

Trib. Milano, sez. XI, sentenza 17 dicembre 2015 (est. C. Giannelli)

Comunicazioni – Tentativo obbligatorio di conciliazione – Azione monitoria – Necessità – Sussiste

Ai sensi dell'art. 1 comma 11, legge 31 luglio 1997 n. 249, le controversie in materia di comunicazioni che possono insorgere fra utenti o categorie di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro devono essere precedute da un preventivo tentativo obbligatorio di conciliazione: il tentativo va esperito anche nel caso di azione monitoria.

(Massima a cura di Giuseppe Buffone – Riproduzione riservata)

SENTENZA

Deve dichiararsi l'improponibilità dell'azione monitoria svolta da Telecom Italia spa.

Il Tribunale rileva difatti che ai sensi dell'art. 1 co. 11 l. 31.07.1997 n. 249 ("L'Autorità disciplina con propri provvedimenti le modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie che possono insorgere fra utenti o categorie di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro. Per le predette controversie, individuate con provvedimenti dell'Autorità, non può proporsi ricorso in sede giurisdizionale fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione da ultimare entro trenta giorni dalla proposizione dell'istanza all'Autorità. A tal fine, i termini per agire in sede giurisdizionale sono sospesi fino alla scadenza del termine per la conclusione del procedimento di conciliazione.") e dell'art. 84 d. lgs. 1.08.2003, n. 59, l'AGCOM ha disciplinato con proprio regolamento le controversie per le quali è necessario esperire un preventivo tentativo obbligatorio di conciliazione, a pena di improcedibilità dell'azione.

In particolare, all'epoca di introduzione della causa era (ed è attualmente) vigente il Regolamento AGCOM 173/2007/CONS, il cui art. 2, testualmente, prevede quanto segue: "1. Ai sensi dell'art. 1, co. 11 e 12, della legge, sono rimesse alla competenza dell'Autorità le controversie in materia di comunicazioni elettroniche tra utenti finali ed operatori, inerenti al mancato rispetto delle disposizioni relative al servizio universale ed ai diritti degli utenti finali stabilite dalle norme legislative, dalle delibere dell'Autorità, dalle condizioni contrattuali e dalle carte dei servizi. 2. Sono escluse dall'applicazione del presente Regolamento le controversie attinenti esclusivamente al recupero di crediti relativi alle prestazioni effettuate, qualora l'inadempimento non sia dipeso da contestazioni relative alle prestazioni medesime. In ogni caso, l'utente finale non è tenuto ad esperire il tentativo obbligatorio di conciliazione previsto dall'articolo 3 per formulare eccezioni, proporre domande riconvenzionali ovvero opposizione a norma degli articoli 645 c.p.c. e ss."

Ora, a mente della sopra riportata disposizione, sono escluse dall'applicazione del regolamento le controversie volte al recupero crediti, se la morosità non è dipesa da contestazioni relative alle prestazioni.

Nel caso di specie, la controversia introdotta da Telecom Italia spa con ricorso monitorio ha ad oggetto un'azione contrattuale di adempimento dell'obbligo di pagare il corrispettivo per servizi telefonici (cioè si tratta di una controversia di recupero di crediti) e l'utente (attrice opponente) ha allegato e documentato di avere svolto in fase antecedente la domanda monitoria numerose contestazioni sui servizi fornitile, come risulta dalle missive/comunicazioni e-mail di cui ai docc. 8,9,10,11 del fascicolo di parte opponente, la cui ricezione da parte di TELECOM è incontestata nonché tabulare.

La presente controversia rientra dunque tra quelle in cui la morosità dell'utente è da ricollegarsi alle contestazioni del cliente sull'inesatta esecuzione delle prestazioni promesse da parte di TELECOM con la conseguenza che ad essa si applica il regolamento AGCOM 173/2007/CONS.

Tale interpretazione è del resto coerente con l'evidente e dichiarata "ratio" delle disposizioni che hanno introdotto il tentativo obbligatorio di conciliazione sopra menzionate, consistente nel consentire un contatto tra le parti in fase pregiudiziale per evitare la lite, ad evidente scopo deflattivo, così come disposto nella normativa comunitaria di settore, nonché chiarito dalla Corte di Giustizia UE che, investita nella sentenza 18.03.2010 ALASSINI c. TELECOM ITALIA S.P.A. C-317/08 del giudizio di legittimità con riferimento ai principi comunitari, dell'art. 34 della direttiva 2002/22 ha espressamente sancito la piena compatibilità del tentativo obbligatorio di conciliazione per le controversie in materia di telecomunicazioni con il diritto individuale alla tutela giurisdizionale dei diritti, affermando testualmente: "1. L'art. 34 della direttiva 2002/22, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale), deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa di uno Stato membro in forza della quale le controversie in materia di servizi di comunicazioni elettroniche tra utenti finali e fornitori di tali servizi, che riguardano diritti conferiti da tale direttiva, devono formare oggetto di un tentativo obbligatorio di conciliazione extragiudiziale come condizione per la ricevibilità dei ricorsi giurisdizionali.

