

**ATTI 1.21.1 2012/1567/GU14**

**IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI**

**Deliberazione n. 6 del 31 marzo 2014**

Sono presenti i componenti del Comitato:

<b>ZANELLA</b>	Federica	Presidente	
<b>BOSCAGLI</b>	Giulio	Vice Presidente	
<b>SAVOINI</b>	Gianluca	Vice Presidente	<i>assente giustificato</i>
<b>BORELLA</b>	Diego		<i>assente giustificato</i>
<b>ROLANDO</b>	Stefano		

Oggetto: Definizione della controversia XXX/Telecom Italia XXX

---

La struttura proponente:

Il Dirigente Ufficio per il Co.Re.Com.

---

## IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

VISTA la L. 31 luglio 1997, n. 249, *Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*, in particolare l'art. 1, comma 6, lettera a), n. 14;

VISTA la L. 14 novembre 1995, n. 481, *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*;

VISTO il D. Lgs. 1 agosto 2003, n. 259, *Codice delle comunicazioni elettroniche*, e in particolare l'art. 84;

VISTA la l.r. 28 ottobre 2003, n. 20, *Istituzione del Comitato regionale per le comunicazioni*, in particolare l'art. 10;

VISTA la deliberazione di Comitato del 28 ottobre 2004, n. 5 *Approvazione del regolamento interno del Comitato regionale per le Comunicazioni della Lombardia*;

VISTA la deliberazione A.G.Com. 173/07/CONS, *Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti* (d'ora in avanti Regolamento);

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 4 dicembre 2008;

VISTA la Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Regione Lombardia e il Comitato regionale per le comunicazioni della Lombardia in data 16 dicembre 2009, e in particolare l'art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la deliberazione A.G.Com. 179/03/CSP, *Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni*;

VISTA la deliberazione A.G.Com. 73/11/CONS, *Approvazione del regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori e individuazione delle fattispecie di indennizzo automatico ai sensi dell'articolo 2, comma 12, lett. g), della legge 14 novembre 1995, n. 481*;

VISTA l'istanza presentata in data 21 marzo 2012, con cui la società XXX ha chiesto l'intervento del Co.Re.Com. Lombardia per la definizione della controversia in essere con la società Telecom Italia XXX ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento;

VISTE le note del 26 marzo 2012 e del 18 giugno 2012, con le quali il funzionario responsabile del procedimento ha comunicato alle parti, ai sensi degli artt. 15 e 16 del Regolamento, l'avvio di un procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della deferita

controversia, e ha invitato le parti a presentarsi all'udienza per la discussione della stessa fissata per il 4 luglio 2012, poi rinviata;

VISTA la nota del 14 febbraio 2013 di convocazione all'udienza di discussione fissata per il 13 marzo 2013;

VISTO il verbale della suindicata udienza del 13 marzo 2013;

VISTA la richiesta di integrazione istruttoria in data 19 febbraio 2014;

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

VISTA la proposta di decisione del dirigente dell'Ufficio ai sensi dell'art. 19 del *Regolamento*;

CONSIDERATO quanto segue:

### **Oggetto e svolgimento della controversia**

In data 5.10.2011 XXX presentava al Co.Re.Com. istanza per l'esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione nei confronti di Telecom in ordine alle utenze XXX e XXX, relativamente al contratto n. 888000812702, avente ad oggetto traffico non riconosciuto, precisando che *"In seguito ad un addebito nella fattura di febbraio/marzo abbiamo richiesto dati roaming più volte ma non li abbiamo mai ricevuti. Alla seconda fattura con dati roaming e addebito molto elevato abbiamo fatto una nuova richiesta. Abbiamo ricevuto documentazione con moltissime telefonate che non riconosciamo"* e indicando, nella parte relativa alle richieste, *"Controllo delle spese roaming", dati che a noi non risultano. Presunte clonazioni per molto traffico non riconosciuto"*. All'istanza di conciliazione l'utente allegava copia delle fatture contestate e del traffico telefonico relativo al periodo giugno-luglio 2011.

In data 19.3.2012 si svolgeva l'udienza di conciliazione tra XXX. e Telecom che si concludeva con il mancato accordo.

In data 21.3.2012 XXX presentava istanza di definizione amministrativa della controversia nei confronti di Telecom in relazione alle predette utenze *business* di telefonia mobile per *"Traffico non riconosciuto"*, precisando nella descrizione dei fatti *"Telefonate e dati roaming non riconosciuti"* e chiedendo *"Rimborso delle spese addebitate per telefonate e roaming non riconosciuti"*.

In data 26.3.2012 l'Ufficio per il Co.Re.Com. comunicava alle parti l'avvio del procedimento.

In data 26.4.2012 Telecom inoltrava la sua memoria ai sensi dell'art. 16 del *Regolamento*, in cui confermava *"La correttezza della propria fatturazione"*, precisando che *"Le utenze radiomobili GSM non sono clonabili, come ipotizzato da parte istante, e che il Cliente avrebbe potuto evitare o, quanto meno, contenere maggiormente la spesa relativa al traffico dati roaming qualora avesse richiesto l'applicazione di una soglia di traffico dati roaming, come precisato nella sezione comunicazioni al cliente del conto 3/2010"*, e allegando la fattura del 3° bimestre 2010, relativa al periodo di fatturazione 1.2.2010-31.3.2010, dell'importo complessivo di €367,38 di cui €100,00 a titolo di canone

anticipato bimestrale del profilo tariffario "Tutto compreso professional 60" del bimestre maggio/giugno, € 150,00 a titolo di canone anticipato bimestrale del profilo tariffario "Tutto compreso professional 90" del bimestre maggio/giugno, €12,95 per traffico telefonico compreso nel periodo 1.2.2010-31.3.2010, €51,64 di tassa di concessione governativa ed €52,62 di iva in addebito.

Nella predetta fattura risulta indicato a pag. 4: *"Dal 1° luglio contenimento della spesa per il traffico dati in roaming: la informiamo che, a partire dal 1° luglio 2010, in linea con quanto previsto dal Regolamento dell'Unione Europea del 18 giugno 2009 sul traffico in roaming, Telecom Italia ha previsto l'introduzione di un tetto massimo di spesa per il traffico dati nei paesi dell'area UE finalizzato a garantirle un maggiore controllo della spesa. In considerazione delle esigenze di consumo medio della clientela, la soglia mensile che Telecom propone alla propria clientela business è di €. 200,00. Raggiunta tale soglia di spesa il traffico dati per quello stesso mese verrà terminato. Al fine di garantirle il monitoraggio dei consumi e la continuità del servizio, Telecom Italia le invierà gratuitamente un sms di avviso al raggiungimento della spesa di €. 120,00 (pari al 60% di tale tetto massimo), rispondendo al quale potrà continuare ad effettuare traffico dati senza limiti. In caso di sua mancata risposta via sms, il traffico dati terminerà al raggiungimento del limite massimo indicato e potrà riprendere la connessione a partire dal mese successivo. Le segnaliamo che la soglia di spesa si applicherà anche nel caso in cui lei abbia aderito ad uno specifico profilo di offerta dati roaming con contributo mensile prefissato. In tal caso, la soglia di spesa si applicherà sul traffico eccedente il contributo mensile prefissato. Nel caso lei abbia necessità di impostare un limite di spesa differente, potrà farlo chiamando direttamente in qualsiasi momento il servizio di assistenza clienti, comunicando il nuovo importo desiderato. Potrà scegliere l'importo soglia previsto dal Regolamento UE, pari ad €. 50,00 (i.e.), oppure quello di €. 100,00 o €. 500,00 (i.e.). Le ricordiamo che in mancanza di una sua diversa comunicazione le sarà applicato il tetto massimo di spesa di €. 200,00 (i.e.). Regolamento UE n. 544/2009 che modifica il Regolamento n. 717/2007".*

In data 18.6.2012 l'Ufficio comunicava alle parti la data dell'udienza di discussione per il giorno 4.7.2012, che veniva rinviata a data da destinarsi per consentire a XXX. di esaminare la memoria presentata da Telecom Italia XXX.

In data 14.2.2013 l'Ufficio convocava le parti all'udienza di discussione per il giorno 13.3.2013.

