

**DELIBERA DL/023/2020/CRL/UD del 10/09/2020**

**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA**

**STUDIO IPPOLITONI S./TELECOM XXX**

**(LAZIO/D/295/2018)**

**IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO**

NELLA riunione del 10/09/2020;

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”;

VISTO l’Accordo quadro tra l’Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, sottoscritto in data 28 novembre 2017, approvato con delibera 395/17/CONS;

VISTA la Convenzione per il conferimento e l’esercizio della delega di funzioni ai comitati regionali per le comunicazioni sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni del Lazio il 5 marzo 2018;

VISTA la legge della Regione Lazio 28 ottobre 2016, n. 13, istitutiva e disciplinante l’organizzazione ed il funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (Co.re.com);

VISTA la delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, recante “Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti”, di seguito “Regolamento”;

VISTA la delibera n. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori” (di seguito denominato “Regolamento indennizzi”);

VISTA l’istanza dell’utente Studio Ippoliton S. presentata in data 13.3.2018;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

**1. La posizione dell’istante**

L’istante ha lamentato nei confronti dell’operatore TELECOM

Spa, la fatturazione di un traffico roaming anomalo.

In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento e negli atti difensivi, l’istante ha dichiarato quanto segue:

- a. Dal 5.5.2017 al 8.5.2017 si recava all’estero (Antigua).
- b. In data 9.5.2017 riceveva la fattura 7X02908765 di € 6.572,68;
- c. Non riceveva alcun sms di alert;

- d. Non veniva data alcuna risposta alle pec inviate in data 28.08.2017, 14.09.2017, 29.09.2017 e 06.10.2017 inerenti alle richieste dei dati attestanti il consumo e relative contestazioni in merito alla loro fatturazione;
- e. In data 26.1.2018 l'utente pagava la parte non contestata della fattura in questione per un importo pari ad € 590,94;
- f. In data 30.1.2018 inviava a Telecom e al Corecom del Lazio apposita pec con la quale, oltre a ribadire quanto esposto con le precedenti email, ha espresso la volontà di chiudere ogni rapporto con il gestore, contestando inoltre anche il costo del modem, l'addebito della penale di € 80,00 per ognuna delle tre SIM e richiedendo il danno per l'asserito mancato servizio.

In base a tali premesse, l'utente ha richiesto:

- i. Storno integrale della fattura indicata ovvero revisione del corrispettivo richiesto, comprensivo dell'IVA.
- ii. Elenco analitico dell'eventuale consumo.
- iii. Rimborso della penale di euro 80,00 per recesso anticipato dovuto al disservizio subito.

Produceva reclamo di contestazione della fattura del 28.08.2017.

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

Il gestore si costituiva nel procedimento evidenziando la correttezza de proprio operato.

Specificava che gli importi contestati erano relativi a traffico dati generato dalla sim in ZONA 3, EXTRA UE, con conseguente tariffazione a consumo secondo le tariffe previste all'estero e indicate nel prospetto del piano tariffario. Assumeva, ancora, di aver inviato gli sms di alert.

Produceva l'sms di sblocco del 5.5.2017 dettaglio traffico e concludeva per il rigetto dell'istanza.

## **3. Motivazione della decisione**

Preliminarmente, si osserva che l'istanza soddisfa parzialmente i requisiti di ammissibilità e previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è pertanto parzialmente proponibile.

Va infatti rigettata la domanda dell'utente relativa alla richiesta dell'elenco analitico dei dati di consumo del piano tariffario, in quanto estranea alla cognizione del presente procedimento, così come definita dall'art. 19, c. 4, del. AGCOM 173/07/CONS e dalla del. AGCOM 529/09/CONS. L'art. 19 citato, unitamente alle indicazioni fornite dalla del. AGCOM 529/09/CONS, delimita e circoscrive il contenuto della pronuncia di definizione, da intendere come vincolato alla esclusiva possibilità per il Corecom di condannare l'operatore al rimborso (o storno) di somme non dovute e alla liquidazione di indennizzi. Ai sensi dell'art. 19 di cui sopra, l'Autorità adita non è comunque competente a pronunciarsi con provvedimenti contenenti obblighi di fare o non fare quale sarebbe quello relativo alla domanda di attivazione temporalmente illimitata di un particolare piano tariffario.

Sempre in via preliminare, si evidenzia che l'utente, rispetto all'UG del 15.11.2017, introduce nel procedimento domande nuove le quali, per espressa previsione dell'art. 14, comma 1, della Deliberazione 173/07/CONS non possono essere trattate.

Con la PEC del 30.1.2018 ha formulato la domanda di rimborso del costo del modem, non formulata con l'UG né con l'istanza GU14. È pacifico che l'**oggetto della richiesta** di definizione debba essere lo stesso già sottoposto al tentativo di conciliazione.

Diversamente si consentirebbe, in pratica, di aggirare il principio di obbligatorietà della fase conciliativa per le nuove questioni.

L'art. 14, comma 1, della Deliberazione 173/07/CONS, infatti, limita la *definizione* della controversia al contenuto dell'*istanza di conciliazione*.

L'oggetto della disamina, pertanto, riguarderà sole le domande proposte con l'UG del 15.11.2017.

Ciò premesso, alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste avanzate dalla parte istante vengono accolte nei limiti che seguono.

### **3.1 Sul traffico roaming.**

In via generale e preliminare, ai fini della definizione della controversia in esame, si rammenta che, secondo un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato (*ex pluribus*, Cass. Civ., sez. III, 17 febbraio 2006, n. 947) 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. Tanto premesso, sussiste in capo 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. Civ. sez. III, 28 maggio 2004, n. 10313). 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.

Conformemente a tale orientamento giurisprudenziale, l'Agcom ha più volte ribadito 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) e 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” (*ex plurimis* Delibera Agcom n. 10/05/CIR, n. 85/09/CIR, n. 86/09/CIR, n. 23/10/CIR, n. 33/10/CIR).

Sul tema, come specificato nella delibera n. 75/10/CIR, già con l'entrata in vigore del Regolamento (CE) n. 544/2009 sono state introdotte alcune misure volte a migliorare la trasparenza delle condizioni tariffarie dei servizi di dati in *roaming* anche al fine di porre rimedio al fenomeno del cd Bill Shock.

Più in dettaglio, l'articolo 6 *bis*, al comma 1, prevede l'obbligo per il “fornitore del paese d'origine” di provvedere, a far data dal luglio 2009, di informare costantemente i propri clienti in merito alle tariffe applicate per i servizi di dati in *roaming* non solo al momento della conclusione del contratto, ma anche per tutta la durata del rapporto.

E ciò al fine di rendere i clienti consapevoli delle “conseguenze economiche di tale uso”, e consentire loro “di controllare e contenere la spesa legata ai servizi di dati in *roaming*”. Se del caso, il fornitore informa i propri clienti “su base regolare” del rischio di connessioni in *roaming* incontrollate.

Al comma 3 del medesimo articolo, è altresì prevista l'introduzione di un limite standard di spesa o altro limite a scelta discrezionale dell'abbonato. Al raggiungimento dell'80% della soglia fissata, il fornitore di servizi è tenuto a dare adeguata comunicazione all'abbonato e, in caso di mancata risposta di quest'ultimo, all'interruzione dell'erogazione del servizio.

Sulla scia di tale intervento anche l'Autorità, conformemente alla regolamentazione comunitaria, ha adottato, con la delibera n. 326/10/CONS del 1 luglio 2010, misure volte a garantire maggiore trasparenza nelle

condizioni di offerta dei servizi dati in mobilità e mezzi più efficaci per il controllo della spesa, predisponendo l'introduzione di sistemi di allerta e tetti mensili di spesa.

Sul punto principale che qui ci occupa, rileva l'art. 2 Delibera della 326/10/CONS (Sistemi di allerta e limiti di spesa per il traffico dati sulle reti di telefonia mobile), secondo il quale: 1. ***Gli operatori mobili, con riferimento ai piani tariffari che prevedono un plafond di traffico dati tariffato a forfait (di tempo o di volume), rendono disponibili gratuitamente sistemi di allerta efficaci che, al raggiungimento di una soglia di consumo pari ad una percentuale del plafond di traffico (di tempo o di volume) scelta dall'utente tra le diverse opzioni proposte dall'operatore, informino l'utente medesimo: a) del raggiungimento della soglia;b) del traffico residuo disponibile;c) del prossimo passaggio ad eventuale altra tariffa e del relativo prezzo al superamento del plafond.*** 2. ***Qualora il cliente non abbia dato indicazioni diverse in forma scritta, gli operatori provvedono a far cessare il collegamento dati non appena il credito o il traffico disponibile residuo (di tempo o di volume) di cui al comma 1 sia stato interamente esaurito dal cliente, senza ulteriori addebiti o oneri per quest'ultimo, avvisandolo di tale circostanza.*** La connessione dati è riattivata nel più breve tempo possibile dopo che l'utente ha fornito, mediante una modalità semplice, il proprio consenso espresso, che non può, quindi, essere tacito o presunto. 3. *Gli operatori mobili pongono in essere modalità facilmente comprensibili e riscontrabili per la notifica del messaggio di allerta di cui al comma 1 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 .* 4. *Gli operatori mobili rendono disponibili gratuitamente a tutti gli utenti sistemi di immediata comprensione e facilità di utilizzo per il controllo in tempo reale della spesa utili a fornire informazioni sul consumo accumulato espresso in volume di traffico, tempo trascorso o importo speso per i servizi di traffico dati, nonché un servizio supplementare gratuito per abilitare o disabilitare la propria utenza al traffico dati. (omissis)* 6. *Gli operatori mobili offrono gratuitamente anche agli utenti con piani tariffari a consumo, diversi da quelli di cui al comma 1, la possibilità di predefinire una soglia massima di consumo mensile per traffico dati scelta dall'utente tra le diverse opzioni proposte dall'operatore. A tutti gli utenti che, entro il 31 dicembre 2010, non abbiano provveduto a scegliere tale soglia o a dichiarare di non volersene avvalere, si applica automaticamente, a decorrere dal 1 gennaio 2011, il limite massimo di consumo per traffico dati nazionale pari a 50 euro per mese per utenze private e pari a 150 Euro per utenze affari oltre ad un limite di 50 euro per il traffico dati nei Paesi esteri diversi da quelli dell'Unione europea, fatto salvo il limite di 50 euro previsto dal regolamento europeo per il traffico dati in roaming nei paesi dell'Unione europea . Per la cessazione del collegamento e le relative notifiche e consensi si applicano le medesime disposizioni di cui ai commi 2 e 3.*

In via generale, sul piano normativo, l'articolo 2, comma 2, lettera c) del decreto legislativo n. 206/2005, recante il "Codice del consumo", annovera espressamente tra i diritti fondamentali del consumatore quello "ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità" nei rapporti di consumo. Successivamente, la legge 2 aprile 2007, n. 40 (meglio nota come "legge Bersani"), ha introdotto misure urgenti a tutela del consumatore. Con particolare riguardo alla posizione degli utenti dei servizi "telefonici, televisivi e di servizi internet", l'articolo 1, nel tentativo di "favorire la concorrenza e la trasparenza della tariffe, di garantire ai consumatori finali un adeguato livello di conoscenza sugli effettivi prezzi del servizio", al comma 2 ha stabilito che la proposta commerciale del fornitore di servizi di comunicazione elettronica "deve evidenziare tutte le voci che compongono l'offerta".

In ambito regolamentare la delibera n. 179/03/CSP, in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni ha prescritto, tra le altre cose, il contenuto minimo delle informazioni che gli operatori devono fornire nella prestazione di servizi di telecomunicazione.

Tali indicazioni devono essere rese disponibili dall'operatore attraverso i normali strumenti a disposizione per la pubblicazione delle condizioni di accesso ed uso dei propri servizi (pubblicazione delle carte di servizio presso i punti vendita, siti web, etc.), e devono essere fornite prima della sottoscrizione del contratto. Le citate prescrizioni trovano fondamento, oltre che nell'articolo 71 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, nella necessità di garantire all'utente la confrontabilità delle offerte sul mercato, per orientare le proprie scelte in maniera consapevole.

Con la delibera n. 96/07/CONS l'Autorità ha poi attuato le disposizioni della "legge Bersani" sulla trasparenza delle condizioni economiche relative alle offerte tariffarie degli operatori di telefonia, rafforzando ulteriormente le misure preventive, a tutela degli utenti, introducendo una serie di obblighi idonei a garantire una maggiore trasparenza tariffaria. Ad esempio, l'articolo 4, lett. b) della predetta delibera prevede che, nel caso di tariffazione omnicomprensiva, debbano essere indicati *"il prezzo dell'offerta, le tipologie di servizi e di traffico escluse e quelle incluse nel prezzo, nonché i limiti quantitativi eventualmente previsti per ciascuna delle suddette tipologie, con la precisazione delle condizioni economiche che saranno applicate per le prestazioni eccedenti"*.

Ed ancora, la delibera n. 126/07/CONS ha introdotto misure a tutela dell'utenza per facilitare la comprensione delle condizioni economiche dei servizi di comunicazione elettronica sia su rete fissa che su rete mobile e agevolare la scelta tra le diverse offerte presenti sul mercato.

La delibera, all'articolo 3, comma 6, prevede, nel caso di opzioni o promozioni offerte, sia pure solo flat, che *"a titolo oneroso diano luogo al diritto di usufruire di una quantità di servizi predeterminata, in termini di tempo o di volume, (che) l'operatore di telefonia informa il consumatore, in prossimità dell'esaurirsi di dette quantità, dell'imminente ripristino delle condizioni economiche previste dall'offerta precedentemente sottoscritta"*.

Specifiche disposizioni vigono da tempo anche in materia di controllo della spesa, al fine di consentire agli utenti di verificare il livello dei consumi derivanti dall'uso del servizio oggetto del contratto: e rilevano comunque ai fini della completa ricostruzione del quadro normativo di riferimento.

In particolare l'articolo 6, comma 1, allegato A, della delibera 179/03/CSP prevede che *"Gli organismi di telecomunicazioni forniscono agli abbonati, a richiesta e senza aggravio di spesa almeno uno strumento o una modalità che consenta di limitare o controllare il livello dei consumi derivanti dall'uso del servizio oggetto del contratto"*.

Il medesimo articolo, al comma 2, lascia impregiudicato il diritto dell'operatore di adottare rimedi contrattuali in autotutela in caso di traffico anomalo prevedendo che **"E' fatta salva la facoltà dell'organismo di telecomunicazioni di prevedere strumenti di autotutela in caso di traffico anomalo, in particolare per i casi di possibile uso fraudolento del servizio, quali l'avviso dell'abbonato o l'invio di fatture anticipate rispetto all'ordinaria cadenza di fatturazione"**.

Tutte le disposizioni esposte, volte, da un canto, a garantire il corretto funzionamento del mercato nello specifico settore delle comunicazioni elettroniche, dall'altro, a tutelare gli utenti dal compimento di scelte inconsapevoli con la previsione di specifici obblighi di trasparenza in capo agli operatori, integrano quanto previsto in via generale dal codice civile in materia di contratti. Restano, pertanto, comunque fermi i principi generali in materia di adempimento delle obbligazioni contrattuali, e, in particolare, quanto prescritto dagli articoli 1175 e 1375 del codice civile, rispettivamente in materia di correttezza e di buona fede nella

esecuzione del contratto; principi che, vista la natura professionale del soggetto coinvolto, devono essere interpretati con particolare rigore.

L'articolo 1176, comma 2, del codice civile, difatti, graduando la violazione della diligenza sulla natura dell'attività esercitata, esige dall'operatore professionale un grado di perizia qualificata nell'adempimento delle obbligazioni.

Secondo un consolidato orientamento della Corte di Cassazione, il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto *“si sostanzia in un 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»* (Cass., n. 5240/2004; *ex plurimis*, Cass., n. 14605/2004).

Il principio mette capo, quindi, ad un criterio di reciprocità e la sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge (Sul punto, cfr. Cass. n. 18947/2005).

Anche alla luce delle predette indicazioni di fondo, ed in particolare di quelle relative ai doveri di lealtà e correttezza nei rapporti contrattuali, si deve osservare che l'operatore, nella esecuzione della prestazione, avente ad oggetto la fornitura del servizio di trasmissione dati, 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, è chiamato a tenere un comportamento leale; quindi, deve considerarsi tenuto ad adottare tutte le misure precauzionali che si rendano 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.

Resta fermo l'onere in capo all'operatore di dimostrare la correttezza degli addebiti in caso di contestazione di importi fatturati, sia, in generale, nella fruizione dei servizi di comunicazione mobili e personali sia nel caso particolare di fruizione del servizio di trasmissione dati in mobilità effettuato in *roaming*.

Proprio in materia di *roaming*, al fine di arginare il fenomeno di fatture esorbitanti, si sono susseguiti rilevanti interventi normativi, sia in ambito comunitario (cf. il Reg. CE 27 giugno 2007 n. 717/2007 e il Reg. CE 18 giugno 2009 n. 544/2009 del) sia in ambito nazionale (cfr. Del. A.G.Com. 326/10/CONS).

Il già citato Reg. UE 544/2009, all'art. 6 bis, precisa che *“Il fornitore del paese di origine informa i propri clienti del rischio di connessione e download automatici e incontrollati di dati in roaming. Esso spiega inoltre ai propri clienti, in modo chiaro e facilmente comprensibile, come disattivare siffatte connessioni automatiche di dati in roaming onde evitare il consumo incontrollato di servizi di dati in roaming. 2. Al più tardi dal 1° luglio 2009 un messaggio automatico inviato dal fornitore del paese informa il cliente del fatto che sta utilizzando servizi di roaming e contiene informazioni personalizzate essenziali in merito alle tariffe applicabili alla fornitura i servizi di dati in roaming regolamentati nello Stato membro interessato.... 3. A tal fine, il fornitore del paese di origine mette a disposizione uno o più limiti pecuniari massimi per determinati periodi di uso... Uno di tali limiti (limite standard di spesa) si avvicina ma non supera l'importo di €. 50,00 di spese da pagare per periodo mensile di fatturazione (iva esclusa)”*.

Inoltre, lo stesso Reg. UE 544/2009 prevede che “Entro il 1° luglio 2010 il limite standard di cui al 2° e al 3° comma (pari ad €. 50,00 iva esclusa) si applica a tutti i clienti che non hanno optato per un limite diverso”.

Sempre lo stesso Reg. UE 544/2009 stabilisce che incombe sul fornitore del servizio l’obbligo di inviare un sms, non solo di avviso dell’avvicinamento al limite di spesa, ma comprendente anche l’informazione del “Costo associato a ciascuna ulteriore unità da consumare”.

I principi sin qui richiamati si informano, tutti, ad un criterio di reciprocità che, nel quadro dei valori sanciti dalla Carta Costituzionale, costituisce specificazione degli "inderogabili doveri di solidarietà sociale" tutelati dall'articolo 2 della Costituzione la cui rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge (Sul punto, cfr. Cass. n. 18947/2005). Anche alla luce delle predette indicazioni di fondo, ed in particolare di quelle relative ai doveri di lealtà e correttezza nei rapporti contrattuali, si deve osservare che l’operatore professionale, nella esecuzione della prestazione avente ad oggetto la fornitura del servizio di trasmissione dati, 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 che si rendano 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. Ciò premesso si evidenzia come, in caso di contestazione, l’operatore deve fornire ogni adeguata spiegazione sulle somme fatturate nonché documentare le proprie affermazioni. In caso contrario, quanto addebitato, relativamente al traffico anomalo contestato dall’utente, è da dichiarare come non dovuto rimanendo fermo il diritto dell’utente al rimborso/storno.

All’esito delle risultanze istruttorie, si deve evidenziare che, nel caso di specie, l’operatore, pur fornendo schermata dalle quali risulterebbe l’invio dell’sms di sblocco della soglia del traffico dati, tuttavia non ha dato prova di avere conformato la propria condotta agli obblighi stabiliti dalla normativa vigente a tutela dell’utenza sotto più profili.

Preliminarmente si osserva che non risulta sufficiente l’assunto invio dei messaggi di *alert* -via SMS- il cui tenore **non fornisca all’utente elementi utili a comprendere il tipo di tariffazione che sarebbe stata applicata a seguito dello sblocco e il costo associato a ciascuna ulteriore unità da consumare** (ex multis Delibera Agcom n. 117/15/CIR).

E difatti, considerata l’attivazione dell’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’eventuale 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.

Qui non vi è assolutamente traccia dei presunti sms di *alert* inviati all’istante né, tantomeno, del loro contenuto.

Alla luce di tutte le considerazioni qui svolte, emerge che dalla documentazione agli atti non risulta che l’operatore abbia addotto alcun elemento idoneo a provare l’effettiva regolarità del traffico contestato. Anzi.

nel caso di specie, l'utente ha più volte richiesto all'operatore il dettaglio del traffico e i relativi dati di consumo, che l'operatore non ha mai fornito e non ha depositato in questa sede.

Per tale ragione l'operatore non ha assolto all'onere probatorio imposto dalla normativa di settore citata e dall'A.G.Com. secondo la quale il gestore *“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”*, così Del. A.G.Com. 23/10/CIR, Del. A.G.Com. 29/12/CIR), dal momento che la fattura si limita a rappresentare una data situazione secondo la conoscenza ed il convincimento dell'operatore, sul quale incombe, in caso di contestazione, l'onere di provarne l'esattezza.

Difatti, sussiste in capo 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. 10313/2004).

In presenza, pertanto, di una contestazione dell'utente in merito alla fatturazione del traffico roaming, spettava al gestore dare la prova certa di avere informato l'utente della tariffa che sarebbe stata applicata al superamento della soglia e della acquisita volontà di autorizzare lo sblocco della soglia dati.

Alcuna delle prove che, in astratto, avrebbero potuto legittimare il traffico contestato può ritenersi raggiunta perché non risulta prodotto dal gestore la prova dell'invio dell'sms informativo con i requisiti informativi prescritti; perché non risulta provato l'invio degli sms di alert richiesti dalla normativa di settore ; perché, anche prescindendo da quanto appena emerso, spettava, e spetta, all'operatore, in virtù dei principi generali richiamati, un *“inderogabile dovere di solidarietà sociale”* tutelato dall'articolo 2 della Costituzione che gli imponeva di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge (Sul punto, cfr. Cass. n. 18947/2005). I doveri di lealtà e correttezza nei rapporti contrattuali, imponevano all'operatore professionale, nella esecuzione della prestazione avente ad oggetto la fornitura del servizio di trasmissione dati, rilevato un addebito di somme al cliente tale, 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, di tenere un comportamento leale ed 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.

Stante l'anomala somma fatturata a carico del cliente in poco meno di cinque giorni, si ritiene che l'operatore non abbia osservato i precetti citati.

Ne discende che l'utente non è tenuto a pagare gli importi addebitati in fattura quando il gestore telefonico non sia in grado di vincere le contestazioni dell'utente relativamente ai dati esposti in fattura o nei tabulati telefonici.

Sul punto recentissima pronuncia di AGCOM, 8/18/CIR *“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. Conformemente a tale orientamento giurisprudenziale, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ha più volte ribadito, consolidando il proprio orientamento in merito, 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 n. 10/03/CIR). Ha inoltre precisato 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” (delibere n. 10/05/CIR, n. 85/09/CIR, n. 86/09/CIR, n. 23/10/CIR, n. 33/10/CIR). In relazione alla res controversa la società TIM S.p.A. in sede di udienza si è limitata a ribadire,*

*sic et simpliciter, la correttezza degli addebiti contestati, ma non ha fornito sufficiente documentazione, né ha prodotto elementi probatori attestanti la regolare e corretta gestione del cliente, né ha dimostrato di aver effettuato i controlli e gli accertamenti tecnici del caso, garantendo la sicurezza del sistema da possibili intrusioni esterne, in osservanza a quanto disposto dall'articolo 8, comma 6, della delibera n. 179/03/CSP. A fronte delle segnalazioni e delle richieste dell'utente, il gestore ha omesso di comunicare gli esiti degli eventuali controlli e accertamenti effettuati, limitandosi a produrre copia di un report attestante un volume di connessioni anomale generate nel mese di dicembre 2016. Al riguardo, la società TIM S.p.A. non ha fornito evidenza nel corso della presente procedura di una perizia tecnica attestante gli eventuali controlli di rete. Nel caso di specie, dunque, è possibile rilevare a carico dell'operatore la responsabilità in ordine alla scorretta gestione dell'utente, in quanto la società TIM S.p.A., non fornendo alcuna delucidazione in ordine agli importi contestati, non ha informato l'istante al fine di limitare il livello dei successivi consumi derivanti dall'uso del servizio oggetto del contratto".* In senso conforme anche Deliberazione Corecom Toscana 8/2018.

Ne consegue, pertanto, che il rischio di traffico anomalo e di furto di traffico rimangono a carico dell'operatore.

Merita quindi accoglimento la richiesta dell'utente di rimborso delle somme fatturate a titolo di traffico dati effettuati in *roaming*.

L'operatore dovrà quindi provvedere a stornare l'insoluto contestato della fattura 7X02908765, per un importo pari ad € 4.903,06 + iva.

### **3.2 Rimborso della penale per recesso anticipato.**

L'utente richiede inoltre il rimborso della penale di € 80,00 per recesso anticipato.

A tal fine deposita modifica delle condizioni contrattuali comunicata dal gestore in data 21.11.2017 con diritto di recesso entro il 15.1.2018.

Il recesso è stato avanzato in data 12.1.2018 con conseguente diritto dell'istante a recedere in esenzione spese.

In assenza di prove circa l'avvenuto pagamento della penale di recesso, si dispone che il gestore, previa verifica della situazione contabile, disponga lo storno e/o rimborso delle somme pretese a titolo di penale di recesso.

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

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, appare equo compensare le spese di procedura, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento adottato con delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti e delle difese svolte.

Per tutto quanto sopra esposto,

## **IL CORECOM LAZIO**

vista la relazione del responsabile del procedimento;

### **DELIBERA**

1. Accoglie parzialmente l'istanza dello Studio Ippoliti S. nei confronti della società TELECOM XXX.

2. La società TELECOM XXX è tenuta a provvedere alla ricostruzione della posizione contabile dell'istante, stornando dalla fattura n. 7X02908765 l'importo pari ad € 4.903,06 + iva.

3. La società TELECOM XXX, previa verifica della situazione contabile, è tenuta a stornare e/o rimborsare le somme pretese a titolo di penale di recesso.

4. La società TELECOM XXX, è tenuta, altresì, a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

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

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

7. Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sui siti *web* del Corecom e dell'Autorità ([www.agcom.it](http://www.agcom.it)).

Roma, li 10/09/2020

Il Presidente

Avv. Maria Cristina Cafini

Il Direttore

Ing. Vincenzo Ialongo

F.TO