Infatti, l'art. 34, n. 1, di tale direttiva assegna agli Stati membri l'obiettivo di introdurre procedure extragiudiziali per l'esame delle controversie irrisolte, in cui sono coinvolti i consumatori, relative alle questioni contemplate da detta direttiva. Pertanto, il fatto che una normativa nazionale non solo abbia introdotto una procedura di conciliazione extragiudiziale, ma abbia per di più reso obbligatorio il ricorso a quest'ultima, prima del ricorso ad un organo giurisdizionale, non è tale da pregiudicare la realizzazione dell'obiettivo sopra menzionato. Al contrario, una normativa siffatta, poiché garantisce il carattere sistematico del ricorso ad una procedura extragiudiziale di risoluzione delle controversie, tende a rafforzare l'effetto utile della direttiva servizio universale. I principi di equivalenza e di effettività, nonché il principio della tutela giurisdizionale effettiva, non ostano ad una normativa nazionale che impone, per controversie in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica tra utenti finali e fornitori di tali servizi, che

riguardano diritti conferiti dalla direttiva 2002/22, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale), il previo esperimento di una procedura di conciliazione extragiudiziale, a condizione che tale procedura non conduca ad una decisione vincolante per le parti, non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, sospenda la prescrizione dei diritti in questione e non generi costi, ovvero generi costi non ingenti, per le parti, e purché la via elettronica non costituisca l'unica modalità di accesso a detta procedura di conciliazione e sia possibile disporre provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l'urgenza della situazione lo impone. È vero che, subordinando la ricevibilità dei ricorsi giurisdizionali proposti in materia di servizi di comunicazioni elettroniche all'esperimento di un tentativo obbligatorio di conciliazione, siffatta normativa introduce una tappa supplementare per l'accesso al giudice. Tale condizione potrebbe incidere sul principio della tutela giurisdizionale effettiva, ribadito dall'art. 47 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Tuttavia, i diritti fondamentali non si configurano come prerogative assolute, ma possono soggiacere a restrizioni, a condizione che queste ultime rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato ed inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti. A questo proposito, atteso che la normativa nazionale persegue lo scopo di una definizione più spedita e meno onerosa delle controversie in materia di comunicazioni elettroniche, nonché un decongestionamento dei tribunali, essa persegue quindi legittimi obiettivi di interesse generale. Inoltre, l'imposizione di siffatta procedura di risoluzione extragiudiziale non è, alla luce delle sue specifiche modalità di funzionamento, sproporzionata rispetto agli obiettivi perseguiti allorché, da un lato, non esiste un'alternativa meno vincolante alla predisposizione di una procedura obbligatoria, dato che l'introduzione di una procedura di risoluzione extragiudiziale meramente facoltativa non costituisce uno strumento altrettanto efficace per la realizzazione di detti obiettivi, e dall'altro, non sussiste una sproporzione manifesta tra tali obiettivi e gli eventuali inconvenienti causati dal carattere obbligatorio della procedura di conciliazione extragiudiziale.”.

Si è sostenuto che la disciplina prevista dalla delibera 137/2007/CON dell'AGCOM non sarebbe applicabile ai ricorsi monitori, in quanto non avrebbe senso imporre il tentativo obbligatorio di conciliazione alla procedura monitoria, tipicamente "inaudita altera parte" ed a contraddittorio differito e solo eventuale come affermato da questa stessa Sezione in precedenti pronunce, sul punto anche richiamando le sentenze C. Cost. 5.06.2003 n. 199 e C. Cost. 30.11.2007 n. 403.

Tale argomentazione si ritiene priva di pregio.

Essa non tiene conto, infatti, del citato art. 2 del Regolamento AGCOM n. 173/2007, che condiziona l'inapplicabilità dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione extragiudiziale alle procedure monitorie alla assenza di "contestazioni relative alle prestazioni" da parte dell'utente: la disposizione non deve essere interpretata, in sostanza, nel senso che il ricorso monitorio debba essere necessariamente preceduto dal tentativo di conciliazione, bensì nel diverso senso che l'azione monitoria rimanga circoscritta alle sole ipotesi di crediti non contestati (nel qual caso, ovviamente, non dovrà essere esperito il tentativo).

