

DELIBERA DL/172/15/CRL/UD del 23 novembre 2015

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

SCM xxx / OPTIMA ITALIA xxx

(LAZIO/D/69/2014)

IL CORECOM LAZIO

NELLA riunione del 23 novembre 2015;

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, 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 e il Comitato regionale per le comunicazioni del Lazio del 16.12.2009 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 l’istanza dell’utente S.C.M. s.r.l. presentata in data 23.1.2014;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1) la posizione dell’istante.

La SCM xxx all’esito negativo del tentativo obbligatorio di conciliazione, ha introdotto il presente procedimento affermando di essere titolare di tre utenze per il servizio voce, oltre al collegamento ADSL, fornite da Optima Italia xxx.

Al riguardo l’Istante afferma di aver subito la sospensione non preavvisata dei servizi dal 27 agosto 2013, nonostante avesse provveduto a saldare regolarmente le fatture.

Richiesto un provvedimento d’urgenza al Corecom contestualmente al deposito dell’istanza per l’esperimento del tentativo di conciliazione, questo veniva emesso il 17.9.2013, ma veniva disatteso.

Con l’istanza di definizione, sosteneva che le linee erano state nuovamente sospese “*nelle more della procedura di conciliazione*”, in spregio all’art.5 della delibera n.173/07/CONS.

Con la memoria integrativa sosteneva tuttavia che il disservizio si era protratto per tutto il periodo e perdurava alla data delle memorie.

L'Utente, pertanto, richiedeva:

- a) ai sensi del combinato disposto dagli artt. 4 e 12 del Regolamento Indennizzi un indennizzo pari ad € 8.640,00;
- b) un indennizzo di € 300,00 per mancata risposta ai reclami;
- c) il rimborso dei canoni pagati in costanza di sospensione delle forniture;
- d) la refusione delle spese legali.

Replicava infine alle memorie del gestore, sollevando una prima eccezione di irricevibilità della memoria di controparte perchè tardiva in quanto inviata oltre il termine perentorio stabilito dalla nota di avvio del procedimento e priva, nella copia consegnata allo stesso Istante, della documentazione probatoria; una seconda eccezione di inammissibilità e/o nullità in ogni caso della memoria di controparte per inesistenza e/o carenza di procura.

2) La posizione del gestore Optima Italia xxx

In merito alla posizione assunta nel presente procedimento dal Gestore Optima, si rileva il difetto di rappresentanza in giudizio, eccetto da controparte, sul quale si dirà *infra*. Pertanto, di eventuali atti e documentazione depositata non verrà tenuto conto in questa sede, disponendone lo stralcio.

3) Lo svolgimento della procedura di conciliazione e della procedura d'urgenza

In sede di udienza per l'esperimento dell'obbligatorio tentativo di conciliazione, il Gestore non è comparso, non ha dato risposta al Corecom nel procedimento per la riattivazione urgente, né ha ottemperato all'ordine di riattivazione impartito.

4) Motivi della decisione

Sul rito.

L'istanza soddisfa i requisiti di cui all'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile ed ammissibile.

L'Istante eccepisce in primo luogo l'irricevibilità della memoria depositata da Optima in quanto tardiva essendo stata depositata oltre il termine previsto e priva della documentazione allegata.

Eccepisce, inoltre, l'Istante la nullità della stessa memoria per assoluto difetto di procura.

Le prime due eccezioni sono infondate e vanno respinte.

Diversamente da quanto prospettato, la nota di avvio del procedimento del 18.2.2014 è stata trasmessa al gestore per posta ordinaria e ricevuta il 5.3.2014 (avviso di ricevimento versato in atti del fascicolo) pertanto il deposito della memoria è tempestivo.

Né, sotto l'altro profilo, può dichiararsi l'irricevibilità della memoria ai sensi dell'art.16, comma 2, per la mancata trasmissione a controparte della documentazione allegata laddove, secondo espressa interpretazione autentica Agcom, la disposizione citata sanziona con l'irricevibilità solo

il mancato rispetto del termine temporale assegnato, ben potendosi disporre, nei casi di trasmissione incompleta, la riassegnazione di nuovi termini alle parti per la regolarizzazione dello scambio documentale con ripristino del pieno contraddittorio.

L'eccezione sul difetto di rappresentanza, assorbente rispetto alle eccezioni di cui sopra, è invece fondata e va accolta.

Non risulta infatti depositata agli atti del fascicolo alcuna documentazione idonea a dimostrare la sussistenza in capo all'estensore della memoria difensiva Optima dei poteri di rappresentanza in giudizio della persona giuridica, con conferimento dei relativi poteri ad essa connessi; né tale documentazione risulta depositata in via generale ed estensiva a tutti i procedimenti contenziosi, nell'apposito fascicolo Corecom a ciò dedicato, secondo la prassi ormai consolidata ed espressamente consentita dall'art. 9, comma 1bis (novella del 20.12.2011); prassi estesa, per uniformità ed economia procedurale, anche al procedimento di secondo grado.

Il Corecom, in sede di esame per la decisione, rilevata l'eccezione di parte ed in aderenza all'art.182 cpc, come novellato dalla L. 18.6.2009, n.69, nonché sulla base della conforme giurisprudenza di Cassazione (Sez.II,n.11743/2012;n.272/98;n.15031/2000; n.2270/2006;n.21811/2006 e n.23670/2008) ha richiesto un'integrazione istruttoria al gestore in data 14.9.2015, con facoltà di sanare il difetto, (oltre alla trasmissione all'istante della documentazione parzialmente trasmessa dal gestore, al fine di sanare preliminarmente anche tale irregolarità). La richiesta è stata riscontrata con replica del gestore, priva di qualsivoglia allegazione documentale asseritamente ritenuta idonea alla sanatoria.

