

COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Delibera n. 28/2016

Estratto del processo verbale della seduta n. 11 del 5 dicembre 2016

Oggetto: Definizione della controversia Grammatico / Telecom
Italia Spa

Presiede il Presidente

Giovanni Marzini

Sono presenti:

il Vice Presidente

Alessandro Tesini

il componente

Paolo Santin

Verbalizza

Gabriella Di Blas

In ordine all'oggetto, il Comitato ha discusso e deliberato quanto segue:

IL COMITATO

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 dell'Utente Grammatico nella persona del Legale Rappresentante Federconsumatori Trieste, presentata in data 28/11/2014 sub prot. n. 0010083/A;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione di Parte Istante

L'Istante, intestatario dell'utenza telefonica fissa - codice utente non specificato, tramite istanza GU14 n. 159/14 ha lamentato il mancato rientro in Telecom della propria utenza,

in occasione dell'esercizio del diritto di ripensamento in fase di migrazione verso l'Operatore Fastweb Spa.

A fronte di un tanto, Parte Istante ha richiesto il giusto indennizzo per la mancata attivazione del servizio telefonico.

2. La posizione dell'Operatore

L'Operatore, a riscontro dell'istanza in atti, si costituiva tramite memoria difensiva dd. 21/11/2014 sub prot. n. 0009720/A affermando di aver diligentemente adempiuto alla propria obbligazione contrattuale non ritenendosi il Medesimo responsabile per il ritardo nel rientro in fase di migrazione verso Fastweb, poichè i problemi riscontrati in detta fase migratoria sarebbero dipesi da "Ko tecnici" generati da Fastweb stessa, pertanto fuori dalla sfera di competenza di Telecom. Alla luce di un tanto, Telecom chiedeva il rigetto delle richieste di Controparte fornendo a supporto delle proprie dichiarazioni la schermata Pitagora/WHS allegate al fascicolo in atti.

Parte Istante non replicava a quanto affermato da Telecom in nota difensiva.

In data 15/03/2016 si svolgeva udienza di discussione, un tanto al fine di ottenere utili integrazioni istruttorie e tentare di addivenire ad un accordo bonario tra le Parti; all'incontro si riscontrava l'assenza ingiustificata di Parte Istante nonostante regolare convocazione dd. 02/02/2016; a fronte di ciò, si tentava di contattare nuovamente Federconsumatori, in quanto Legale Rappresentante dell'Utente in questione, per la fissazione di un ulteriore incontro ma non si riceveva alcun riscontro positivo; si riteneva dunque di passare alla fase decisoria del procedimento senza lo svolgimento di udienza alcuna.

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 rigettate come di seguito meglio precisato.

Per la risoluzione della fattispecie in esame, occorre citare, in tema di onere della prova **l'articolo 2697 c.c.** che afferma quanto segue: *"Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda"*; in altre parole, come da costante interpretazione giurisprudenziale, 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.

Rileva inoltre **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 [...]".

Inoltre, sul piano sostanziale della controversia, occorre precisare che, in tema di adempimento dell'obbligazione, l'art. 1176 c.c. stabilisce quanto segue: "Nell'adempire l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia. Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata".

Pertanto, ai sensi dell'art. 1218 sopra citato, si evince che in capo al creditore della prestazione, l'Utente nel caso di specie, sia previsto soltanto l'onere di fornire la prova della fonte negoziale o legale da cui sorge la propria pretesa giuridica e dall'onere della mera deduzione dell'inadempimento di controparte debitrice, il Gestore, tenuta quest'ultima a provare l'esatto adempimento dell'obbligazione ex art. 1176 c.c..

Dunque, dalla disanima di quanto agli atti, emerge innanzitutto l'assoluta indeterminatezza delle richieste di Parte Istante nonché la mancanza di chiarezza sia nella descrizione dei fatti che nelle richieste avanzate tramite l'istanza GU14 in parola; l'istanza agli atti presenta invero una descrizione dei fatti alquanto vaga e confusa, mancando inoltre, qualunque tipo di documentazione a supporto di quanto affermato, elementi questi assolutamente indispensabili ai fini della risoluzione della vertenza; non sussiste infatti a fascicolo di Parte Istante, alcun tracciamento di reclami, segnalazioni o documentazione che possa avvalorare le richieste della Medesima. A ciò non ha di certo giovato l'assenza di Parte Istante all'udienza del 10/03/2016 fissata appositamente per ottenere delucidazioni utili all'istruttoria della controversia. Da un tanto si evince come Parte Istante abbia disatteso l'onere probatorio di cui all'art. 2697 c.c..

Diversamente, si ritengono pienamente provate le affermazioni di Telecom ai sensi del combinato disposto degli artt. 1218 c.c. e 1176 c.c. di cui in narrativa; Parte Convenuta infatti, tramite la richiamata nota difensiva, ha fornito gli elementi probatori necessari a dimostrare il proprio diligente adempimento contrattuale, pertanto nessuna responsabilità può essere attribuita al Gestore in parola riguardo i problemi accusati dall'Utente in fase di rientro per esercizio del diritto di ripensamento in costanza di migrazione ad altro Gestore.

Per quanto sopra esposto, le richieste di Parte Istante non possono venire accolte.

Infine, si precisa che le spese di lite si intendono compensate, ai sensi di quanto disposto dall'art. 19, comma 6, del Regolamento adottato con delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007.

Alla luce di quanto sopra, il Co.Re.Com. FVG

DELIBERA

- 1- Il rigetto in toto dell'istanza di Grammatico rappresentato da Federconsumatori Trieste nei confronti della Società Telecom Italia Spa.

Le spese di lite si intendono compensate.

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.

È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.

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 Co.Re.Com. FVG e dell'Autorità (www.agcom.it).

Il Direttore
Gabriella DI BLASIO

Il Presidente
Giovanni MARZINI