In ogni caso - e ciò vale ad escludere l'ipotizzabile lesione dei precetti di cui agli artt. 3 e 24 della Costituzione - non sussiste disparità di trattamento tra materie analoghe, o limitazione incostituzionale del diritto alla giurisdizione, poichè l'esclusione della possibilità di ricorso immediato all'azione monitoria non è disposta in modo assoluto, bensì soltanto con riferimento a quelle ipotesi in cui le contestazioni fossero state formulate espressamente nella fase pregiudiziale. La "ratio" di tale disposizione è da ravvisarsi presumibilmente :

a) nel tecnicismo delle questioni attinenti alla telefonia ed in genere al settore delle comunicazioni elettroniche;

b) nell'intento di prevenire una facile elusione dell'obbligo della preventiva conciliazione, disposto in ogni ipotesi di controversia in tale materia: elusione che ai gestori telefonici risulterebbe facile, posto che essi sono normalmente titolari di crediti pecuniari e quindi potrebbero ricorrere in sede monitoria escludendo (posto che il tentativo di conciliazione è escluso nei procedimenti di opposizione a d.i.) in modo definitivo ogni possibilità conciliativa.

La previsione del tentativo di conciliazione in materia di telefonia , e quindi la preclusione dell'azione monitoria, nelle ipotesi crediti non semplicemente insoluti ma contestati, non appare pertanto affatto irragionevole.

La Corte di Cassazione, nella sentenza n. 14103/2011 ("In tema di controversie tra gli organismi di telecomunicazione e gli utenti, nel regime introdotto dalla Delibera 182/02/CONS dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, il tentativo di conciliazione previsto dall'art. 3 del relativo Allegato A deve intendersi prescritto a pena di improcedibilità, sicchè, laddove non esperito, il giudice procedente, sia in primo grado che in appello, non deve dichiarare improponibile l'azione, ma deve dichiararne l'improcedibilità sino a quando non sia spirato il termine per darvi corso o non si sia preso atto del fallimento del tentativo medesimo; in questi casi, fatta comunque salva l'originaria introduzione dell'azione agli effetti sostanziali e processuali, il processo riprende con la rinnovazione del giudizio") ha ritenuto che, qualora si dovesse comunque ritenere applicabile, nel caso di specie, l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione extragiudiziale, il Tribunale dovrebbe semplicemente sospendere il giudizio, dando un termine alle parti perché promuovano il tentativo di conciliazione e disponendo per il prosieguo del procedimento. Ciò sul presupposto che si verterebbe in ipotesi di improcedibilità anziché di improponibilità.

Ritiene il Tribunale che il principio testè richiamato non tenga conto del fatto che:

- costituisce interesse di rango costituzionale (Art. 111 Cost.) altresì quello attinente alla ragionevole durata delle controversie e quindi all'ottenimento, in tempi ragionevoli, di una tutela dei diritti, anche in sede extragiudiziale,

- che detto diritto di rango costituzionale è perseguito dalla legge n. 249/97, attuativa della direttiva CE n. 22/2002, mediante l'intento deflattivo che ne sta alla base, come espressamente confermato dalla sentenza della Corte di Giustizia sopra richiamata, nella parte in cui afferma che la normativa interna "garantisce il carattere sistematico del ricorso ad una procedura extragiudiziale di risoluzione delle controversie" e "tende a rafforzare l'effetto utile della direttiva", perseguendo "lo scopo di una definizione più spedita e meno onerosa

delle controversie in materia di comunicazioni elettroniche, nonché un decongestionamento dei tribunali” e “quindi legittimi obiettivi di interesse generale “ (cfr. Corte di Giustizia 18.03.2010 cit.);

- che l'intento deflattivo in parola è raggiunto compiutamente soltanto se il tentativo di conciliazione obbligatorio avvenga PRIMA dell'incardinamento della vertenza giurisdizionale;

- che, peraltro, il meccanismo di sospensione previsto per le controversie in materia di lavoro dall'art. 412 bis c.p.c. non appare analogicamente applicabile alle controversie in materie di telecomunicazioni, atteso che esso reca una disciplina peculiare del processo del lavoro, come rilevato dalla stessa Suprema Corte in materia di controversie agrarie (cfr., tra le tante, Cass. 2046 del 2010, secondo cui “in materia agraria, la necessità del preventivo esperimento del tentativo di conciliazione, secondo quanto previsto dall'art. 46 della legge 3 maggio 1982, n. 203, configura una condizione di proponibilità della domanda, la cui mancanza, rilevabile anche d'ufficio nel corso del giudizio di merito, comporta la definizione della causa con sentenza dichiarativa di improponibilità; diversamente, nella materia lavoristica, alla stregua di quanto stabilito dall'art. 412-bis cod. proc. civ., l'esperimento del tentativo di conciliazione integra una condizione di procedibilità e la sua mancanza una improcedibilità "sui generis", avuto riguardo al regime della sua rilevabilità ed all'iter successivo a siffatto rilievo. Ne consegue che l'art. 412-bis cod. proc. civ., anche se successivo all'anzidetto art. 46 (siccome introdotto dall'art. 39 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80), giacché reca una disciplina peculiare del processo del lavoro, non può trovare applicazione nel processo agrario, il quale mantiene inalterata la propria diversa ed autonoma regolamentazione positiva dettata dal citato art. 46).

