DETERMINA N. 5/14/DIR

ARCHIVIAZIONE DELLA CONTROVERSIA TRA TELEFONICA SUBALPINA S.R.L. E TISCALI ITALIA S.P.A. INERENTE AL MANCATO PAGAMENTO DI FATTURE PER SERVIZI DI COMUNICAZIONE ELETTRONICA.

IL DIRETTORE

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*", (di seguito denominato il *Codice*) e, in particolare, l'articolo 23;

VISTA la delibera n. 352/08/CONS, del 25 giugno 2008, recante "*Regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione elettronica*" (di seguito denominato il "*Regolamento"*) e, in particolare, l'articolo 12, commi 2 e 4;

VISTA l'istanza della società Telefonica Subalpina S.r.l. (di seguito Telefonica) del 2 settembre 2013, acquisita dall'Autorità in data 9 settembre 2013 con numero di protocollo 47519, e le successive integrazioni documentali del 4 ottobre 2013, acquisita al protocollo n. 51816, e del 5 dicembre 2013, acquisita al protocollo n. 61960, con cui è stato richiesto l'avvio di un procedimento per la risoluzione di una controversia ai sensi del Regolamento di cui alla delibera n. 352/08/CONS (nel seguito il 'Regolamento') nei confronti di Tiscali Italia S.p.A. (di seguito Tiscali), inerente al mancato pagamento di fatture per servizi di comunicazione elettronica;

VISTA la nota del 13 dicembre 2013, protocollo n. 63262, con la quale la Direzione reti e servizi di comunicazione elettronica (di seguito la Direzione) ha comunicato alle parti, ai sensi del Regolamento, l'avvio del procedimento finalizzato alla definizione della controversia richiesta da Telefonica nei confronti di Tiscali, convocando le stesse in udienza in data 21 gennaio 2104;

VISTA la nota del 15 gennaio 2014, acquisita al protocollo n. 1972, con la quale Tiscali ha depositato le proprie controdeduzioni all'istanza di Telefonica;

VISTI i verbali delle udienze tenutesi in data 21 gennaio 2014 e 15 aprile 2014;

VISTI tutti gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

I fatti all'origine della controversia:

1. In data 20 luglio 2009 Tiscali ha stipulato un contratto con la ditta *Airtime* di Cristina Bonelli (nel seguito *Airtime*) per la fornitura del "servizio LAC" (*local access code*), nel seguito indicato come "contratto LAC". In virtù di tale rapporto contrattuale Tiscali ha ceduto in uso ad *Airtime* alcune numerazioni geografiche di cui è titolare. Mediante tali numerazioni *Airtime* ha attivato carte telefoniche internazionali o ha abilitato l'esercizio di attività di *call center*. Il contratto LAC prevedeva che ad *Airtime* spettasse una *revenue sharing* sulla quota di terminazione percepita da Tiscali per il traffico terminato su tali numerazioni.

2. In data 16 aprile 2010 Tiscali ha formalizzato ad *Airtime* la risoluzione, ai sensi dell'art. 1456 c.c., del contratto LAC di cui sopra a far data dal 26 aprile 2010, provvedendo alla successiva cessazione dei servizi. In tale comunicazione Tiscali ha giustificato la risoluzione contrattuale facendo presente che, a seguito di proprie verifiche interne, *Airtime* risultava aver utilizzato il servizio oggetto del contratto in modo improprio, per scopi diversi da quelli previsti, in violazione delle disposizioni contrattuali, regolamentari e della delibera n. 71/10/CONS con la quale l'Autorità ha richiamato gli operatori, tra cui Tiscali medesima, ad un corretto utilizzo delle numerazioni geografiche.

3. A quanto rappresentato da Telefonica nel corso del procedimento, *Airtime* avrebbe poi ceduto, in data 16 novembre 2010, a Telefonica parte del credito maturato nei confronti di Tiscali per i servizi LAC. Tale cessione sarebbe poi stata notificata da *Airtime* a Tiscali con raccomandata con avviso di ricevimento del 17 novembre 2010, con Telefonica in copia conoscenza.

4. A seguito di ricorso per ingiunzione depositato da Telefonica nei confronti di Tiscali, il Tribunale di Torino, con decreto n. 6573/11, ha ingiunto a quest'ultima di pagare a Telefonica la somma di 141.735,73 euro, oltre a interessi e spese del procedimento.

5. Con atto di citazione del 3 ottobre 2011 Tiscali ha proposto opposizione a tale decreto ingiuntivo chiedendo l'accoglimento delle eccezioni e delle domande di merito. In tale atto di citazione in opposizione a decreto ingiuntivo, con contestuale istanza di chiamata in causa di terzo, Tiscali ha eccepito il mancato rispetto delle condizioni di procedibilità indicate nel contratto LAC, che prevede un tentativo obbligatorio di conciliazione presso l'Autorità, nonché il difetto di competenza territoriale del Tribunale di Torino che ha emesso l'ingiunzione. In secondo luogo Tiscali ha eccepito l'infondatezza delle pretese creditorie di Telefonica, chiedendo la chiamata in causa di *Airtime* nonché l'invalidità della cessione del credito.
   A tale ultimo riguardo Tiscali ha rappresentato, nel citato atto di opposizione, che la stessa non poteva essere ritenuta debitrice di Telefonica per invalidità della cessione del credito effettuata da *Airtime* a favore di Telefonica, non avendo Telefonica esibito la ricevuta della raccomandata che sarebbe stata inviata a Tiscali in data 17 novembre 2010. Tiscali ha quindi sostenuto l'inefficacia della cessione del credito e la non legittimazione di Telefonica ad agire nei suoi confronti.
   Nel merito Tiscali ha rappresentato che la somma ingiunta non è comunque dovuta a Telefonica avendo *Airtime* utilizzato le corrispondenti numerazioni, cedute in uso da Tiscali stessa, in modo a suo avviso fraudolento, al solo fine di generare traffico fittizio e lucrare sui compensi di *revenue sharing*.

6. Con sentenza del 24 maggio 2013 il tribunale di Torino Sezione Terza Civile, in composizione monocratica[1], ha dichiarato *l'improcedibilità dell'azione e delle domande proposte dalla società TELEFONICA SUBALPINA S.r.l. nel procedimento monitorio e nel presente giudizio per il mancato esperimento della procedura obbligatoria di conciliazione prevista dall'art. 19 del Contratto LAC e dall'art. 1, 11° comma, della Legge 31 luglio 1997 n. 249 ("Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo")"*.

Il procedimento presso l'Autorità:

7. Telefonica, a seguito della sentenza del Tribunale di Torino di cui sopra, si è rivolta all'Autorità per l'esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione richiesto dal Giudice ordinario.

[1] Nella causa di opposizione a decreto ingiuntivo iscritta al n. 27285/11 R.G. promossa dalla società TISCALI ITALIA S.p.a., in persona del procuratore speciale Dott. SCANO Luca, legale rappresentante pro tempore (parte attrice-opponente), contro la società TELEFONICA SUBALPINA S.r.l., in persona dell'Amministratore unico e legale rappresentante pro tempore Dott. GASPARATO Guido (parte convenuta-opposta), nel contraddittorio delle parti.

8. Telefonica ha inviato un'istanza in data 2 settembre 2013 (protocollo n. 47519), a cui l'Autorità ha replicato con nota del 23 settembre 2013 (protocollo n. 49938), richiedendo alla medesima un'integrazione della domanda al fine di poterne valutare i profili di ammissibilità. Nello specifico è stato chiesto di indicare la qualificazione soggettiva del soggetto istante (titolo autorizzatorio), la tipologia di servizio fornito e le relative modalità tecniche di fornitura, nonché di produrre il contratto stipulato tra le parti.

9. Telefonica ha integrato la propria istanza in data 4 ottobre 2013 (protocollo n. 51816), alla quale faceva seguito un'ulteriore integrazione del 5 dicembre 2013 (protocollo n. 61960).

10. L'Autorità, in data 13 dicembre 2013, ha avviato il procedimento e le parti sono state convocate in udienza per il giorno 21 gennaio 2014.

11. Per completezza espositiva si fa presente che, precedentemente alla prima formale istanza di Telefonica del 2 settembre 2013, in riscontro ad una richiesta di chiarimenti della stessa del 18 luglio 2013 (protocollo n. 39703) sul caso in questione, l'Autorità ha chiarito, con comunicazione del 2 agosto 2013, che ai sensi della delibera n. 352/08/CONS il tentativo di conciliazione nelle controversie tra operatori non è obbligatorio.

12. Nel corso dell'audizione del 21 gennaio u.s. le parti sono state sentite sia sulle questioni di rito sia di merito.

13. Le parti sono state nuovamente convocate in udienza il giorno 15 aprile 2014. L'Autorità ha invitato le parti a svolgere un tentativo di composizione bonaria della controversia. Le parti hanno accolto tale invito.

14. In data 7 maggio 2014 Tiscali ha comunicato all'Autorità, a mezzo *mail*, di aver sottoposto a Telefonica una proposta transattiva. In medesima data Telefonica ha comunicato, a mezzo *mail*, di non accogliere tale proposta.

15. Avendo preso atto del mancato raggiungimento di un accordo, nel comunicare alle parti la conclusione dell'istruttoria l'Autorità ha assegnato alle stesse un termine per il deposito di eventuali memorie conclusive. Telefonica e Tiscali hanno inviato, rispettivamente, due memorie in data 16 maggio 2014 e 15 maggio 2014.

Argomentazioni delle parti

Sulle questioni di rito

16. Tiscali, come fatto nell'atto di opposizione al decreto ingiuntivo dinanzi al Giudice ordinario, ha preliminarmente eccepito la carenza di legittimazione attiva ad agire da parte di Telefonica per l'inefficacia della notifica della cessione del credito da *Airtime* a Telefonica. La cessione per essere efficace, secondo quanto previsto dall'articolo 1264 del codice civile, deve essere accettata o notificata alla società debitrice. Tiscali sostiene di non aver ricevuto notifica della citata cessione. Telefonica non ha, inoltre, esibito l'avviso di ricevimento della raccomandata con la quale *Airtime* ha notificato la cessione suddetta.

17. Telefonica ha viceversa insistito sull'avvenuta notifica della cessione del credito esibendo la ricevuta *Poste Italiane* di accettazione della raccomandata n. 13931186664-3, inviata a Tiscali da *Airtime* il 17 novembre 2010, e la stampa "*Poste Italiane"* relativa alla spedizione della citata raccomandata da Torino, con avvenuta consegna allo sportello del centro postale di Cagliari. Telefonica non ha, tuttavia, esibito l'avviso di ricevimento della raccomandata, con cui *Airtime* avrebbe notificato a Tiscali di aver ceduto il credito a Telefonica, riservandosi di farlo, a seguito di richiesta dell'Autorità, nel corso del procedimento.

    Facendo seguito alla suddetta richiesta dell'Autorità, Telefonica ha trasmesso due documenti datati, rispettivamente, 31 gennaio 2014, acquisito al protocollo n. 5380 del 4 febbraio 2014, e 10 febbraio 2014, acquisito al protocollo n. 6652 in data 11 febbraio 2014.

    In tali comunicazioni Telefonica ha insistito sull'avvenuta notifica del 17 novembre 2010. Telefonica riporta, senza comunque allegare ricevute di ritorno, anche di un'ulteriore notifica di cessione del credito avvenuta tramite raccomandata del 28 marzo 2011.

    Telefonica inoltre rileva che Tiscali è stata destinataria della notifica della cessione del credito nell'ambito del procedimento di ricorso per ingiunzione presso il Tribunale di Torino.

    Telefonica ha esibito un'ulteriore ricevuta di invio del 23 gennaio 2014 di una raccomandata (n. 14531151713-6), contenente una nota della sig.ra Cristina Bonelli (già titolare di *Airtime*), depositata nel corso del procedimento. In tale nota la Bonelli ribadisce la cessione del credito nei confronti di Telefonica già comunicata a Tiscali il 17 novembre 2010, con il dettaglio dei crediti ceduti. Rileva che la cartolina di avviso di ricevimento della raccomandata, depositata in atti, risulta sì consegnata il 29 gennaio 2014 all'ufficio postale di Cagliari, ma non è sottoscritta da un rappresentante di Tiscali.

Telefonica ha poi notificato a Tiscali (amministrazione.tiscali@legalmail.it) la stessa comunicazione tramite PEC. Ha depositato, nel presente procedimento, una ricevuta di avvenuta consegna della PEC.

A riguardo delle notifiche che sarebbero avvenute successivamente al 17 novembre 2010, Tiscali ha replicato insistendo sulla inammissibilità della domanda posta da Telefonica in quanto carente sotto il profilo della legittimazione attiva per non aver Telefonica fornito prova idonea della validità della notifica della cessione del credito al debitore ceduto; Tiscali inoltre ha ritenuto non efficace la comunicazione datata 21 gennaio 2014 inviata da Cristina Bonelli a Tiscali, posto che la società *Air Time* ha cessato la propria attività, come da visura già prodotta in atti da Tiscali, in data 30 novembre 2010.

Sul merito.

18. Telefonica ha richiesto l'intervento dell'Autorità finalizzato ad ottenere il riconoscimento del credito che vanterebbe nei confronti di Tiscali, e pari a euro 141.375,73 (oltre interessi e spese), per i servizi LAC forniti nel periodo compreso tra novembre 2009 e aprile 2010. A tale riguardo Telefonica ha ribadito la legittimità del traffico telefonico svolto per il tramite delle numerazioni in oggetto.

    Tiscali ha ribadito le ragioni sottostanti la non legittimità del credito. Ritiene che le numerazioni in questione siano state utilizzate in modo non conforme a quanto previsto dal PNN. Proprio in virtù del fenomeno fraudolento in quel periodo diffuso (generazione fittizia, da parte di alcuni centri servizi, di traffico per aumentare le *revenue sharing* da terminazione dell'operatore titolare dei numeri) Telecom Italia non ha riconosciuto a Tiscali i ricavi di terminazione di parte del traffico terminato sui propri numeri, tra cui vi sono quelli ceduti in uso ad *Airtime*, in quanto ritenuto traffico anomalo. Tiscali richiama, a tale riguardo, che all'epoca l'Autorità è intervenuta per arginare tale fenomeno con la delibera n. 71/10/CONS.

Valutazioni conclusive:

19. Tiscali ha, nel corso del procedimento, contestato a Telefonica la carenza di legittimazione attiva ad agire nei propri confronti per non aver mai ricevuto notifica della citata cessione del credito di *Airtime* che, pertanto, non è stata mai accettata. Telefonica, inoltre, nel corso del procedimento insiste sull'avvenuta cessione ma non ha esibito copia della ricevuta della raccomandata con la quale *Airtime* avrebbe notificato a Tiscali la cessione del credito nei confronti di Telefonica. La questione rimane oggetto di divergenza tra le parti.

20. Il Regolamento, in ossequio al dettato normativo di cui al Codice, rimette alla competenza dell'Autorità le controversie fra imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica aventi ad oggetto gli obblighi derivanti dal Codice, dalla direttiva quadro, dalle direttive particolari, da provvedimenti dell'Autorità ovvero da altre fonti, anche negoziali, che ne costituiscono attuazione. La tematica relativa all'utilizzo delle numerazioni geografiche del piano nazionale di numerazione ed al conseguente inadempimento contrattuale in merito al pagamento di fatture, di cui alle pretese a fondamento dell'istanza di Telefonica verso Tiscali è, pertanto, di competenza dell'Autorità.

21. Ciò premesso si rileva che, sebbene la questione di merito avanzata da Telefonica nella sua istanza rientri nell'ambito delle competenze dell'Autorità trattandosi, tra l'altro, di tematiche già affrontate in controversie dalla stessa definite, risulta preliminare, ai fini della definizione nel merito della presente controversia, il superamento dell'eccezione di rito sollevata da Tiscali relativa alla titolarità del credito in capo a Telefonica e più precisamente che venga chiarito il punto relativo all'efficacia della notifica della cessione nei confronti del debitore ceduto.

    L'Autorità nel corso del procedimento ha invitato Telefonica a produrre quanto necessario a provare l'avvenuta cessione del credito da *Airtime* a Telefonica, al fine di consentire a Tiscali di superare l'eccezione sollevata. Telefonica ha prodotto la ricevuta *Poste Italiane* di accettazione della raccomandata n. 13931186664-3, inviata a Tiscali da *Airtime*, e la stampa "*Poste Italiane"* relativa alla spedizione della citata raccomandata da Torino, con avvenuta consegna allo sportello del centro postale di Cagliari. Non ha, tuttavia, esibito la cartolina contenente l'avviso di ricevimento della raccomandata a Tiscali. Tiscali non ha ritenuto quanto sopra sufficiente ai sensi di quanto previsto sulla cessione del credito dal Codice Civile. Telefonica ha poi prodotto ulteriori documenti relativi a notifiche successive a quelle del 17 novembre 2010 che Tiscali ha contestato per non aver Telefonica fornito prova idonea della validità della notifica della cessione del credito. Tiscali ha altresì contestato e ritenuto inefficace la comunicazione del 21 gennaio 2014 inviata da Cristina Bonelli, per aver *Air Time* precedentemente cessato la propria attività.

22. Da ciò ne consegue, in assenza di un accordo tra le parti, la necessità di un pronunciamento, preliminare a qualunque valutazione di merito, da parte dell'Autorità sulla questione del presunto difetto di notifica, normata da fonti non attinenti all'ambito di competenza della stessa, bensì civilistiche.

RITENUTO, pertanto, che ogni valutazione sulla titolarità del credito debba essere sottoposta da Telefonica alla sede competente.

CONSIDERATO che, laddove superata tale eccezione, Telefonica potrà comunque sottoporre all'Autorità una nuova istanza per una decisione sulle questioni di propria competenza, quale quella della remunerazione del traffico presuntivamente fraudolento.

RITENUTO, per quanto premesso, di dover dichiarare l'improcedibilità del presente procedimento.

DETERMINA

Il non luogo a procedere alla definizione della controversia tra Telefonica Subalpina S.r.l. e Tiscali Italia S.p.A. inerente al mancato pagamento di fatture per servizi di comunicazione elettronica per incompetenza dell'Autorità a decidere sulla titolarità del credito in capo a Telefonica Subalpina S.r.l.

Ai sensi dell'articolo 12, comma 4, del suddetto Regolamento, il presente atto, può essere impugnato dalle parti interessate davanti alla Commissione per le infrastrutture e le reti dell'Autorità entro 10 giorni dalla sua comunicazione.

La presente determina è notificata alle parti e pubblicata sul sito web dell'Autorità *www.agcom.it*.

Roma, 5 agosto 2014

IL DIRETTORE

Vincenzo Lobianco