

DELIBERA DL/086/15/CRL/UD del 6 maggio 2015

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

xxx MAIOLO/BIP MOBILE xxx

(LAZIO/D/489/2014)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

Nella Riunione del 6 maggio 2015;

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 del 1 agosto 2003 n. 259, recante “ *Codice delle comunicazioni elettroniche*”;

VISTO l’Accordo Quadro tra l’Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, sottoscritto in data 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 e il Comitato regionale per le comunicazioni del 16/12/2009 e in particolare l’art. 4, c. 1, lett. e);

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

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

VISTA l’istanza dell’utente sig. xxx Maiolo presentata in data 12 giugno 2014;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante ha lamentato - nei confronti dell’operatore BIP Mobile – una irregolare e discontinua fornitura del servizio per due utenze mobili sino all’interruzione della fornitura, la ritardata portabilità, la mancata restituzione del credito residuo, la mancata risposta al reclamo. In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento e negli atti difensivi, ha dichiarato quanto segue:

- a) Dal 1 ottobre al 29 dicembre 2013 il servizio sulle due utenze mobili era stato erogato in maniera irregolare e discontinua;
- b) Il 30 dicembre 2013, l’operatore aveva interrotto le linee;
- c) La MNP verso Poste Mobile era stata effettuata con ritardo di dieci giorni e non era stato trasferito il credito residuo presente su ciascuna sim di Euro 5,00;

d) il reclamo del 26 gennaio 2014 era rimasto senza riscontro.

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

- i. Indennizzo per irregolare e discontinua fornitura e per cessazione della fornitura senza preavviso dal 1 ottobre al 4 febbraio 2014;
- ii. Indennizzo per ritardata portabilità;
- iii. Indennizzo per mancata risposta al reclamo;
- iv. Rimborso del credito residuo.

2. La posizione dell'operatore

La società Bip Mobile xxx non ha prodotto alcuna memoria o documentazione difensiva nel termine previsto dall'art. 16, comma 2, del Regolamento a supporto della propria posizione.

3. La posizione dell'operatore Poste Mobile

Poste Mobile, coinvolta nel presente procedimento solo a fini istruttori ex art. 18 Regolamento di cui alla Delibera n. 173/07/CONS, ha precisato che le sim dell'istante erano state attivate il 4 febbraio 2014 e che la MNP si era conclusa positivamente il 20 febbraio 2014, a seguito di un primo momentaneo rifiuto al trasferimento delle numerazioni da parte di BIP Mobile. La richiesta di trasferimento di credito residuo non era stata attuata a seguito della sospensione dell'accordo con la società BIP Mobile per le note vicende che avevano interessato l'operatore nel periodo gennaio/febbraio 2014.

4. Motivazione della decisione

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, la richieste formulate dall'istante possono essere parzialmente accolte come di seguito precisato.

4.1. Sul malfunzionamento e sull'interruzione del servizio

L'istante lamenta la discontinua ed irregolare fornitura del servizio dal 1 ottobre 2013 al 29 dicembre 2013 e l'improvvisa interruzione del servizio a decorrere dal 30 dicembre 2013, chiedendo la liquidazione del relativo indennizzo.

Premesso che gli inadempimenti dell'operatore lamentati dall'utente devono essere valutati distintamente, la domanda può essere accolta per ciò che concerne l'irregolare e discontinua fornitura del servizio, mentre deve essere rigettata per quanto riguarda la successiva interruzione della fornitura, in conformità alle decisioni assunte da Agcom e Corecom in identiche controversie (Delibere 36/14/CIR, 51/14/CIR, 72/14/CIR, 85/14/CIR. 191/14 e 193/14 Corecom Calabria e Det. Dir.n. 14 del 15 dicembre 2014 Corecom Piemonte).

Quanto al malfunzionamento:

In base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, si richiama il principio più volte affermato nella consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass. SS.UU. n. 13533 del 30 ottobre 2001, Cass. 9 febbraio 2004 n. 2387, 26 gennaio 2007 n. 1743,

19 aprile 2007 n. 9351, 11 novembre 2008 n. 26953, e da ultimo, 3 luglio 2009 n. 15677 e da ultimo Cass. Il 20 gennaio 2010 n. 936), secondo il quale il creditore che agisce per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte; sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto un inesatto adempimento dell'obbligazione, al creditore istante sarà sufficiente allegare tale inesattezza, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento o che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile ex art. 1218 cod. civ, ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta Servizi.

Nella fattispecie dedotta, vale quanto stabilito ai sensi della Delibera n. 179/03/CSP (TLC, Direttiva Generale), ossia che gli operatori devono fornire i servizi in modo regolare, continuo e senza interruzioni, nel rispetto delle previsioni normative e contrattuali.

Orbene, nel caso di specie, l'operatore non ha svolto alcuna attività difensiva specifica sul punto, e non ha fornito alcuna giustificazione tecnico-giuridica relativamente ai lamentati malfunzionamenti.

Deve pertanto ritenersi che i ripetuti disservizi lamentati dal 1 ottobre al 29 dicembre 2013 siano da imputarsi esclusivamente alla responsabilità della società BIP Mobile, con conseguente diritto dell'utente alla liquidazione di un indennizzo.

Ai sensi del combinato disposto degli artt. 2 e 5.2. dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi si liquida un indennizzo di Euro 445,00.

Quanto all'interruzione:

Al fine di una valutazione della fattispecie, giova ricostruire le circostanze che hanno causato l'interruzione del servizio di rete mobile.

La sospensione dell'utenza telefonica in epigrafe non è stata predisposta *di default* dalla società Bip Mobile xxx, quale titolare del rapporto contrattuale in essere con l'istante, bensì dalla società Telelogic Italy S.r.l. che, in qualità di Enabler, svolge il ruolo di esercizio della piattaforma di billing di Bip Mobile interfacciando la rete H3G.

L'avvenuta interruzione del servizio di telefonia mobile a far data dal 30 dicembre 2013 non ha interessato la sola utenza telefonica intestata all'istante, bensì ha impattato l'intero bacino di utenza di Bip Mobile, in ragione dello spegnimento della piattaforma tecnologica da parte della società Telelogic Italy S.r.l., a fronte delle criticità contrattuali e delle pendenti insolvenze di entrambi gli operatori verso il gestore H3G S.p.A., assegnatario delle frequenze di terza generazione mobile e licenziatario per la fornitura dei servizi mobili su scala nazionale.

Nello specifico, si deve evidenziare che la sospensione lamentata è avvenuta per un fatto estraneo alla sfera di imputabilità dei singoli contraenti (utente finale ed operatore) ed, in quanto tale, non può legittimare l'applicazione degli articoli 4 e 5 dell'allegato A) alla delibera n. 73/11/CONS. Infatti, la fattispecie non può inquadrarsi nella tipologia di "sospensione o cessazione amministrativa" avvenuta senza che ve ne fossero i presupposti, ovvero in assenza del previsto preavviso, che viene disposta dall'operatore per motivi legati al rapporto con il proprio cliente, ad esempio per

asserita morosità. Né può rientrare nella previsione regolamentare di cui al successivo articolo 5, che è circoscritto alle sole ipotesi di sospensione causata da motivi tecnici imputabili all'operatore. Invero, la *res controversa*, in termini civilistici, rientra nella fattispecie prevista dall'articolo 1256 del codice civile, che assume in considerazione l'impossibilità della prestazione che non è riconducibile alla responsabilità del debitore, in quanto ordinariamente dipende dal caso fortuito, da forza maggiore o da altri eventi di natura oggettiva non riconducibili alla condotta dei soggetti implicati nel singolo rapporto obbligatorio.

Pertanto, nella fattispecie in esame trova il principio secondo cui, per il combinato disposto degli articoli 1256 e 1243 del codice civile, l'obbligazione del soggetto, la cui prestazione è divenuta per causa a lui non imputabile impossibile, costituisce causa di estinzione dell'obbligazione, sicché colui che non può rendere la prestazione divenuta intanto impossibile, non può chiedere la relativa controprestazione e deve restituire quella che abbia già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito; restando, quindi, salva l'eventuale restituzione del credito residuo.

Da ultimo, va comunque rilevata la specifica clausola di esonero da responsabilità contenuta nell'articolo 12, delle norme d'uso della società Bip Mobile xxx che prevede espressamente che, sia in presenza di errata utilizzazione del servizio, sia in caso di problematica di rete dell'operatore con il quale Bip Mobile ha stipulato apposito contratto per la fornitura di servizi di telefonia mobile (nel caso di specie, Telogic Italy S.r.l./H3G S.p.A.), "*Bip Mobile potrà sospendere in ogni momento i servizi, in tutto o in parte, anche senza preavviso*".

Per quanto sopra esposto, la richiesta dell'istante di liquidazione di indennizzo per l'interruzione del servizio non può ritenersi accoglibile nell'ambito della risoluzione, in via amministrativa, del contenzioso, con espressa salvezza di ogni ulteriore ed eventuale rilevanza in altra sede.

4.2. Sulla ritardata portabilità

L'istante lamenta la ritardata MNP delle numerazioni dal 26 gennaio 2014, chiedendo la liquidazione del relativo indennizzo.

La domanda non può essere accolta per la seguente ragione.

La peculiare situazione in cui ha versato l'operatore BIP Mobile e che, come già detto, ha riguardato l'intero bacino di utenti BIP Mobile, ha comportato, oltre l'interruzione del servizio, l'inibizione della portabilità verso altri operatori.

Come comunicato da AGCOM nell'avviso ai clienti del 13 febbraio 2014, per consentire ai clienti di BIP Mobile di mantenere il proprio numero cambiando operatore, dal 17 febbraio 2014 è stata resa operativa una procedura straordinaria e temporanea, con la collaborazione di Telogic Italia e di tutti gli operatori di servizi mobili, per la quale i clienti che avevano già effettuato richiesta di portabilità senza averla ancora ottenuta, avrebbero potuto ottenerla nei giorni successivi al 17 febbraio 2014 senza ulteriori adempimenti.

La fattispecie oggetto della definizione rientra in questa ipotesi. Risulta infatti che l'utente formulò la richiesta di MNP verso Poste Mobile il 26 gennaio 2014 e che la MNP si perfezionò il 20 febbraio 2014.

Il primo momentaneo rifiuto di BIP Mobile alla MNP è pertanto riconducibile, come già esposto per l'avvenuta interruzione, ad una impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile all'operatore.

La domanda di liquidazione di indennizzo per ritardata portabilità non è dunque accoglibile nell'ambito della risoluzione, in via amministrativa, del contenzioso, con espressa salvezza di ogni ulteriore ed eventuale rilevanza in altra sede.

4.3. Sulla restituzione del credito residuo

L'istante lamenta il mancato trasferimento del credito residuo presente sulle due sim.

Poste Mobile precisa che il mancato trasferimento è dipeso dalla sospensione dell'accordo con BIP Mobile in materia, stante l'impossibilità per BIP Mobile di far fronte alle richieste di trasferimento automatizzato del credito residuo.

Pertanto, la domanda dell'utente, intesa come domanda di rimborso del credito nei confronti di BIP Mobile, può essere accolta per la seguente ragione.

Nei contratti con gli operatori di telefonia, di reti televisive e di comunicazioni elettroniche, il cosiddetto "credito residuo" può essere definito come l'importo netto che in un dato momento del rapporto contrattuale tra l'operatore e il suo cliente, relativo all'acquisto di una carta ricaricabile prepagata o al pagamento di una ricarica, non risulta ancora essere stato speso dall'utente che lo ha anticipatamente corrisposto.

Il combinato disposto dei commi 1 e 3 dell'art. 1 della Legge n. 40/2007 sancisce inequivocabilmente il diritto degli utenti al riconoscimento del "credito residuo" e, nel settore delle telecomunicazioni, anche alla sua trasferibilità fra gli operatori in caso di portabilità del numero.

L'importo da trasferire deve ritenersi al netto di bonus e promozioni che l'utente ha ricevuto dal precedente gestore (perché la legge Bersani tutela soltanto il credito "acquistato" e non quello "regalato" o, comunque, non corrispondente ad un effettivo esborso dell'utente), oltre che dei costi sostenuti per l'operazione di trasferimento, se effettivamente giustificati e pertinenti, come imposto dalla legge.

Ciò premesso, nella fattispecie, essendosi estinta l'obbligazione per impossibilità della prestazione per causa non imputabile all'operatore, quest'ultimo è tenuto a restituire la prestazione già ricevuta, ovvero l'importo netto che al momento della sospensione non era ancora stato speso dall'utente che lo aveva anticipatamente corrisposto, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito.

La presenza sulle Sim del credito residuo deve ritenersi provata sulla base della dichiarazione dell'utente, stante l'impossibilità di documentare in altro modo la circostanza, a causa dell'interruzione del servizio e dell'indisponibilità per gli utenti degli ordinari strumenti di controllo del credito (ad esempio via web, area clienti, servizio clienti, telefono).

BIP Mobile dovrà pertanto provvedere a restituire all'utente l'importo di credito residuo presente sulle SIM di Euro 5,00 ciascuna, come dallo stesso dichiarato.

4.4. Sulla mancata risposta al reclamo

L'istante lamenta la mancata risposta al reclamo del 26 gennaio 2014, chiedendo la liquidazione del relativo indennizzo.

La domanda dell'utente può essere accolta, per la seguente ragione.

Non risulta che BIP Mobile abbia dato riscontro al reclamo, né l'operatore è comparso all'udienza di conciliazione.

La condotta dell'operatore è ancor più censurabile se si considera che la Società, consapevole dell'interruzione della fornitura del servizio da parte del proprio enabler, seppure dotata di una struttura ed organizzazione idonea, non ha in alcun modo avvisato gli utenti, né prima, né dopo, dell'impossibilità di continuare a fornire il servizio contrattualizzato, né ha fornito le spiegazioni necessarie agli utenti che, trovatisi improvvisamente privati dei servizi, hanno immediatamente reclamato l'accaduto.

Trova dunque applicazione il disposto dell'articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera), secondo cui la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto.

Ed invero, come sopra ricordato, nei casi di rigetto la risposta al reclamo deve essere *adeguatamente motivata* e fornita *in forma scritta*, per l'evidente fine di dare all'utente reclamante un riscontro chiaro ed esaustivo, univoco e agevolmente dimostrabile, idoneo quindi a riequilibrare le posizioni delle parti in un dialogo che, tipicamente, non nasce paritario a causa della qualità dell'operatore come soggetto strutturalmente e numericamente superiore, organizzato e diversificato.

Per tutte le motivazioni sopra esposte, la mancata risposta al reclamo inviato, come è da considerarsi la fattispecie, da cui è derivata per l'utente una *mancaza di ascolto, di dialogo e contraddittorio con il gestore*, fonda il diritto dell'utente medesimo al riconoscimento di un indennizzo "da mancata risposta al reclamo".

Per la determinazione dell'indennizzo, ai sensi degli artt. 2 e 11.1 dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi, considerato che il reclamo è stato inviato via e mail il 26 gennaio 2014, considerato il tempo utile alla risposta (45 giorni) e il lasso di tempo intercorso fino alla data dell'istanza di definizione (12 giugno 2014), non essendo l'operatore comparso all'udienza di conciliazione, viene riconosciuto all'utente un indennizzo per la mancata risposta al reclamo di Euro 92,00.

Sulle spese di procedura

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, ai sensi dell'art. 19, comma 6, del Regolamento adottato con delibera n. 173/07/CONS del 19 aprile 2007 e di quanto previsto al paragrafo III.5.4. Spese di procedura (e tabelle allegate) delle Linee Guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche adottate con delibera 276/13/CONS dell'11 aprile 2013, appare equo liquidare in favore della parte istante l'importo di Euro 100,00 (cento/00), da porsi a carico di BIP Mobile, tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti, del valore della controversia e della mancata comparizione dell'operatore all'udienza di conciliazione.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

VISTA la relazione del Responsabile del procedimento

DELIBERA

1. Accoglie l'istanza del sig. xxx Maiolo nei confronti della società BIP Mobile xxx quanto al malfunzionamento del servizio, alla restituzione del credito residuo ed alla mancata risposta al reclamo.

2. Rietta ogni altra domanda.

3. La società BIP Mobile xxx è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di Euro 100,00 (cento/00) per le spese di procedura:

a) l'importo di Euro 445,00 (quattrocentoquarantacinque/00) a titolo di indennizzo ex artt. 2 e 5.2. allegato A alla delibera 73/11/CONS, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza;

b) l'importo di Euro 92,00 (novantadue/00) a titolo di indennizzo ex artt. 2 e 11.1 allegato A alla delibera 73/11/CONS, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza;

4. La società BIP Mobile xxx è inoltre tenuta a pagare in favore dell'istante l'importo di Euro 10,00 (dieci/00) a titolo di rimborso del credito residuo presente sulle utenze al momento dell'interruzione, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza;.

5. La società BIP Mobile xxx è tenuta altresì a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

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

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

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

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, lì 6 maggio 2015

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto