

DETERMINA
Fascicolo n. 27 GU14/131336/2019

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA xxxx - Fastweb SpA
IL DIRIGENTE

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”;

VISTA la delibera n. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante “Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, come modificata da ultimo dalla delibera n. 353/19/CONS 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”, come modificata da ultimo dalla delibera n. 347/18/CONS , di seguito Regolamento Indennizzi;

VISTA la legge regionale Toscana 25 giugno 2002, n. 22 “Norme e interventi in materia di informazione e comunicazione. Disciplina del Comitato Regionale per le Comunicazioni”, in particolare l’art. 30, e il “Regolamento Interno di organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni” (ex art. 8 legge regionale 1° febbraio 2000, n. 10);

VISTA la “Convenzione per il conferimento e l’esercizio della delega di funzioni ai Comitati Regionali per le Comunicazioni”, sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni della Toscana in data 16 gennaio 2018”, e in particolare l’art. 5, comma 1, lett. e);

VISTO il decreto del Segretario Generale n. 5 del 26 aprile 2018 avente ad oggetto “Assetto organizzativo del Consiglio regionale”, con il quale è stato definito il nuovo assetto organizzativo del Consiglio Regionale della Toscana e con il quale è stato conferito alla Dott.ssa Cinzia Guerrini l’incarico di responsabile del “Settore Biblioteca e documentazione. Archivio e protocollo. Assistenza generale al Corecom”, con decorrenza 3 maggio 2018;

VISTA l’istanza della società xxxx, del 03/06/2019 protocollo n. 0240219 del 03/06/2019;

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

CONSIDERATO che, sulla base della documentazione istruttoria acquisita agli atti del procedimento è risultato che:

La posizione dell’istante.

L’istante, titolare dell’utenza *business* n. 055-0137xxx con l’operatore Fastweb S.p.A., nella esposizione dei fatti che hanno dato origine alla presente controversia, ha rappresentato che, “*per la terza volta nel giro di pochi mesi il telefono fisso dell’utente non riceveva le chiamate in entrata*”. *Si deve precisare che l’utente svolge attività di ristorante e pizzeria e, pertanto, il telefono è vitale per il buon andamento del lavoro. Infatti, dal 9 febbraio 2019 non ha ricevuto alcuna telefonata e non ha lavorato, con danni e*

disagi da quantificare e si deve tener conto che non abbia lavorato neanche giovedì 14 febbraio (San Valentino), che, come sappiamo, rappresenta sempre una serata importante per i ristoratori. Inoltre, si verificava una cosa inspiegabile: quando si telefonava allo 055 0137xxx entrava la segreteria VODAFONE, mentre il gestore dell'utenza è FASTWEB!!!!. Si deve, altresì, precisare che il problema si era già verificato due volte. Il problema è stato definitivamente risolto a fine febbraio 2019".

Sulla base di quanto sopra evidenziato, l'istante ha chiesto:

- i) l' "indennizzo per mancato funzionamento della linea telefonica";*
- ii) l' "indennizzo per ritardo nell'intervento da parte del gestore";*
- iii) lo "storno delle fatture relative al periodo di malfunzionamento della linea";*
- iv) lo "storno di tutte le fatture emesse e non pagate dopo il disservizio, chiusura del ciclo di fatturazione e ritiro pratica recupero crediti. Con riserva di individuare altri indennizzi in sede di udienza di conciliazione".*

La posizione dell'operatore.

L'operatore Fastweb S.p.A., nei termini stabiliti dal vigente regolamento di cui all'allegato A, alla Delibera Agcom n. 203/18/CONS, come modificata da ultimo, dalla Delibera Agcom n. 353/19/CONS ha presentato una memoria difensiva con documentazione in allegato, nella quale, ha contestato la fondatezza delle doglianze di parte istante e in via preliminare, ha eccepito:

- l'assoluta genericità dell'istanza, atteso che *"controparte ha lamentato presunti disservizi, ma senza specificarne il tipo ed il periodo";*
- il difetto di legittimazione attiva del Ristorante Pizzeria Martini, poiché l'utenza n. 0550137xxx e il contratto Fastweb n. 9319190 risultano intestati a individuale Vichi Marta;
- l'inammissibilità delle richieste aventi ad oggetto *"danni e disagi da quantificare e si deve tener conto che non abbia lavorato neanche giovedì 14 febbraio".*

Nel merito, l'operatore, con riferimento ai malfunzionamenti sull'utenza *de qua*, ha eccepito quanto segue:

- *"prima del deposito del GU5 da parte dell'odierno istante, Fastweb non ha rilevato alcuna anomalia nell'erogazione dei propri servizi; né risulta (...) quanto ex adverso affermato secondo cui "Per la terza volta nel giro di pochi mesi il telefono fisso dell'utente non riceveva le chiamate in entrata"; detta circostanza è smentita dal traffico presente nelle fatture emesse";*
- *"il GU5 è stato presentato il 12.02.2019, mentre prima alcuna segnalazione è giunta a Fastweb. infatti controparte non ha segnalato e/o inviato reclami (...) tesi a contestare le odierne doglianze prima del deposito del GU5. E ciò, in spregio all'art. 14.4 della delibera indennizzi dispone "Sono esclusi gli indennizzi previsti dal presente regolamento se l'utente non ha segnalato il disservizio all'operatore entro tre mesi dal momento in cui ne è venuto a conoscenza o avrebbe potuto venirne a conoscenza secondo l'ordinaria diligenza, fatto salvo il diritto al rimborso di eventuali somme indebitamente corrisposte";*
- *"il malfunzionamento aveva ad oggetto, per la stessa ricostruzione avversa, il solo servizio voce e per le sole chiamate in entrata";*
- *"la risoluzione è avvenuta in data 19.02.2019 data del riscontro al GU5 in cui si dava atto della risoluzione del guasto, senza che l'utente contestasse tale circostanza, che si deve, quindi, considerare pacifica come risulta anche dall'archiviazione del Corecom".*

La replica dell'istante.

