AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI
AGCOM

DELIBERA N. 006/2021/CRL/UD del 26/02/2021

NOVENERGIA ITALIA XXX / TIM XXX (KENA MOBILE)
(GU14/291331/2020)

Il Corecom Lazio

NELLA riunione del 26/02/2021;

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;

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. 347/18/CONS, del 18 luglio 2018, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori”, di seguito "Regolamento Indennizzi";

VISTA l’istanza di NOVENERGIA ITALIA XXX del 12/06/2020 acquisita con protocollo n. 0252844 del 12/06/2020;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante ha lamentato nei confronti dell’operatore TELECOM XXX: “In data 29 luglio 2019 Novenergia Italia XXX ("Novenergia") ha sottoscritto con TIM XXX (“TIM”) il contratto n. 8880107xxxx7, denominato “TIM Business - MultiBusiness”, con profilo tariffario “TIM Senza limiti” e con opzione “Roaming Mondo Full” (“Contratto”). Al Contratto è connessa una linea in abbonamento a cui è assegnato il numero 331673xxx3 ed è concessa in uso all’Ing. G. Borgia, dipendente di Novenergia. In data 21 ottobre 2019 alle ore 18 l’Ing. Borgia è atterrato in Egitto ove è rimasto fino al giorno 24 ottobre 2019 alle ore 21.40 quando si è imbarcato per l’Uganda (Entebbe), facendo scalo a Kingali (Ruanda). Durante il soggiorno in Egitto e segnatamente a far data dal 21 ottobre 2019, l’Ing. Borgia ha ricevuto una serie di messaggi di testo da TIM con i quali gli veniva comunicato il raggiungimento della soglia dati prevista dal Contratto ma non gli veniva indicata alcuna tariffa che sarebbe stata applicata al superamento della soglia facendo genericamente riferimento alle tariffe da consultare chiamando il numero telefonico info191. Il 25 ottobre 2019, intorno alle ore 14 circa, il servizio clienti TIM ha contattato l’Ing. Lorenzo Cicolani, indicato quale referente di Novenergia nel Contratto e dipendente della stessa, per informarlo dell’anomalia del traffico e dell’ammontare di circa 90.000 Euro (!) contabilizzato in ragione del traffico dati in roaming consumato dall’utenza 331673xxx3. Alle ore 14:38 del medesimo giorno l’Ing. Borgia riceveva un messaggio del seguente tenore: “Gentile Cliente, abbiamo rilevato traffico anomalo sulla sua SIM, che per sua tutela è stata bloccata. La preghiamo di contattare il 191”. Non possiamo sottacere il completo stupore e shock della nostra società Novenergia per l’importo indicato e soprattutto ci chiediamo come sia stato possibile che la nostra società non sia stata avvertita prima, ma soltanto dopo molti giorni e mediante una comunicazione informale al raggiungimento di una cifra a dir poco esorbitante, maggiore di ben 1.800 volte il canone che mensilmente viene corrisposta a TIM ai sensi del citato contratto (Euro 50,00). Non vi è dubbio che un comportamento di tal genere da un operatore telefonico professionale come TIM appare contrario ai minimi canoni di buona fede che impongono il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra parte contrattuale, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge e regolamenti. La controversia può essere inquadrata nel fenomeno del cd. "bill shock" ed il comportamento di TIM appare in palese violazione della una puntuale e

rigorosa disciplina nella Delibera 326/10/CONS (la "Delibera") dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazione ("Agcom"). Il comportamento di TIM appare contrario alla normativa applicabile sotto molteciplì aspetti: (i) violazione della normativa sulla trasparenza tariffaria, non avendo TIM indicato le eventuali tariffe applicabili al superamento della soglia, ma anvedo genericamente fatto riferimento alla possibilità di chiamare l'operatore telefonici e, tra gli altri, (ii) violazione dei principi di buona fede nella misura in cui TIM ha sospeso l'erogazione dei servizi solo al raggiungimento di una soglia economica di utilizzo dati estramemente elevata, procedendo poi con una fatturazione abonorme rispetto al traffico dati roaming internazionale contrattualizzato dall'utente. Intervenuta in più occasioni in questa materia, che dal 2010 trova una puntuale e rigorosa disciplina nella Delibera 326/10/CONS, Agcom ha innanzi tutto ribadito la centralità dei doveri di corretta e completa informativa dell'utente incombenti sui gestori ai sensi dell'art. 4 Del. A.G.Com. 179/03/CSP, nonché i principi generali stabiliti dagli artt. 1175, 1375 e 1176, comma 2, c.c., in materia di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto e in materia di diligenza nell'adempimento delle obbligazioni, così come interpretati dalla Corte di Cassazione. In particolare, Agcom, richiamato quanto enunciato dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. 5240/2004; Cass. 14605/2004; Cass. 18947/2005) in materia di buona fede nell'esecuzione del contratto (quale "generale obbligo di solidarietà … che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere extracontrattuale del neminem laedere, trovando tale impegno solidaristico il suo limite precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico"), ha stabilito che l'operatore professionale, nell'esecuzione della prestazione avente ad oggetto la fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche, ogni qualvolta si trovi a rilevare un addebito di somme al cliente particolarmente esorbitante tale, cioè, da risultare incompatibile con ogni canone di tipicità sociale ed incompatibile finanche con le soglie di spesa proprie dell'utenza per esso più profittevole, quale quella business, è chiamato a tenere un comportamento leale e deve considerarsi, quindi, tenuto ad adottare tutte le misure precauzionali necessarie per la salvaguardia dell'interesse non solo proprio (nel caso di utilizzo del servizio per fini fraudolenti), ma anche della controparte, nei limiti in cui esse non comportino un apprezzabile sacrificio a proprio carico. A tale riguardo, emerge in tutta chiarezza la mancata segnalazione da parte di TIM all'utente delle conseguenze economiche derivanti dal superamento della soglia contrattuale ed in particolare l'indicazione della tariffa e del relativo prezzo al superamento del plafond, come previsto dall'art. 2 della art. 2 della Del. A.G.Com. 326/10/CONS".

2. La posizione dell'operatore

Il gestore si costituiva nel procedimento evidenziando la correttezza de proprio operato. Specificava: "Parte istante lamenta il presunto illegittimo addebito di importi

per il traffico dati roaming internazionale nella fattura n. 6 del 2019. L'esponente società reputa opportuno fornire le seguenti considerazioni nel merito della vicenda controversa, anche alla luce delle verifiche effettuate all'interno dei propri sistemi. Parte istante omette di considerare che TIM con un primo alert del 21 ottobre 2019 alle ore 19:56 comunicava al cliente l'imminente termine dei bundel dati roaming e che sarebbero rimasti a sua disposizione soltanto 90 MB sino alla fine del mese per poter usufruire del servizio internet Al raggiungimento di tale soglia (90 MG) in data 21 ottobre 2019 alle ore 20:23 veniva inviato al cliente un secondo sms con il quale Tim comunicava quanto segue "hai terminato il bundle dati roaming (…) In assenza di altre offerte sino a fine mese navighi alla tariffa base". Lo stesso è avvenuto con riferimento al superamento della soglia dati all'estero. Dapprima TIM comunicava l'imminente superamento della predetta soglia (si veda sms del 21 ottobre 2019 alle ore 22:39) e successivamente ne confermava l'avvenuto superamento, comunicando al cliente in data 22 ottobre 2019 alle ore 16:36 la possibilità di evitare il blocco inviando un sms contenente la dicitura "DATI ESTERO ON". Ed infatti in data 22 ottobre 2019 sempre alle ore 16:36 il cliente autorizzava l'operatore al proseguimento della fornitura del servizio dati mobile ed usufruiva regolarmente del servizio richiesto. Infine, dalla schermata contente lo storico degli alert risulta un'ultima comunicazione del 22 ottobre 2019 alle ore 16:37 con la quale TIM informava il cliente dell'autorizzazione ricevuta. Come detto, il raggiungimento della soglia massima di traffico dati roaming internazionale veniva comunicato per ben quattro volte ed a seguito degli avvisi ricevuti l'istante ha esplicitamente manifestato la volontà di continuare ad usufruire del servizio, senza richiedere l'interruzione della fornitura della linea dati roaming internazionale. Tali circostanze, relative al regolare ricevimento delle comunicazioni tramite sms ed alla richiesta dell'utente di continuare ad usufruire del servizio, sono state confermate dallo stesso proponente nella descrizione dei fatti di cui al formulario dell'istanza di definizione. Ed infatti è l'istante stesso che afferma che "Durante il soggiorno in Egitto e segnatamente a far data dal 21 ottobre 2019, l'Ing. Borgia ha ricevuto una serie di messaggi di testo da TIM con i quali gli veniva comunicato il raggiungimento della soglia dati prevista dal Contratto". Dunque, le richieste dell'istante sono infondate e certamente dovranno essere inesorabilmente rigettate". Alla luce di quanto sopra esposto e considerata la legittimità degli importi addebitati per il traffico dati roaming non v'è ragione alcuna per stornare la fattura n. 6 del 2019, come invece richiesto da controparte. Peraltro, parte istante pur richiedendo lo storno integrale della suddetta fattura, contesta esclusivamente gli importi addebitati per il traffico dati roaming, ammettendo nella descrizione dei fatti di cui al formulario dell'istanza di definizione che non tutti gli addebiti sarebbero comunque da ritenersi non dovuti. Come si evince dalla comunicazione inoltrata da controparte all'operatore in data 23 gennaio 2020 e depositata nel fascicolo documentale l'istante afferma quanto segue "abbiamo provveduto a pagare parzialmente la fattura n. 6 del 2019 per l'importo di euro 3.458,83 da noi non contestato". A nulla rileva la circostanza che parte istante, con bonifico effettuato a favore di TIM in data 22 gennaio 2020, abbia pagato parzialmente la fattura n. 6 del 2019, in quanto la cifra bonificata è stata arbitrariamente quantificata dalla società medesima. A tal proposito, l'operatore ritiene opportuno rammentare che

l'istante è in ogni caso tenuto a corrispondere a TIM gli importi fatturati per i servizi non contestati in questa sede, la cui quantificazione non può certamente essere effettuata unilateralmente dalla società istante. Nessuna delle domande avversarie risulta, pertanto, meritevole di accoglimento.

3. Motivazione della decisione

Le richieste avanzate dalla parte istante vengono accolte nei limiti che seguono. 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, nonchè 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, che non ha fornito la documentazione di

dettaglio del traffico dati, oggetto di contestazione, non ha consentito la tracciabilità del consenso dell'utente allo sblocco della soglia del traffico dati. Analizzando la documentazione prodotta dal gestore, difatti, è emerso che l'operatore non abbia 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 (" TIM: Gentile Cliente, la informiamo che è vicino alla soglia massima di spesa dato all'estero. Per non essere bloccato invii SMS 'DATI ESTERO ON' al 40916") non forniva 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). Gli screenshot dei testi dei messaggi inviati al cliente, difatti, non soddisfano i requisiti di cui alla normativa comunitaria, nazionale ed AGCOM citata, quali il passaggio ad eventuale altra tariffa, ed il relativo prezzo. 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. Non solo. Gli assunti sms di ALERT, unitamente a quelli di sblocco dell'utente, sarebbero stati inviati/ricevuti attraverso il numero TELECOM dedicato "40916". Vi è, però, che non essendo stato allegato il dettaglio del traffico da parte del gestore, è impedita la verifica dell'effettivo invio dell'sms di "sblocco" da parte dell'istante. 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. Tali dati non risultano assolvere 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, al pari della fattura, si limitano 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 all'autorizzazione allo sblocco del traffico, 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 vi è prova dell'effettivo invio degli sms di sblocco; perché l'sms informativo era privo dei requisiti informativi prescritti; 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 più di venti 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 XXX 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 XXX 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 XXX, 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 fatturare a titolo di traffico telefonico, traffico dati e messaggistica, effettuati in roaming. L'operatore dovrà quindi provvedere alla ricostruzione della posizione contabile dell'utente, stornando dalla fattura n. 7X04559186 del 15.11.2019 l'importo di € 92.609,92 + iva. E' dovuta dall'istante, la rimanente somma portata dalla fattura.

DELIBERA

Articolo 1

1. La società TELECOM SpA è tenuta a provvedere alla ricostruzione della posizione contabile dell'istante stornando dalla fattura n. 7X04559186, del 15.11.2019, l'importo di € 92.609,92 + iva. E' dovuta dall'istante la rimanente somma portata dalla fattura.

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.

Roma, 26/02/2021

LA PRESIDENTE

Avv. Maria Cristina Cafini

Il Dirigente

Dott. Roberto Rizzi F.TO