

DELIBERA N. 116/20

**XXXXXX XXXXXX / TIM SPA (KENA MOBILE)
(GU14/80346/2019)**

Il Corecom Lombardia

NELLA riunione del Il Corecom Lombardia del 14/10/2020;

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 XXXXXX XXXXXX del 07/02/2019 acquisita con protocollo n. 0053346 del 07/02/2019;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

Nell'istanza presentata in data 7 febbraio 2019, il dott. XXXXXX contestava l'addebito di € 15.720,97, esposto nella fattura TIM n.XXXXXXX per traffico (voce, sms e dati) effettuato in roaming internazionale dall'utenza mobile n. XXXXXX. In particolare, la parte istante, per il tramite dei propri legali, rappresentava quanto segue: "In Data 19 novembre 2015 il Dr. XXXXXX XXXXXX sottoscriveva il contratto n. XXXXXXX con TIM S.p.A. per l'utenza telefonica XXXXXXX con piano tariffario Tim Professional Europa. L'importo standard forfetario da contratto corrisposto dal ricorrente bimestralmente si aggira intorno alla somma di Euro 120,00 per voce contributi/abbonamenti oltre ad un importo di circa Euro 80 per voce Prodotti, il tutto per complessive Euro 220 circa (Iva inclusa), somma che viene corrisposta dal dr. XXXXXX mediante addebito su C/C bancario su emissione di fattura bimestrale da parte di TIM S.p.A. Mai era avvenuta in questi anni una fatturazione bimestrale superiore a Euro 300,00. In data 11 agosto 2017 il Dr. XXXXXX si recava in Russia, a San Pietroburgo, per un periodo di vacanza. All'ingresso nel Paese sito al di fuori della Unione Europea, nessun SMS veniva inviato da TIM per informare l'utente che il Paese non era compreso fra quelli di cui al piano tariffario e che vi sarebbero stati costi aggiuntivi per telefonate, sms e navigazione internet, nonché il costo del servizio roaming. Soltanto il successivo 19 agosto 2017 riceveva un SMS da TIM che rilevava la sussistenza di traffico anomalo e conseguentemente bloccava l'utenza. Solo in data 13 febbraio 2018 – in assenza di fatturazione alcuna da parte di TIM né di invio della relativa documentazione fiscale in relazione al bimestre incriminato (6° bimestre 2017 – Agosto settembre) - il Dr. XXXXXXX riceveva un mero sollecito di pagamento da TIM per l'importo di Euro 19.414, 54 relativo alla fattura XXXXXX, del 16.10. 2017, mai ricevuta – come detto – in precedenza dal Dr. XXXXXX né tantomeno allegata al sollecito. Il Dr. XXXXXXX, del tutto incredulo e preoccupato, sollecitava dunque l'invio della fattura ed apprendeva solo in data 20.2.2018 che l'incredibile importo di Euro 19.414,54 era imputabile al roaming dati di cui al periodo trascorso in Russia sino al blocco dell'utenza (Dati Extra Ue 100KB) tariffa 4- Roaming dati n. XXX importo dovuto Euro 14.456,57, oltre IVA 22%) nonché utilizzo servizio traffico voce Extra UE per Euro 1.239,57. Il dr. XXXXXX contestava immediatamente a TIM la debenza dell'importo, chiedendo altresì di ricevere i tabulati telefonici/dettagli del traffico mai pervenuti al medesimo e provvedeva nel contempo al pagamento a favore di TIM della sola somma forfetaria di Euro 220,58 pari alla fatturazione bimestrale media che l'operatore sin dal 2015 aveva effettuato nei confronti dell'odierno ricorrente. Seguiva, in data 10 aprile 2018 diffida degli scriventi difensori. TIM S.p.A. non emetteva la richiesta nota di credito a storno della fattura XXXXXX del 13.10.2017 né tantomeno riscontrava i legali dell'odierno ricorrente, rimanendo colposamente inerte". La parte istante, per il tramite dei propri legali, sottolineava come l'operatore abbia disatteso la disciplina di cui alla delibera n. 326/10/CONS, non inviando alcun SMS all'immediato superamento della soglia tariffaria né tantomeno inviando al ricorrente la fattura di cui



si verte. Richiamava inoltre i principi generali in materia di correttezza e buona fede nella esecuzione del contratto di cui agli articoli 1175 e 1375 cod. civ. che impongono all'operatore di telefonia mobile, il quale è tenuto alla diligenza professionale richiesta dall'art. 1176, comma 2 cod. civ., di non pregiudicare gli interessi della controparte (ossia l'utente/consumatore). Evidenziava, altresì, l'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato (v. Cass. Civ., sez. III, 17 febbraio 2006), in base al quale "l'emissione della bolletta non costituisce un negozio di accertamento, idoneo a rendere certa ed incontestabile l'entità periodica della somministrazione, ma solo un atto unilaterale di natura contabile diretto a comunicare all'utente le prestazioni già eseguite secondo la conoscenza ed il convincimento dell'operatore telefonico", per cui "le risultanze del contatore centrale non costituiscono piena prova se contestate dall'utente ed il disconoscimento dei dati registrati determina lo scadimento della prova legale a presunzione semplice della rappresentazione e la necessità, ai fini probatori, di ulteriori elementi". Infine la parte istante ribadiva che TIM: non ha garantito/fornito alcun adeguato sistema di allerta sulla rete di telefonia mobile del dott. XXXXXX tale da evitare il fenomeno del cd bill shock, omettendo il blocco immediato del servizio nel momento in cui si evidenziava un traffico anomalo superiore alla soglia delle utenze affari (euro 150 mensile oltre 50 euro al mese per traffico dati in Paesi esteri); non ha fornito al Cliente alcuna documentazione a supporto/justificazione delle proprie pretese; non ha riscontrato le istanze legittime del cliente volte a ottenere la documentazione di dettaglio inerente il (presunto) traffico Dati ex adverso fatturato per una folle cifra superiore a Euro 16.000,00 oggetto di contestazione, non ha consentito la verifica da parte del Cliente e dei suoi legali del tracciamento, della riferibilità temporale, della durata nonché del costo delle singole (presunte) connessioni fatturate in maniera esorbitante; a fronte delle segnalazioni e delle richieste di chiarimento, non ha mai fornito informazioni dettagliate né ha comunicato gli esiti degli eventuali controlli ed accertamenti qualora effettuati, il tutto in spregio ai principi di trasparenza e completezza informativa sanciti dall'art 4 della Delibera AGCOM 179/03/CSP nonché di correttezza/diligenza/buona fede contrattuali. Con memoria depositata in data 13 maggio 2019, la parte istante, per il tramite dei propri legali, oltre a ribadire quanto già dedotto nell'istanza con riguardo alla mancata adozione di efficaci sistemi di controllo del credito e del blocco della navigazione, contestava in toto la ricostruzione dei fatti operata da controparte nonché l'efficacia probatoria della documentazione prodotta, evidenziando altresì la contraddittorietà dei messaggi asseritamente inviati da TIM: "l'sms del 11.8.2017 ore 20:05:17 che, a detta di TIM, sarebbe stato inoltrato dal dott. XXXXXX a presunta conferma di accettazione della libera navigazione e sblocco e che sempre secondo controparte verrebbe a riscontro del messaggio di TIM delle ore 20:01:4, inerente la presunta informativa del vicino raggiungimento della soglia massima di spesa (...) viene contraddetto dal successivo messaggio di Tim dell'11.8.2017 delle ore 20:47:03 inerente la presunta avvenuta informativa del raggiungimento della soglia massima di spesa. Tale messaggio (...) ha il seguente contenuto: 'TIM: Ha raggiunto la soglia max di spesa dati estero, Per evitare blocchi invii sms Dati estero on al 40916. (...). Info 191'. Successivamente a tale messaggio delle ore 20:47:03 presente in tabulato (...) non seguiva alcun messaggio autorizzativo del dott. XXXXXX. Pertanto

l'operatore - successivamente alla informativa del raggiungimento della soglia massima di spesa - non avrebbe potuto ritenersi legittimato allo sblocco della navigazione a favore del dott. XXXXXX non avendo ricevuto alcunché dall'utente. Solo in data 19 agosto 2017 il dott. XXXXXXXX riceveva il messaggio di TIM, già più volte commentato nei precedenti atti dalla odierna difesa, che rilevava genericamente la sussistenza di un traffico anomalo e conseguentemente bloccava l'utenza". Sulla base di quanto affermato, la parte istante formula le seguenti richieste: "l'annullamento/storno degli importi tutti illegittimamente fatturati da TIM nei confronti del ricorrente in forza della fattura n. XXXXXXXXX (traffico Voce, Dati e Servizi) per Euro 15.866,48 oltre IVA al 22% il tutto per Euro 19.419,33 e/o quell'altra somma che verrà accertata in corso di procedimento; in subordine, l'annullamento/storno degli importi tutti di cui alla fattura n. XXXXXX per Euro 14.456,57, oltre IVA 22% e dunque per Euro 15.720,97 quanto alla Voce traffico Dati Extra UE (Dati Extra Ue 100KB) tariffa 4- Roaming dati n. XXX e/o quell'altra somma che verrà accertata in corso di procedimento in ogni caso, ordinando a TIM S.P.A. di stornare la fattura di cui si verte/gli importi tutti di cui supra quanto alla fattura XXXXXX del 13.10.2017, mediante l'emissione di nota di credito in favore del Dr. XXXXX XXXXX. Con vittoria delle spese e onorari della presente procedura.

2. La posizione dell'operatore

Con memoria ritualmente depositata, l'operatore ha evidenziato che tutto il traffico contestato risulta regolarmente consumato e registrato, riconducibile solo ed esclusivamente alla volontà dell'utente che, per motivi propri, ha "ritenuto di produrre quella mole di traffico dati su rete estera", i cui importi in fattura costituiscono la mera traduzione contabile. "Infatti, tutti 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)". Ribadisce TIM che tutti gli addebiti di traffico dati roaming sono stati fatturati conformemente con quanto previsto dalla delibera 326/10/CONS: "Tim infatti, in data 11.8.2017 ha inviato all'utente un sms in cui lo informava del vicino raggiungimento della soglia massima di spesa di dati

estero e che per non essere bloccato avrebbe dovuto inviare un sms con il testo dati “estero on” al n.40916. In pari data l'utilizzatore del telefono ha inviato l' sms dati estero on sbloccando la navigazione e Tim ha inviato un ulteriore sms per informare l'utente che la navigazione sarebbe proseguita secondo le tariffe a consumo previste dal piano tariffario in base al Paese visitato e che per ulteriori informazioni l'utente poteva comunque contattare il 191. Sul punto, preme precisare che il Sig. XXXXXX, in data 19.11.2015 ha sottoscritto con Tim il contratto prodotto dallo stesso istante chiedendo l'attivazione del profilo Tim Professional Europa, dichiarando di conoscere e accettare tutte le condizioni contrattuali ed economiche previste dalla predetta offerta. Ebbene, come emerge chiaramente leggendo le condizioni di Tim Professional Europa, questo profilo non comprende il traffico sviluppato in Russia (zona 4), il quale viene invece fatturato secondo quanto previsto dall'allegato Tariffe Roaming di base. Pertanto, prima di recarsi in Russia, sapendo che detta Nazione non era ricompresa nel proprio profilo tariffario, sarebbe stato onere dell'utente o disattivare completamente i dati e non eseguire nessuna telefonata o attivare un apposito piano tariffario. Nulla di tutto ciò è stato fatto dal Sig. XXXXXX, il quale ha sbloccato il telefono senza neanche telefonare al 191 per chiedere eventualmente maggiori informazioni. Non si può poi non rilevare che la circostanza che l'utilizzo di uno smartphone all'estero possa comportare costi maggiori, rientra nel bagaglio di conoscenza dell'uomo medio e, al limite, non sapendo i costi, nel dubbio l'istante ben avrebbe potuto non sbloccare affatto la navigazione. In punto di diritto si richiama, a tal fine, l'art.1227 c.c. che dispone che “se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e le conseguenze che ne sono derivate. Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza”. Tim precisa poi di avere “bloccato nuovamente la possibilità per l'utente di connettersi in data 19.8.2017, inviandogli anche un sms in cui lo informava dell'elevato importo di traffico fatturato (sms confermato dalla stessa parte istante) e, in occasione di tale sms, l'utente ha chiesto l'attivazione dell'opzione Resto del Mondo bis, per coprire il traffico eseguito in Russia. Tale profilo è stato attivato dall'operatore in data 22.8.2017, come emerge sia dagli sms sia dalla fattura contestata. Quanto alla fattura 6/17 che l'utente non avrebbe ricevuto, oltre a confermare il regolare invio della stessa e la possibilità per l'utente di visionarla anche collegandosi al sito www.impresasemplice.it e andando nell'area clienti, preme evidenziare che, se per assurdo fosse vera l'affermazione avversaria, l'utente comunque non si è reso parte diligente nel rapporto. Infatti, avendo anche ricevuto i due sms di blocco del traffico, parte istante, non ricevendo la fattura relativa proprio a quel periodo, ben avrebbe dovuto contattare il servizio clienti e chiedere spiegazioni o collegarsi al sito, senza attendere il ricevimento del sollecito di pagamento”. Infine, precisa TIM che il dettaglio del traffico è stato richiesto da parte istante trascorsi 6 mesi dalla sua effettuazione (agosto 2017) periodo decorso il quale TIM, in assenza di contestazioni, deve cancellare il traffico in ossequio all'art.123 della legge sulla privacy; evidenzia infine che “la delibera 326/10/CONS citata da controparte disciplina solo il traffico dati e non anche il traffico voce”. Sulla base di quanto dichiarato TIM insiste per il rigetto integrale delle richieste formulate dalla parte istante.

3. Motivazione della decisione

In linea generale l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dal Regolamento di cui alla delibera 203/18/CONS (e ss.mm.ii.). Nel merito la richiesta formulata dall'istante merita parziale accoglimento per le ragioni di cui si dirà qui di seguito. L'oggetto della presente controversia è riconducibile alla casistica del traffico in roaming internazionale, con il conseguente fenomeno del c.d. Bill-Shock, ossia della fatturazione di addebiti eccessivi ed anomali, esorbitanti rispetto ai consumi abituali. La decisione nel merito del caso in esame rende opportuna la distinzione tra il traffico dati e il traffico voce/sms. Con riguardo al traffico dati, come è noto, la delibera 326/10/CONS ha introdotto stringenti oneri in capo all'operatore, volti a tutelare l'utente, rendendolo consapevole dei volumi di traffico prodotti e dei costi applicati. Nel caso di specie, almeno secondo la ricostruzione dell'operatore, l'utenza intestata al dott. XXXXXX, in occasione di un viaggio in Russia dell'istante, avrebbe generato un ingente traffico da paese extra UE, regolarmente fatturato da TIM. Tuttavia, alla luce della documentazione acquisita all'istruttoria, non può dirsi raggiunta la prova circa il rispetto, da parte dell'operatore, degli obblighi imposti dalla regolamentazione vigente. Invero, anche considerando come effettivamente inviati i messaggi di TIM dell'11 agosto 2017 (pur in presenza di una espressa contestazione della parte istante e non senza sottolineare la contraddittorietà delle due comunicazioni presenti nell'elenco degli sms prodotto dall'operatore, come rilevata dall'istante nella propria memoria di replica), si evidenzia come gli stessi non riportino chiaramente i costi applicati al traffico dati in roaming dalla Russia, ma contengano unicamente un rinvio alle condizioni stabilite nell'offerta sottoscritta dall'utente (sottoscrizione avvenuta due anni prima dell'evento oggetto della presente istanza). Ciò in violazione di quanto previsto dalla citata delibera 326/10/CONS, che all'art. 2, comma 1, prevede che al superamento del plafond di traffico dati a disposizione dell'utente debba essere indicato, oltre al passaggio ad eventuale altra tariffa, anche il relativo prezzo. Tale rilievo consente peraltro di superare quanto eccepito dall'operatore in merito alla tardività della contestazione rispetto al limite temporale di conservazione dei dati di traffico imposto dal c.d. Codice Privacy, con la conseguente limitazione del diritto di difesa. A ciò si aggiunga che la sospensione dell'utenza, prevista quale misura cautelativa a tutela dell'utente dalla delibera 326/10/CONS, è avvenuta dopo la registrazione di traffico dati per oltre quattordicimila Euro, a fronte di una spesa media mensile riferibile all'utenza mobile intestata al dott. XXXXXX nettamente inferiore, denotando un atteggiamento dell'operatore non conforme ai fondamentali principi di correttezza e buona fede. Il rilievo di TIM secondo cui "la circostanza che l'utilizzo di uno smartphone all'estero possa comportare costi maggiori, rientra nel bagaglio di conoscenza dell'uomo medio", non può essere considerata una valida ragione per legittimare un aggiramento di tali principi. Da quanto sin qui dedotto, non è dunque possibile affermare il pieno rispetto, da parte dell'operatore, degli oneri imposti dalla Delibera 326/10/CONS con la conseguente illegittimità della pretesa di pagamento dell'importo esposto nella fattura n. XXXXXXXX a titolo di traffico dati in roaming internazionale, che andrà pertanto stornato, al netto di € 200,00 di soglia previsti dal contratto, secondo quanto dichiarato dall'istante e non

contestato dall'operatore. Andranno parimenti stornati gli importi addebitati a titolo di interessi di mora su tale somma ed esposti nelle fatture successive. Per quanto attiene invece al traffico voce ed sms, la richiesta di storno integrale dei relativi addebiti esposti nella fattura n.XXXXXXXX, nonché degli interessi di mora agli stessi riferibili e presenti sulle fatture successive, non risulta meritevole di accoglimento, poiché in relazione al traffico voce e sms la mancanza di tempestività del reclamo, inoltrato ad oltre 6 mesi dalla data di produzione del traffico contestato, non consente all'operatore un'adeguata difesa. L'art. 123, comma 2) del D.lgs. n. 196/2003, prevede che " Il trattamento dei dati di traffico strettamente necessari a 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". Da tale disposizione, secondo la costante interpretazione di Agcom e dei Corecom delegati, consegue che agli operatori telefonici, in presenza di una contestazione scritta, è consentito conservare il traffico relativo all'ultimo semestre e pertanto, dovendo garantire agli stessi l'esercizio pieno del proprio diritto di difesa, le uniche fatture che possono essere prese in considerazione, ai fini di un eventuale storno o rimborso delle somme contestate, sono quelle relative agli ultimi sei mesi dalla data in cui è stato presentato il reclamo. (v. in tal senso Agcom, Determina direttoriale n. 49/15/DIT). Pertanto, considerando che il primo reclamo scritto documentato, volto a contestare gli importi esposti nella fattura n.XXXXXXX, è del 10 aprile 2018, e che il traffico non riconosciuto risale all'agosto 2017, non è possibile accogliere la richiesta di storno formulata dall'istante. Infine, visto l'accoglimento parziale delle richieste dell'istante e considerata la condotta delle parti nel corso dell'intera procedura, si riconosce in favore del dott. XXXXXXXX la somma di € 100,00 a titolo di rimborso delle spese procedurali.

DELIBERA

Articolo 1

1. L'accoglimento parziale dell'istanza presentata dal sig. XXXXXXX XXXXXXX nei confronti di Tim S.p.a. per le motivazioni di cui in premessa. Tim S.p.a. è tenuta a: stornare dalla fattura n. XXXXXXXX l'importo di € 14.258,57 (I.E.) addebitato a titolo di traffico dai in roaming internazionale (e già al netto di € 200,00 corrispondenti alla soglia-traffico attiva sull'utenza mobile n. XXXXXXX), nonché gli interessi di mora riferibili allo stesso importo ed esposti sulle fatture successive; corrispondere in favore dell'utente l'importo di € 100,00 a titolo di rimborso delle spese di procedura. La società Tim S.p.a. è tenuta infine a comunicare a questo Co.Re.Com l'avvenuto adempimento alla presente determina entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.



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, 14 ottobre 2020

IL PRESIDENTE