

DELIBERA DL/167/15/CRL/UD del 9 ottobre 2015

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

xxx CARMENI/LYCAMOBILE xxx

(LAZIO/D/10/2015 e LAZIO/D/11/2015)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

Nella Riunione del 9 ottobre 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*”;

VISTE le istanze dell’utente sig. xxx Carmeni depositate in data 12 gennaio 2015;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante ha lamentato nei confronti dell’operatore Lycamobile la mancata/ritardata attivazione dell’utenza mobile n. XXXXX06564, malfunzionamenti dei servizi relativamente a detta utenza e ad altra con numerazione n. XXXXX06565, la mancata risposta ai reclami. In particolare, nelle istanze introduttive dei procedimenti e negli atti difensivi, ha dichiarato quanto segue:

- l’attivazione dell’utenza mobile XXXXX06564, chiesta il 28 marzo 2014, sia pure confermata dall’operatore con email, è stata effettuata solo il 14 luglio 2014;

- entrambe le utenze hanno presentato diversi malfunzionamenti, e precisamente:

a) l’utenza mobile XXXXX06564, il non funzionamento del servizio di ricarica on line e l’impossibilità di chiamare numeri verdi dal 14 luglio 2014 in poi;

b) l'utenza mobile XXXXX06565, un malfunzionamento pressoché integrale del servizio voce ed un malfunzionamento saltuario e parziale dei servizi internet e sms dal 10 aprile 2014 al 7 novembre 2014 (data di MNP verso altro operatore); il non funzionamento del servizio di ricarica on line dal 21 marzo 2014 al 5 agosto 2014; l'impossibilità di chiamare numeri verdi dal 21 marzo 2014 al 7 novembre 2014;

- i numerosi reclami telefonici e scritti sono rimasti senza riscontro.

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

- Per l'utenza mobile XXXXX06564:

Indennizzo per mancata fruizione dei servizi voce e internet dal 29 marzo al 14 luglio 2014

Indennizzo per mancata fruizione di cinque servizi accessori (sms, mms, videotelefonata, segreteria telefonica, trasferimento di chiamata) dal 29 marzo al 14 luglio 2014

Indennizzo per non funzionamento del servizio di ricarica on line dal 14 luglio 2014 al 5 agosto 2014

Indennizzo per il malfunzionamento consistito nell'impossibilità di chiamare numeri verdi dal 14 luglio 2014 al 10 gennaio 2015 (data dell'istanza di definizione);

Indennizzo per mancata risposta ai reclami svolti per ciascun disservizio

Spese di procedura

- Per l'utenza mobile XXXXX06565:

Indennizzo per malfunzionamento integrale del servizio voce dal 10 aprile al 7 novembre 2014

Indennizzo per malfunzionamento parziale e saltuario del servizio internet e del servizio accessorio sms dal 10 aprile al 7 novembre 2014

Indennizzo per non funzionamento del servizio di ricarica on line dal 21 marzo 2014 al 5 agosto 2014

Indennizzo per il malfunzionamento consistito nell'impossibilità di chiamare numeri verdi dal 21 marzo 2014 al 7 novembre 2014;

Indennizzo per mancata risposta ai reclami svolti per ciascun disservizio

Spese di procedura

2. Motivazione della decisione

Preliminarmente, viene disposta la riunione dei procedimenti Prot. Lazio/D/10/2015 e LAZIO/D/11/2015, stante l'identità dei soggetti e l'omogeneità delle questioni oggetto di controversia. Si tratta infatti di accertare l'esistenza, o meno, di disservizi consistiti nella mancata/ritardata attivazione di una utenza e in malfunzionamenti di varia natura manifestatisi sulle due utenze Lycamobile facenti capo all'istante, nonché di valutare la condotta del gestore in ordine ai reclami svolti.

Si premette altresì che l'operatore non ha svolto alcuna attività difensiva, e che non ha presentato memorie e documenti.

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

2.1. Sull'attivazione dell'utenza n. XXXXX06564

L'istante lamenta la mancata/ritardata attivazione dell'utenza mobile n. XXXXX06564, chiedendo la liquidazione di distinti indennizzi per la mancata fruizione ed inutilizzabilità dei servizi principali voce e dati/internet, e dei cinque servizi accessori sms, mms, videotelefonia, segreteria telefonica, trasferimento di chiamata.

La domanda dell'utente è parzialmente fondata per le seguenti ragioni.

E' in atti la richiesta di consegna ed attivazione della carta sim e dei servizi Lycamobile del 28 marzo 2014 sottoscritta dall'utente, nonché la prova dell'invio da parte dell'utente dei documenti richiesti, necessari per l'attivazione. E' altresì in atti una e mail del 29 marzo 2014 con cui Lycamobile comunica all'utente l'attivazione della sim card.

Deduce l'istante che, contrariamente a tale comunicazione, l'utenza è stata disattiva ed inutilizzabile sino al 14 luglio 2014, vuoi per mancata attivazione effettiva, vuoi per disattivazione non preavvisata.

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.

Orbene, nel caso di specie, l'operatore non ha svolto alcuna attività difensiva sul punto, e non ha fornito alcuna giustificazione tecnico-giuridica relativamente alla lamentata mancata e/o ritardata attivazione dell'utenza.

Deve pertanto ritenersi che il disservizio lamentato dal 29 marzo al 14 luglio 2014 sia da imputarsi esclusivamente alla responsabilità della società Lycamobile, con conseguente diritto dell'utente alla liquidazione di un indennizzo.

Ciò premesso, per quanto riguarda la determinazione dell'indennizzo, non è condivisibile la prospettazione offerta dall'utente di scissione delle funzionalità dell'utenza in servizi di fonia e dati, nonché in quella ulteriore di servizi principali e accessori, suscettibili come tali di autonomi indennizzi, 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. Tale valutazione riguarda pertanto sia il servizio internet che, viepiù, quelli accessori, da considerarsi inscindibili dall'unitario servizio fonia/dati in mobilità.

Inoltre, nella fattispecie occorre anche valutare la condotta tenuta dall'utente, rilevante in conformità del canone di diligenza di cui all'art. 1227, in forza del quale il creditore è gravato non solo da un obbligo negativo (astenersi dall'aggravare il danno) ma anche da un obbligo positivo (tenere condotte utili e possibili rivolte ad evitare o ridurre il danno), come affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza 23 marzo 2011 n. 3, richiamata da Consiglio di Stato sentenza 31 ottobre 2012 n. 5556). Il tutto al fine di evitare un ingiustificato arricchimento da situazioni che hanno colpito in modo marginale gli interessi del creditore, tanto da non averlo indotto ad attivarsi a sua tutela in modo adeguato.

Ai fini della liquidazione dell'indennizzo si ritiene pertanto opportuno ricorrere al principio di equità richiamato dall'art.84 del D.Lg.vo n.259/03 ("*Codice delle Comunicazioni Elettroniche*") cui deve ispirarsi la risoluzione delle controversie nella presente materia, nonché al principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, così come inteso dal consolidato orientamento della Corte di Cassazione, che 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 al dovere del *neminem laedere*, trovando tale impegno solidaristico il suo 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, e Cass. 10182/09).

Ciò in considerazione di alcuni fatti salienti e caratterizzanti il rapporto contrattuale intercorso tra le parti in funzione del simmetrico obbligo di correttezza e buona fede nell'esecuzione delle reciproche obbligazioni, per i quali si ritiene che il comportamento dell'utente non sia stato improntato alla diligente correttezza ed al senso di solidarietà sociale che integrano, appunto, il contenuto della buona fede.

E, precisamente:

- 1) il fatto che l'utente non abbia nell'immediatezza reclamato la mancata attivazione essendosi attivato solo 42 giorni dopo l'avviso del gestore, non avendo attivato nemmeno una procedura d'urgenza che, al massimo in dieci giorni gli avrebbe consentito l'attivazione del servizio;
- 2) trattandosi di attivazione con nuova numerazione, non sussistevano motivi ostativi ad una soluzione alternativa, agevole, poco onerosa e ragionevole quando c'è la sostanziale necessità di avere a disposizione una nuova utenza, come ad es. una nuova e distinta richiesta di attivazione con altro gestore o addirittura un'ulteriore col medesimo.
- 3) L'esiguo valore economico del contratto e l'utilizzo non professionale dell'utenza.

Per tutti i motivi sopra esposti, da cui si evince ragionevolmente anche la non indispensabilità dei servizi sospesi, e per quanto dedotto in merito all'adeguatezza e alla proporzionalità dell'indennizzo, si ritiene equo, nella fattispecie, stimare in Euro 75,00 l'indennizzo da porre a carico del gestore, pari a 10 giorni di indennizzo per ingiusta sospensione amministrativa della linea.

2.2. Sui malfunzionamenti delle utenze

L'istante lamenta svariati malfunzionamenti delle utenze, chiedendo, per ciascuno, la liquidazione di specifici indennizzi.

Fermo quanto già ritenuto in ordine all'onere probatorio gravante sull'operatore ed alla inscindibilità del servizio internet e dei servizi accessori dall'unitario servizio di fonia mobile, la domanda dell'utente viene parzialmente accolta, nei limiti che seguono.

Per le ragioni esposte, con riferimento all'utenza n. XXXXX06565, si ritiene che i lamentati malfunzionamento integrale del servizio voce e malfunzionamento saltuario del servizio internet e sms dal 10 aprile al 7 novembre 2014, siano da imputarsi esclusivamente alla responsabilità della società Lycamobile, non avendo l'operatore provato che il disservizio 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.

Pertanto, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2 e 5.1 dell'Allegato A della Delibera 73/11/CONS, spetta all'utente un indennizzo di Euro 1.055,00 .

Sono invece infondate, e vengono rigettate, le domande di liquidazione di indennizzo per i malfunzionamenti su entrambe le utenze consistiti nella impossibilità di effettuare ricariche on line e chiamate ai numeri verdi.

Le ricariche on line rappresentano infatti solo una possibile modalità di pagamento, peraltro non contemplata dalle Condizioni Generali di contratto Lycamobile (art. 4), che prevede la ricarica del credito tramite acquisto di una Carta di Ricarica.

