Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Direzione reti e servizi di comunicazioni elettroniche

DETERMINA N. 8/15/DRS

ARCHIVIAZIONE DELLA CONTROVERSIA INSTAURATA DA STEFAN MCDS DI ROSA SOMMA & C. S.A.S. NEI CONFRONTI DI OPEN SKY S.R.L. IN MATERIA DI RIVENDITA DEI SERVIZI INTERNET E ADSL SATELLITARI TOOWAY AI SENSI DELL'ART. 23 DEL D.LGS 259/03 E DEL REGOLAMENTO DI CUI ALLA DELIBERA N. 352/08/CONS

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*";

VISTE le direttive n. 2002/19/CE *(*"*direttiva accesso*"), 2002/20/CE ("*direttiva autorizzazioni*") e 2002/21/CE ("*direttiva quadro*"), così come modificata dalla direttiva n. 2009/140/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009;

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante "*Codice delle comunicazioni elettroniche*", come modificato dal decreto legislativo 28 maggio 2012, n. 70, (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*");

VISTA la delibera n. 223/12/CONS, del 27 aprile 2012, recante "*Adozione del nuovo Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità*" come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 390/15/CONS;

VISTA la nota dell'8 agosto 2014, acquisita in data 11 agosto 2014 con numero di protocollo Agcom n. 43596, con la quale STEFAN MCDS di Rosa Somma & C. S.a.s. (di seguito "MCDS"), rappresentata dal sig. Alfonso Spera delegato dall'amministratrice Rosa Somma, ha presentato istanza per la risoluzione di una controversia ai sensi dell'art. 23 del d.lgs. n. 259/03 (Codice delle comunicazioni elettroniche, di seguito il "Codice")

e della delibera n. 352/08/CONS (nel seguito il "Regolamento"), nei confronti di OPEN SKY S.r.l. (di seguito "OPEN SKY"), in materia di rivendita dei servizi Internet e ADSL satellitari Tooway;

VISTA la nota del 5 settembre 2014, protocollo Agcom n. 46109, con la quale l'Autorità ha riscontrato la suddetta istanza ritenendola incompleta e richiedendo, ai sensi dell'art. 3 del Regolamento, rubricato "Introduzione della controversia", di indicare gli elementi che, a pena di inammissibilità, devono essere specificati nell'istanza ai fini dell'avvio del procedimento;

VISTA la nota di MCDS, acquisita con protocollo Agcom n. 58802 del 19 novembre 2014, con la quale la stessa ha inviato nuovamente, integrandola, la propria istanza;

VISTA la nota del 23 dicembre 2014, protocollo Agcom n. 64500, con la quale l'Autorità ha convocato MCDS e OPEN SKY in udienza, per il giorno 28 gennaio 2015, al fine di acquisire, attraverso il rituale confronto, elementi utili alla definizione della controversia e, contestualmente, ha invitato le parti al deposito delle proprie controdeduzioni entro 5 dall'udienza di comparizione;

VISTA la nota di OPEN SKY, acquisita con protocollo Agcom n. 17802 del 27 gennaio 2015;

VISTO il verbale dell'udienza tenutasi il 28 gennaio 2015 e gli atti in tale sede depositati;

CONSIDERATO quanto segue:

1. MCDS ha sottoscritto, nel 2013, un contratto di *wholesaler* con OPEN SKY (nel seguito anche il "Contratto"), che prevede la rivendita a terzi dei servizi Internet e Adsl satellitari Tooway e ha acquistato 4 linee *sky DSL Flat* senza limiti;

2. MCDS ha rappresentato che, per ciascuna linea DSL, OPEN SKY richiedeva l'adesione ad un contratto di fornitura del servizio che non prevede la rivendita del servizio a terzi, in contrasto con le condizioni sottoscritte nel precedente contratto di fornitura *wholesaler*. Su questo punto la stessa MCDS sembra segnalare una imperfetta formazione della volontà tra le parti tra il primo e il secondo contratto, allorché afferma: "*per ogni servizio acquistato era necessario stipulare il relativo contratto che purtroppo non prevedeva la cessazione verso terzi (*la ricorrente è qui incorsa in un *lapsus calami* poiché il termine cui sembra alludere è *"cessione verso terzi") e di conseguenza discordante con il titolo sottoscritto di rivendita. Abbiamo segnalato la discordanza all'ufficio amministrazione nonché al nostro commerciale di riferimento senza riceverne mai risposta restando così inadempienti nella forma*";

3. MCDS ha rilevato che, sin dalla prima installazione di linee ADSL, sono emersi problemi legati sia alla connessione, che spesso è venuta a mancare, sia alla velocità di quest'ultima; a suo parere tali criticità sono attribuibili all'applicazione arbitraria, da parte di OPEN SKY, del *fair-use*; nello specifico secondo MCDS i *modem* forniti da OPEN SKY *"contenevano uno script che in automatico limitava l'utilizzo della connessione al superamento di un certo*

