Determinazione 23/2014

Definizione della controversia XXX/ Optima Italia XXX

IL DIRIGENTE

VISTA la L. 31 luglio 1997, n. 249, *Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*, in particolare l'art. 1, comma 6, lettera a), n. 14;

VISTA la L. 14 novembre 1995, n. 481, *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*;

VISTO il D. Lgs. 1 agosto 2003, n. 259, *Codice delle comunicazioni elettroniche*, in particolare l'art. 84;

VISTO il D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, *Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229*;

VISTA la l.r. 28 ottobre 2003, n. 20, *Istituzione del Comitato regionale per le comunicazioni*;

VISTA la deliberazione A.G.Com. 173/07/CONS, *Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti* (d'ora in avanti Regolamento);

VISTA la deliberazione A.G.Com. 179/03/CSP, *Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni*;

VISTA la deliberazione A.G.Com. 73/11/CONS, *Approvazione del regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori e individuazione delle fattispecie di indennizzo automatico ai sensi dell'articolo 2, comma 12, lett. g), della legge 14 novembre 1995, n. 481*;

VISTA la circolare A.G.Com. 11 febbraio 2011, n. 0006817 prot.;

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, la Regione Lombardia e il Comitato regionale per le comunicazioni della Lombardia in data 16 dicembre 2009, e in particolare l'art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la deliberazione Co.Re.Com. Lombardia 13 gennaio 2011 n. 1, con la quale il Comitato ha confermato al Dirigente dell'Ufficio per il Corecom la delega per la definizione delle controversie aventi valore non eccedente i 500,00 euro;

VISTA la deliberazione dell'Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale 30 luglio 2013 n. 180, di conferimento al dott. Massimiliano Della Torre dell'incarico di dirigente dell'Ufficio per il Corecom;

VISTA la deliberazione Co.Re.Com. Lombardia 12 settembre 2013 n. 49, con la quale, ai sensi dell'art. 19, comma 7, deliberazione A.G.Com. 173/07/CONS, il Comitato ha delegato al Dirigente dell'Ufficio per il Corecom la definizione delle controversie aventi valore non eccedente i 500,00 euro;

VISTA l'istanza presentata in data 21 gennaio 2013, con cui XXX ha chiesto l'intervento del Co.Re.Com. Lombardia per la definizione della controversia in essere con l'operatore Optima Italia XXX, ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento;

VISTE le note del 22 gennaio 2013 e del 6 giugno 2013, con le quali il funzionario delegato dal responsabile del procedimento ha comunicato alle parti, ai sensi degli artt. 15 e 16 del Regolamento, l'avvio di un procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della deferita controversia, e ha invitato le parti a presentarsi all'udienza per la discussione della stessa fissata per il 3 luglio 2013;

VISTO il verbale dell'udienza del 3 luglio 2013;

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

VISTA la proposta del funzionario incaricato dell'istruttoria;

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

Con l'istanza presentata in data 21 gennaio 2013, XXX società cooperativa ha chiesto la definizione della controversia in essere con l'operatore Optima Italia XXX, ai sensi degli art. 14 e ss. Del. A.G.Com. 173/07/Cons, *Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti*, avente ad oggetto contestazioni relative a servizi *business* di telefonia fissa.

In data 23 luglio 2012 XXX presentava istanza per l'esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione nei confronti di Optima Italia XXX.

In data 21 gennaio 2013 si svolgeva l'udienza di conciliazione, che si concludeva con esito negativo per mancata comparizione dell'operatore.

In data 21 gennaio 2013 XXX, titolare dell'utenza di telefonia fissa XXX, presentava istanza di definizione amministrativa della controversia nei confronti di Optima Italia XXX e rappresentava di:

- Aver inviato, in data 28 marzo 2012, documentazione di subentro in Optima Italia XXX;
- Non aver ricevuto alcuna comunicazione da parte di Optima Italia XXX;
- Aver inviato, in data 2 maggio 2012, tramite posta elettronica certificata, una comunicazione ad Optima Italia XXX, con cui la informava della sua intenzione di cessare qualsiasi rapporto con la stessa Optima Italia XXX;
- Aver continuato a ricevere regolarmente il servizio di telefonia fissa da parte di Telecom Italia XXX, a cui pagava le relative fatture.

Con l'istanza di definizione l'utente formulava, nei confronti di Optima Italia XXX, le contestazioni inerenti ai servizi non richiesti e a fatturazioni non giustificate e, conseguentemente, chiedeva al Co.Re.Com. la regolarizzazione della sua posizione contabile e amministrativa con storno di tutte le fatture emesse per non aver usufruito dei relativi servizi.

In data 22 gennaio 2013 l'Ufficio comunicava alle parti l'avvio del procedimento amministrativo, cui non seguiva il deposito di memorie da parte né dell'utente né del gestore.

In data 6 giugno 2013 l'Ufficio convocava le parti all'udienza di discussione del 3 luglio 2013, a cui non partecipava nessuno.

Motivi della decisione

Il caso in esame attiene alle contestazione inerenti ai servizi non richiesti e alle fatturazioni non giustificate.

1) <u>Servizi non richiesti</u>

Sul punto, XXX precisava di aver comunicato all'operatore Optima Italia XXX, in data 2 maggio 2012, il recesso dal rapporto contrattuale, tramite comunicazione di posta elettronica certificata, dando atto altresì di voler mantenere il rapporto in essere con Telecom Italia XXX relativamente all'utenza *business* XXX.

Principio generale del nostro ordinamento giuridico è quello secondo il quale *"il contratto non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge"* (art. 1372 c.c.). L'art. 1373 c.c., tuttavia, prevede che il contratto possa attribuire *"a una delle parti la facoltà di recedere"* dal medesimo. Il diritto di recesso, eventualmente attribuito ad uno dei contraenti, deve essere esercitato secondo le regole dettate dal codice civile.

Nei contratti ad esecuzione continuata o periodica il recesso può essere esercitato anche successivamente all'inizio dell'esecuzione, ma sono salve le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione (art. 1373, comma 2, c.c.). In tale caso, dunque, il recesso opera *ex nunc*.

In materia di recesso, peraltro, occorre evidenziare la normativa regolamentare alla luce della quale, ai sensi di quanto previsto dall'art. 5, comma 3, allegato A, Del. A.G.Com. 664/06/CONS, *Disposizioni a tutela dell'utenza in materia di fornitura di servizi di comunicazione elettronica mediante contratti a distanza*, si dispone che: *"il diritto di recesso si esercita con l'invio, entro i termini previsti dal comma 2, di una comunicazione scritta al recapito dell'operatore, mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento. La comunicazione può essere inviata, entro lo stesso termine, anche mediante telegramma, telex, posta elettronica e fax, a condizione che sia confermata mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento entro le quarantotto ore successive"*.

Nel caso di specie, l'utente ha manifestato la volontà di recedere utilizzando la posta elettronica certificata. La posta elettronica certificata consiste in un servizio di comunicazione che, tramite l'intervento di un soggetto certificatore, permette di ottenere una ricevuta di spedizione del proprio messaggio. Se anche il destinatario usa un sistema PEC è fornita un'ulteriore, seconda ricevuta di consegna, con un valore legale del tutto corrispondente a quello della tradizionale raccomandata con ricevuta di ritorno.

Pertanto, l'invio di una *e-mail* certificata nelle forme previste dalla normativa vigente è equiparato, dall'art. 48 D. lgs. 7 marzo 2005, n. 82, alla spedizione di una raccomandata cartacea.

La disciplina particolareggiata della PEC è data, comunque, dal regolamento contenuto nel D.P.R. 11 febbraio 2005, n. 68.

La procedura è assimilabile a quella della raccomandata tradizionale consegnata in busta chiusa, che si considera ricevuta anche se chi la riceve, ad esempio, dimentica di aprirla.

Sul punto, è appena il caso di precisare che l'utente non ha prodotto la copia della comunicazione contenente la manifestazione della volontà di recedere tramite posta elettronica certificata né tantomeno ha fornito gli estremi dell'indirizzo di posta elettronica certificata dell'operatore, cui avrebbe inviato il citato recesso, atteso che peraltro alla luce sia della carta dei servizi dell'operatore che delle condizioni generali di contratto non risulta alcun indirizzo di posta elettronica certificata e che peraltro è contemplata, all'art. 5, unicamente la facoltà di inviare il recesso *"mediante notificazione scritta a Optima a mezzo lettera raccomandata A.R., da spedire alla sede legale di Optima"*.

Pertanto, non può ritenersi correttamente avvenuto il recesso dal rapporto contrattuale da parte dell'utente.

Di conseguenza, non può essere accolta la contestazione in ordine all'attivazione di servizi non richiesti da parte di Optima Italia XXX

2) Fatturazioni non giustificate

In ordine alla contestazione relativa alle fatturazioni non giustificate da parte di Optima Italia XXX, preliminarmente preme rilevare che la disciplina generale dell'onere della prova dettata dall'art. 2697 c.c. prevede che *"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".

Alla luce dell'interpretazione resa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza 30 ottobre 2001 n. 13533 (cui si è conformata tutta la giurisprudenza di legittimità successiva: cfr. sentt. nn. 2387/2004, 1743/2007, 9351/207, 26953/2008, 15677/2009 e 936/2010), il creditore che agisca 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 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.

Inoltre, sempre secondo la Suprema Corte (sentt. nn. 7962/2009 e 15162/2008) l'onere probatorio gravante, a norma dell'articolo 2697 c.c., su chi intende far valere in giudizio un diritto, ovvero su chi eccepisce la modifica o l'estinzione del diritto da altri vantato, non subisce deroga neanche quando abbia ad oggetto fatti negativi, in quanto la negatività dei fatti oggetto della prova non esclude né inverte il relativo onere, gravando esso pur sempre sulla parte che fa valere il diritto di cui il fatto, pur se negativo, ha carattere costitutivo.

Tuttavia, non essendo possibile la materiale dimostrazione di un fatto non avvenuto, la relativa prova può essere data mediante dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario, o anche mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo.

In ordine all'onere della prova, l'A.G.Com. ha più volte statuito nel senso che, in caso di contestazione, incombe sull'operatore l'onere di provare la regolare e continua fornitura del servizio (*ex multis* Del. 9/14/CIR, XXX c. Okcom XXX).

In merito alla fatturazione, in via generale e secondo un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato (Cass., sent. n. 947/2006), l'emissione della bolletta non costituisce un negozio di accertamento, idoneo a rendere certa ed incontestabile l'entità periodica della somministrazione, ma solo un atto unilaterale di natura contabile diretto a comunicare all'utente le prestazioni già eseguite secondo la conoscenza ed il convincimento dell'operatore telefonico; resta dunque rettificabile in caso di divergenza con i dati reali.

Relativamente al riparto dell'onere probatorio, con specifico riferimento al caso di contestazione della bolletta telefonica, la giurisprudenza ha affermato che l'operatore ha l'onere di fornire la dimostrazione della corrispondenza delle registrazioni in essa riportate a quelle del contatore centrale, avvalendosi di qualsiasi mezzo, come i tabulati e le rilevazioni fotografiche mensili del contatore medesimo (Cass., sentt. nn. 10313/2004 e 17041/2002).

Tanto premesso, sussiste in capo all'operatore l'onere di provare l'esattezza dei dati posti a base della fattura nel caso di contestazione del suo ammontare da parte dell'utente (Cass., sent. n. 10313/2004).

La società telefonica è tenuta a dimostrare il corretto funzionamento non solo del contatore centrale ma la corrispondenza tra i dati forniti da esso e quello trascritto nella fattura telefonica.

L'operatore, tuttavia può – perlomeno parzialmente – escludere la propria responsabilità dimostrando di aver adottato tutte le misure necessarie al controllo del traffico, sia sotto il profilo della protezione della rete che sotto quello, contrattuale e normativo, di avviso all'utente per traffico anomalo o di attivazione dei servizi di blocco (Del. A.G.Com. 10/03/CIR, art. 6; Del. A.G.Com. 179/03/CSP; Del. A.G.Com. 418/07/CONS).

In mancanza di tali prove, l'utente ha diritto allo storno o al rimborso di quanto indebitamente fatturato (*ex multis*, Dell. A.G.Com. 108/10/CIR e 21/11/CIR).

Le risultanze del contatore centrale non costituiscono piena prova se contestate dall'utente ed il disconoscimento dei dati registrati determina lo scadimento della prova legale a presunzione semplice della rappresentazione e la necessità, ai fini probatori, di ulteriori elementi.

Conformemente a tale orientamento giurisprudenziale, l'A.G.Com. ha più volte ribadito, consolidando il proprio orientamento in merito, che *"è compito del gestore della rete assicurare tutte le misure necessarie, compatibili con l'evoluzione tecnica, atte a tutelare gli utenti da possibili furti di traffico, nonché assicurare un efficace controllo del collegamento in centrale dell'utenza"* (Del. A.G.Com. 10/03/CIR).

Ha inoltre precisato che *"la bolletta telefonica, in caso di contestazione, perde qualsiasi efficacia probatoria e la società telefonica è tenuta a dimostrare il corretto funzionamento del contatore centrale e la corrispondenza tra i dati forniti da esso e quello trascritto nella bolletta"* (Dell. A.G.Com. 10/05/CIR, 85/09/CIR, 86/09/CIR, 23/10/CIR, 33/10/CIR).

In base ai principi esposti, a fronte della contestazione dell'utente del traffico fatturato, incombeva dunque all'operatore l'onere di fornire la prova della debenza degli importi addebitati, e di provare l'esattezza dei dati posti alla base della fattura.

L'operatore inoltre nella gestione dei reclami sul traffico telefonico, inviati dall'utente, avrebbe dovuto fornire ogni adeguata spiegazione sulle somme fatturate nonché documentare le proprie affermazioni.

In riferimento ai fatti oggetto di contestazione, Optima Italia XXX non si è neanche costituita nel presente procedimento amministrativo e neppure in quello precedente, avviato per l'esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione, né ha formulato deduzioni in ordine alla regolarità degli addebiti né tantomeno ha depositato documentazione attestazione la legittimità degli importi fatturati, ragion per cui non è ragionevole supporre, in assenza della benché minima documentazione e memoria da parte dell'operatore, che il servizio di fonia sia erogato da parte di Optima Italia XXX, in presenza del servizio di fonia regolarmente erogato e fatturato da Telecom Italia XXX, come evidenziato da parte dell'utente.

Ne consegue che, in assenza di tutte le summenzionate condizioni, la responsabilità in ordine ai fatti controversi è da attribuirsi all'operatore.

In presenza di una contestazione del traffico, l'operatore deve provare la riferibilità dello stesso all'utente e la correttezza della contabilizzazione del prezzo indicato nelle fatture in questione.

Circa la riferibilità del traffico va rilevato che la fatturazione contestata non costituisce prova dell'esistenza del credito, trattandosi di documento unilateralmente predisposto dall'imprenditore (cfr. da ultimo Cass., sent. n. 5915/2011).

Tanto premesso, sussiste in capo all'operatore l'onere di provare l'esattezza dei dati posti a base della fattura nel caso di contestazione del suo ammontare da parte dell'utente (Cass., sent. n. 10313/2004).

In mancanza di qualsivoglia riscontro probatorio in ordine alla fondatezza della pretesa creditoria, pertanto, deve ritenersi illegittimo l'addebito effettuato a fronte di un traffico voce non adeguatamente provato nella sua effettività e la domanda di rimborso deve essere accolta nella sua interezza.

Qualora non vengano fornite prove in ordine alla correttezza della registrazione del traffico telefonico e in assenza di comunicazioni da parte dell'operatore circa i dettagli di traffico chiesti dall'utente (che avrebbero potuto quantomeno consentire a quest'ultimo una verifica preliminare della rispondenza delle chiamate effettuate a quelle esposte in fattura), è da ritenere che debba essere accolta la domanda dell'istante a che vengano stornate le somme esposte nelle fatture emesse da parte di Optima Italia XXX.

E' altresì possibile accertare la responsabilità dell'operatore anche per cattiva gestione dell'utente, con conseguente diritto dello stesso a veder regolarizzata la propria posizione contabile-amministrativa.

3. Spese di procedura

In merito alle spese di procedura, atteso l'esito dell'istruttoria condotta, il comportamento dell'utente, il quale partecipava esclusivamente all'udienza di conciliazione nonché la condotta dell'operatore il quale, invece, non partecipava né all'udienza di conciliazione né all'udienza di discussione, ai sensi della Del. A.G.Com. 173/07/CONS, allegato A, art. 19, comma 6, si ritiene ragionevole liquidare in via equitativa in favore dell'istante l'importo omnicomprensivo di € 50,00 a titolo di rimborso delle spese di procedura.

CONSIDERATO tutto quanto sopra esposto;

D E T E R M I N A

a definizione della controversia XXX/Optima Italia XXX, CHE:

- Optima Italia XXX provveda a stornare l'insoluto e a regolarizzare la posizione contabile e amministrativa dell'utente;
- Optima Italia XXX provveda a corrispondere la somma di € 50,00 a titolo di rimborso delle spese di procedura.

Milano, 21 ottobre 2014

Il dirigente

dott. Massimiliano Della Torre

E’ fatta salva la possibilità per l’utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell’eventuale ulteriore danno subìto, come previsto dall’art. 11, comma 4 della Delibera n. 179/03/CSP.

Ai sensi dell’art. 19, comma 3, Delibera A.G.Com. 173/07/CONS, il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell’Autorità a norma dell’art. 98, comma 11, D. Lgs. 1 agosto 2003, n. 259.

La presente deliberazione è comunicata alle parti e pubblicata sul sito internet istituzionale del Co.Re.Com. Lombardia, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell’art. 32, comma 1, L. 18 giugno 2009, n. 69, *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*.

Le parti sono tenute a comunicare a questa Autorità l’avvenuto adempimento alla presente deliberazione entro il termine di sessanta (60) giorni dalla comunicazione della medesima.

Ai sensi dell’articolo 135, comma 1, lett. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, e della circolare 11 febbraio 2011, prot. n. 0006817, il presente provvedimento può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi degli articoli 29, 41 e 119 del medesimo D. Lgs. 104/2010, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di sessanta (60) giorni dalla comunicazione dello stesso.

Il dirigente

dott. Massimiliano Della Torre