



Decreto del Direttore del Servizio organi di garanzia

Decreto n° 412/GEN del 04/08/2016

Decreto nr. di data

Oggetto: Definizione della controversia Smailagic, ' Sky Italia Spa - GU14
132/15

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 dell'Utente Smailagic, presentata in data 27/07/2015 sub prot. n. 0009241/A dd. 27/07/2015 con la quale il Medesimo, intestatario di un abbonamento My Sky HD contesta parzialmente le fatture emesse nell'arco di un anno dal Gestore relativamente all'opzione tecnologia HD, poiché opzione non dovuta e già compresa originariamente nel contratto base, chiedendo quindi lo storno e rimborso parziale della fatture de quo, relativamente ai soli addebiti per l'opzione tecnologia HD con restituzione di quanto versato per un anno, nonché la corresponsione di €. 1.000,00 a titolo di risarcimento dei danni morali patiti;

VISTA la nota sub prot. n. 0009727/P dd. 06/08/2015, con la quale veniva comunicato alle parti l'avvio del procedimento per la definizione della controversia;

RICHIAMATI gli atti del procedimento;

ACCERTATO che la richiesta di risarcimento dei danni morali per la somma complessiva di €. 1.000,00 esula dalla sfera di competenza del Co.Re.Com. ex art. 19 Regolamento AGCOM e che pertanto la medesima non può venire trattata;

PRESO ATTO che L'Operatore Sky, relativamente al procedimento di definizione de quo, ha ritenuto di non costituirsi né di depositare memoria e/o scritto difensivo alcuno;

ATTESO che l'istanza di cui sopra soddisfa i requisiti di proponibilità ed ammissibilità di cui al Regolamento AGCOM;

VISTO l'articolo 2697 c.c. secondo cui "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";

CONSIDERATO pertanto che, 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 che dovrà fornire prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento (cfr. Cass. S.U. n. 13533/2001);

CONSIDERATO che la delibera Agcom n. 1/11/CIR stabilisce che il creditore, nel caso in cui venga 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;

VISTO 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"*;

RICHIAMATE le "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, ed in particolare l'art. III.4.2 secondo cui: *"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 [...]";*

VISTO inoltre, in tema di adempimento dell'obbligazione, l'art. 1176 c.c. secondo il quale *"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"*;

VISTO l'art. 115 c.p.c. così come modificato dalla L. 69/2009, applicabile in base al principio di analogia anche ai procedimenti di definizione delle controversie di competenza dei Co.Re.Com., il quale stabilisce che *"Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita. Il giudice può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza"*;

TENUTO CONTO, sulla scorta di quanto sopra, che devono essere ritenuti provati, accanto ai fatti notori, anche quelli che non sono stati specificamente contestati dalla controparte né direttamente né indirettamente (sul punto, la giurisprudenza di legittimità e merito è consolidata nel ritenere che, per il principio di valutazione della prova, dal comportamento delle parti possano trarsi argomenti di prova e che, per il principio di non contestazione, in materia di diritti disponibili, i fatti non contestati da controparte non abbiano bisogno di prova alcuna - cfr. Cass. Civile sez. I 19 novembre 2012 n. 20235 - Tribunale di Roma 5 luglio 2012);

RILEVATO che, in forza del combinato disposto degli articoli 1176 c.c., 1218 c.c., 2697 c.c. e 115 c.p.c. ed in linea con l'orientamento espresso dall'Agcom, 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 l'onere della mera deduzione dell'inadempimento di controparte debitrice, tenuta quest'ultima a provare l'esatto adempimento dell'obbligazione;

ACCERTATO dall'analisi della fattispecie concreta che Parte Istante, riguardo l'istanza di storno e rimborso parziale delle fatture di cui in atti, ha pienamente assolto agli oneri previsti dagli articoli 1218 c.c., 2697 c.c. e 115 c.p.c. di cui sopra, avendo la Medesima provato, tramite istanza GU14 e relativi allegati agli atti del procedimento, la fonte della propria pretesa legale;

RILEVATA la mancata costituzione di Sky nel procedimento in atti e pertanto la mancata osservanza, da parte della Medesima, di quanto previsto dalla normativa di settore (cfr. *Regolamento Agcom*) in tema di costituzione di Parte Convenuta (cfr. avvio del procedimento dd. 06/08/2015 sub prot. n. 0009727/P dd. 06/08/2015 rimasto privo di riscontro);

ACCERTATO, da quanto dichiarato da Parte Istante, che Sky ha prodotto fatturazione irregolare e difforme a quanto previsto contrattualmente, in violazione del principio di diligenza espresso dall'art. 1176 c.c..

RILEVATO quindi che le richieste di Parte Istante possono venire accolte parzialmente cioè con solo riguardo all'istanza di storno e rimborso, dalle fatture, dell'indebito costo dell'*opzione tecnologia Hd*, non essendo trattabile in questa sede, per le motivazioni di cui sopra, la richiesta di risarcimento per danni morali;

RITENUTO pertanto che la Società Convenuta debba ricalcolare le fatture emesse al netto dell'*opzione tecnologia HD* nonché rimborsare a Parte Istante le quote indebitamente saldate e relative all'*opzione medesima*.

RITENUTO inoltre di disporre, 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, la liquidazione dell'importo di euro 50,00 (cinquanta/00) a titolo di spese di procedura;

DECRETA

- 1) L'accoglimento parziale, per le motivazioni espresse in premessa, dell'istanza di Smailagic nei confronti della Società Sky Italia Spa.
- 2) Sky Italia Spa è tenuta al ricalcolo delle fatture emesse al netto dell'*opzione tecnologia HD* con conseguente storno e rimborso dell'*opzione medesima* indebitamente saldata da Parte Istante.

- 3) Sky Italia Spa è inoltre tenuta al versamento di **€. 50,00** (*cinquanta/00*) a titolo di spese di procedura.
- 4) Le somme di cui sopra dovranno venire aumentate 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.

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

È fatta salva la possibilità per Parte Istante 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).

- Gabriella DI BLAS-