



DECRETO DEL DIRETTORE DEL SERVIZIO ORGANI DI GARANZIA

Decreto n° 365/GEN del 30/07/2015

Oggetto: Definizione della controversia ~~XXXXXXXXXX~~/ Bip Mobile Spa - GU14
63/14

IL DIRETTORE DEL SERVIZIO ORGANI DI GARANZIA

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 1 agosto 2003, n. 259, recante "Codice delle comunicazioni elettroniche";

VISTO l'Accordo quadro tra l'Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni (di seguito, per brevità, "Agcom"), 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, il Consiglio Regionale del Friuli Venezia Giulia e il Comitato Regionale per le Comunicazioni del Friuli Venezia Giulia in data 10 luglio 2009 a Otranto, 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 la Legge Regionale 10 aprile 2001, n. 11 "Norme in materia di comunicazione, di emittenza radiotelevisiva locale ed istituzione del Comitato Regionale per le Comunicazioni (Co.Re.Com.)" in particolare l'articolo 7, comma 1, lett. b), ai sensi del quale "il Co.Re.Com. esercita le funzioni istruttorie, consultive, di gestione, di vigilanza e controllo di competenza dell'Autorità, ad esso delegate ai sensi dell'articolo 1, comma 13, della legge 249/1997 e successive modificazioni e integrazioni, così come meglio specificate all'articolo 5 del Regolamento approvato con deliberazione dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni 28 aprile 1999, n. 53";

VISTA la Delibera dell'Agcom n. 276/13/CONS "Approvazione delle linee guida relative all'attribuzione delle deleghe ai Co.Re.Com. in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche";

VISTA l'istanza di ~~XXXXXXXXXX~~ presentata in data 13/05/2014 prot. VC/3205/14;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione di Parte Istante

L'Istante, intestatario delle utenze telefoniche [REDACTED] e [REDACTED] ha lamentato la sospensione improvvisa ed illegittima del servizio ad opera del Gestore in data 30/12/2013 e, a fronte di un tanto chiede un equo indennizzo nonchè il rimborso del credito residuo, relativo alle medesime utenze telefoniche, rispettivamente pari ad €. 104,58 e 46,92 per un totale di €. 151,50.

Per i suesposti motivi, l'Utente esperiva in data 11/03/2014 tentativo di conciliazione dinanzi al Co.Re.Com. FVG ma alla relativa udienza di conciliazione dd.12/05/2014, Bip Mobile Spa non compariva pertanto il procedimento si chiudeva con esito negativo.

Alla luce di quanto sopra, [REDACTED] proponeva istanza di definizione della controversia tramite formulario GU14 dd. 13/05/2014 prot. VB/3205/14 (vertenza n. 63/14) ribadendo le medesime pretese avanzate in sede conciliativa.

2. La posizione dell'Operatore

L'Operatore Bip Mobile Spa non dava riscontro alcuno né in primo né in secondo grado del procedimento.

3. Motivazione della decisione

Preliminarmente si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di proponibilità ed ammissibilità di cui al Regolamento AGCOM.

Nel merito della vertenza, alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante vanno parzialmente accolte come di seguito meglio precisato.

Per la risoluzione della fattispecie in oggetto ed in particolare riguardo la richiesta di indennizzo per interruzione improvviso del servizio, occorre citare la delibera 22/10 CIR che stabilisce che " *gli operatori devono fornire i servizi in modo regolare, continuo e senza interruzioni, nel rispetto delle previsioni normative e contrattuali. Ne consegue che in tutti i casi di malfunzionamento di un servizio di comunicazione elettronica, allorché l'utente non può pienamente godere, con le modalità prescelte del servizio promesso o acquistato, lo stesso ha diritto ad un indennizzo per tutti i giorni di disservizio, a meno che l'operatore non dimostri che l'inesatto adempimento ovvero l'inadempimento totale non sia dipeso da causa a lui non imputabile, secondo il disposto dell'art. 1218 c.c. [...] all'occorrenza l'operatore può dimostrare l'adempimento anche tramite il deposito delle prove tecniche effettuate, dando prova di aver rispettato gli standard di qualità previsti dal contratto e dalla normativa*"

Riguardo a quanto sopra è inoltre opportuno citare l'**art. 1218 c.c.** secondo il quale, in tema di obbligazioni in generale: "Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile", alla luce della disposizione in oggetto, l'**AGCOM**, nelle "**Linee Guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche**" approvate con la Delibera n. 276/13/CONS dd. 11/04/2013, all'art. III.4.2 chiarisce quanto segue: "A

prescindere dai poteri d'ufficio riconosciuti al responsabile del procedimento, nella procedura di definizione valgono le regole ordinarie sulla ripartizione dell'onere della prova fra le parti previste dal Codice Civile ed applicabili al rito ordinario. Ne consegue che, trattandosi nella maggior parte dei casi di fattispecie inerenti a rapporti contrattuali, la norma di riferimento sarà sempre quella di cui all'art. 1218 c.c., secondo cui il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile. In base alla consolidata interpretazione giurisprudenziale di tale articolo, quindi, il debitore della prestazione, cioè l'operatore, dovrà fornire la prova del proprio adempimento, perché, in mancanza, l'inadempimento o l'inesatto adempimento denunciati saranno confermati. Varrà anche la regola sulla responsabilità per fatto degli ausiliari, art. 1228 c.c., secondo cui, salva la diversa volontà delle parti, il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si vale dell'opera di terzi, risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro. Questo impedirà all'operatore con cui l'utente ha il rapporto contrattuale di sottrarsi alla proprie responsabilità, per esempio addebitando il ritardo nella riparazione di un guasto al comportamento dei tecnici incaricati [..].”.

Occorre inoltre citare gli artt. 1256 c.c. che precisa quanto di seguito: “L'obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile. Se l'impossibilità è solo temporanea, il debitore finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell'adempimento. Tuttavia l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla”.

Va inoltre considerata la clausola di esonero da responsabilità di cui all'art. 12 delle norme d'uso della Società Bip Mobile Spa che nel prevedere che “Bip mobile potrà sospendere in ogni momento i servizi, in tutto o in parte, anche senza preavviso” sottintende come sia in caso di errata utilizzazione del servizio che in caso di problemi tecnici di rete dell'Operatore con cui Bip Mobile Spa ha stipulato contratto di fornitura di servizi di telefonia mobile (nello specifico Telogic Italy ed H3G Spa) la Stessa possa procedere all'interruzione del servizio medesimo senza alcun preavviso nei confronti dell'Utenza.

Sul tema oggetto della fattispecie in esame si è espressa l'AGCOM che, nella delibera n. 36/14/CIR ha stabilito quanto segue: “la sospensione della utenze telefoniche in epigrafe non è stata predisposta di default dalla Società Bip Mobile Spa, quale titolare in essere del rapporto con gli istanti, bensì dalla Società Telogic Italy Srl, a fronte delle criticità contrattuali e delle pendenti insolvenze di entrambi gli operatori verso il gestore H3G Spa, assegnatario delle frequenze di terza generazione mobile e licenziatario per la fornitura dei servizi mobili su scala nazionale”.

Riguardo alla richiesta di rimborso del credito residuo pari ad €. 151,50 : la **Legge 2 aprile 2007, n.40, Conversione in Legge, con modificazioni, del Decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7** cosiddetto “**Decreto Bersani Bis**”, recante misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese, in particolare quanto previsto in tema di **trattamento del credito residuo**, nonché le **linee guida proposte dall'Agcom** alla luce di un tanto: “**Linee guida della direzione tutela dei consumatori esplicative per l'attività di vigilanza da effettuare ai sensi dell'art. 1, comma 4, della Legge n. 40/2007, con particolare riferimento alle previsioni di cui all'art. 1, commi 1 e 3, della medesima Legge (Misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese, la valorizzazione dell'istruzione tecnico-professionale e la rottamazione di autoveicoli pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana del n. 77 del 2.04.2007)**” ; specificamente, in tema di “**credito residuo**” il Documento in oggetto stabilisce quanto segue:

" Nei settori dei 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.

Per i settori indicati, 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, ove ad oggi è possibile il trasferimento delle utenze, anche alla sua trasferibilità fra gli operatori in caso di portabilità del numero. La norma di cui al comma 1, infatti, prevede che nei contratti di telefonia, di reti televisive e di comunicazioni elettroniche è vietata la previsione di limiti temporali massimi di utilizzo del traffico telefonico o del servizio acquistato, così già logicamente implicando, quindi, il diritto degli utenti alla sopravvivenza del credito residuo rispetto all'eventuale scioglimento del rapporto contrattuale. La norma di cui al successivo comma 3, poi, soprattutto, prevede nei contratti per adesione del settore la facoltà di recesso e di trasferimento delle utenze senza vincoli temporali o ritardi non giustificati, nonché senza spese non giustificate da costi dell'operatore; tale disposizione conferma in maniera inequivocabile la sopravvivenza del credito residuo rispetto allo scioglimento del rapporto contrattuale con il singolo operatore e comporta il diritto alla sua restituzione per l'utente che recede, oltre che alla sua portabilità nel caso di trasferimento delle utenze di telecomunicazioni. La perdita dell'eventuale credito residuo, infatti, non può in alcun modo essere considerata una spesa giustificata da costi dell'operatore, come tale suscettibile di essere posta a carico degli utenti in caso di esercizio delle facoltà di recesso o di trasferimento: ciò anche perché una simile lettura potrebbe avere l'effetto di aggirare le finalità pro-concorrenziali espresse dalla Legge n. 40/2007 creando delle barriere alle scelte degli utenti, e sarebbe quindi ritenuta sotto ogni aspetto illegittima. D'altro canto, il disconoscimento del diritto dell'utenza al credito residuo equivarrebbe a disconoscere l'effetto della volontà negoziale dell'utente di recedere, differendone gli effetti in avanti nel tempo attraverso l'imposizione di un vincolo temporale non giustificato, con la conseguenza di violare la Legge n. 40/2007 anche sotto questo profilo".

Per quanto sopra esposto, le richieste di Parte Istante vengono accolte parzialmente per la parte relativa al diritto al rimborso del credito residuo pari ad €. 151,50 mentre vengono rigettate le richieste relative all'indennizzo per l'interruzione del servizio.

Inoltre, relativamente alle spese di lite, si condanna Bip Mobile a corrispondere a Parte Istante una somma pari ad €. 50,00, ai sensi di quanto disposto dal Regolamento adottato con delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007.

Alla luce di quanto sopra, il Direttore

DECRETA

In accoglimento parziale delle richieste di **[REDACTED]** condanna la Società Bip Mobile Spa al versamento nei confronti della medesima (tramite assegno o bonifico bancario) di una somma pari ad **€. 151,50** a titolo di rimborso del credito residuo perduto a seguito dell'interruzione del servizio di cui in atti, nonché al versamento di una somma pari ad **€. 50,00** a titolo di rimborso delle spese di lite; le somme de quo

dovranno venire maggiorate degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza e fino a saldo effettivo.

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

E' fatta salva la possibilità per la Parte Ricorrente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, come previsto dall'articolo 19, comma 5, della Delibera Agcom n. 173/07/CONS e dall'articolo 11, comma 4, della Delibera Agcom n. 179/03/CSP.

La Società convenuta è tenuta a comunicare al Co.Re.Com. FVG l'avvenuto adempimento del presente provvedimento entro il termine di 60 giorni dalla notifica del medesimo.

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

Ai sensi degli articoli 29, 41 e 119 del Decreto Legislativo n. 104 del 2010, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

Il presente provvedimento è notificato alle parti e pubblicato sui siti *web* del Co.Re.Com. FVG e dell'Autorità (www.agcom.it).

Il Direttore
- Gabriella DI BLAS-