Le chiamate ai numeri verdi sono un servizio di telefonia fornito dalle aziende che se ne dotano, e che possono inibirne l'utilizzo ad alcuni gestori. L'impossibilità di effettuare chiamate verso tali numeri non costituisce quindi un malfunzionamento del servizio imputabile a Lycamobile, che, dal canto suo, con e mail del 9 luglio 2014, aveva informato l'utente dell'impossibilità di chiamare numeri speciali, tra cui i numeri verdi. L'utente quindi avrebbe potuto ovviare al problema recedendo dal contratto o rivolgendosi ad operatori alternativi.

2.3. Sulla mancata risposta ai reclami

L'utente lamenta la mancata risposta ai numerosi reclami telefonici e scritti, svolti per ciascun disservizio lamentato, chiedendo la liquidazione di separati indennizzi.

Sono in atti i numerosi reclami scritti svolti dall'utente per la mancata/ritardata attivazione dell'utenza XXXXX06564, il primo dei quali dell'11 maggio 2014.

A tale reclamo, dovendosi i successivi considerarsi reiterativi, l'operatore ha dato un primo concreto riscontro con e mail del 9 luglio 2014, prodotta dall'utente, ovvero con 14 giorni di ritardo rispetto al tempo previsto per la risposta (45 giorni ex art. 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP).

Sono altresì in atti i reclami scritti svolti per il lamentato malfunzionamento dell'utenza XXXXX06565, il primo dei quali dell'11 maggio 2014, dovendosi i successivi considerarsi reiterativi. A tale reclamo non risulta che l'operatore abbia fornito concreto riscontro, con conseguente diritto dell'utente alla liquidazione di un indennizzo per la mancata risposta.

Rileva, infatti, 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, per l'evidente fine di dare all'utente un riscontro chiaro ed esaustivo, univoco e agevolmente dimostrabile, idoneo 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 la determinazione dell'indennizzo, ai sensi degli artt. 2 e 11 dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi e dell'art.12 della Carta Servizi Lycamobile, in applicazione del parametro più favorevole all'utente, nonché del limite indennitario più favorevole, si riconosce:

- a) un indennizzo di Euro 84,00 per il ritardo di 14 giorni nella risposta al reclamo dell'utenza XXXXX06564
- b) un indennizzo di Euro 300,00 per la mancata risposta al reclamo dell'utenza XXXXX06565, in applicazione del tetto indennitario più favorevole all'utente come da Regolamento Indennizzi, considerato il tempo utile alla risposta (45 giorni), e il lasso di tempo intercorso fino alla data di deposito dell'istanza di definizione (12 gennaio 2015), non essendo l'operatore comparso all'udienza di conciliazione.

Viene invece rigettata la domanda di liquidazione di separati indennizzi per la mancata risposta ai reclami inerenti la impossibilità di ricarica on line e di chiamate ai numeri verdi, stante l'evidente ingiustificata duplicazione di indennizzi che deriverebbe dal suo accoglimento. Tali reclami sono infatti sostanzialmente riconducibili a quelli più generali inerenti la mancata attivazione ed il malf funzionamento delle utenze mobili, per la cui non corretta gestione l'operatore è già stato condannato.

Sulle spese del procedimento

Infine, per quanto concerne le spese di procedura: visto il combinato disposto di cui agli artt. 16.2 bis e 19.6 del Regolamento Agcom 173/07/CONS e s. m. in tema di violazione del dovere di sinteticità e chiarezza degli atti e le relative Linee Guida interpretative dettate da ultimo con Del. 273/13/CONS, Par. III.5.4 (*Spese di procedura*), che al comportamento complessivamente tenuto dalle parti nel corso del procedimento di conciliazione e definizione collegano ogni opportuna valutazione dell'Autorità in tema di riconoscimento di indennizzi e spese di procedura, anche indipendentemente dall'esito del giudizio; si ritiene congruo liquidare l'importo di Euro 50,00 (cinquanta/00) a titolo di rimborso spese attesa la mancata comparizione del gestore all'udienza di conciliazione, tenutasi per entrambe le controversie il 16.10.2014;.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

VISTA la relazione del Responsabile del procedimento

DELIBERA

1. Accoglie le istanze del sig. xxx Carmeni nei confronti della società Lycamobile xxx.
2. La società Lycamobile xxx è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di Euro 50,00 (cinquanta/00) per le spese di procedura, i seguenti importi:
 - a) Euro 75,00 (settantacinque/00) a titolo di indennizzo ex artt. 2 e 3.1 allegato A alla delibera 73/11/CONS, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza;
 - b) Euro 1.055,00 (millecinquantacinque/00) a titolo di indennizzo ex artt. 2 e 5.1 allegato A alla delibera 73/11/CONS, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza;
 - c) Euro 384,00 (trecento ottantaquattro/00) a titolo di indennizzo ex artt. 2, 11.1 e 11.2 allegato A alla delibera 73/11/CONS, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza
3. La società Lycamobile 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.
4. 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.
5. E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
6. 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, 9 ottobre 2015

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto