

## DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

S. SAMMARRO/BIP MOBILE xxx

(LAZIO/D/677/2014)

Registro Corecom n. 35/2015

### IL DIRIGENTE

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. S. Sammarro presentata in data 4 agosto 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 discontinua fornitura del servizio internet nel mese di dicembre 2013 sino all’interruzione della fornitura, gli addebiti per il servizio non più fruito, la mancata risposta ai reclami, la perdita della numerazione. In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento e negli atti difensivi, ha dichiarato quanto segue:

- a) Nel mese di dicembre 2013, il servizio di connessione ad Internet aveva dapprima funzionato irregolarmente e poi era stato interrotto;
- b) BIP Mobile aveva continuato ad addebitare i costi del servizio detraendoli dal credito residuo;
- c) i reclami erano rimasti senza riscontro;
- d) la numerazione era andata perduta.

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

- i. Indennizzo per sospensione del servizio senza preavviso;
- ii. Indennizzo per mancata risposta ai reclami;
- iii. Rimborso del credito residuo;
- iv. Indennizzo per perdita della numerazione;
- v. Indennizzo per omissione oneri informativi;
- vi. Spese di procedura.

## **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**

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

### **3.1. Sul malfunzionamento e sull'interruzione del servizio**

L'istante lamenta la discontinua ed irregolare fornitura del servizio connessione Internet nel mese di dicembre e l'improvvisa interruzione del servizio a decorrere dal 31 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 e Determinazione Dirigenziale 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 disservizi lamentati nel mese di dicembre 2013, e precisamente il discontinuo funzionamento dal 1 al 15 dicembre e il totale non funzionamento dal 15 al 30 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, 5.1 e 5.2. dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi si liquida un indennizzo di Euro 112,50.

Quanto all'interruzione dal 31 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 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 xxx 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 a far data dal 30 dicembre 2013 non ha interessato la sola utenza 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 xxx, 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 xxx/H3G xxx), "*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.

### **3.2. Sulla perdita della numerazione**

L'istante lamenta la perdita della numerazione, chiedendo la liquidazione del relativo indennizzo.

Sostiene l'utente di non aver richiesto la portabilità verso altri operatori, fidando nella risoluzione del problema.

La domanda non può essere accolta per la seguente ragione.

Come comunicato da AGCOM nell'avviso ai clienti del 13 febbraio 2014 e dell'11 marzo 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. I clienti che non avevano ancora presentato la richiesta di portabilità erano invitati ad effettuare tale richiesta entro e non oltre il 15 marzo 2014, data di scadenza della procedura straordinaria di portabilità del numero.

Nella fattispecie, l'utente non ha attivato tale procedura, e ciò ha comportato, alla scadenza del termine del 15 marzo 2014, la perdita del numero.

Pertanto, stante la sopravvenuta impossibilità della prestazione per causa non imputabile all'operatore e la mancata attivazione da parte dell'utente della procedura straordinaria per la portabilità disposta per far fronte al problema, alcuna responsabilità per la perdita della numerazione può essere ascritta all'operatore.

La domanda di liquidazione di indennizzo per perdita della numerazione 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.

### **3.3. Sulla restituzione del credito residuo**

L'istante lamenta gli addebiti per il servizio non fruito decurtati dal credito residuo presente sulla sim, non restituito, e chiede il rimborso dell'intero importo del credito residuo.

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 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'intero importo di credito residuo presente sulla SIM di Euro 50,00, come dallo stesso dichiarato, avendo illegittimamente decurtato gli importi mensili della promozione non fruita.

### **3.4. Sulla mancata risposta al reclamo**

L'istante lamenta la mancata risposta al reclamo del 16 dicembre 2013, 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 *mancanza 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 16 dicembre 2013, considerato il tempo utile alla risposta (45 giorni) e il lasso di tempo intercorso fino alla data dell'istanza di definizione (4 agosto 2014), non essendo l'operatore comparso all'udienza di conciliazione, viene riconosciuto all'utente un indennizzo per la mancata risposta al reclamo di Euro 186,00.

### **3.5. Sull'omissione degli obblighi informativi**

L'istante lamenta l'omessa informativa da parte del gestore delle problematiche societarie e chiede la liquidazione del relativo indennizzo.

La domanda non può essere accolta, non essendo tale condotta riconducibile alle fattispecie indennizzatorie previste dalla Delibera 73/11/CONS.

La condotta di BIP Mobile sotto questo specifico profilo è stata infatti valutata da AGCOM e sanzionata con la Delibera n. 320/14/CONS.

### **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 DIRIGENTE**

VISTO l'art.19 comma 7 della delibera Agcom 173/07/CONS che attribuisce al dirigente della struttura amministrativa del Corecom la definizione delle controversie di modesta entità, che hanno ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente l'importo di Euro 500,00;

## DETERMINA

1. Accoglie parzialmente l'istanza del sig. S. Sammarro nei confronti della società BIP Mobile xxx.
2. 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 112,50 (centododici/50) a titolo di indennizzo ex artt. 2, 5.1 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 186,00 (centoottantasei/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;
3. La società BIP Mobile xxx è inoltre tenuta a pagare in favore dell'istante l'importo di Euro 50,00 (cinquanta/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;.
4. La società BIP Mobile xxx è tenuta altresì a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente determina 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 determina è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Corecom e dell'Autorità ([www.agcom.it](http://www.agcom.it)).

Roma 27/05/2015

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto