

**DELIBERA DL/102/15/CRL/UD del 8 giugno 2015**

**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA**

**FORNO LA MATTERA DI xxx / OPTIMA xxx**

**IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO**

NELLA riunione del 8 giugno 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 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 Olga Parretti in qualità di legale rapp.te della ditta individua Forno La Mattera di xxx presentata in data 10.12.2013;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

#### **1. La posizione dell’istante**

L’istante ha lamentato – nei confronti di Optima xxx di seguito per brevità “Optima” – il mancato rilascio dell’utenza libera per rientro in Telecom Italia oltre alla mancata risposta ai reclami.

In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento e negli atti difensivi, l’istante ha dichiarato quanto segue:

a. Di avere aderito, nel mese di marzo 2013, ad un contratto con Optima per un servizio di fonia affari;

b. Nelle fatture recapitate venivano, sin da subito, contabilizzati degli importi non conformi poco chiari e non imputabili ad alcuna richiesta effettuata dalla cliente la quale, ha provato a contattare il servizio clienti dell'operatore che non è riuscito a dare risposte soddisfacenti;

c. Tale situazione induceva l'istante ad inviare lettera racc.ta a/r in data 24.07.2013 di disdetta dall'abbonamento relativo al servizio Voce, avente carattere anche di reclamo, al quale non è stato mai dato riscontro.

d. il tentativo obbligatorio di conciliazione, discusso all'udienza del 25.9.2013, si concludeva con esito negativo, stante l'assenza dell'operatore;

e. Alla data di redazione della memoria difensiva dell'utente, l'utenza ancora non era stata rilasciata libera.

In base a tali premesse, l'utente – ferma la richiesta di rilascio dell'utenza- ha richiesto nei confronti di Optima:

- i. Lo storno delle fatture emesse per importi ingiustificati, nonché di quelle successive alla disdetta
- ii. l'indennizzo per il mancato rilascio per il rientro in Telecom per un importo forfettario di €600,000;
- iii. l'indennizzo per la mancata risposta ai reclami per una somma forfettaria di €100,00;
- iv. Danni materialmente subiti dalla società per avvenuta cessazione dei servizi per motivi imputabili ad Optima oltre al disagio subito;
- v. Oltre alle spese del procedimento.

## **2. La posizione dell'operatore Optima.**

Optima sebbene regolarmente attinta dalla Comunicazione di avvio del procedimento, non depositava alcuna memoria esplicativa e/o difensiva, oltre a risultare assente nell'udienza di conciliazione del 25.09.2013.

## **3. Motivazione della decisione**

Preliminarmente, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile.

Questo premesso, si rileva anzitutto che, ai sensi dell'art. 19 comma 4 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, l'oggetto della pronuncia esclude ogni richiesta risarcitoria ed è viceversa limitato agli eventuali indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità. Resta salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità ordinaria per il maggior danno.

E' dunque esclusa ogni pronuncia risarcitoria, per la quale sussiste giurisdizione esclusiva del Giudice ordinario. Deve pertanto dichiararsi improcedibile la richiesta avanzata dall'utente di risarcimento dei danni.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante devono essere respinte, come di seguito precisato.

### **3.1 Sull'indebita fatturazione e richiesta di storno somme non dovute**

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 da ultimo 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.

Nonostante le contestazioni mosse dall'utente per importi non previsti dal contratto, questa non ha assolto all'onere probatorio, sulla stessa gravante, di deposito del contratto stipulato con Optima nel marzo 2013, né ha riferito di eventuali forme di stipula a distanza; né nella procedura di conciliazione, né nella successiva istanza di definizione risulta depositata una copia delle condizioni contrattuali dalle quali potersi evincere una eventuale, difforme applicazione nelle fatture delle condizioni economiche pattuite.

La domanda deve pertanto essere rigettata.

### **3.2 Sulla mancata lavorazione della disdetta e mancato rilascio dell'utenza libera per rientro in TELCOM ITALIA**

Nonostante l'indisponibilità del contratto, la confusa rappresentazione dei fatti e la genericità delle richieste connesse al supposto inadempimento, si rileva che l'utente ha presumibilmente stipulato con Optima un contratto per l'attivazione della *carieer selection o della carrier pre selection*, su un vigente contratto d'abbonamento con Telecom Italia e che nessuna ipotesi di rilascio della linea a favore di Telecom a seguito di disdetta, come prospettata dall'utente, poteva concretizzarsi dato che l'utente, con l'attivazione della funzione di preselezione ( automatica o meno) da parte di Optima era, ed è rimasto, cliente Telecom.

Deve poi considerarsi preliminarmente che la disciplina della disdetta all'OLO che eroga il servizio in preselezione, è contenuta nelle condizioni contrattuali – come detto non prodotte- e solo alla stregua di esse può essere valutata la validità di una comunicazione di recesso che, nel caso di specie prevede ai fini dell'efficacia, il coinvolgimento anche di Telecom Italia, parte contrattuale anch'essa dell'utente.

Chiarito pertanto il punto di cui si discute, cioè la mancata lavorazione della disdetta del servizio di preselezione, la disdetta depositata in atti non è valida ai fini dello scioglimento del vincolo contrattuale neanche ai sensi della normativa generale di legge, a prescindere dalle modalità prescritte dalle condizioni generali di contratto.

Infatti, nei contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia, il diritto di recesso è previsto dalla legge e precisamente dall'art.1, comma 3, del D.L. 31 gennaio 2007 n. 7 convertito da L. 02 aprile 2007 n. 40, il quale fissa in trenta giorni il termine massimo di preavviso alla controparte, con espressa previsione di nullità di eventuali clausole difformi.

Nella fattispecie, stante la natura di negozio unilaterale recettizio propria del recesso, la cui efficacia decorre dal momento in cui la comunicazione giunge a conoscenza del destinatario (art. 1334 codice civile) e stante il principio secondo il quale, nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, il recesso non ha effetto per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione (art. 1373 codice civile), considerato che l'utente, seppure richiestole con apposita domanda istruttoria, non ha depositato prova dell'invio e della ricezione mediante R/R della comunicazione di recesso datata 24 luglio 2013, deve concludersi per l'inesistenza ed inefficacia di qualsivoglia disdetta contrattuale all'operatore Optima.

Parimenti non può considerarsi produttiva di effetti la richiesta di cessazione del servizio di preselezione automatica di cui al modulo intestato Telecom Italia, in quanto anch'essa sfornita di prova dell'effettivo inoltrato.

Di conseguenza è rigettata la domanda di indennizzo per mancato rilascio della linea per rientro in Telecom Italia, nonché di annullamento delle fatture emesse successivamente all'asserita disdetta contrattuale.

### **3.3 Sui reclami**

Deduce l'utente di aver mandato una disdetta "avente valore di reclamo" cui non è stata data risposta.

La domanda è infondata e va rigettata.

Risulta in atti la comunicazione di recesso del 24.7.2013 di cui al par. precedente e la nota inoltrata al Corecom Lazio e ad Optima effettuata in pari data che "*vale quale tentativo di conciliazione*" - che infatti sarebbe stato proposto l'8 agosto successivo- e con la quale si ribadisce, peraltro, la volontà di disdetta del contratto.

Né l'una né l'altra comunicazione sono suscettibili di essere ricomprese nella categoria dei reclami: non la prima in quanto la comunicazione di disdetta contraddice la funzione stessa del reclamo, rivelando il disinteresse a proseguire il rapporto col dante causa, a prescindere dall'efficacia di qualsivoglia chiarimento, ed anche in considerazione del fatto che lo scioglimento del vincolo contrattuale scioglie automaticamente il gestore dall'obbligo di risposta, pure esso nascente dal contratto; non la seconda, in quanto la proposizione di istanza per il tentativo di conciliazione in pendenza del termine utile alla risposta, innesca la funzione economico sociale della conciliazione che è quella di provocare un incontro tra le parti in causa al fine di ripristinare, mediante tentativo di componimento bonario delle questioni irrisolte, quel dialogo e leale cooperazione venuto meno, superando di fatto lo strumento contrattuale preposto allo stesso scopo che è il reclamo. E comunque anche tale comunicazione è una mera reiterazione della volontà di recedere.

#### **4. Sulle spese di procedura**

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento adottato con delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, appare equo compensare le spese di procedura.

Per tutto quanto sopra esposto,

#### **IL CORECOM LAZIO**

vista la relazione del responsabile del procedimento ;

#### **DELIBERA**

1. Rigetta l'istanza avanzata dalla ditta individuale Forno La Mattera di xxx nei confronti della società Optima 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](http://www.agcom.it)).

Roma, 8 giugno 2015

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto