



DELIBERA N. 25 / 2024

Oggetto: Definizione della controversia XXX / TIM XXX (Kena mobile) (GU14/642259/2023).

IL CORECOM MARCHE

Nella seduta del 31 ottobre 2024;

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481 (Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità) e la legge 31 luglio 1997, n. 249 (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 (Codice delle comunicazioni elettroniche);

VISTO l'Accordo Quadro concernente l'esercizio delle funzioni delegate ai Comitati regionali per le comunicazioni, 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, approvato con delibera AGCOM n. 427/22/CONS e sottoscritto il 20 dicembre 2022, ed in particolare l'articolo 8 il quale dispone che lo stesso Accordo quadro 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 delibera AGCOM n. 203/18/CONS del 24 aprile 2018 (Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche), come sostituita dalla delibera AGCOM n. 358/22/CONS, di seguito denominato "Regolamento", e la delibera AGCOM n. 347/18/CONS del 18 luglio 2018 (Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche) di seguito denominato "Regolamento indennizzi";

VISTA la legge regionale 27 marzo 2001, n. 8 (Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni – Corecom)

VISTA l'istanza prot. n. 0283415 del 3 novembre 2023 con cui l'istante chiedeva l'intervento del Corecom, per la definizione della controversia in essere con TIM XXX (Kena mobile) ai sensi dell'articolo 14 del Regolamento;

VISTA la nota del 13 novembre 2023, con cui questo Ufficio ha comunicato alle parti, ai sensi degli articoli 15 e 16 del Regolamento, l'avvio del procedimento e la convocazione per l'udienza di discussione dell'11 gennaio 2024;

VISTI gli atti del procedimento;

VISTO il verbale di mancato accordo dell'11 gennaio 2024;

VISTA la relazione del responsabile del procedimento;

ATTESA la proposta di decisione del responsabile del Servizio "Supporto agli Organismi regionali di garanzia";

CONSIDERATO, in particolare, quanto segue.

1. La posizione dell'istante

L'istante lamenta gli addebiti per traffico dati roaming.

In particolare nell'istanza introduttiva e nella nota di replica, ha fatto presente quanto segue.

- a) Contesta gli addebiti per traffico roaming contenuti nella fattura 7X0312XXXX del 15 giugno 2023, di complessivi euro 46.256,14 (quarantaseimiladuecentocinquantasei/14), riferiti alla linea mobile 335 -761XXXX;
- b) in particolare la numerazione mobile sembrerebbe aver effettuato un traffico roaming di euro 37.820,49 (trentasettemilaottocentoventi/49) in Cina ed Emirati Arabi dal 2 al 5 maggio 2023;
- c) la suddetta fattura non è stata inviata alla società né è stata inserita nel cassetto fiscale;
- d) solo successivamente e incidentalmente all'incardinazione di altra procedura conciliativa UG/618441/2023 e correlato GU14/623546/2023, tra le stesse parti, presentata per la contestazione di addebiti anomali riguardanti sia il traffico roaming che il traffico wap, lo studio legale dell'operatore TIM faceva presente l'emissione della fattura sopra indicata numero 7X0312XXXX del 15 giugno 2023;
- e) l'istante procedeva mediante proprio legale di fiducia a reclamare la fattura oggetto del presente procedimento mediante pec del 17 ottobre 2023, evidenziando una condotta illegittima da parte di TIM non conforme alla delibera AGCOM 326/10/CONS e in generale ai doveri di diligenza ex articolo 1176, comma 2, del codice civile;
- f) nello specifico si contesta che la fattura non è stata inviata in tempo utile né tanto meno è stata depositata nel cassetto fiscale o comunque l'operatore ha inviato solleciti e/o comunicazioni di sorta, circostanza questa che già di per sé è esplicativa e lascia dubbi sull'operato del gestore telefonico considerato il tipo e l'importo del traffico effettuato;
- g) si contesta, altresì, che la cifra richiesta per il traffico effettuato dal 2 al 5 maggio 2023 appare ictu oculi frutto di una qualche anomalia e/o illecito. Infatti dal dettaglio riportato in fattura è agevole rilevare che vi è stato un ininterrotto traffico dati per l'intero periodo senza soluzione di continuità al prezzo di circa euro 19/29 pressoché ogni minuto;
- h) quest'ultimo profilo rende evidente che la contabilizzazione di un traffico dati giornaliero di circa euro 15.000,00 (quindicimila/00), è inconcepibile sia in punto di volume dati con smartphone che di importo tariffario e quindi si contestano le risultanze del contatore centrale all'evidenza totalmente erroneo ;

- i) l'operatore in caso di traffico anomalo, in particolare per i casi di possibile uso fraudolento del servizio, deve adottare strumenti di auto tutela e di protezione nei confronti del cliente che deve essere reso edotto al fine di evitare il rischio di consumi superiore ai volumi di traffico concordato e che deve essere edotto di attivazioni casuali di servizi / contenuti a pagamento durante la navigazione internet e/o durante la connessione a reti non terrestri con il conseguente addebito di costi non dovuti;
- j) sul punto va osservato, che gli SMS di alert non sono mai pervenuti al destinatario poiché trasmessi quando l'utente era in volo;
- k) ed invero, anche se ipoteticamente, l'utente avesse abilitato il traffico dati (dati estero on) era preciso obbligo del gestore bloccare la navigazione al raggiungimento della soglia di spesa successiva e cioè ogni euro 50,00 (cinquanta/00), in modo che l'utente fosse sempre consapevole di quanto stava spendendo e più in generale, lo stesso gestore sarebbe dovuto intervenire tempestivamente per evitare consumi fuori controllo e ragionevole previsione;
- l) in definitiva TIM, sarebbe dovuta intervenire tempestivamente per evitare addebiti di consumi fuori controllo e pertanto la sua condotta è da ritenersi non conforme alla direttive AGCOM e ai doveri di diligenza;
- m) da ultimo si evidenzia che l'utente è molto esperto poiché viaggia per lavoro su quella tratta da oltre trenta anni ed usufruisce come di consueto della connessione WI FI dell'Aeroporto di Dubai, dell'Aeroporto di Guangzhou così come della struttura alberghiera presso cui ha sempre alloggiato (Hotel Shangri-La Guangzhou) nonché presso i padiglioni della fiera di Guangzhou;
- n) infine, come precisato nella nota di replica, l'utente non ha mai ricevuto i messaggi informativi che TIM sostiene di avere inviato poiché trasmessi quando lo stesso si trovava a bordo dell'aeromobile con destinazione Dubai e Cina;
- o) il report degli alert, sulla base dell'elenco prodotto da TIM, comunque, contengono informazioni incomplete sul prezzo della tariffa a consumo applicata nel Paese estero al superamento del plafond e, dunque, il gestore non ha fornito la corretta e completa informativa necessaria per fare comprendere i volumi di traffico prodotti.

In base a tali premesse la società istante ha chiesto quanto segue:

- 1) storno della fattura numero 7X0312XXXX, del 15 giugno 2023, per euro 46.151,51 (quarantaseimilacentocinquantuno/51).

2. La posizione dell'operatore

TIM XXX, con memoria depositata nei termini di legge, contesta sia in fatto che in diritto le richieste di parte ricorrente chiedendone il rigetto.

Nel merito, l'operatore ha dedotto quanto segue:

- a) l'istante contesta gli addebiti per traffico dati roaming della fattura numero 7X0312XXXX del 15 giugno 2023 pari ad euro 46.256,14 (quarantaseimiladuecentocinquantasei/14) riferiti alla linea mobile 335-761XXXX per traffico effettuato in Cina ed Emirati Arabi in data 2 maggio 2023;
- b) dalle verifiche eseguite è emerso che il suddetto traffico roaming è stato correttamente addebitato in quanto il cliente ha ricevuto due SMS di "Alert" da parte dell'operatore al raggiungimento della soglia massima, come emerge dallo "Storico SMS di Servizio" depositato in atti;
- c) la società istante ha inviato l'SMS di sblocco con "dati esteri on" e ciò emerge oltre che dallo Storico SMS anche dal dettaglio del traffico allegato alla fattura in contestazione in cui a pag. 14 è chiaramente visibile l'SMS inviato il 2 maggio 2023 alle ore 8.42 al numero 40** abbonati TIM;
- d) alla luce della documentazione allegata in atti è evidente che il traffico dati sviluppato è stato effettuato in maniera consapevole e che TIM ha agito correttamente, nel pieno rispetto del c.d. principio di trasparenza e più in generale delle prescrizioni previste dalla delibera n. 326/10/CONS;
- e) si precisa, comunque, che ciascun smart-phone è "automaticamente abilitato ad effettuare traffico dati in modalità GPRS, EDGE, UMTS e WI-FI" cioè consentono la navigazione internet anche all'estero in modalità roaming e al fine di disabilitare tale funzione è necessario che l'utilizzatore dello smartphone (non certo il gestore telefonico), intervenga sulle impostazioni di configurazione escludendo una o più funzioni specifiche in relazione alla navigazione che si desidera effettuare, tanto nel territorio nazionale quanto all'estero;
- f) tutto ciò premesso è evidente che nulla è imputabile all'operatore TIM e che ad oggi l'insoluto ammonta ad euro 46.303,59 (quarantaseimilatrecentotré/59).

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 ed ammissibile.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria le richieste formulate da parte istante possano essere accolte, nei termini e per le motivazioni che seguono.

L'oggetto della presente controversia è riconducibile alla tematica della fatturazione abnorme (c.d. bill-shock) per traffico dati 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 (v. Corecom Marche n. 6/2020 e n. 38/2021, Corecom Toscana n. 130/2021, Corecom Lombardia n. 23/2021, Corecom Lazio n. 1/21, Corecom Piemonte n. 13/15) e numerosi, altresì, sono stati gli interventi normativi, sia in ambito comunitario (cfr. 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. delibera n. 126/2007/CONS e delibera n. 326/10/CONS).

In particolare, l'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 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. L'art. 2 della citata delibera n. 326/10/CONS, stabilisce che gli operatori mobili sono tenuti, con riferimento ai piani tariffari che prevedono un plafond di traffico 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 delibera Agcom 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 (cfr. Cass. civ. n. 5240/2004; Cass. Civ. 14605/2004; Cass. Civ. 18947/2005).

Con riferimento a queste ultime disposizioni, l'Autorità ha fatto proprio quanto stabilito dalla giurisprudenza di legittimità, laddove ha sentenziato che il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto "si sostanzia in un generale obbligo di solidarietà, derivante soprattutto dall'art. 2 Cost., che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra prescindendo tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere extra contrattuale 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" (Cass 5240/2004; Cass 14605/2004; Cass 18947/2005). Pertanto, ha evidenziato l'Autorità, l'operatore professionale, nell'esecuzione della prestazione avente ad oggetto la fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche, ogni qual volta 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 chiamata a tenere un comportamento leale e deve considerarsi, quindi, tenuta 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.

Tutte le norme e le direttive sopra richiamate, pongono a carico del soggetto erogatore della fornitura, un dovere di "protezione" nei confronti del cliente, che deve essere reso "effettivo", al fine di evitare il rischio di consumi superiori ai volumi di traffico concordato, nonché attivazioni "casuali" di disservizi e/o contenuti a pagamento durante la navigazione in Internet, con il conseguente addebito di costi non voluti e finanche illeciti (v. Delibera Agcom numero 135/16/CIR).

Sotto altro e parallelo profilo giova richiamare l'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato (v. Cass. Civ. Sezione III, 17 febbraio 2006, numero 947), in virtù del 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; resta dunque rettificabile in caso di divergenza con i dati reali.

L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ha più volte ribadito, che la "bolletta telefonica, in caso di contestazione, perde qualsiasi efficacia probatoria e la società telefonica è tenuta a dimostrare il corretto funzionamento del contatore centrale e la corrispondenza tra i dati forniti da esso e quello trascritto nella bolletta" (v. Delibere Agcom numero 2/13/CIR, numero 10/05/CIR, numero 85/09/CIR, numero 86/09/CIR, numero 23/10/CIR, numero 33/10/CIR). Inoltre, 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 (v. Delibera Agcom numero 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 stessa e garantiscano il corretto funzionamento del contatore. In mancanza di tali prove, l'utente avrà diritto alla regolarizzazione della propria posizione contabile – amministrativa" (v. Delibera Corecom Calabria numero 7/2011). 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. Il rischio di traffico anomalo e di furto di traffico rimangono a carico dell'operatore (v. Delibera Agcom numero 29/12/CIR).

Nel caso di specie, a fronte delle contestazioni e disconoscimenti da parte dell'istante circa il traffico addebitato a titolo di Roaming internazionale extra UE, nel periodo di soggiorno all'estero, l'operatore TIM ha allegato uno screenshot contenente i seguenti messaggi:

messaggio del 02/05/23 (15:16:31) testo Benvenuto in Cina

messaggio del 02/05/23 (03:25:18) testo Benvenuto in Emirati

messaggio del 02/05/23 (08:58:53) testo Gentile Cliente, Ti

messaggio del 02/05/23 (03:29:52) testo Gentile Cliente, Ti

messaggio n.a. (non recapitato) testo Gentile cliente hai

messaggio del 05/05/23 (10:45:43) testo Ti informiamo che A.....".

Il report degli “alert” prodotto da TIM, non garantisce il rispetto del richiamato principio di trasparenza tariffaria come previsto dalla citata delibera numero 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 nel paese estero in cui si trovava al superamento del plafon.