Persistendo pertanto il difetto di rappresentanza *de quo*, la memoria deve essere considerata inammissibile e se ne dispone pertanto lo stralcio.

La domanda viene pertanto esaminata sulla base delle sole deduzioni dell'utente.

Nel merito

4.1 Sulla sospensione dei servizi.

In base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, si richiama il principio più volte affermato nella consolidata giurisprudenza di legittimità (CASS. SS.UU. n. 13533 del 30 ottobre 2001, CASS. 9 febbraio 2004 n. 2387, 26 gennaio 2007 n. 1743, 19 aprile 2007 n. 9351, 11 novembre 2008 n. 26953 e, da ultimo, 3 luglio 2009 n. 15677 e più recentemente CASS. Il 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 e, se previsto, del termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte; sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento.

Anche nel caso in cui sia dedotto un inesatto adempimento dell'obbligazione, al creditore istante sarà sufficiente allegare tale inesattezza, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento o che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile ex Art. 1218 Cod. Civ, ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle Condizioni Generali di contratto o dalla Carta Servizi.

Orbene, nel caso in esame, l'utente non ha assolto all'unico onere probatorio posto a suo

carico, ovvero la prova della fonte negoziale del suo diritto (contratto o, in alternativa, altra documentazione idonea allo scopo, come fatture, comunicazioni del gestore quali avvisi, solleciti, risposte a reclami ecc.)

Nulla è stato mai depositato dall'utente, in nessuna fase dei procedimenti intrapresi (conciliativo, d'urgenza e definitivo), per quanto la fatturazione oggetto dei dedotti, regolari pagamenti, fosse stata anche appositamente richiesta dal Corecom in fase di istruttoria.

A colmare tale lacuna probatoria circa l'effettiva esistenza di un contratto tra le parti, ancor prima che del contenuto dello stesso, non è intervenuta - indirettamente e suo malgrado - nemmeno una generica ammissione da parte del gestore, il quale è rimasto assente in tutti i procedimenti instaurati, non essendo comparso all'udienza di conciliazione, non avendo risposto al Corecom nella procedura d'urgenza, né avendo ottemperato poi all'ordine di riattivazione impartito. Da ultimo, nessuna indicazione circa l'esistenza e il contenuto del contratto è potuta emergere nel procedimento di definizione, per effetto dello stralcio della memoria difensiva di controparte, così come disposto.

Deve pertanto rigettarsi la domanda di indennizzo per la sospensione del servizio, per impossibilità di accertare l'esistenza della fonte negoziale della pretesa alla regolare erogazione e fruizione del servizio telefonico, ai sensi della Delibera n. 179/03/CSP (TLC, Direttiva Generale).

Ad abundantiam si segnala che, fermo restando quanto sopra, dalle scarse e talvolta contraddittorie deduzioni dell'utente, anche in ipotesi fosse stata confermata l'esistenza del contratto *aliunde*, o per comportamenti concludenti del gestore, non sarebbe stato possibile riconoscere l'indennizzo così come computato dall'utente, a causa della mancata prova, sempre incombente sull'istante, circa l'oggetto della prestazione stipulata e circa le altre caratteristiche del vincolo contrattuale che, da quanto dedotto, non si limitava ad un contenuto minimo (ad es. un servizio vocale residenziale standard) ma comprendeva più utenze vocali, una connessione adsl aggiuntiva ed una destinazione "affari", tutte circostanze parimenti sfornite di prova e delle quali si sarebbe dovuto tenere conto per la determinazione dell'indennizzo.

Giova peraltro aggiungere che, per fatto notorio, il gestore Optima fornisce comunemente un "accesso indiretto" ai servizi vocali, mediante CPS (come risulta anche dalla Carta Servizi), pur non potendosi escludere la contrattualizzazione di servizi ad "accesso diretto" (opzione pure trattata dalla stessa Carta Servizi); la mancata prova circa le caratteristiche tecniche del servizio offerto, avrebbe anch'essa impedito di valutare il tipo di disservizio/inadempimento occorso e, conseguentemente, di ascriverlo alla corretta fattispecie indennizzatoria.

4.2 Sulle fatture e sul reclamo

In considerazione di quanto richiamato in ordine alla carenza di titolo fondante la pretesa, come tale assorbente di ogni altra pretesa connessa, le due domande sono respinte.

Per le fatture peraltro si specifica che le stesse, non sono state prodotte nemmeno a seguito di apposita richiesta istruttoria del Corecom; per il reclamo, per la prima volta allegato con la memoria difensiva, si aggiunga che lo stesso non era stato dedotto in conciliazione (peraltro avanzato contestualmente al deposito del formulario UG) e pertanto carente del presupposto di procedibilità in sede di definizione.

5. Sulle spese di procedura.

Per quanto concerne le spese di procedura, atteso il rigetto integrale dell'istanza di definizione, appare equo disporre la integrale compensazione.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

Vista la relazione del responsabile del procedimento;

DELIBERA

1. Rigetta le domande proposte da S.C.M. S.r.l. nei confronti della società Optima Italia xxx.
2. 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.
3. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
4. 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 Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, 23 novembre 2015

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto