

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

DE.CA.FER xxx / FASTWEB xxx

(LAZIO/D/375/2014)

IL CORECOM LAZIO

Nella Riunione del 11 settembre 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 del 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 DE.CA.FER. xxx presentata in data 5 maggio 2014;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

A) La posizione dell’istante

La DE.CA.FER. xxx, all’esito negativo del tentativo obbligatorio di conciliazione, ha introdotto il presente procedimento affermando di essere titolare di una utenza business VOCE/ADSL di FASTWEB (Codice Cliente 52*****).

Al riguardo l’Istante afferma di aver subito l’interruzione della linea telefonica e di tutti Servizi ad essa connessi (Internet, fax e POS) dal 3 gennaio 2014 fino al 17 febbraio 2014 nonostante avesse provveduto a contattare innumerevoli volte il servizio clienti FASTWEB per la risoluzione del problema.

L’Utente assume che gli operatori contattati hanno riferito che il disservizio è stato causato dal passaggio alla fibra ottica che, peraltro, non è stata mai dallo stesso richiesta.

L'Utente assume, inoltre, di non aver mai avuto risposta ai reclami scritti inviati il 15 gennaio 2014, 17 gennaio 2014, 20 gennaio 2014, 24 gennaio 2014 e 1 febbraio 2014 e che FASTWEB abbia continuato a fatturare anche nel periodo interessato dalla sospensione dei Servizi.

L'Utente, pertanto, richiede:

- lo storno di tutte le fatture emesse;
- un indennizzo pari ad Euro 170,00 per mancata risposta al reclamo del 15 gennaio 2014;
- un indennizzo pari ad Euro 206,00 per attivazione servizi non richiesti;
- un indennizzo di Euro 206,00 per mancata disattivazione servizi non richiesti;
- un indennizzo di Euro 2.060,00 per non aver corrisposto gli indennizzi automatici a seguito della omessa attivazione del servizio;
- un indennizzo di Euro 2.060,00 per mancata attivazione del servizio di ADSL e telefonia fissa;
- un indennizzo di Euro 2.060,00 per illegittima interruzione del servizio ADSL e telefonia fissa;
- Euro 700,00 a titolo di rimborso per le spese di entrambe le procedure.

B) La posizione del gestore

Con la propria memoria difensiva FASTWEB in via preliminare contesta una eventuale inammissibilità delle domande dell'Utente qualora non fossero coincidenti con quelle formulate nella procedura di conciliazione.

Nel merito, respinge in ogni caso la propria responsabilità per il disservizio patito dall'Utente affermando invece una responsabilità in capo a Telecom Italia S.p.A..

Afferma, infatti, FASTWEB che, in caso di passaggio dalla rete di altro operatore alla propria, non è tenuto a rispondere dei danni derivati al Cliente in conseguenza di interruzioni dovute a fatto di terzi in base a quanto previsto dall'Art. 12.2 delle CGC.

Assume inoltre FASTWEB di avere attivato il contratto con l'Istante in data 14 maggio 2013 e di aver provveduto ad operare un cambio di tecnologia da ADSL a fibra ottica. Detto mutamento è stato richiesto da Telecom Italia in data 3 gennaio 2014 e concluso in data 26 febbraio 2014.

Nelle more di tale procedura Telecom Italia avrebbe causato l'interruzione dei servizi.

FASTWEB dichiara inoltre che, in conseguenza dei reclami del Cliente, ha provveduto a ripristinare in data 17 febbraio i servizi, poi sostituiti dalla fibra ottica in data 26 febbraio 2014.

C) Lo svolgimento della procedura di conciliazione ed il comportamento delle parti

In sede di udienza obbligatoria l'Utente ha richiesto l'annullamento delle fatture e un

indennizzo secondo delibera Agcom ed il Gestore ha offerto la somma omnicomprensiva di Euro 700,00 non accettata dall'Istante.

In sede di udienza di definizione il Gestore, per mero spirito conciliativo, ha offerto la somma omnicomprensiva di Euro 1.400,00 che l'Utente non ha accettato. Le Parti, pertanto, non sono addivenute ad un accordo transattivo e gli atti del procedimento sono stati rimessi al Collegio per la decisione.

D) Motivi della decisione

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

Stante l'istanza e le integrazioni di parte istante, occorre preliminarmente riconsiderare nel complesso le domande anche avuto riguardo al fatto che vengono richiesti indennizzi sulla base di motivazioni tra loro contrastanti.

Premesso che sulle richieste relative alla mancata risposta ai reclami e sulla refusione delle spese della procedura si tratterà in seguito, si rende ora necessaria la rielaborazione in maniera piu' chiara di quelle richieste avanzate invece in maniera confusa e contraddittoria.

L'Utente propone, infatti, domanda per il riconoscimento degli indennizzi sia per l'attivazione di servizi non richiesti che per la mancata disattivazione degli stessi: è evidente che si tratti di un'illogica duplicazione.

Parimenti per ciò che riguarda le richieste relative a ben tre indennizzi, tutti di pari importo, richiesti specificatamente e distintamente per:

- la mancata attivazione del servizio di ADSL e telefonia fissa vs/ l'illegittima interruzione del servizio ADSL e telefonia fissa: è evidente la contraddittorietà della richiesta.

- non aver corrisposto gli indennizzi automatici a seguito della omessa attivazione del servizio ai sensi della delibera n.124/10/CONS: in ordine a tale richiesta giova ricordare che la delibera invocata era destinata ad offrire alla consultazione pubblica il testo della Delibera Indennizzi e perciò stesso non è mai entrata in vigore nel testo cui si riferisce la ricorrente, poiché consolidatosi e divenuto efficace con la vigente Delibera n.73/11/CONS e suo Allegato A, delibera in vigore già a far data dal 17 febbraio 2011; quanto alla mancata corresponsione degli indennizzi automatici ed alle previste conseguenze sul piano sanzionatorio, si veda il testo vigente dell'art.2.5 della citata delibera.

Si ritiene pertanto che possano ragionevolmente valutarsi come attinenti all'oggetto di controversia unicamente le richieste di indennizzo per illegittima interruzione del servizio ed attivazione di servizi non richiesti.

Le modalità di esposizione dell'istanza e delle difese possono tuttavia formare oggetto di autonoma valutazione in tema di liquidazione di indennizzi e spese di procedura ai sensi del combinato disposto dell'art.16 2bis e 19.6 del Regolamento di cui alla Delibera 173/07/CONS e del corrispondente punto delle Linee Guida di cui alla Delibera n.276/13/CONS.

Sull'interruzione dei servizi e sull'attivazione di servizi non richiesti.

La domanda dell'Istante è fondata e merita parziale accoglimento nei termini che seguono.

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.

A tale proposito si evidenzia che, ai sensi della Delibera n. 179/03/CSP (TLC, Direttiva Generale), gli operatori devono fornire i servizi in modo regolare, continuo e senza interruzioni, nel rispetto delle previsioni normative e contrattuali.

Nel caso in esame risulta in atti che fra le parti vigesse il contratto per la fornitura di una utenza business VOCE/ADSL con FASTWEB (Codice Cliente 52*****) come affermato concordemente dalle parti.

FASTWEB, in particolare, riconosce espressamente il disservizio subito dall'Utente non riconoscendone tuttavia la propria responsabilità in quanto tale disservizio sarebbe stato causato da fatti compiuti dal terzo Telecom Italia in conseguenza del cambio di tecnologia da ADSL a fibra ottica operato sulle linee del Cliente dalla stessa Telecom, da questa notificato in ritardo a Fastweb (il 6.2.2014) e con ulteriore ritardo perfezionato (il 26.2.2014) ; l'istante aveva riottenuto il ripristino di servizi alla data anteriore del 17.2.2014 in quanto Fastweb si era adoperata ovviando al disagio mediante ordine di ripristino della rete in rame.

La difesa formulata dal Gestore con la motivazione dallo stesso fornita non è esaustiva al fine di mandare l'OLO esente da responsabilità.

Dalle schermate Eureka depositate anzitutto si evince che l'ordine TI (migrazione SLU) inviato il 24.7.2013 sia stato validato formalmente in pari data, prima della tardiva data di espletamento della richiesta del 3.1.2014 poi valorizzata al 6.2.2014, senza tuttavia alcun esito positivo sui servizi interrotti già dal 3.1.2014; mentre risulta che, effettivamente, il primo ticket aperto da Fastweb sia del 9.1.2014, non essendo stata dedotta dall'utente alcuna segnalazione anteriore al reclamo scritto del 15.1.2014; a fronte pure dei successivi solleciti tutti scritti dell'utente, non risultano altre iniziative dell'OLO prima del 27.1, su ennesimo sollecito dell'utente, quando si optava per un ripristino della risorsa in rame di cui si conosce l'esito in termini di ripristino dei servizi solo per deduzione dell'utente (al 17.2), atteso che i successivi interventi a sistema di Fastweb- 7.2 e 26.2- riguardano sempre lo stato di

avanzamento della migrazione su fibra ottica operata da Telecom.

A fronte del disservizio verificatosi, Fastweb non ha dunque provato di essersi pienamente adoperato con l'operatore di rete al fine di ridurre al minimo i disagi dovuti al cambio di tecnologia -per quanto allo stesso Fastweb non tecnicamente ascrivibili- mediante apertura di tickets tempestivi nell'arco di ben 39 giorni di totale assenza di servizi; né risulta, dal tenore dei solleciti continui dell'utente sia scritti che orali, che l'OLO abbia reso edotto l'utente circa le motivazioni del disservizio e la tempistica di risoluzione.

Alla luce delle suesposte considerazioni, quindi, il Gestore rimane pienamente responsabile, nei confronti del Cliente, per i disservizi causati all'utenza della quale è titolare la DE.CA.FER ed in questa sede lamentati ai sensi dell'art.2 e 5.1 e 12.2 (utenza affari) Allegato A alla Delibera Indennizzi.

L'operatore è pertanto tenuto all'indennizzo dovuto per l'interruzione totale dei servizi voce e internet (fax e pos, in quanto accessori, non sono autonomamente indennizzabili quando il disservizio riguarda i servizi principali ai sensi dell'art.5, comma 4) dal 9.1.2014 al 17.2.2014 per un totale di Euro 780,00.

Quanto alla richiesta di indennizzo per l'attivazione di servizi non richiesti, la stessa non è fondata; stante la documentazione tecnica di parte Fastweb, inaudita Telecom che, in qualità di operatore di rete non poteva essere parte in controversia, non risulta provato che la migrazione su fibra ottica fosse stata un'iniziativa Fastweb e come tale da comunicarsi all'utente quale modifica contrattuale ai sensi dell'art.70, comma 4 del Cod. Comunicazioni elettroniche, quanto piuttosto parrebbe un adeguamento infrastrutturale Telecom; né d'altro canto il semplice cambio di tecnologia, che nello specifico caso integrava un upgrade tecnologico, implicava un sovrapprezzo per l'utente, una variazione nelle condizioni d'uso del servizio o altra modifica di qualche singola condizione contrattuale, sì da implicare la sua valutazione circa la convenienza a recedere o meno.

Non trattandosi dunque di ipotesi riconducibile alla nozione di servizio non richiesto di cui all'art.57 del Codice del Consumo, né a quello di cui alla Del. 418/07/CONS in tema di servizi a sovrapprezzo, la relativa domanda non può essere accolta.

Sulla richiesta di storno delle fatture

L'Istante ha richiesto lo storno di tutti gli importi relativi alle fatture emesse per il periodo dell'accertata sospensione dei servizi.

L'unica fattura depositata dall'Utente, peraltro, è la n. 3091500 emessa il 14 maggio 2013 relativa al periodo 14 maggio/14 luglio 2014 nel quale il servizio risultava attivo.

Non vi sono agli atti altre fatture e, pertanto, la richiesta viene per tali motivi rigettata.

Sull'indennizzo per la mancata risposta al reclamo

La domanda dell'Istante è fondata anche se non nei termini dallo stesso richiesti.

Non risulta in atti la prova sulla risposta al reclamo datato 15 gennaio 2014 né ai successivi aventi medesimo oggetto.

In base a quanto disposto dalle Condizioni Generali di Contratto l'Utente avrebbe avuto diritto ad una risposta scritta al reclamo nel termine di 45 giorni dalla presentazione dello stesso.

Per quanto Fastweb abbia sostanzialmente accolto il reclamo per fatto concludente mediante ripristino del servizio il 17.2.2014, non può sottacersi il grado di inadempimento in cui è incorso il gestore nella gestione dell'onere informativo dovuto al cliente in merito alla causa del disservizio, alle difficoltà tecniche di risoluzione ed ai tempi previsti per il ripristino secondo quanto previsto dall'art.8, comma 4, della delibera 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2)

L'Istante ha diritto, pertanto, all'applicazione dell'Art. 11, c. 1, del Regolamento Indennizzi.

Il giorno iniziale ai fini della decorrenza per il calcolo dell'indennizzo deve essere considerato, come espressamente riconosciuto dall'Istante, il quarantacinquesimo giorno successivo al ricevimento da parte del Gestore del proprio reclamo datato 15 gennaio 2014.

Ne consegue che va riconosciuto a carico dell'Operatore ed in favore dell'Utente un indennizzo per mancata risposta al reclamo dal 1° marzo 2014 fino al 16 aprile 2014 (data dell'udienza di conciliazione) per una somma pari ad € 46,00.

E) Sul rimborso delle spese per la procedura

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è previsto dall'art. 19, comma 6, del Regolamento, che sancisce inoltre che nel determinare rimborsi ed indennizzi si tenga conto *“del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione”*.

Nel caso di specie, considerato il comportamento complessivo delle parti, le modalità di redazione dell'istanza e delle memorie, l'offerta transattiva del gestore, si ritiene congruo liquidare all'istante un importo onnicomprensivo di Euro 50,00 quale rimborso forfettario delle spese sostenute per la trattazione della presente procedura.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

VISTA la proposta e la relazione del Responsabile del procedimento

DELIBERA

1) Il Corecom accoglie parzialmente, nei termini esposti in motivazione, l'istanza presentata dalla DE.CA.FER. xxx.

2) La Società FASTWEB xxx è tenuta a corrispondere all'Istante, oltre l'indennizzo di € 50,00 (cinquanta/00) a titolo di rimborso spese della procedura di conciliazione e di definizione, i seguenti importi, maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:

- € 780,00 (settecento ottanta/00) per l'interruzione dei servizi ex art.5.1 e 12.2 Allegato A) Delibera Indennizzi;

- € 43,00 (quarantatre/00) per mancata risposta ai reclami ex art.11.1 Allegato A)

Delibera Indennizzi.

3. La società Fastweb xxx è tenuta altresì a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

4. Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003 n. 259.

5. E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.

6. 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, 11 settembre 2015

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto