

COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Delibera n. 31/2015

Estratto del processo verbale della seduta n. 8 del 30 novembre 2015

Oggetto: Definizione della controversia Sedran C. / H3G 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 Gu14 55/14 sub. prot. VC/6949/13, presentata da Sedran I... rappresentata dall'Avv. Cattaruzzi F... giusta delega in atti, nei confronti della Società H3G Spa (per brevità H3G);

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione di Parte Istante

L'Istante, titolare dell'utenza telefonica... , dichiara di aver stipulato in data 16/06/2012 con l'Operatore H3G, un contratto di telefonia mobile con navigazione internet con contestuale acquisto di un apparecchio telefonico Samsung Galaxy S3 per il cui pagamento stipulava presso Compass un contratto di prestito finalizzato del valore di €. 718,36 (comprensivo del valore finanziato piu' interessi e costi connessi al credito per un totale

di 30 rate mensili di cui 29 del valore di €. 22,00 ed una del valore di €. 61,00) un tanto in forza di quanto stabilito dal contratto intercorrente tra le parti.

Parte Istante, relativamente al terminale Samsung oggetto del contratto di cui sopra ha lamentato sin dall'inizio malfunzionamenti tali da rendere necessari due interventi manutentivi in agosto 2012 ed in marzo 2013, interventi rivelatisi non risolutivi dei problemi tecnici presentati dell'apparecchio medesimo; gli svariati reclami di Sedran C restavano privi di riscontro così come la richiesta di sostituzione dell'apparecchio de quo. A seguito di quanto sopra, Parte Istante si vedeva costretta a recedere dal contratto con conseguente addebito a proprio carico dei costi di recesso anticipato.

Alla luce di ciò, Parte Istante richiedeva, tramite il deposito presso il Co.Re.Com FVG di apposita istanza GU14:

- la sostituzione dell'apparecchio difettoso;
- lo storno del corrispettivo per il recesso anticipato compiuto in conseguenza all'inadempimento contrattuale del Gestore;
- l'indennizzo per 60 giorni di mancato utilizzo del servizio (cfr. memoria di replica per 1 - Avv. Cattaruzzi - dd. 14/07/2014 prot. n. 0004341/A).

2. La posizione dell'Operatore

L'Operatore H3G, come da memoria in atti dd.01/07/2014, prot. n. 4221 dd. 02/07/2014, contestava in fatto ed in diritto le richieste di controparte affermando l'infondatezza della pretese avversarie inerenti sia la sostituzione del terminale difettoso con relativo indennizzo sia lo storno della fattura per costi di recesso anticipato (cfr. fattura n. 1349060278 dd. 08/06/2013 €. 243,03).

A componimento della controversia, in via bonaria, H3G proponeva lo storno dell'insoluto pendente a carico di Parte avversaria pari ad €. 391,26 nonché un rimborso pari ad €. 200,00; la proposta restava priva di riscontro.

In data 07/05/2015 si svolgeva udienza di discussione presso il Co.Re.Com. FVG in occasione della quale le Parti non pervenivano ad alcun accordo transattivo (cfr. verbale prot. n. 0005990/P dd. 07/05/2015).

3. Motivazione della decisione

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

Nel merito, alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla Parte Istante possono essere accolte come di seguito precisato.

In primis, preme precisare l'impossibilità del Co.Re.Com. FVG di potersi determinare sulla richiesta di sostituzione dell'apparecchio telefonico di cui in atti avendo lo Stesso poteri decisori limitati alla materia dei rimborsi ed indennizzi (cfr. art. 19 Del. 173/07/Cons).

In secundis, sotto il profilo sostanziale della vertenza, rilevano, in tema di "**Garanzia legale di conformità e garanzie commerciali per i beni di consumo**" di cui al **Codice del Consumo, articoli 128 - 135, l' art. 130, comma 1** secondo cui "*Il venditore è responsabile nei confronti del consumatore per qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna del bene*", e l' **art. 132, comma 1** secondo cui "*Il venditore è responsabile, a norma dell'articolo 130, quando il difetto di conformità si manifesta entro il termine di due anni dalla consegna del bene*". Inoltre, in tema di adempimento dell'obbligazione, rileva l'**art. 1176 c.c.** che 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*".

Infine, dal punto di vista procedurale, 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 e, se previsto, del termine di scadenza, mentre può limitarsi ad allegare l'inadempimento della controparte, sarà quest'ultima a dover fornire prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento (cfr. Cass. S.U. n. 13533/2001).

Sul tema si è espressa anche l'**AGCOM** che, nella delibera **n. 1/11/CIR** ribadisce come il creditore, nel caso in cui venisse dedotto l'inesatto adempimento di un'obbligazione, oltre a provare la fonte del rapporto alla base della controversia, si possa limitare alla semplice deduzione dell'inesattezza dell'adempimento, mentre l'onere di provare il contrario graverebbe sul debitore.

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 [...]".

Pertanto, ai sensi del **combinato disposto degli articoli 1218 c.c. e 2697 c.c., degli art. 128-135 Codice Consumatori ed in linea con l'orientamento espresso dall'AGCOM**, 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 secondo il principio della "diligenza del buon padre di famiglia" ex **art. 1176 c.c.**

Quindi, dalle risultante istruttorie in atti, emerge come Parte Convenuta abbia omesso di dimostrare il diligente adempimento agli obblighi di garanzia previsti dalla vigente normativa; pertanto in base ai principi normativi sopra esposti e di quanto dedotto dall'analisi della fattispecie concreta si può affermare la fondatezza della pretesa di Parte Istante per il comportamento inadempiente tenuto da H3G sia nell'aver fornito un apparecchio difettoso a controparte (crf. Terminale Samsung acquistato tramite prestito finalizzato Compass per €. 718,36) sia nel non averlo né riparato né sostituito prontamente nonostante le legittime richieste presentate da Parte Istante nell'agosto del 2012 ed in marzo 2013 causando così 60 giorni di mancanza di servizio (cfr. art. 4 - delibera n. 73/11/Cons -"Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori"), un tanto contravvenendo ai dettami dell'art. 1176 c.c. di cui sopra.

Pertanto, la società sarà tenuta a liquidare un equo e congruo indennizzo, secondo i parametri stabiliti dal Regolamento adottato con delibera n. 73/11/CONS, con particolare riguardo alla tipologia del contratto *consumer* e al numero di utenza 3930748737.

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, appare equo liquidare in favore di Parte Istante, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento adottato con delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, l'importo di euro 100,00 (cento/00).

Alla luce di quanto esposto sopra, il CO.RE.COM. FVG

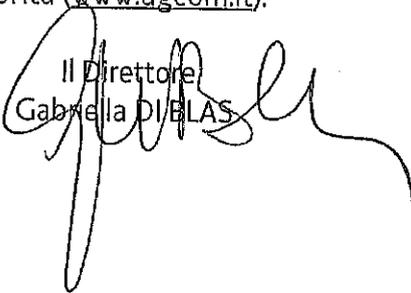
DELIBERA

1. L'accoglimento parziale dell'istanza di Sedran per i motivi di cui in narrativa;
2. H3G Spa è tenuta:
 - allo storno totale dell'insoluto pendente in capo a Parte Istante;

- al rimborso di **€. 718,36** (settecentodiciotto/36) somma corrispondente all'importo del prestito finalizzato Compass relativo all'acquisto del terminale Samsung guasto di cui sopra;
 - al versamento in favore di Controparte di una somma pari ad **€. 450,00** (quattrocentocinquanta/00) a titolo di indennizzo per 60 giorni di mancata fornitura del servizio a causa del guasto dell'apparecchio telefonico di cui in atti;
 - al versamento dell'importo pari ad **€. 100,00** (cento/00) a titolo di rimborso di spese di procedura.
3. le somme de quo dovranno venire aumentate degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza e fino a saldo effettivo.
 4. 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.
 5. 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.
 6. È 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 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 BLAS



Il Presidente
Giovanni MARZINI

