

DELIBERA N. 5/2021

**BOXER S.R.L. / TIM SPA (KENA MOBILE)
(GU14/265469/2020)**

Il Corecom Emilia-Romagna

NELLA riunione del Corecom Emilia-Romagna del 18/02/2021;

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 delibera n. 339/18/CONS del 12 luglio 2018 recante “*Regolamento applicativo sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche tramite piattaforma Concilia-Web, ai sensi dell’articolo 3, comma 3, dell’Accordo Quadro del 20 novembre 2017 per l’esercizio delle funzioni delegate ai Corecom*”;

VISTA la l.r. 30 gennaio 2001, n. 1, recante Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (Co.Re. Com.);

VISTA la Convenzione per il conferimento della delega di funzioni ai Comitati regionali per le comunicazioni sottoscritta in data 28 dicembre 2017;

VISTO l'Accordo quadro sottoscritto il 28 novembre 2017 fra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative e delle regioni e delle Province autonome, prorogato con delibera n. 683/20/CONS recante “ Proroga dell'accordo quadro tra l'autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la conferenza delle regioni e province autonome e la conferenza dei presidenti delle assemblee legislative delle regioni e delle province autonome, concernente l'esercizio delle funzioni delegate ai comitati regionali per le comunicazioni e delle relative convenzioni”;

VISTA l'istanza di XXX del 08/04/2020 acquisita con protocollo n. 0156491 del 08/04/2020;

VISTA la relazione istruttoria della Responsabile del Servizio, dott.ssa Rita Filippini;

UDITA l'illustrazione svolta nella seduta del 18/02/2021;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

L'istante lamenta il seguente problema nei confronti di Tim X (di seguito Tim), dichiarando, nell'istanza introduttiva del procedimento (depositata in data 08/04/2020; l'udienza di conciliazione si è svolta in data 01/04/2020), quanto segue. Ha in essere un contratto con Tim relativo all'offerta “Tim Tutto Business 2.0” ed ha attivato sulla linea n. 335XXX852 il profilo tariffario “TIM Europa USA Plus”. Il giorno 25/02/2019 riceve la fattura n. 7X0XXXX337, la quale riporta un traffico roaming dati extra UE pari ad euro 38.176,80 oltre IVA. Ritene l'importo sia stato erroneamente addebitato per le seguenti ragioni: 1) esaurita la soglia di traffico dati compresa nel piano tariffario, Tim ha applicato una tariffa a consumo (30,00 €/Mb); l'operatore avrebbe invece dovuto sospendere il servizio, non avendo ricevuto alcuna autorizzazione espressa dal cliente alla fatturazione extra-bundle (messaggio di sblocco), secondo quanto previsto dall'art. 2 della delibera Agcom n. 326/10/CONS; 2) Tim ha anche violato i canoni legali di lealtà e buona fede contrattuale, non avendo adottato idonee misure precauzionali per salvaguardare gli interessi del cliente, di fronte ad un addebito di somme del tutto esorbitante rispetto ai consumi ordinari. L'istante, infine, allega agli atti successiva memoria di replica (09/06/2020) a quella depositata da Tim, nella quale contesta in toto le argomentazioni fornite da quest'ultimo a propria discolpa, riaffermando, in buona sostanza, il mancato rispetto delle regole di condotta prescritte dalla sopra richiamata delibera Agcom n. 326/10/CONS. Ciò premesso, l'istante chiede lo storno del traffico dati extra UE addebitato per euro 38.176,80 oltre IVA.

2. La posizione dell'operatore

Tim, con memoria in data 22/05/2020, in relazione alla vicenda in esame, eccepisce quanto segue: - il traffico è avvenuto nel mese di dicembre 2018 mentre l'istante si trovava al di fuori dell'UE (Dubai); - sulla linea 335XXX852 l'istante ha attiva una tariffa dedicata

a Europa e USA (cambio profilo a giugno 2018) e in un solo giorno, come si evince dal dettaglio del traffico, ha scaricato circa 1.2 Gb di dati al costo di 30€/Mb per complessivi euro 38.176,80 + iva; - l'istante è stato bloccato, come previsto dalla delibera 326/10/CONS, ed è stata altresì inviata una email al referente con notifica di alto traffico. - 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; - nel caso in esame, Tim ha provveduto correttamente a fatturare all'istante (oltre agli importi non oggetto di contestazioni quali canoni, telefonate, etc.) le connessioni dati in roaming extra UE effettivamente eseguite da chi ha utilizzato la sim n. 335XXX852 nel mese di dicembre 2018 mentre era all'estero e la legittimità della predetta fatturazione è emersa anche da successive analisi eseguite a scopo cautelativo da Tim, le quali hanno dimostrato che si trattava di traffico sano e quindi regolarmente consumato e registrato; tutti gli importi addebitati in bolletta corrispondono, infatti, in maniera inequivoca a connessioni regolarmente registrate dall'organo centrale di conteggio (inviato a parte istante e di cui si produce un estratto), 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); - ciò detto, è evidente che non può essere taciato di aver violato la delibera Agcom 326/2010/CONS, posto che tutti gli addebiti di traffico dati roaming sono stati fatturati conformemente con quanto previsto dalla citata normativa che, come noto, ha imposto agli operatori mobili l'adozione di sistemi di allerta efficaci, consistenti nella notifica, appunto, di un messaggio di allerta al terminale di telefonia mobile o altra apparecchiatura indicata a scelta dal cliente, tra cui almeno un SMS o un messaggio di posta elettronica nonché una finestra di "pop-up" sul computer, che informino l'utente del raggiungimento

della soglia di consumo per traffico dati; - ciò, come confermato anche nel riscontro fornito da Tim in data 15/10/2019, è avvenuto nel caso di specie; - ciò esposto, risulta evidente la fragilità delle contestazioni avanzate ex adverso circa l'asserita violazione sia della Delibera 326/10/CONS, sia del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto di fornitura. Evidenzia poi come controparte sapeva di non avere un'offerta attiva per il traffico dati che avrebbe generato al di fuori dell'UE, dato che nel mese di giugno 2018 aveva cambiato il profilo tariffario, così come sapeva quale sarebbe stata la tariffa a consumo applicata da Tim, avendo, con la firma del contratto, dichiarato di accettare le condizioni economiche del Profilo TIM Europa Usa plus. Evidenzia altresì come, quindi, non possa certo essere tacciata Tim di violazione del dovere di buona fede o, ancor meno, di non aver rispettato la Delibera 326, quando è stato lo stesso utente a tenere un comportamento negligente, non essendosi preoccupato prima di partire di attivare apposite offerte, anche perché la circostanza che l'utilizzo di uno smartphone all'estero possa comportare costi maggiori rientra nel bagaglio di conoscenza dell'uomo medio. Precisa infatti, a conferma di ciò, come l'utente abbia comunque inviato il messaggio di sblocco a Tim, continuando così con la navigazione. Richiama, in punto di diritto, 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”. Precisa come la giurisprudenza maggioritaria e la dottrina siano concordi nel ritenere che il comportamento omissivo del danneggiato rilevante ai fini del citato articolo non è solo quello tenuto in violazione di una norma di legge, ma più genericamente in violazione delle regole di diligenza e correttezza. Precisa altresì che, laddove l'operatore non avesse posto in essere alcuna azione informativa nei confronti dell'utente, quest'ultimo avrebbe avuto il diritto pieno a vedersi riconosciuto lo storno totale degli addebiti contestati, ma che così non è stato dato che Tim ha pienamente adempiuto ai suoi obblighi informativi e l'utente ha volontariamente scelto di continuare a connettersi pur sapendo che il traffico dati sarebbe stato fatturato a consumo. Conclusivamente, ribadisce di avere fornito all'utilizzatore tutti gli strumenti per conoscere i costi del traffico, invitandolo anche a contattare il “191”.

3. Motivazione della decisione

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, la richiesta formulata dalla parte può essere accolta, come di seguito precisato. La presente controversia è ascrivibile al fenomeno del cd. bill shock, ossia di addebiti particolarmente elevati a causa di consumi inconsapevoli da parte dell'utente, in particolare in relazione a traffico generato in roaming internazionale. La materia è stata oggetto di rilevanti interventi normativi (regolamenti Ce n. 717/07 e n. 544/09, delibere Agcom n. 696/09/CONS e n. 326/10/CONS). Tuttavia, la previsione e l'implementazione di un sistema volto a tutelare i consumatori dalla generazione inconsapevole di traffico dati per importi rilevanti e/o anomali rappresenta un comportamento a cui gli operatori erano tenuti anche prima ed a prescindere dalle disposizioni normative sopra citate, in virtù dello specifico dovere di diligenza professionale imposto agli operatori in quanto “professionisti” ai sensi del codice del consumo. In settori come quello degli organismi di telecomunicazione può affermarsi l'esistenza di una “posizione di garanzia” o “dovere di protezione” del professionista nei confronti dell'utente, inteso come standard di diligenza particolarmente elevato e qualificato. In linea generale deve ricordarsi che, in caso di rituale contestazione

del traffico ritenuto anomalo, l'operatore deve fornire prova della sua debenza, dato che la bolletta telefonica, in caso di contestazione, perde qualsiasi efficacia probatoria. Inoltre, l'operatore deve dimostrare di aver adottato tutte le misure necessarie al controllo del traffico, sotto un duplice profilo: quello della protezione della rete e quello di avviso all'utente in caso di traffico anomalo, anche con l'attivazione di sistemi di blocco del servizio. In mancanza di tali riscontri probatori da parte dell'operatore, la pretesa creditoria deve ritenersi non giustificata, con conseguente diritto dell'utente allo storno degli importi fatturati. Ciò premesso, nel merito della fattispecie in esame, deve rilevarsi quanto segue. Ai sensi dell'art. 2, commi 1-4, della delibera n. 326/10/CONS, recante "Misure di tutela degli utenti dei servizi di comunicazione mobili e personali": "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." Tali disposizioni, volte, da un canto, a garantire il corretto funzionamento del mercato nello specifico settore delle comunicazioni elettroniche e 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 vigente in materia di contratti. Restano, pertanto, 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). 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. Ebbene, rispetto agli adempimenti di cui all'art. 2, commi 1-4, della succitata delibera n. 326/10/CONS, posti in capo all'operatore, e a riprova di quanto invece sostenuto in memoria, Tim (certamente consapevole della difformità del traffico dati rispetto al traffico medio prodotto dalla stessa utenza nei periodi precedenti) non ha, in realtà, depositato nulla. In particolare, alla luce della documentazione in atti: a) l'istante non risulta essere stato avvisato dell'imminente raggiungimento della soglia di traffico contrattuale, né del sistema di tariffazione applicato dall'operatore oltre la predetta soglia; b) la connessione dati non risulta essere stata interrotta prontamente al superamento della soglia contrattuale, come dimostrato dai dati di consumo posti a base della fattura contestata; c) nessun avviso risulta essere stato fornito all'utente al momento del superamento della soglia di traffico contrattuale; d) l'operatore risulta avere mantenuto attiva la connessione dati nonostante il fatto che l'istante non avesse, da quanto risulta, mai espresso il proprio consenso all'applicazione del piano tariffario a consumo. Ne consegue, stante, come detto, l'assenza di qualsivoglia prova contraria fornita al riguardo da Tim, che quest'ultimo è tenuto allo storno dell'importo contestato, prodotto da traffico roaming dati extra UE ed ammontante, complessivamente, ad euro 38.176,80 + iva (come da fattura n. 7X0XXXX337 emessa in data 14/02/2019, allegata agli atti) (ex multis, delibere Corecom E-R nn. 102/2019 e 60/2019, delibera DL/049/18/CRL/UD del 31/05/2018).

Per questi motivi il Corecom all'unanimità

DELIBERA

1. Accoglie l'istanza di XXX nei confronti di Tim X per le motivazioni di cui in premessa.

2. Tim X è tenuto a stornare l'importo contestato, pari ad euro 38.176,80 + iva, presente nella fattura n. 7X0XXXX337, emessa in data 14/02/2019.

3. Tim X è tenuto a comunicare a questo Ufficio l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

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.

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.

Bologna, 18/02/2021

Firmato digitalmente

IL PRESIDENTE

Stefano Cuppi