

DELIBERA DL/094/15/CRL/UD del 8 giugno 2015

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

xxx GALLUCCIO/BIP MOBILE xxx

(LAZIO/D/373/2014)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

Nella Riunione del 8 giugno 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 Galluccio presentata in data 30 aprile 2014;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante ha lamentato - nei confronti dell’operatore BIP Mobile – la disattivazione del servizio di segreteria telefonica, un’irregolare e discontinua fornitura del servizio dati e voce sino all’interruzione della fornitura, la perdita della rubrica telefonica. In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento e negli atti difensivi, ha dichiarato quanto segue:

- a) Dai primi di ottobre era stato disattivato senza preavviso il servizio di segreteria telefonica; dai primi di novembre la navigazione internet era divenuta inutilizzabile; dal 6 dicembre il servizio voce era divenuto precario;

- b) Dal 29 dicembre 2013, l'operatore aveva interrotto il servizio;
- c) La MNP verso H3G chiesta il 4 gennaio 2014 era stata evasa il 20 gennaio 2014, con assenza di servizi nel periodo e perdita della rubrica telefonica presente sulla sim.

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

- i. Indennizzo per disattivazione servizio accessorio segreteria
- ii. Indennizzo per sospensione/cessazione servizio dati
- iii. Indennizzo per malfunzionamento servizio
- iv. Indennizzo per sospensione/cessazione servizio fonia
- v. Indennizzo per perdita della rubrica telefonica.

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. Motivazione della decisione

Preliminarmente, si rileva che, ai sensi dell'art. 19 comma 4 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, l'oggetto della pronuncia esclude ogni richiesta risarcitoria ed è viceversa limitato agli eventuali rimborsi o indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità. Resta salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità ordinaria per il maggior danno.

Viene pertanto rigettata, perché inammissibile, la domanda di indennizzo per perdita della rubrica telefonica, trattandosi di domanda avente natura risarcitoria e non essendo riconducibile per analogia a nessuna delle fattispecie previste dalla Delibera 73/11/CONS.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante possono essere parzialmente accolte per le ragioni di seguito precisate.

3.1. Sulla disattivazione del servizio di segreteria, sul malfunzionamento e sull'interruzione dei servizi

L'istante lamenta la disattivazione del servizio accessorio di segreteria dal 1 ottobre 2013, la sospensione/cessazione del servizio internet dal 1 novembre 2013, il malfunzionamento del servizio dal 6 dicembre 2013, l'interruzione del servizio a decorrere dal 29 dicembre 2013, chiedendo la liquidazione dei relativi indennizzi.

Premesso che gli inadempimenti dell'operatore lamentati dall'utente devono essere esaminati distintamente, la domanda può essere accolta per ciò che concerne la disattivazione del servizio accessorio di segreteria e l'irregolare e discontinua fornitura del servizio internet e voce sino alla data di interruzione totale dei servizi (29 dicembre 2013), 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 Determinazione Dirigenziale n. 14 del 15 dicembre 2014 Corecom Piemonte).

Quanto alla cessazione del servizio segreteria e al malfunzionamento del servizio voce e dati:

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 siano da imputarsi esclusivamente alla responsabilità della società BIP Mobile, con conseguente diritto dell'utente alla liquidazione di un indennizzo.

Ciò premesso, si precisa che, ai fini della liquidazione degli indennizzi, in linea di principio, non è condivisibile una scissione delle funzionalità dell'utenza in servizi di fonia e dati, nonché in quella ulteriore di servizi principali e accessori, in ragione della peculiarità tecnico-commerciale che distingue la telefonia mobile da quella fissa, laddove alle utenze mobili sono comunemente associate una serie di funzionalità già originariamente pertinenti al pacchetto di connessione in mobilità, con modalità di erogazione e fruizione delle stesse altrettanto unitarie ed inscindibili.

In forza di quanto sopra pertanto, i malfunzionamenti del servizio dati e fonia, distintamente lamentati dall'utente, vengono valutati unitariamente, a partire dal primo manifestarsi del problema nella fornitura, ovvero dal 1 novembre 2013 sino al 29 dicembre 2013 (data di interruzione dei servizi).

Discorso a parte merita invece la cessazione del servizio di segreteria telefonica. Seppure infatti il malfunzionamento di tale servizio è da considerarsi unitariamente a quello del servizio fonia trattandosi di un servizio ad esso accessorio, tuttavia nella fattispecie l'utente ne ha lamentato l'avvenuta cessazione – e non il malfunzionamento - e a partire da un momento antecedente al problema del servizio fonia. Deve pertanto riconoscersi un autonomo indennizzo per la cessazione del servizio accessorio, perché avvenuta indipendentemente e a prescindere dalla funzionalità del servizio voce.

Concludendo:

- Per il malfunzionamento del servizio fonia/dati, unitariamente considerato dal 1 novembre 2013 al 29 dicembre 2013, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2 e 5.2. dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi si liquida un indennizzo di Euro 145,00.
- Per la cessazione del servizio accessorio di segreteria, per il periodo dal 1 ottobre 2013 al 29 dicembre 2013, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2, 4.2 e 3.4 dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi si liquida un indennizzo di Euro 89,00.
- Quanto all'interruzione dei servizi dal 29 dicembre 2013:

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 xxx, 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'indebitato; 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 unitariamente inteso (dati, fonia e servizi accessori) per il periodo successivo al 29 dicembre 2013 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.

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 Galluccio nei confronti della società BIP Mobile xxx quanto al malfunzionamento del servizio ed alla cessazione del servizio accessorio.
2. Rigetta 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 145,00 (centoquarantacinque/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 89,00 (ottantanove/00) a titolo di indennizzo ex artt. 2, 4.2 e 3.4 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 tenuta altresì a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.
5. Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003 n. 259.
6. E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.

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

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

Roma, lì 8 giugno 2015

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto