

DELIBERA N. 46/2019

**XXX/TIM SPA
(GU14/42242/2018)**

Corecom Lombardia

NELLA riunione del Corecom Lombardia del 5 giugno 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 08/11/2018 acquisita con protocollo n. 0185282 del 08/11/2018;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

Nell'istanza presentata in data 8 novembre 2018 e nell'allegata documentazione, l'utente lamenta l'addebito per traffico in roaming internazionale presente sulla fattura n. XXX. Tale traffico, che l'utente in toto contesta (e reputa "avvenuto per cause sconosciute"), sarebbe stato generato nel periodo compreso tra il 21 e il 24 novembre 2016 dall'utenza n. XXX. L'utente riferisce che TIM, con comunicazione datata 11 aprile 2017 (allegata all'istanza di conciliazione) avrebbe riconosciuto la fondatezza dei reclami inoltrati a contestazione del succitato addebito e si sarebbe resa disponibile allo storno degli importi contestati. Ciononostante l'operatore non avrebbe dato seguito a tale impegno. Alla luce di tali affermazioni, l'utente chiede lo storno dell'importo addebitato a titolo di traffico in roaming internazionale sulla fattura n. XXX, contestata e non pagata, e degli interessi di mora addebitati sulle fatture successive.

2. La posizione dell'operatore

Nella memoria ritualmente depositata, TIM riporta quanto segue: "Parte istante contesta in maniera apodittica, senza minimamente assolvere all'onere probatorio che indiscutibilmente gli incombe, gli addebiti relativi a traffico dati roaming su rete estera esposti nella fattura di cui al conto telefonico 1/2017 e generati dalla linea n. XXX, di cui disconosce la paternità e di cui chiede lo storno. 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 Telecom ha provveduto correttamente a fatturare alla società istante (oltre agli importi non oggetto di contestazioni quali canoni, telefonate, etc) le connessioni dati in roaming, anche Extra UE. Infatti, nel mese di novembre 2016 la linea XXX stava generando un traffico dati roaming in zona UE ed Extra UE vicino alla soglia di legge, pertanto Tim in data 13.11.2016 alle ore 18,25 inviava all'utilizzatore della linea un sms dal seguente tenore: "Gentile Cliente, la informiamo che è vicino alla soglia massima di spesa dati all'estero. Per non essere bloccato invii sms 'dati estero on' al 40915".

Ebbene, nella stessa giornata del 13.11.2016 il cliente provvedeva ad inviare, alle ore 18,50, al n. 40916 il messaggio di sblocco “dati estero on”, autorizzando quindi la continuazione della navigazione, cui faceva seguito l'invio da parte di Tim di un successivo messaggio delle ore 18,51 con cui confermava la possibilità di poter proseguire con lo sviluppo di traffico dati in ambito roaming : “Gentile Cliente, Tim informa che a seguito del suo SMS di autorizzazione potrà continuare a fare traffico dati in roaming secondo le tariffe A CONSUMO previste dal suo profilo in base al paese visitato. Info al 191”. La somma in tal modo contabilizzata da Telecom 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 ed evidenziato documentalmente, emerge che Tim 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/illecito 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 alla società attrice il servizio telefonico senza soluzione di continuità 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 12.127,67, portato sia dalla fattura incriminata, sia dalle fatture successive cui risultano addebitati gli interessi di mora, che, al pari del traffico dati, sono dovuti". Tutto ciò premesso, Tim chiede il rigetto delle domande formulate dalla società XXX.

3. Motivazione della decisione

Preliminarmente si osserva che, in linea generale, l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 Regolamento. Nel merito le richieste dell'utente possono essere accolte per le motivazioni che seguono. L'oggetto della presente controversia è riconducibile alla tematica della fatturazione abnorme (bill-shock) per traffico dati in roaming internazionale, rispetto alla quale si è in più occasioni pronunciata l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e sono intervenute numerose pronunce da parte dei Corecom delegati, e numerosi, altresì, sono stati gli interventi normativi, sia in ambito comunitario (cfr. il regolamento Ce n. 717/2007 del 27 giugno 2007 e il regolamento Ce n. 544/2009, del 18 giugno 2009), sia in ambito nazionale (cfr. la delibera n. 126/07/CONS e la delibera n. 326/10/CONS). In particolare, Agcom, con la delibera n. 326/10/CONS, ha inteso offrire massima tutela agli utenti rispetto al fenomeno del c.d. bill-shock, dettando disposizioni che impongono massima trasparenza nell'offerta dei servizi dati in mobilità, e che introducono mezzi più efficaci per il controllo della relativa spesa, prevedendo sistemi di allerta che informino l'utente del raggiungimento di una determinata soglia di consumo, di tetti mensili di spesa e dell'obbligo di blocco della connessione non appena esaurito il traffico disponibile. In particolare, l'art. 2 Del. A.G.Com. 326/10/CONS, stabilisce che 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. Tali disposizioni di fatto recepiscono e attuano tanto i doveri di corretta e completa informativa dell'utente incombenti sui gestori ai sensi dell'art. 4 Del. A.G.Com. 179/03/CSP, quanto, più in generale, i principi 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. Nel caso in esame, TIM ha allegato il prospetto del traffico generato dall’utenza n. XXX, da cui risulta evidente l’sms di sblocco che parte istante avrebbe inviato a seguito della ricezione degli alert di esaurimento soglia (circostanza, questa, non contestata dall’utente). Il report degli alert, sulla base di un elenco prodotto da TIM, evidenzia quanto segue: in data 12 novembre 2016, alle ore 16:59 sarebbe stato inviato sms di preavviso circa l'imminente raggiungimento della soglia prevista dall’offerta in Europa Senza Problemi Super (“Stai per terminare i Dati Roaming in Europa Senza Problemi Super. Hai a disposizione 74 MB sino a fine mese”); in data 13 novembre 2016, alle ore 17:12, sarebbe stato inviato sms di avviso circa l'esaurimento della soglia della predetta offerta (“Hai terminato Dati Roaming in Europa Senza Problemi Super. In assenza di altre offerte sino a fine mese navighi a consumo a 1.00 euro/MB”); in pari data, alle ore 18:25, Tim avrebbe inoltrato sms di preavviso circa l'imminente esaurimento della soglia massima dati estero, con l’invito a inoltrare sms di sblocco (“Per non essere bloccato invii sms dati estero ON”); infine, sempre in data 13 novembre 2016, alle 18:51, TIM avrebbe inviato il seguente sms: “TIM informa che a seguito del suo SMS di autorizzazione potrà continuare a fare traffico dati in roaming secondo le tariffe a CONSUMO previste dal suo profilo in base al paese visitato. Info al 191”. Ciò posto, va evidenziato che l’alert e l’sms del 13 novembre 2016, relativi rispettivamente al superamento della soglia massima traffico in roaming e al passaggio a tariffa a consumo, come prodotti da TIM, non garantiscono il rispetto del principio di trasparenza tariffaria come previsto dalla citata delibera 326/10/CONS, in quanto non indicano, in violazione di quanto prescritto dall’art. 2 del suddetto provvedimento, il prezzo della tariffa a consumo applicata al superamento del plafond, rimandando alle informazioni reperibili al 191. A ciò si aggiunga che risulta 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, TIM, a fronte dei reclami dell'utente, non ha dato prova della correttezza del traffico contestato, né ha prodotto il dettaglio dello stesso, non dando modo all'utente di effettuare un controllo puntuale di quando addebitato dall'operatore. Non solo. Dalla documentazione in atti prodotta da parte istante nel corso dell'intera procedura, risulta che TIM, con lettera datata 11 aprile 2017 (prot. XXX), aveva comunicato all'utente di volere accogliere la richiesta relativa all'addebito per traffico in roaming, dichiarando quanto segue: “Gentile cliente, con riferimento alla sua segnalazione del 20/03/2017, pratica n.ro XXX, relativa a disservizio traffico dati roaming linea XXX, le comunichiamo di avere effettuato le dovute verifiche e riscontrato la fondatezza di quanto da lei evidenziato. Scusandoci per quanto accaduto. La informiamo che potrà inoltrare richiesta di rimborso alla ricezione del prossimo bimestre in quanto al momento non sono visibili i dati relativi al periodo contestato”. Tale comunicazione, il cui invio peraltro non è contestato da parte resistente, con conseguente implicita acquiescenza e accettazione rispetto alle deduzioni e alle contestazioni formulate dal ricorrente in ordine alla fattispecie controversa, secondo il principio ordinamentale di cui all'art. 115, comma 1, del codice di procedura civile, risulta essere successiva a quella prodotta dall'operatore e di contenuto

esattamente contrario, datata 8 febbraio 2017. Ora, alla luce di quanto osservato sin qui, atteso che gli sms di TIM non risultano integrare la corretta e completa informativa che avrebbe dovuto rendere l'utente pienamente consapevole circa i costi che avrebbero caratterizzato le connessioni con tariffa a consumo, a fronte della mancata prova della correttezza degli addebiti e considerato, infine, il riconoscimento, da parte dell'operatore, della fondatezza delle contestazioni dell'utente, si ritiene fondata la richiesta di storno formulata dalla XXX limitatamente agli importi addebitati a titolo di traffico dati in roaming sulla fattura n. XXX (eccedenti la soglia di € 200,00 indicata dall'utente ai sensi dell'art. 2, comma 6, Delibera 326/10/CONS), e agli interessi di mora riferibili a tale importo - non dovuto - esposti sulle fatture successive.

DELIBERA

Articolo 1

1. In accoglimento dell'istanza presentata dalla XXX, TIM è tenuta a stornare gli importi addebitati a titolo di roaming internazionale sulla fattura n. XXX, eccedenti la soglia di €200,00 indicata dall'utente ai sensi dell'art. 2, comma 6, Delibera 326/10/CONS, nonché i relativi interessi di mora addebitati sulle fatture successive.

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, 5 giugno 2019

IL PRESIDENTE