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

volume di traffico; connessione che veniva sbloccata dopo un certo periodo di inattività";

4. MCDS ha inoltre lamentato di non aver ricevuto dalla controparte nessun riscontro alle segnalazioni che ha inoltrato per evidenziare le criticità emerse oltre al fatto che, di queste, non si ha più traccia sulla piattaforma di gestione dei *trouble ticket* di OPEN SKY;
5. alla luce di quanto sopra e, conseguentemente, della asserita perdita di clienti, nel mese di agosto 2014 MCDS ha disdetto il contratto con OPEN SKY e non ha ottemperato al pagamento di alcune fatture, allegate agli atti del presente procedimento[1];
6. MCDS aggiunge di aver stipulato, in seguito alla disdetta del Contratto con OPEN SKY, un nuovo contratto con la Società SkyDSL per la fornitura degli stessi servizi e di non essere incorsa in alcun problema similare;
7. MCDS ha successivamente ricevuto una comunicazione da una società, delegata da OPEN SKY al recupero crediti, con la quale si richiede il pagamento delle fatture di cui sopra, dei relativi interessi maturati, e delle spese di recupero per un totale di 942,92 euro;
8. per le ragioni di cui sopra MCDS ha chiesto all'Autorità di essere autorizzata a rifiutare di corrispondere alcunché alla controparte, sia per quanto concerne i canoni sia la cessazione del contratto;
9. OPEN SKY ha sostenuto, viceversa, che *"il servizio è stato erogato correttamente"* e che *"tutte le cifre dovute e contestate dal wholesaler sono specificate nel contratto di servizio e in linea con quanto da lui sottoscritto"*;
10. OPEN SKY ha segnalato, inoltre, che la parte istante *"ha pubblicamente attaccato l'operato di Open Sky tramite un post sul blog nel quale, tra varie inesattezze, dichiara di servire l'operatore SkyDSL in aperto contrasto con le clausole di esclusività presenti nel contratto wholesaler da lui sottoscritto con Open Sky"*;

CONSIDERATO che il Regolamento, conformemente al dettato normativo di cui al Codice, ed in particolare all'articolo 23[2], rimette alla competenza dell'Autorità (articolo 2, comma 1) 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;

RILEVATO che l'Autorità è chiamata a decidere sulla legittimità del rifiuto di MCDS di pagare le fatture per i servizi di accesso a Internet forniti da OPEN SKY, oggetto dell'istanza, motivato sulla base di problemi legati sia alla connessione, che

[1] FT N. VT 030659 DEL 5/6/2014; FT N. VT 042301 DEL 25/7/2014; FT N. VT 046662 DEL 29/8/2014.

[2] Qualora sorga una controversia avente ad oggetto gli obblighi derivanti dal Codice, fra imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica, o tra tali imprese e altre imprese che beneficiano dell'imposizione di obblighi in materia di accesso o di interconnessione derivanti dal presente Codice, l'Autorità, a richiesta di una delle parti e fatte salve le disposizioni del comma 2, adotta quanto prima, e comunque, salvo casi eccezionali, entro un termine di quattro mesi, una decisione vincolante che risolve la controversia.

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

spesso è venuta a mancare, sia alla velocità di quest'ultima, in tal caso a causa di una presunta "arbitraria" limitazione dell'utilizzo della connessione al superamento di un certo volume di traffico (cosiddetto *fair-use*);

RILEVATO che la materia del contendere attiene esclusivamente alla corretta e in buona fede interpretazione ed esecuzione del Contratto, con particolare riferimento ai requisiti di velocità e di disponibilità della connessione fornita da OPEN SKY;

RITENUTO pertanto, tenuto conto di quanto riportato al succitato articolo 2 comma 1 del Regolamento, che la questione sottoposta, con particolare riferimento al diritto sostanziale affermato, non essendo disciplinata dalle fonti normative ivi citate, è estranea alla sfera di competenza dell'Autorità;

RITENUTO che l'Autorità, pena la nullità radicale del proprio intervento, non ha titolo a intervenire su profili che attengono esclusivamente all'interpretazione e all'esecuzione del contratto, trattandosi di questioni strettamente civilistiche e che esulano, quindi, dalla propria competenza regolamentare;

RITENUTO, in conclusione, che ogni valutazione sulla pretesa vantata debba essere sottoposta da MCDS nella sede competente e, per quanto premesso, di dover dichiarare l'inammissibilità della domanda di cui al presente procedimento.

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

DETERMINA

L'archiviazione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 2, 3 e 12, comma 2, della delibera n. 352/08/CONS, della controversia di cui in epigrafe, instaurata da STEFAN MCDS di Rosa Somma & C. S.a.s. nei confronti di OPEN SKY S.r.l. in materia di rivendita di servizi Internet e ADSL satellitari *Tooway*, per inammissibilità della domanda.

Ai sensi dell'articolo 12, comma 4, del 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*.

Napoli, 13 agosto 2015

IL DIRETTORE
Giovanni Santella