



Decreto del Direttore del Servizio Organi di Garanzia

Decreto n. 194/GEN del 01/04/2016

194/2016

Decreto nr. di data

Oggetto: Definizione della controversia Parenzan
- GU14 133/14

Vodafone Omnitel BV

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 Parenzan presentata in data 22/10/2014 sub prot. n. 0008260/A dd. 23/10/2014;

RICHIAMATI gli atti del procedimento;

PREMESSO che l'Istante, intestatario dell'utenza telefonica, tramite la richiamata istanza GU14, ha contestato l'addebito nelle fatture relative all'anno 2013 di costi non giustificati poiché inerenti a servizi di traffico voce/dati non richiesti né utilizzati, per un ammontare complessivo di €. 350,00;

CONSIDERATO che a fronte di quanto sopra Parte Istante ha richiesto il rimborso parziale delle fatture sopra citate per gli importi illegittimamente addebitati e relativi a servizi non richiesti;

PRESO ATTO che L'Operatore Vodafone, 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, possa limitarsi 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"*;

RICHIAMATO l'orientamento dell'Agcom di cui alle **"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 debbano essere ritenuti provati, accanto ai fatti notori, anche quelli non specificamente contestati dalla controparte né direttamente né indirettamente e che , 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 nonché, 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);

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, è 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;

RITENUTO che dall'analisi della fattispecie concreta e da quanto sopra esposto, Parte Istante abbia assolto pienamente l'onere imposto dall'art. 2697 c.c., avendo la Medesima provato, tramite istanza GU14 e relativi allegati agli atti del procedimento, la fonte della propria pretesa legale;

RILEVATO al contrario, relativamente alla posizione di Parte Resistente, il totale inadempimento della medesima, sia sul piano procedurale che sostanziale della vertenza; in primis avendo la Stessa disatteso quanto previsto dalla normativa di settore (cfr. *Regolamento Agcom*) in tema di costituzione di parte avversa, non avendo la Medesima dato alcun riscontro alla comunicazione di avvio del procedimento dd. 29/10/2014 sub prot. n. 0008681/P, né, in secundis, avendo adempiuto diligentemente alla propria obbligazione contrattuale avendo emesso fatture non corrette per costi inerenti a servizi di traffico voce/dati non richiesti né utilizzati, per un ammontare complessivo di €. 350,00, disattendendo pertanto quanto disposto dall'art. 1176 c.c.;

RILEVATO quindi che le richieste di Parte Istante possono venire accolte per i motivi sopra esposti;

RITENUTO pertanto che la Società Convenuta debba rimborsare la somma di **€. 350,00** (trecentocinquanta/00) per i servizi non richiesti ed illegittimamente addebitati in fatturazione nel corso dell'anno 2013;

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 l'importo di euro 50,00 (cinquanta/00) a titolo di spese di procedura;

Alla luce di quanto sopra, il Direttore

DECRETA

- 1) L'accoglimento dell'istanza di Parenzan nei confronti della Società Vodafone Omnitel BV;
- 2) Vodafone Omnitel BV è tenuta al rimborso di **€. 350,00** (trecentocinquanta/00) per i servizi non richiesti ed illegittimamente addebitati in fatturazione.
- 3) Vodafone Omnitel BV 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 altresì 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).

Il Direttore
- Gabriella DI BLAS-