

COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Delibera n. 41/2015

Estratto del processo verbale della seduta n. 9 del 16 dicembre 2015

Oggetto: Definizione della controversia Rigo ()/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 Rigo _____, rappresentato da _____ Federconsumatori, giusta delega in atti, presentata in data 13/07/2015 sub prot. n. 0009589/A dd. 19/11/2014 nei confronti della Società Vodafone Omnitel BV (di seguito, per brevità, "Vodafone");
- VISTI** gli atti del procedimento;
- CONSIDERATO** quanto segue:

1. La posizione di Parte Istante

L'Istante, intestatario delle utenze telefoniche _____

_____ - codice utente

_____ - contestava, tramite istanza gu14 129/15 e memoria difensiva sub prot. n. 0009359/A

dd. 29/07/2015, l'illegittimo addebito e prelievo da conto corrente bancario dell'importo pari ad €. 1.000,00 a titolo di penali per recesso anticipato riferite al contratto "Smart 1200+" sottoscritto in data 29/04/2012 avente durata vincolata di 24 mesi (cfr. fattura AE153828988 dd. 13/11/2014). Parte Istante affermava che il recesso non fosse "anticipato" poiché avvenuto formalmente in data 09/11/2014 cioè trenta mesi dopo la stipulazione del contratto stesso, quindi sei mesi oltre la scadenza del vincolo contrattuale.

La Medesima forniva prova di quanto sostenuto tramite documentazione integrativa di cui al fascicolo in atti, sub prot. n. 0011351/A dd. 28/09/2015, nella quale è indicato il periodo di durata effettiva del contratto, dal giorno, cioè, 17/05/2012 al giorno 17/10/2014.

A fronte di un tanto, Parte Istante chiede:

- il rimborso di €. 1.000,00 addebitati illegittimamente per penali per recesso anticipato non dovute;
- un indennizzo per i disagi patiti ed un rimborso per le spese di procedura pari ad €. 200,00.

2. La posizione dell'Operatore

L'Operatore Vodafone, rappresentata dall'Avv. Pellegrin, giusta delega in atti, relativamente al procedimento di definizione de quo, si costituiva depositando agli atti memoria difensiva sub. prot. n. 0010885/A dd. 16/09/2015, nella quale, in risposta a quanto affermato da Parte Istante, sosteneva l'infondatezza delle pretese avversarie poiché il vincolo contrattuale di cui sopra avrebbe trovato scadenza non il giorno 17/10/2014 come dichiarato dall'Utente, bensì il giorno 17/11/2014 a fronte del recesso dd. 30/10/2014 e migrazione eseguita in data 06/11/2014; Parte Convenuta ribadiva quindi la legittimità delle due penali a carico di Parte avversa a titolo di corrispettivo per rate residue e recesso anticipato.

Un tanto veniva ribadito in sede di udienza di discussione tenutasi il giorno 06/10/2015 (cfr. verbale sub prot. n. 0011687/P dd. 06/10/2015) nella quale le parti, riportandosi a quanto agli atti, insistevano per l'accoglimento delle rispettive richieste non pervenendo pertanto ad alcun accordo transattivo.

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.

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 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.

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).

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 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 ex art. 1176 c.c..

Quindi, passando all'analisi della fattispecie concreta, si evince come Parte Istante abbia pienamente assolto l'onere imposto dall'art. 2697 c.c. dimostrando quanto dedotto in atti; cioè, l'Istante, tramite il deposito a fascicolo della copia fotostatica della schermata del sito Vodafone, sub prot. n. 0011351/A, ha dimostrato chiaramente che il contratto de quo ha avuto durata effettiva dal giorno 17/05/2012 al giorno 17/10/2014.

In altre parole, risulta che il contratto oggetto della presente controversia è rimasto attivo dal giorno 17/05/2012 al giorno 17/10/2014 per la durata cioè di 29 mesi, dunque, 5 mesi in più rispetto alla durata biennale del vincolo contrattuale.

Risulta pertanto provato che il recesso, essendo avvenuto 29 mesi dopo la stipulazione del contratto de quo, avente peraltro un vincolo di durata pari a 24 mesi, non possa considerarsi "anticipato" e quindi le penali applicate risultano illegittime e non dovute.

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 ai numeri di utenza 3472407712 e 3423954731; inoltre la società sarà tenuta a rimborsare le penali illegittimamente applicate per recesso anticipato.

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

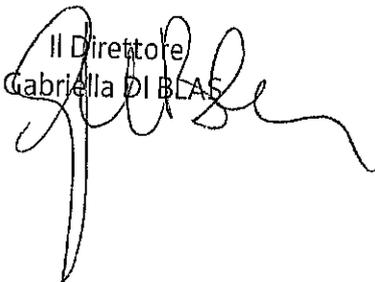
L'accoglimento dell'istanza di Rigo () nei confronti di Vodafone Omnitel BV;

1. Vodafone Omnitel BV è tenuta:
 - al rimborso dell'importo di **€ 1.000,00 (mille/00)** saldato illegittimamente da Parte Istante per penali non dovute.
 - al versamento della somma pari ad **€ 100,00 (cento/00)** a titolo di equo indennizzo per il disagio patito;
 - al versamento dell'importo pari ad **€ 100,00 (cento/00)** a titolo di rimborso di spese di procedura.

2. Le somme di cui sopra dovranno venire aumentate degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza e fino a saldo effettivo.
3. 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.
4. 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.
5. È fatta salva la possibilità per l'Utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
6. 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

