

Co.Re.Com. Cal/Nic

DELIBERAZIONE N. 249

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA - Aricò xxx c/BIP MOBILE

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Nella seduta del giorno 17/12/2013, svolta presso la sede del Consiglio Regionale della Calabria, via Cardinale Portanova Reggio Calabria, in cui sono presenti:

Prof. Alessandro Manganaro	Presidente
Prof. Carmelo Carabetta	Componente
Dott. Gregorio Corigliano	Componente

e Avv. Rosario Carnevale, Direttore del Co.Re.Com. Calabria;

Visti:

la legge 31 luglio 1997, n. 249, "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo", in particolare l'art. 1, comma 6, lett. a), n. 14;

la legge 14 novembre 1995, n. 481, "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità";

il Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262, di approvazione del testo del Codice civile;

l'art. 84 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, "Codice delle comunicazioni elettroniche";

la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, "Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni- Co.Re.Com." e succ. modif. ed int.;

la propria deliberazione n. 5 del 10 giugno 2009, recante: "Regolamento interno di organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni";

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 173/07/CONS., "Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" e succ. modif. ed int.;

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 73/11/CONS., "Approvazione del regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori e individuazione delle fattispecie di indennizzo automatico" ai sensi dell'articolo 2, comma 12, lett. g), della legge 14 novembre 1995, n.481;

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 274/07/CONS., "Modifiche ed integrazioni alla delibera 4/06/CONS: Modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso;

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;

la Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed il Co.Re.Com. Calabria in data 16 dicembre 2009 ed, in particolare, l'art. 4, comma 1, lett. e);

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 179/03/CSP, all. A, "Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni";

l'istanza del 14 agosto 2013, acquisita al prot. Co.Re.Com. Calabria n. 37150, con cui il sig. xxx, ha chiesto l'intervento di questo organismo per la definizione della controversia in essere con Bip Mobile; ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con delibera 173/07/Cons. e succ. modif. ed int.;

la nota del 12 settembre 2013 (prot. n. 39616), con cui il Responsabile del procedimento ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del summenzionato Regolamento, l'avvio del procedimento finalizzato alla definizione della deferita controversia;

gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

Considerato quanto segue:

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

Il ricorrente ha depositato, presso questo Co.Re.Com., istanza di definizione della controversia, lamentando di aver subito la sospensione della propria linea telefonica mobile senza alcun preavviso.

Precedentemente per i suesposti motivi, l'istante ha esperito davanti a questo Co.Re.Com., il tentativo di conciliazione, che si è concluso con un verbale di mancata adesione ai sensi dell'art. 8, comma 3, del Regolamento allegato delibera Agcom 173/07 Cons.

Il 14 agosto 2013, come su accennato, ribadendo le proprie doglianze, ha domandato: *"riattivazione della sim e indennizzo per la sospensione della linea"*.

In seguito all'avvio del presente procedimento, giusta nota del 12 settembre 2013, sono stati chiesti alle parti i chiarimenti istruttori ritenuti necessari. Entrambi hanno prodotto documentazione a supporto della rispettiva posizione.

La Bip Mobile ha contestato la ricostruzione della vicenda illustrata dall'istante e ha rilevato l'infondatezza dell'istanza di definizione chiedendone il rigetto con ogni conseguenza di legge. Ha specificato inoltre:

- *"l'utenza xxxx intestata al sig. xxx è stata sospesa l'11 giugno 2013, in quanto nel periodo 1 maggio - 31 maggio 2013 i sistemi hanno segnalato violazioni dei parametri di utilizzo definiti nell'art. 8 delle norme d'uso;*
- *"l'art. 8 delle norme d'uso prevede che: il cliente possa utilizzare il servizio esclusivamente per uso personale ... astenendosi dal conseguire vantaggi diversi da quelli connessi alla normale fruizione dei servizi per le quali le sim sono state attivate e vieta un utilizzo del servizio che ne alteri le caratteristiche e/o il relativo profilo tariffario tramite qualsivoglia apparecchiatura"... determina i limiti ragionevoli derivanti da un utilizzo a scopo personale, il superamento dei quali, configura un uso improprio dei servizi da parte del Cliente, inoltre il mancato rispetto da parte del Cliente di quanto previsto dall'art. 8 delle norme d'uso consente a Bip Mobile di risolvere il contratto";*
- *"l'art.9 delle norme d'uso inoltre prevede la sospensione del servizio qualora si riscontrino attività che violino le disposizioni sull'uso personale o illecite o fraudolente che risultino anomale e non ragionevoli rispetto al traffico pregresso";*
- *"nel caso di specie veniva superato il limite dei 160 minuti giornalieri; la percentuale delle chiamate verso un singolo gestore (Wind) risultava pari al 100% per l'utenza in oggetto, superando il limite dell'80%";*
- *"il traffico entrante dell'intero mese di Maggio risultava pari a zero per l'utenza in oggetto, superando il limite del rapporto tra il traffico uscente ed il traffico entrante pari a 4";*
- *"il 100% del traffico uscente è indirizzata a 4 numeri Wind - le chiamate effettuate presentano in circa il 90 % dei casi, una durata di 60 minuti esatti - il traffico entrante è pari a zero";*
- *"da questo comportamento di utilizzo, si evince che il traffico uscente delle utenze in oggetto è stato artificialmente generato tramite un apposito programma informatico temporizzato per generare traffico delle suddette utenze nel limite dei 60 minuti (spesso utilizzato come time limit nei sistemi di monitoraggio frodi delle compagnie telefoniche) e applicato alle sim di Bip Mobile con evidente scopo di generare credito telefonico su apposite utenze Wind caratterizzate da piano tariffario con bonus autoricarica";*
- *"si evidenzia che il cliente ha fatto uso del telefonino per traffico voce pari a circa 20 ore in un mese e non ha ricevuto alcuna chiamata";*

- "il cliente è stato informato circa la sospensione del servizio con il messaggio di testo inviato su tutte le utenze in oggetto: gentile cliente dai nostri sistemi risulta un utilizzo della sua sim non conforme alle nostre norme d'uso per traffico anomalo. La sua sim sarà sospesa a breve".

L'istante con note di replica alla memoria dell'operatore, ha evidenziato che:

- "l'operatore non ha mai verificato le anomalie della linea telefonica";
- "il limite giornaliero è stato violato solo 2 volte in in 6 mesi";
- "vi è stato un normale utilizzo del telefono";
- "per la sim era attiva la promozione "Bip 1000 che prevedeva 250minuti di chiamate settimanali";
- "il traffico entrante è pari a zero in quanto in cellulare da me utilizzato (Dual sim - acquistato da Bip mobile) permette di utilizzare due sim diverse in un unico cellulare; una (la sim Vodafone) utilizzata per ricevere l'altra (la sim Bip mobile) per chiamare avendo l'opzione Bip 1000";
- "dal dettaglio traffico solo alcune chiamate hanno durata pari a 60 minuti e non tutte, come asserito dall'operatore";
- "al raggiungimento dei 60 minuti (durante una telefonata) la Bip cessa la linea automaticamente";
- "il bonus autoricarica non esiste più".

Motivi della decisione

1. In tema di rito.

Preliminarmente si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di cui all'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile ed ammissibile.

Si deve, altresì, dar conto del comportamento delle parti nella fase procedimentale: l'operatore non ha partecipato all'udienza di conciliazione, né ha presentato memorie.

L'udienza di discussione per il presente ricorso non si è tenuta, in quanto non è stata richiesta espressamente dalle parti e non è stata ritenuta necessaria ai fini dell'odierna decisione.

Riguardo al merito.

Sulla base di quanto rappresentato e documentato dall'istante e dall'operatore, nonché di quanto accertato nel corso del procedimento, la presente controversia, ha per oggetto la sospensione (cautelativa) dell'utenza mobile da parte dell'operatore Bip Mobile.

Occorre dunque preliminarmente valutare se il comportamento di Bip, di sospendere cautelativamente l'utenza - a fronte del traffico anomalo rilevato, sia stato legittimo e rispettoso delle norme contrattuali e delle Delibere dell'Autorità in materia.

2.1 Sulla sospensione della linea e il relativo indennizzo.

Per meglio inquadrare la fattispecie, occorre richiamare la delibera 22/10 CIR che stabilisce: "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, allorquando 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".

Per quanto sopra esposto occorre sottolineare che nell'ambito dei rapporti contrattuali, è principio assolutamente pacifico quello secondo cui **"in tema di prova dell'inadempimento di un'obbligazione, il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve solo provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto, mentre il debitore convenuto è gravato dall'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (anche per difformità rispetto al dovuto o anche per tardività dell'adempimento) gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento"** (Cass.Civ. n. 2387/04; cfr. Cassazione civile, sez. II, 20 gennaio 2010, n. 936).

In mancanza di prova, dunque, dell'esatto adempimento da parte dell'operatore telefonico, si presume la responsabilità contrattuale di questi, a meno che lo stesso non provi – ex art. 1218 c.c. – che *"l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile"*.

L'obbligo di attenersi al rispetto della buona fede, fondato sul dovere di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione, impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, anche a prescindere dagli specifici obblighi contrattuali e dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*. In via generale, secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato, "la buona fede nell'esecuzione del contratto 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 dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*, trovando tale impegno solidaristico il suo limite preciso 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" (ex pluribus, Cass., 15.02.2007 e Cass., 11.01.2006, n. 264).

Nella fattispecie, come già detto, l'istante ha lamentato la sospensione della sim telefonica dall'11 giugno 2013.

Lo stesso, però non ha prodotto alcun reclamo o comunicazione relative alla sospensione dell'utenza.

L'operatore Bip con la propria memoria difensiva, dopo aver descritto le condizioni del contratto concluso dall'istante ed il profilo tariffario ad esso associato, ha sostenuto la correttezza del proprio operato, considerando il consumo telefonico effettivo, dal 1° maggio al 31 maggio 2013 come "anomalo" e sospendendo quindi cautelativamente l'utenza. I sistemi della società, hanno segnalato un uso improprio dei servizi "UMTS" e il superamento dei limiti ragionevoli derivanti da un utilizzo a scopo personale del terminale, ovvero:

- "160 minuti di traffico uscente voce o 200 sms uscenti giornalieri";
- "1250 minuti di traffico uscente voce o 2000 sms uscenti mensili";
- "80% di traffico vocale uscente giornaliero verso numerazioni Bip rispetto al totale del traffico vocale uscente giornaliero";
- "80% di traffico vocale uscente giornaliero verso numerazioni non Bip rispetto al totale del traffico vocale uscente giornaliero";
- "rapporto tra traffico voce e sms giornaliero uscente complessivo e traffico voce e sms giornaliero entrante complessivo non superiore a 4".

Quindi: è stato superato il limite di 160 minuti giornalieri; la percentuale di chiamate verso un solo gestore (Wind) è risultato pari al 100%, per l'utenza in oggetto è stato superato il limite dell'80%; verso un solo numero telefonico, il traffico entrante del mese di Maggio è risultato pari a zero, superando il limite del rapporto tra traffico uscente e entrante che è pari a 4.

Assume a tal fine rilievo l'art. 8, delle norme d'uso delle Bipcard voce e dati, richiamato il quale prevede: *Bip potrà risolvere il contratto ai sensi dell'art. 1456 c.c. inviando una relativa comunicazione tramite sms al Cliente"*.

Bip Mobile ha dichiarato in memoria di aver avvisato l'utente dell'imminente sospensione del servizio con il seguente messaggio di testo inviato sull'utenza in oggetto: *"gentile cliente dai nostri sistemi risulta un utilizzo della sua sim non conforme alle nostre norme d'uso per traffico anomalo. La sua sim sarà sospesa a breve"*.

Pertanto, Bip Mobile, ha dimostrato anche attraverso la produzione del traffico telefonico generato dall'utenza in questione di aver ottemperato al proprio *"onus probandi"*, e di aver agito secondo quanto previsto dalle proprie condizioni generali di contratto.

Va inoltre rimarcato che: l'istante non ha mai reclamato tale disservizio, se non con la presentazione del formulario UG.

Alla luce di tale ricostruzione, valutati tutti gli elementi appena esposti non si accoglie la richiesta formulata dall'istante.

2.2 Sulla riattivazione delle scheda sim.

L'istante ha chiesto la riattivazione della scheda sim.

Come sopra richiamato l'art. 8 delle norme d'uso delle Bipcard voce e dati, prevede che: *Bip potrà risolvere il contratto ai sensi dell'art. 1456 c.c. inviando una relativa comunicazione tramite sms al Cliente"*.

Nel caso de quo, occorre esaminare se la condotta tenuta dall'istante sia stata legittima o meno.

Infatti, si deve rilevare che la declaratoria di liceità o meno di una condotta si rinviene nella valutazione di conformità o meno della stessa alle disposizioni normative contrattuali: nel contratto di specie, si può integrare un'ipotesi di uso improprio della sim, tale da legittimare la società Bip Mobile alla sospensione immediata del servizio e ad avvalersi della clausola risolutiva espressa contrattualmente prevista.

Per le motivazioni su esposte si rigetta la richiesta formulata dall'istante.

3. Sulle spese di procedura.

L'art. 19, al comma 6, del Regolamento allegato alla delibera Agcom n. 173/07/ CONS, sancisce che nel determinare rimborsi e gli indennizzi si tenga conto "del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione".

Nel caso di specie, l'operatore non ha aderito all'udienza di conciliazione.

Non si riconosce il rimborso spese di procedura.

Per tutto quanto sopra esposto.

Vista la proposta di decisione del Direttore del Co.Re.Com. Calabria Avv. Rosario Carnevale, resa ai sensi dell'art. 19 del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti;

Udita la relazione del Presidente di questo Comitato, Prof. A. Manganaro, nell'odierna seduta;

All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge.

DELIBERA

1) Il rigetto per le motivazioni di cui in premessa, dell'istanza presentata il 14 agosto 2013, dal sig. xxx nei confronti della società Bip Mobile.

2) E' fatta salva per l'utente la possibilità di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, come previsto dall'articolo 19 comma 5, del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con deliberazione Agcom n. 173/07/ CONS;

3) Come disposto dall'art. 19, comma 3, del Regolamento suindicato "il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003 n. 259";

4) La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata nel Bollettino Ufficiale e sul sito web dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e sul sito web del Co.Re.Com. Calabria, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della legge n. 69/2009;

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. b), del Codice del Processo Amministrativo, approvato con d. l.vo 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 dell'articolo 119 del medesimo Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

I Componenti

f.to Prof. Carmelo Carabetta

f.to Dott. Gregorio Corigliano

Il Presidente
f.to Prof. Alessandro Manganaro

V. Il Direttore

f.to Avv. Rosario Carnevale