione della propria posizione contabile-amministrativa" (Corecom Calabria Del. 7/11). E, ancora, successivamente, Agcom ha stabilito che l'operatore, nella gestione della contestazione del traffico da parte dell'utente, "deve fornire ogni adeguata spiegazione sulle somme fatturate nonché documentare le proprie affermazioni; in caso contrario, rimane fermo il diritto dell'utente al rimborso/storno. L'operatore, tuttavia può – perlomeno parzialmente – escludere la propria responsabilità dimostrando di aver adottato tutte le misure necessarie al controllo del traffico, sia sotto il profilo della protezione della rete che sotto quello, contrattuale e normativo, di avviso all'utente per traffico anomalo o di attivazione dei servizi di blocco. Ne consegue che, in assenza, il rischio di traffico anomalo e di furto di traffico rimangono a carico dell'operatore" (Del. 29/12/CIR). Nel caso in esame, a fronte dell'asserita produzione

di traffico dati over bundle e del tutto anomalo rispetto a quello usualmente prodotto dalla numerazione in uso XXX, non risulta depositata in atti alcuna allegazione da parte di TIM, sebbene a ciò onerata come già sopra precisato, idonea a dimostrare la correttezza della fatturazione e l'adozione di tutte le misure idonee alla protezione della rete volte a scongiurare frodi e a evitare furti di traffico. Per tutto quanto sopra esposto, considerato che la condotta di TIM S.p.a. non è stata conforme alle disposizioni previste dalla citata delibera n. 326/10/CONS in tema di sistemi di allerta e limiti di spesa per il traffico dati sulle reti di telefonia mobile, né alle citate disposizioni del codice civile, considerato altresì che l'utente aveva attivato un'opzione tariffaria per potere utilizzare il servizio dati all'estero senza costi eccessivi, si ritiene equo disporre lo storno degli importi addebitati nella fattura contestata n. XXX relativamente al traffico dati in roaming extra UE, al netto della soglia di € 200,00 indicata dall'utente ai sensi del citato art. 2, comma 6, Delibera 326/10/CONS. Si rigetta invece la richiesta di storno degli importi addebitati per canoni e abbonamenti sulla fattura n. XXX, in quanto non oggetto di specifica contestazione; si rigetta altresì la richiesta di storno degli importi relativi a traffico voce e sms: invero, nonostante i reclami presentati a TIM dall'utente avessero genericamente a oggetto l'intera fattura, la specifica e dettagliata segnalazione ha sempre riguardato il traffico dati generato durante la permanenza all'estero XXX. Del resto il traffico voce/sms non è stato puntualmente contestato, nonostante il dettaglio delle chiamate e degli sms contenuto nella citata fattura consentisse una precisa verifica della loro correttezza o inesattezza.

### **DELIBERA**

1. In accoglimento dell'istanza presentata dal sig. XXX, la società TIM è tenuta a:
  - i. stornare l'importo insoluto portato dalla fattura n. XXX relativo a traffico dati in roaming extra UE, eccedente la soglia di €200,00 indicata dall'utente ai sensi dell'art. 2, comma 6, Delibera 326/10/CONS;
  - ii. corrispondere in favore dell'utente l'importo di € 50,00 a titolo di rimborso delle spese per la procedura conciliativa. Si rigetta ogni altra richiesta formulata dall'utente.
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.

Milano, 22 maggio 2019

IL PRESIDENTE