Dunque, TIM non ha provato la corretta e completa informativa che avrebbe dovuto consentire all’utente di comprendere i volumi di traffico prodotti nonché i costi che avrebbero caratterizzato le connessioni con tariffa a consumo. L’operatore, inoltre, avrebbe dovuto precisare alla società 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 determinato dalla delibera n. 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. Pertanto, TIM, sul quale incombe l’onere della prova secondo i principi stabili dall’art. 1218 c.c., non risulta aver fornito idonea prova circa il corretto e completo adempimento degli obblighi imposti dalla normativa in vigore.

Ciò premesso, dall’esame della documentazione agli atti, si precisa inoltre che 1) le schermate informatiche prodotte dall’operatore nulla provano in ordine al 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 con specificazione del relativo prezzo; 2) la schermata informatica sulla disattivazione delle soglie (dati estero on) che sarebbe stata effettuata dall’istante – circostanza dallo stesso contestata – non è elemento probatorio sufficiente, non potendosi verificare il testo del messaggio inviato dal cliente; 3) sul punto la delibera n.326/10/CONS all’art. 2 specifica che l’utente deve fornire la disattivazione delle soglie, mediante il proprio consenso espresso, che non può, quindi, essere tacito o presunto; 4) lo screenshot allegato mostra un’incongruenza nella sequenza di invio degli SMS: il supposto messaggio informativo del 02/05/23 (03:29:52), la presunta informativa del 05/05/23 (08:58:53) sarebbe posteriore al supposto messaggio del 05/05/23 (08:42) di sblocco della soglia presente solo nel dettaglio della fattura; 5) l’utente non ha mai ricevuto i messaggi informativi poiché trasmessi quando era in volo, nell’ora del primo messaggio del 02/05/23 (03:29:52), il legale rappresentante della società istante ed utilizzatore dello smartphone aziendale, si trovava a bordo dell’aereomobile flight EK096 con destinazione Dubai dove è atterrato alle 03:55 ora italiana (vedi ticket di volo). Nell’ora del secondo messaggio (08:58:53), l’istante era a bordo dell’aereomobile flight EK362, decollato da Dubai alle ore 08:20 (ora italiana), oltre al terzo messaggio che non risulta mai essere stato recapitato.

Inoltre, a fronte delle contestazioni della società istante per gli addebiti e per le risultanze in fattura a titolo di traffico dati del tutto anomalo, non risulta da parte di TIM depositata in atti alcuna allegazione idonea a dimostrare la correttezza della fatturazione e l’adozione di tutte le misure utili alla protezione della rete volte a scongiurare frodi e a evitare furti di traffico, sebbene a ciò onerata come sopra precisato.

Per tutto quanto sopra esposto, considerato che la condotta di TIM non è stata conforme alle disposizioni normative sul traffico dati in Roaming extra UE e al codice civile ed in violazione alle regole tariffarie dei contratti sottoscritti, si ritiene di accogliere la richiesta di storno della fattura numero 7X0312XXXX, del 15 giugno 2023, limitatamente agli addebiti per traffico dati Roaming internazionale extra UE, salvo le spese fisse di abbonamento e il contributo previsto dalla delibera 326/2010, pari ad euro 150,00 (centocinquanta/00) per le utenze affari oltre ad un limite di euro 50,00 (cinquanta/00) per traffico dati nei paesi esteri diversi da quelli dell'Unione Europea, con conseguente ricalcolo degli importi dovuti comprensivi di IVA e regolarizzazione della posizione amministrativa-contabile dell'utente.

Tutto ciò premesso;

DELIBERA

1. a definizione della controversia tra XXX / TIM XXX (Kena mobile) di accogliere parzialmente l'istanza prot. n. 0283415 del 3 novembre 2023 e per l'effetto l'operatore è tenuto a:

- stornare la fattura numero 7X0312XXXX, del 15 giugno 2023, limitatamente agli addebiti per traffico dati Roaming internazionale extra UE, salvo le spese fisse di abbonamento e il contributo previsto dalla delibera 326/2010, pari ad euro 150,00 (centocinquanta/00) per le utenze affari oltre ad un limite di euro 50,00 (cinquanta/00) per traffico dati nei paesi esteri diversi da quelli dell'Unione Europea, con conseguente ricalcolo degli importi dovuti comprensivi di IVA e regolarizzazione della posizione amministrativa-contabile dell'utente.

2. Il presente provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259.

3. La presente delibera può essere impugnata davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica della stessa.

4. L'utente può chiedere, in sede giurisdizionale, il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.

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

Il Presidente

(Cinzia Grucci)