

DELIBERA N. 186/2020

**XXX / ILIAD ITALIA X
(GU14/282556/2020)**

Il Corecom Emilia- Romagna

NELLA riunione del Corecom Emilia- Romagna del 22/12/2020;

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*”;

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*”, di seguito denominato *Regolamento sugli indennizzi* come modificato da ultimo dalla delibera n. 347/18/CONS;

VISTA la delibera n. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante “*Approvazione del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 353/19/CONS;

VISTA la delibera n. 339/18/CONS del 12 luglio 2018 recante “*Regolamento applicativo sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche tramite piattaforma Concilia-Web, ai sensi dell’articolo 3, comma 3, dell’Accordo Quadro del 20 novembre 2017 per l’esercizio delle funzioni delegate ai Corecom*”;

VISTA la l.r. 30 gennaio 2001, n. 1, recante “*Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (Co.Re.Com.)*”;

VISTA la Convenzione per il conferimento della delega di funzioni ai Comitati regionali per le comunicazioni sottoscritta in data 28 dicembre 2017;

VISTO l'Accordo quadro sottoscritto il 28 novembre 2017 fra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative e delle regioni e delle Province autonome;

VISTA l'istanza di XXX del 23/05/2020 acquisita con protocollo n. 0221884 del 23/05/2020;

VISTA la relazione istruttoria della Responsabile del Servizio, dott.ssa Rita Filippini;

UDITA l'illustrazione svolta nella seduta del 22/12/2020;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

A seguito dell'udienza di conciliazione convocata per il giorno 15.05.2020, l'istante ha presentato istanza di definizione, come specificato in premessa. L'utente lamenta la sospensione del servizio di SMS. In particolare, sottoscriveva con Iliad un contratto, comprendente chiamate e SMS illimitati ma, con mail del 13.04.2020, l'operatore comunicava la sospensione del servizio di SMS, a causa di un uso anomalo dello stesso. L'operatore sospendeva quindi il servizio di SMS e in data 17.04.2020, ripristinava il servizio. In base a tali premesse, ha chiesto l'indennizzo per i giorni in cui non ha potuto usufruire del servizio di SMS.

2. La posizione dell'operatore

L'operatore ha presentato memoria nella quale rappresenta quanto segue. A seguito della mail del 13.04.2020, non seguiva alcuna sospensione del servizio di SMS (tabulato allegato). Evidenzia come dal dettaglio del traffico SMS, emerge l'abituale uso anomalo del servizio, atteso l'invio di numerosi SMS, a distanza di pochi secondi l'uno dall'altro a destinatari sempre differenti e l'invio massivo di SMS, per finalità diverse da quelle personali. In data 24.04.2020, cessava il contratto, a causa della procedura di portabilità verso altro operatore. Aggiunge che anche nell'ipotesi in cui si fosse verificata la lamentata sospensione del servizio, la stessa sarebbe comunque stata legittimamente operata, stante il preavviso e l'uso anomalo dell'utenza, come previsto dall'art. 7 delle Condizioni generali di Contratto e dall'art. 14 del Regolamento Indennizzi, che escludono la possibilità di riconoscere qualsiasi indennizzo per i disservizi conseguenti e/o collegati all'utilizzo anomalo dei servizi di comunicazione elettronica. Eccepisce l'inammissibilità del documento allegato dall'utente in piattaforma, il giorno 12.10.2020, essendo decorsi i termini per il deposito delle memorie e delle repliche, tanto più se si considera che il documento in oggetto è datato 14.04.2020 ed è dunque antecedente al deposito dell'istanza di definizione.

3. Motivazione della decisione

Preliminarmente, si ritiene di accogliere l'eccezione di inammissibilità sollevata dall'operatore, atteso che la documentazione prodotta dall'utente in data 12.10.2020, risulta tardiva rispetto ai termini di cui all'art. 16, comma 2 dell'Allegato A, alla delibera n. 353/19/CONS, nel quale è stabilito che "...entro i successivi 20 giorni, sempre a pena di irricevibilità le parti possono presentare le proprie memorie di replica"; nondimeno, la documentazione di parte assume valenza probatoria ed in quanto tale, merita valutazione ai fini della ricostruzione della vicenda e a completamento istruttorio.

La richiesta avanzata da parte istante non può essere accolta per le motivazioni di seguito indicate. La norma di riferimento è l'art. 1218 Cod. civ., 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 creditore della prestazione, tipicamente l'utente, "dovrà limitarsi a dedurre l'esistenza del contratto fra le parti ed il suo contenuto, mentre 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". Ai sensi del richiamato criterio di riparto probatorio, l'utente è onerato di uno specifico obbligo di allegazione dei fatti precisi a supporto della propria pretesa, in forza di quanto previsto dall'art. 2697, comma 1, c.c. Sul punto, in base ai principi generali sull'onere della prova, si richiama il consolidato orientamento giurisprudenziale (Cass. Sez. II, 20 gennaio 2010, n. 936), secondo il quale, "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, dovendo il debitore convenuto fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento". Si richiama altresì, l'orientamento costante di Agcom e di questo stesso Corecom, in materia di onere della prova, secondo cui, "l'istante è tenuto ad adempiere quanto meno all'obbligo di dedurre, con un minimo grado di precisione, quali siano i fatti e i motivi alla base delle richieste, allegando la relativa documentazione" e pertanto "la domanda dell'utente dovrebbe essere rigettata nel merito, qualora lo stesso non adempia l'onere probatorio su di lui incombente" (ex multis, Delibere Agcom nn. 70/12 e n. 91/15/CIR e 68/16/CIR, e delibera Corecom Emilia-Romagna n. 57/14). Nel caso di specie, si evidenzia la genericità e l'indeterminatezza della domanda, non supportata da alcun riscontro probatorio utile alla ricostruzione della controversia. L'istante non ha prodotto il contratto né i documenti comprovanti la contestata sospensione del servizio di SMS, limitandosi ad allegare in data 12.10.2020 (fuori termine, come sopra evidenziato) il reclamo, via pec, del 14.04.2020. La parte, in tale sede, avrebbe dovuto depositare i fatti e i documenti posti a fondamento della propria pretesa, come sopra individuati, spettando all'operatore, per il principio dell'inversione dell'onere della prova, ai sensi dell'art. 1218 c.c., dimostrare la regolarità della fruizione del servizio. Ai sensi del richiamato criterio di riparto probatorio, dunque, l'utente è onerato di uno specifico obbligo di allegazione dei fatti a supporto della propria pretesa, che come sopra evidenziato, in tale sede, sono carenti, con la conseguenza che non risulta soddisfatto l'onere probatorio che, sia pure in minima parte, grava sulla parte. D'altro canto, l'operatore allega le Condizioni generali di Contratto e un tabulato contenente il dettaglio del traffico SMS, dal quale emerge chiaramente che l'utente ha regolarmente fruito del servizio SMS nel periodo di asserita sospensione (dal 13.04.2020 al 17.04.2020) e di conseguenza, si ritiene assolto l'onere probatorio su di lui incombente.

Per questi motivi, il Corecom all'unanimità

DELIBERA

1. Rigetta l'istanza di XXX, nei confronti della società Iliad Italia X.

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 sul sito *web* dell'Autorità.

Bologna, 22.12.2020

Firmato digitalmente

IL PRESIDENTE

Stefano Cuppi