La citata sentenza della Corte di Cassazione ha avvalorato il proprio assunto argomentando dalle motivazioni di due sentenze della Corte Costituzionale.

La prima di esse (n. 276/2000) ha risolto la questione di costituzionalità sollevata in relazione all'art. 412-bis c.p.c. che escluderebbe dal tentativo di conciliazione in materia di controversie di lavoro i provvedimenti d'urgenza e cautelari ma non il procedimento monitorio, imponendo al datore di lavoro di esperire il tentativo prima di ricorrere monitoriamente. La questione è stata risolta in senso negativo in quanto male posta: ha ritenuto infatti la Corte che il ricorso per decreto ingiuntivo sfugga per sua natura alla necessità di preventivo tentativo di conciliazione perché si tratta di procedimento da ricorso contrassegnato da una prima fase priva di contraddittorio. La fattispecie è palesemente difforme da quella ora in esame perché in materia di telefonia esiste una norma specifica (l'art. 3 del Regolamento citato) che restringe appunto la possibilità di azione monitoria a determinate ipotesi, e comunque l'interpretazione della Corte Costituzionale non ha attinenza con la specifica materia che ci occupa - nella quale il ricorso monitorio deve essere preceduto dal tentativo di conciliazione soltanto in alcune ipotesi – ma

pone un principio di ordine generale che non può condizionare l'interpretazione delle norme speciali in questione.

La seconda sentenza (n. 125/2006) ha, in sintesi, affermato che:

a) la tesi della improcedibilità, se fosse stata sollevata, sicuramente sarebbe stata ritenuta costituzionalmente compatibile;

b) la questione della improponibilità è stata dal giudice rimettente male posta, poichè quest'ultimo non l'ha fatta propria motivando la propria adesione alla tesi della parte, come invece la stessa Corte Costituzionale aveva espressamente prescritto nelle proprie precedenti ordinanze n. 372/1999 e n. 456/1992), e non è stata pertanto esaminata nel merito ma dichiarata inammissibile.

La Corte, in sostanza, non ha mai affermato che la tesi della improponibilità sia incostituzionale; semplicemente ha omesso l'esame della questione.

A titolo di considerazione conclusiva, si deve osservare, inoltre, che a sostegno della tesi della improcedibilità non può essere utilizzato in senso risolutivo il testuale disposto dell'art. 3, comma n. 1 dell'allegato A alla delibera 173/07 CONS. poichè trattasi di norma regolamentare (norma in senso materiale o atto di normazione secondaria) che, come tale, non può in ogni caso porsi in contrasto con la L. n. 249/1997 che invece fa espresso riferimento a questione di proponibilità.

Da tanto discende che il decreto ingiuntivo è nullo e la azione di condanna svolta in via subordinata è improponibile.

L'accoglimento dell'eccezione in rito assorbe l'esame di ogni altra eccezione e difesa in rito e di merito.

In ragione della relativa novità del principio giurisprudenziale in tema di previsione del tentativo obbligatorio di conciliazione anche per i ricorsi monitori, ove vi siano state contestazioni sulle prestazioni, affermato da questa Sezione a far data dal settembre 2013, e della novità della questione relativa all'improcedibilità ovvero improponibilità dell'azione, sussistono gravi ed eccezionali motivi idonei a discostarsi dal principio della causalità della lite ed a compensare tra le parti integralmente le spese di lite dell'opposizione.

P. Q. M.

il Giudice, definitivamente pronunciando per quanto di ragione, ogni diversa domanda, istanza, eccezione e difesa disattesa e respinta, così decide:

accoglie

l'opposizione svolta avverso il decreto ingiuntivo n. 31679/2014;

dichiara

nullo il ricorso monitorio e il conseguente decreto ingiuntivo, per mancato esperimento del preventivo obbligatorio tentativo di conciliazione; per l'effetto

revoca

il detto decreto ingiuntivo,

dichiara

improponibile la causa, promossa da Telecom Italia spa per mancato esperimento del tentativo di conciliazione;

letti ed applicati gli artt. 91 e ss cpc,

compensa

tra le parti integralmente le spese del processo.

Così deciso in Milano, con sentenza resa ex articolo 281 sexies c.p.c., pubblicata mediante lettura alle parti presenti ed allegazione al verbale.

Milano, 17 dicembre 2015

Il Giudice

dott.ssa Cristina Giannelli