

COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Delibera n. 18/2015

Estratto del processo verbale della seduta n. 5 del 13 luglio 2015

Oggetto: Definizione della controversia [REDACTED] / Vodafone
Omnitel Bv

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 di [REDACTED] presentata in data 05/11/2014 prot. 0008926/A dd. 06/11/2014 nei confronti di Vodafone Omnitel BV (di seguito, per brevità, "Vodafone");

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione di Parte Istante

L'Istante, titolare dell'utenza telefonica [REDACTED] – codice cliente [REDACTED] – dichiarava di aver stipulato telefonicamente, nel corso del mese di maggio 2014, un contratto Vodafone per rete fissa, mobile nonché servizio Adsl per un totale di €. 38,00 mensili onnicomprensivi di tutti i servizi offerti; quanto concordato però, sin dall'origine del rapporto

non veniva onorato dal Gestore, infatti le fatture emesse presentavano un conto ben più elevato di €. 38,00 al mese (cfr. fatture allegate all'istanza GU14 n. AE09029975 dd. 26/06/2014 per €. 159,09; fattura n. AE12014013 dd. 27 agosto 2014 per €. 207,44; fattura n. AE 14995667 dd. 29/10/2014 per €. 233,92; fattura n. AE18003455 dd. 30/12/2014 per €. 219,74; fattura n. AF03020746 dd. 25/02/2015 per €. 255,69; fattura n. AF06097018 dd. 18/05/2015 per €. 218,32 – cfr. Istanza UG 1092/14 prot. 0005859/A dd. 27/08/2014 e GU14 146/14 prot. 0008926/A dd. 06/11/2014).

Parte Istante lamentava inoltre di non aver mai ricevuto dal Gestore alcuna copia dell'accordo stipulato telefonicamente; la medesima dunque, considerando la condotta di Vodafone del tutto illegittima ed ingiustificata, chiedeva a codesto Co.Re.Com. lo storno ed il ricalcolo delle fatture emesse in linea con quanto pattuito (€. 38,00 mensili tutto compreso) nonché copia cartacea dell'accordo de quo stipulato a distanza.

2. La posizione dell'Operatore

L'Operatore Vodafone Omnitel BV, in primo grado ed in sede di udienza di conciliazione (cfr. verbale dd. 29/10/2014 prot. 0008565/P) proponeva a chiusura bonaria della vertenza lo storno parziale di €. 140,51 relativamente dalle fatture insolute n. AE12014013 dd. 27/08/2014 e n. AE09029975 dd. 26/06/2014) nonché l'accredito della somma di €. 129,87 a storno parziale dei futuri addebiti in modo che la restante parte a carico dell'Utente fosse di €. 38,00; l'Utente non accettava la proposta pertanto il tentativo obbligatorio di conciliazione di chiudeva con esito negativo.

In secondo grado, il Gestore riteneva di non costituirsi e non presenziava alla relativa udienza di discussione dd. 14/05/2015, in tale sede l'Utente insisteva per l'accoglimento delle richieste di cui all'Istanza in atti (cfr. verbale dd. 14/05/2015 prot. 0006330/P).

3. Motivazione della decisione

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

Per la risoluzione della fattispecie in esame, 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 [...]".*

Appare inoltre necessario citare 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., che stabilisce quanto segue: *"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"*; secondo la ratio di tale disposizione, devono essere ritenuti provati, accanto ai fatti notori, anche quelli che non sono stati specificamente contestati dalla controparte né direttamente né indirettamente, sul punto, come noto, 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).

Pertanto, ai sensi del **combinato disposto degli articoli 1218 c.c., 2697 c.c. e 115 c.p.c. 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.

Riguardo alla stipulazione del contratto a distanza intercorso tra le parti, occorre precisare che il Codice del Consumatori all'articolo 51, comma 6, *"Requisiti formali per i contratti a distanza"* prevede che *"Quando un contratto a distanza deve essere concluso per telefono, il professionista deve confermare l'offerta al consumatore, il quale è vincolato solo dopo aver firmato l'offerta o*

dopo averla accettata per iscritto; in tali casi il documento informatico può essere sottoscritto con firma elettronica ai sensi dell'articolo 21 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni. Dette conferme possono essere effettuate, se il consumatore acconsente, anche su un supporto durevole", da un tanto nasce il dovere a carico del Gestore Telefonico di fornire copia del contratto all'Utente che abbia stretto un accordo col medesimo fuori dai locali commerciali.

Ebbene, passando all'analisi della fattispecie concreta, si evince come Parte Istante abbia pienamente assolto l'onere imposto dall'art. 2697 c.c., avendo la Stessa sia allegato all'istanza in atti tutta la documentazione in Suo possesso necessaria all'istruzione della vertenza, sia partecipando attivamente alla relativa udienza di discussione; al contrario Vodafone risulta essere inadempiente avendo la Stessa disatteso, ogni onere imposto dalla normativa vigente.

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 in toto dell'istanza di [REDACTED] per i motivi di cui in narrativa;
2. La Società Vodafone Omnitel BV è condannata allo storno parziale delle fatture emesse dalla Stessa, in particolare, l'importo dovrà essere ricalcolato e dovrà corrispondere ad €. 38,00 mensili così come pattuito in origine dalla parti medesime.
3. La Società Vodafone Omnitel BV è inoltre condannata a far pervenire a Parte Istante copia del contratto telefonico stipulato telefonicamente così come previsto dalla normativa vigente in materia;
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 I

Il Presidente
Giovanni MARZINI