Dal verbale dell'udienza del 13.3.2013, cui non prendeva parte l'utente, risulta che Telecom Italia XXX *"Si richiama alla propria memoria del 27.4.2012 e alla nota tecnica che deposita in data odierna. Fa presente altresì che dall'esame delle fatture che espongono il traffico dati roaming oggetto di contestazioni, che vengono prodotte all'odierna udienza, non parrebbe essere neanche raggiunta la soglia di traffico prevista dalla Delibera A.G.Com. n. 326/10/CONS per l'invio del messaggio di allerta. Precisa altresì che in relazione al conto n. 6/2011 parzialmente compensato con il conto n. 1/2012 residua un insoluto pari ad €. 254,79".*

In data 14.3.2013 l'Ufficio acquisiva la copia delle fatture relative al 3° e al 5° bimestre del 2011 unitamente alla copia dei dati di traffico telefonico relativi al periodo giugno-luglio 2011, documentazione depositata in sede di istanza di conciliazione, trasmessa dall'Ufficio alle parti per il tramite di posta elettronica.

In data 19.2.2014 l'Ufficio, in sede di integrazione istruttoria ai sensi dell'art. 18 del *Regolamento*, chiedeva all'utente e/o all'operatore di fornire "1. La copia del contratto e/o del profilo tariffario applicato alle utenze in oggetto unitamente alla specificazione delle voci di costo; 2. La copia integrale di tutte le fatture emesse nel 2011 e nel 2012 da Telecom relativamente al contratto n. 888000812702 con l'indicazione di eventuali insoluti a carico dell'utente".

Telecom trasmetteva la documentazione richiesta e, in particolare, la copia della proposta di adesione contrattuale sottoscritta dall'utente in data 27.10.2007, dalla quale si evince che all'utenza XXX risultava abbinato il piano tariffario "*Tutto compreso Professional 60*" (c.d. TCP 60) e all'utenza XXX risultava abbinato il piano tariffario "*Tutto compreso Professional 90*" (c.d. TCP 90), entrambi i casi comprendevano il noleggio di un apposito terminale.

Dalla tabella allegata alla proposta di adesione emerge che il profilo tariffario "*TCP 60*" prevedeva un canone di abbonamento mensile di € 50,00 iva esclusa, comprendente: chiamate nazionali verso fissi e mobile fino a 600 minuti al mese; traffico dati fino a 600Mb al mese; traffico sms verso tutti gli operatori, originato in territorio nazionale, fino a 200 sms al mese, senza costi per scatto alla risposta.

Inoltre, il profilo tariffario "*TCP 90*" prevedeva un canone di abbonamento mensile di € 75,00, iva esclusa, comprendente: chiamate nazionali verso fissi e mobile fino a 900 minuti al mese; traffico dati fino a 900Mb al mese; traffico sms verso tutti gli operatori non TIM, originato in territorio nazionale, fino a 200 sms al mese, e fino a 700 sms al mese verso le utenze TIM, senza costi per scatto alla risposta.

Dalle fatture acquisite risulta, in particolare, che:

- La fattura del 3° bimestre 2011, relativa al periodo di fatturazione 1.2.2011-30.3.2011, dell'importo complessivo di € 660,70 prevedeva € 14,27 per *roaming* fonia ed € 205,96 per *roaming* dati;
- La fattura del 5° bimestre 2011, relativa al periodo di fatturazione 1.6.2011-31.7.2011, dell'importo complessivo di € 708,69 prevedeva € 33,62 per *roaming* fonia ed € 232,78 per *roaming* dati;
- La fattura del 6° bimestre 2011, relativa al periodo di fatturazione 1.8.2011-30.9.2011, dell'importo complessivo di € 709,00 prevedeva € 186,47 per *roaming* fonia ed € 2,90 per *roaming* dati;

Dal prospetto della situazione contabile-amministrativa dell'utente, allegata da Telecom, risultano i pagamenti completi dei bimestri 1°, 2°, 3°, 4°, 5° del 2011 e del 5° del 2012; la fattura di € 709,00 relativa al 6° bimestre del 2011, risultava parzialmente coperta con la fattura, a credito per l'utente, relativa al 1° bimestre del 2012 di € 454,21, residuando uno scoperto per € 140,70.

Inoltre Telecom trasmetteva nuovamente la comunicazione di posta elettronica datata 18.2.2013, intervenuta tra addetti della stessa Telecom, acquisita all'udienza del 13.3.2013, dalla quale risulta che "*Telecom Italia dal 2005 ad oggi commercializza sim card che adottano sistemi di sicurezza ad elevata tutela della non clonabilità. Per poter clonare una sim card è necessario estrarre i parametri di autenticazione contenuti nella stessa in file nascosti, cifrati e criptati. Per estrarre questi parametri è necessario violare l'algoritmo di cifratura che protegge l'estrazione di IMSI, Ki e OPC, oltre a bypassare il*

*sistema operativo della sim predisposto per evitare attacchi di brute force. Ad oggi l'algoritmo di cifratura è il Millenage che non ci risulta sia mai stato violato...".*

## **Motivi della decisione**

Premesso che la Del. A.G.Com. 276/13/CONS, *Linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche*, prevede, al punto III.1.2., *Contenuto e qualificazione delle istanze*, che *"il contenuto delle singole richieste di parte può essere interpretato in maniera più sfumata, in considerazione del fatto che la pronuncia di definizione è in ogni caso a contenuto vincolato, poiché prevede esclusivamente la possibilità di condannare l'operatore al rimborso (o storno) di somme non dovute e alla liquidazione degli indennizzi. Pertanto, in un'ottica di tutela dei contraenti più deboli e nel rispetto delle finalità delle procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie, le istanze inesatte, ogni qualvolta sia possibile, devono essere interpretate secondo il loro significato più logico e più pertinente rispetto alla questione da esaminare"*.

Dall'esame dell'istanza presentata da XXX emerge che la presente controversia ha ad oggetto la contestazione di traffico telefonico e traffico dati in *roaming*, non riconosciuti dall'utente, con la conseguente richiesta di rimborso delle somme già pagate dal medesimo in favore di Telecom, fermo restando che la controversia non attiene specificamente all'eventuale clonazione delle *usim* ma alla legittimità o meno del traffico telefonico e del traffico dati effettuati in *roaming* e addebitati all'utente, il quale ha contestato entrambi sin dall'istanza di conciliazione.

Pertanto, l'oggetto della richiesta di definizione è lo stesso già sottoposto al tentativo di conciliazione, atteso che si tratta della stessa *causa petendi*, questione originata da un unico fatto/inadempimento, così come stabilito dalla Del. A.G.Com. 276/13/CONS.

Quindi, è ragionevole ritenere che l'accertamento debba riguardare le fatture relative ai bimestri 3° e 5°, contestati espressamente dall'utente, mentre il 6° bimestre del 2011, non contestato, sebbene riportante traffico telefonico in *roaming* per € 186,47 oltre iva e traffico dati in *roaming* per € 2,90 oltre iva, risulta per le predette somme compensato dalla fattura relativa al 1° bimestre del 2012.

In ambito regolamentare, la Del. A.G.Com. 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 comunicazione elettronica.

Con Del. 96/07/CONS l'Autorità ha poi attuato le disposizioni della L. 2 aprile 2007 n. 40, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, recante misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese*, 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.

Ed ancora, con Del. 126/07/CONS l'A.G.Com. 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.

Pertanto, in virtù dell'articolo 3, comma 6, Del. A.G.Com. 126/07/CONS, in caso di offerte che prevedano la possibilità di fruire di una determinata quantità di servizi, in termini di tempo o di volume, per un certo periodo di tempo ad un prezzo predefinito, l'operatore deve fornire idoneo preavviso all'utente circa l'imminente raggiungimento del limite prestabilito e un'adeguata informativa sulla conseguente fatturazione aggiuntiva in caso di superamento del predetto limite.

In mancanza di tali comunicazioni, gli importi addebitati all'utente con fatturazione "a consumo" per servizi fruiti *extra-soglia*, devono essere interamente stornati o rimborsati all'utente (Del. A.G.Com. 79/10/CIR).

Tutte queste disposizioni sono volte a tutelare gli utenti dal compimento di scelte inconsapevoli con la previsione di specifici obblighi di trasparenza in capo agli operatori e 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 c.c., 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.

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 (derivante soprattutto dall'art. 2 Cost.) 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. 5240/2004; *ex plurimis*, Cass. 14605/2004). Il principio mette capo, quindi, 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 Cost. 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. 18947/2005).

Pertanto, si deve osservare che l'operatore professionale, nella 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.

Pertanto, alla luce delle fatture relative ai bimestri 3° di € 660,70 e 5° di € 708,69 del 2011, che risultano di gran lunga di importi più elevati rispetto alle fatture precedenti (3° bimestre del 2010 di € 367,38; 1° bimestre del 2011 di € 378,58; 2° bimestre del 2011 di € 458,51, 4° bimestre del 2011 di €454,06), si deve ragionevolmente ritenere che Telecom avesse l'onere di informare tempestivamente l'utente al fine di evitare di incorrere in addebiti di somme esorbitanti (sul punto, Del. A.G.Com. 13/11/CIR).

In ordine alle misure precauzionali, nella sua memoria del 26.4.2012, oltre a confermare la correttezza della fatturazione, Telecom ritiene che *“Il Cliente avrebbe potuto evitare o, quanto meno, contenere maggiormente la spesa relativa al traffico dati roaming qualora avesse richiesto l'applicazione di una soglia di traffico dati roaming, come precisato nella sezione comunicazioni al cliente del conto 3/2010”*.

La predetta comunicazione allegata alla fattura del 3° bimestre del 2010, della cui ricezione comunque l'operatore non ha dato dimostrazione, ad avviso dell'operatore, sarebbe *“In linea con quanto previsto dal Regolamento dell'Unione Europea del 18 giugno 2009 sul traffico in roaming”*.

In realtà, il Regolamento UE 544/2009, all'articolo 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)”*.

Con la predetta comunicazione Telecom introduceva una modifica contrattuale, ponendo a carico dell'utente, in caso di mancata sua diversa comunicazione, non il limite *standard* di spesa per il traffico dati nei paesi dell'area UE pari ad € 50,00 (dove i.e. sta per iva esclusa), costituente il *“Limite standard di spesa”* ai sensi del Regolamento UE 544/2009 ma *“In mancanza di una sua diversa comunicazione le sarà applicato il tetto massimo di spesa di €. 200,00 (i.e.)”*, stabilito unilateralmente dallo stesso operatore.

Inoltre, lo stesso Regolamento UE 544/2009 prevedeva 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”*.

Pertanto, in conformità al predetto Regolamento UE, non avendo l'utente optato per alcun tetto di spesa, Telecom avrebbe dovuto applicare, nel caso di specie, il limite di spesa *standard* di €50,00 iva esclusa e non un limite superiore di spesa, dallo stesso operatore stabilito in € 200,00 iva esclusa.

Peraltro, l'sms di avviso al raggiungimento dell'80% del limite di spesa, come previsto dal predetto Regolamento UE, avrebbe quindi dovuto comportare eventualmente il preavviso dell'utente al raggiungimento dell'importo mensile di € 40,00 iva esclusa a titolo di traffico *in roaming* per periodo mensile di fatturazione.



Inoltre, lo stesso Regolamento UE 544/2009 stabiliva che il fornitore del servizio avrebbe dovuto 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”*.

A ciò si aggiunga che, in particolare, per quanto riguarda il traffico in *roaming* internazionale, l'A.G.Com., con Del. 326/10/CONS, ha introdotto specifiche misure volte a garantire, oltre a una maggiore trasparenza nelle condizioni di offerta dei servizi dati in mobilità, mezzi più efficaci per il controllo della spesa.

A tal fine, l'Autorità ha infatti previsto l'introduzione di sistemi di allerta e tetti mensili di spesa, stabilendo l'obbligo, per gli operatori mobili, sia in caso di piani tariffari che prevedono un *plafond* di traffico dati tariffato a *forfait* (di tempo o di volume) (art. 2, comma 1, Del. 326/10/CONS) sia in caso di piani tariffari a consumo (art. 2, comma 6, Del. 326/10/CONS), di mettere a disposizione degli utenti, in maniera gratuita, sistemi di allerta efficaci – quali, ad esempio, un sms, una *e-mail* o una finestra *pop-up* sul terminale – che segnalino il raggiungimento di un determinata soglia di consumo della tariffa prescelta dall'utente tra le diverse opzioni offerte dall'operatore.

Inoltre, la Del. 326/10/CONS ha previsto in capo all'operatore (qualora il cliente non abbia dato indicazioni diverse in forma scritta) l'obbligo di interrompere il collegamento dati, ove il cliente abbia intermente esaurito il credito o il traffico disponibile residuo (di tempo o di volume) o abbia superato la soglia prescelta, nonché l'obbligo di avvisare l'utente di tale circostanza.

Ciò all'evidente fine di tutelare gli utenti di servizi di comunicazione mobile e personale dai fenomeni di c.d. *bill-shock*, derivanti dall'inconsapevole utilizzo degli apparati in *roaming* internazionale, ossia a tariffazioni decisamente maggiorate rispetto a quelle previste dal contratto per il traffico nazionale.

Per quanto concerne il traffico sia telefonico che dati in *roaming* in oggetto, va osservato che l'utente ha contestato di aver effettuato il traffico addebitato.

In giurisprudenza è, infatti, ormai pacifico che 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; la fattura resta dunque rettificabile in caso di divergenza con i dati reali (Cass. 947/2006). Sussiste, quindi, 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). Inoltre, le risultanze del contatore centrale non costituiscono piena prova se contestate ed il disconoscimento dei dati registrati determina lo scadimento della prova legale a presunzione semplice della rappresentazione e la necessità, a fini probatori, di ulteriori elementi (Cass. 6437/1994).

Ai fini della definizione della controversia, giova anche evidenziare che, come più volte ribadito da A.G.Com. (per tutte Del. 29/12/CIR) *“In caso di contestazione di traffico anomalo (incluso quello in roaming internazionale), l'operatore deve fornire la prova della debenza delle somme, pena il diritto per l'utente allo storno delle fatture e/o al rimborso degli importi eventualmente versati”*.

Ne discende altresì 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 nella fattura o ai tabulati telefonici.

L'operatore avrebbe dovuto fornire la prova della debenza delle somme, pena il diritto per l'utente allo storno delle fatture e/o al rimborso degli importi eventualmente versati.

L'operatore, tuttavia può – perlomeno parzialmente – escludere la propria responsabilità dimostrando di aver adottato tutte le misure necessarie al controllo del traffico, sia sotto il profilo della protezione della rete che sotto quello, contrattuale e normativo, di avviso all'utente per traffico anomalo o di attivazione dei servizi di blocco.

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

Ciò basterebbe, dunque, a dichiarare quanto addebitato, relativamente al traffico anomalo contestato dall'utente nel caso di specie, come non dovuto.

Inoltre, l'art. 60 D. Lgs. 1 agosto 2003, n. 259, *Codice delle comunicazioni elettroniche*, prevede che *“Le imprese designate (per il servizio universale) soggette agli obblighi previsti dagli articoli 54, 55, 57 e 59, comma 2, forniscono le prestazioni e i servizi specifici di cui all'allegato n. 4, parte A, di modo che gli abbonati possano sorvegliare e controllare le proprie spese ed evitare una cessazione ingiustificata del servizio”*.

Ancora, sul punto, l'articolo 6, comma 1, Allegato A, Del. A.G.Com. 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”*.

La Del. A.G.Com. 29/12/CIR prevede che *“Considerata la qualifica professionale dei soggetti che forniscono servizi di comunicazione mobili e personali di trasmissione dati in roaming internazionale e la natura dell'attività da loro esercitata, si ritiene che, già prima dell'entrata in vigore delle disposizioni di cui alla delibera 326/10/CONS, al fine di considerare la fornitura del servizio effettuata nel rispetto del principio di buona fede contrattuale, occorresse il rispetto delle seguenti condizioni: 1. innanzitutto, una chiara ed idonea informativa, al momento della stipula contrattuale, circa i costi e le condizioni di offerta del servizio, anche alla luce delle diverse circostanze di acquisizione del consenso e delle tipologie di utenza (utente professionale o non professionale); 2. in caso di accumulo, a carico del cliente, di corrispettivi per il servizio utilizzato notevolmente superiori alle ordinarie abitudini di spesa di quest'ultimo, tali da non corrispondere, cioè, ad un “uso normale” e ragionevole del servizio, l'adozione di tempestivi strumenti di autotutela contrattuale simili a quelli solitamente impiegati in caso di traffico anomalo; a titolo esemplificativo, giova evidenziare che alcuni operatori mobili mettono a disposizione degli utenti, nelle ipotesi di modalità di tariffazione correlate al volume di dati scambiati, misure*

*e/o strumenti che consentano all'utente di visualizzare, durante la navigazione, la quantità di dati in downloading; 3. in caso di opzioni o promozioni che a titolo oneroso diano luogo al diritto di usufruire di una quantità di servizi predeterminata, in termini di tempo o di volume, l'invio di una adeguata informazione all'utente in prossimità dell'esaurirsi di dette quantità".*

Alla luce di tutte le considerazioni qui svolte, nel caso di specie, va innanzi tutto sottolineato che dalla documentazione agli atti non risulta che l'operatore abbia addotto alcun elemento idoneo a provare l'effettiva regolarità del traffico contestato, non costituendo valido elemento a tale fine il dettaglio del traffico depositato dall'utente, consistente in un semplice elenco di connessioni distinte per giorno, ora, durata e tipologia, che risultano tuttavia prive di un elemento di riconducibilità certa all'utenza interessata.

Tali dati non risultano assolvere all'onere probatorio imposto 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).

Inoltre, con riferimento agli oneri gravanti sugli operatori in base alla Del. A.G.Com. 326/10/CONS, va evidenziato che agli atti non vi è alcuna allegazione dell'operatore atta a dimostrare la messa in atto, da parte di Telecom, dei sistemi di controllo della spesa e di allerta previsti dalla medesima delibera.

In particolare l'art. 2 Del. 326/10/CONS prevede che *"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..."*.

Pertanto, non avendo XXX scelto alcuna soglia in forma scritta, Telecom avrebbe dovuto far cessare il collegamento dati non appena il traffico disponibile a volume fosse stato interamente esaurito, senza ulteriori addebiti o oneri, avvisando l'utente di tale circostanza.

Alla luce di tali circostanze, l'operatore non risulta avere conformato la propria condotta agli obblighi stabiliti dalla normativa vigente a tutela dell'utenza, né risulta avere adempiuto, ancorché gravata, all'onere di provare la correttezza del traffico oggetto di contestazione.

Peraltro, dalla Del. A.G.Com. 357/12/CONS *"Ordinanza ingiunzione alla società Telecom Italia S.p.A. per la violazione dell'art. 2 della Delibera n. 326/10/CONS"*, che ha valutato la condotta di Telecom in relazione agli obblighi che la Del. A.G.Com. 326/10/CONS pubblicata il 19.8.2010 ha imposto a partire dal 30.12.2010, risulta che *"Come dichiarato dalla stessa Società, sino al momento in cui non è stata introdotta la procedura*

*automatizzata, avvenuta nel luglio 2011, Telecom Italia non ha potuto garantire a tutta la propria clientela le misure anti bill shock introdotta dalla Delibera n. 326/10/CONS. Ne discende, pertanto, che la responsabilità accertata in capo alla Società, più che concernere le singole segnalazioni, è da qualificare in relazione al comportamento che Telecom Italia ha assunto dalla data di adozione della delibera n. 326/10/CONS sino all'implementazione della procedura automatizzata per la gestione del traffico dati in roaming. Prima del luglio 2011, infatti, Telecom Italia non ha assicurato alla propria clientela gli strumenti di tutela richiesti dall'Autorità. In virtù di tali risultanze non può che confermarsi la violazione contestata in quanto la Società non ha adottato procedure idonee ad assicurare la gestione dei casi di bill shock”.*

In relazione alla *res controversa* Telecom 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.

A fronte delle segnalazioni e delle richieste di chiarimenti dell'utente, il gestore ha omesso di fornire informazioni dettagliate.

Nel caso di specie, dunque, è possibile rilevare a carico dell'operatore anche la responsabilità in ordine alla scorretta gestione dell'utente, in quanto la società Telecom Italia XXX., avrebbe comunque dovuto rendere edotto l'istante degli accertamenti compiuti e comunque adottare gli strumenti di tutela previsti, quali precisamente l'avviso dell'abbonato o l'invio di fatture anticipate rispetto all'ordinaria cadenza di fatturazione, in conformità a quanto disposto dall'art. 6, comma 1 e 2, Del. 179/03/CSP.

XXX, in effetti, non ha avuto la possibilità di monitorare in tempo reale il consumo inerente al traffico telefonico e traffico dati in *roaming*, dei cui importi ha avuto contezza solo al ricevimento delle fatture, rilevando addebiti molto elevati rispetto alla media delle precedenti fatture.

Al riguardo, si ritiene che sarebbe stato necessario porre in essere adeguati sistemi di monitoraggio per consentire all'utente di controllare in tempo reale il traffico dati in mobilità generato e la spesa originata.

La documentazione di dettaglio del traffico relativa al solo periodo di giugno e luglio 2011 è stata prodotta dall'utente, acquisita d'ufficio al presente procedimento, e sul punto sarebbe stato opportuno che Telecom producesse il dettaglio del traffico anche relativamente al periodo febbraio-marzo 2011, tale da consentire il tracciamento della riferibilità temporale, della durata, nonché del costo delle singole connessioni.

Peraltro, in ordine al traffico telefonico in *roaming* non riconosciuto da XXX, Telecom non ha formulato alcuna osservazione, per cui sul punto è doveroso evidenziare che in caso di mancata contestazione da parte dell'operatore, i fatti dedotti dall'utente devono essere considerati integralmente provati, alla luce del principio di ordine generale disposto dall'art. 115 Cod. proc. civ., secondo cui a fondamento della decisione vanno posti anche *“i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita”*.

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

Pertanto, è ragionevole ritenere che Telecom provveda a rimborsare l'utente la somma complessiva di € 486,63 oltre iva, di cui € 220,23 oltre iva a titolo di traffico telefonico *in roaming* per € 14,27 e traffico dati *in roaming* per € 205,96, riportati dalla fattura del 3° bimestre del 2011 relativa al periodo 1.2.2011-30.3.2011, nonché € 266,40 oltre iva a titolo di traffico telefonico *in roaming* per € 33,62 e traffico dati *in roaming* per € 232,78, riportati dalla fattura del 5° bimestre del 2011 relativa al periodo 1.6.2011-31.7.2011.

### **Spese di procedura**

Atteso il comportamento delle parti, le difese svolte, il grado di partecipazione alle udienze di conciliazione e definizione, si ritiene congruo liquidare l'importo di € 50,00 a titolo di rimborso delle spese della procedura di conciliazione e della procedura di definizione.

VISTO il parere del Servizio Studi e documentazione legislativi e Assistenza legale in data 31 luglio 2009 in ordine alla necessaria continuità delle funzioni esercitate dal Co.Re.Com per delega dell'A.G.Com;

All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge;

## **D E L I B E R A**

- che, a definizione della controversia in esame, l'operatore Telecom Italia XXX. è tenuto a:
- rimborsare in favore di XXX la somma complessiva di € 486,63 oltre iva, di cui € 220,23 oltre iva a titolo di traffico telefonico *in roaming* per € 14,27 e traffico dati *in roaming* per € 205,96, riportati dalla fattura del 3° bimestre del 2011 relativa al periodo 1.2.2011-30.3.2011, nonché € 266,40 oltre iva a titolo di traffico telefonico *in roaming* per € 33,62 e traffico dati *in roaming* per € 232,78, riportati dalla fattura del 5° bimestre del 2011 relativa al periodo 1.6.2011-31.7.2011.
  - a corrispondere in favore di XXX la somma di € 50,00 a titolo di rimborso delle spese di procedura.

Il Dirigente Ufficio per il Co.Re.Com.  
dott. Massimiliano Della Torre

Il Presidente del Co.Re.Com.  
dott.ssa Federica Zanella

E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito, come previsto dall'art. 11, comma 4 della delibera 179/03/CSP.

Ai sensi dell'art. 19, comma 3, della Del. A.G.Com. 173/07/CONS il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità a norma dell'articolo 98, comma 11, D. Lgs. 1 agosto 2003, n. 259.

La presente deliberazione è comunicata alle parti e pubblicata sul sito internet istituzionale del Co.Re.Com. Lombardia, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della legge 18 giugno 2009, n. 69, *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*.

Le parti sono tenute a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente deliberazione entro il termine di sessanta (60) giorni dalla comunicazione della medesima.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, il presente provvedimento può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi degli articoli 29, 41 e 119 del medesimo d.lgs. 104/2010, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di sessanta (60) giorni dalla comunicazione dello stesso.

Il Dirigente Ufficio per il Co.Re.Com.  
dott. Massimiliano Della Torre