La parte istante nei termini stabiliti dal vigente regolamento ha presentato una memoria di replica nella quale ha evidenziato che:

- *“come riportato nella visura camerale, (...) la signora xxx [è] la titolare di ditta individuale che svolge attività di ristorazione e pizzeria ed il nome "xxxx" [è] solo la denominazione del xxxx e, pertanto, vi è assoluta legittimazione della signora xxx ad agire nel procedimento in questione”;*
- in merito al disservizio, la parte istante ha precisato che *“il giorno d’inizio (...) corrisponde al 9 febbraio 2019”* e che *“la soluzione definitiva del disservizio si è avuta soltanto il 19 febbraio 2019”*, come evidenziato anche nel procedimento GU5 collegato al precedente procedimento UG.

La parte istante, inoltre, ha evidenziato che, in base al GU5 depositato a corredo dell’UG prodromico rispetto all’odierno procedimento, l’operatore medesimo avesse rilevato *“un guasto [sull’utenza de qua] che, in data 19 febbraio 2019, è stato risolto”*, e *“quindi la presenza di un guasto è inconfutabile”*. Infine, ha rimarcato che il *“disservizio ha arrecato un grave danno all’attività della signora xxx, tenuto conto anche del periodo delicato comprendente due fine settimana e la serata di San Valentino”*. La parte istante ha quindi ribadito le richieste formulate nell’istanza introduttiva del procedimento oltre alla richiesta d’indennizzo per la mancata risposta al reclamo del 13 febbraio 2019.

Motivazione.

In primis:

- si ritiene di respingere l’eccezione dell’operatore circa *“il difetto di legittimazione attiva del xxxxx, poiché l’utenza n. 0550137xxxx e il contratto Fastweb n. 9319190 risultano intestati a individuale xxx”* trattandosi, nel caso di specie, come argomentato e provato dalla parte istante, di ditta individuale la cui denominazione è “xxxx”;
- con riferimento all’eccezione dell’operatore circa l’inammissibilità delle richieste aventi ad oggetto *“danni e disagi da quantificare e si deve tener conto che non abbia lavorato neanche giovedì 14 febbraio”*, si precisa che, fermo restando l’incompetenza di questa Autorità in materia di risarcimento del danno, la domanda *de qua* dovrà essere, in questa sede, correttamente interpretata, in base al criterio di efficienza e ragionevolezza dell’azione amministrativa, quale richiesta di condanna del gestore al pagamento di un indennizzo in relazione agli inadempimenti che venissero accertati;
- si ritiene di respingere la domanda d’indennizzo per mancata risposta al reclamo, in quanto formulata per la prima volta in sede di definizione della controversia e, pertanto, in violazione del principio dell’obbligatorietà del tentativo di conciliazione. *Ad abundantiam*, si precisa che la risposta al reclamo è stata data per *facta concludentia* dal gestore medesimo con la riattivazione del servizio, avvenuta, per concorde ammissione delle parti, in data 19 febbraio 2019;
- le domande di cui *sub iv)* relative allo *“storno di tutte le fatture emesse e non pagate dopo il disservizio, chiusura del ciclo di fatturazione e ritiro pratica recupero crediti. Con riserva di individuare altri indennizzi in sede di udienza di conciliazione”* non sono meritevoli di accoglimento in quanto non supportate da alcuna argomentazione e/o documentazione. Al riguardo, si richiama l’orientamento costante di questo Comitato, così come della stessa Autorità Garante per le Comunicazioni, in virtù del quale l’istante debba adempiere quanto meno all’obbligo di dedurre, con minimo grado di precisione, quali siano i fatti ed i motivi alla base della richiesta allegando la relativa documentazione (*ex plurimis* Delibera Agcom 68/16/CIR; Delibere Corecom Toscana n. 14/2016, n.156/2016 e n.157/2016 e Determinazione Corecom Toscana n. 26/2015).

Nel merito.

Con riferimento all’istanza in esame, si precisa che, sulla base di quanto concordemente rappresentato dalle parti, l’oggetto della controversia attiene ad un malfunzionamento parziale (*“non riceveva le chiamate in entrata”*) del servizio voce sull’utenza *de qua*.

A fronte di tali doglianze, Fastweb S.p.A. non ha dimostrato la regolare erogazione/fruizione del servizio da parte dell’utente. In particolare, l’operatore non ha provato l’insussistenza del disservizio dedotto in controversia.

E invero, 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”*. Per orientamento giurisprudenziale consolidato, 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.

Questa Autorità 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. Viceversa, nel caso in esame, l'operatore Fastweb S.p.A. non ha offerto prova alcuna che nel periodo oggetto di contestazione i servizi erano stati regolarmente erogati e fruiti da controparte.

Inoltre, occorre richiamare quanto disposto nell'allegato A, alla Delibera Agcom n. 179/03/CSP, in particolare l'obbligo degli operatori di garantire un'erogazione continua ed interrotta dei servizi offerti, nel rispetto di quanto contrattualmente previsto, impegnandosi al ripristino entro termini congrui. Di conseguenza, allorché l'utente, in caso di malfunzionamento di un servizio di comunicazione elettronica, non può pienamente godere, con le modalità prescelte, del servizio acquistato e l'operatore non risolve la situazione nel rispetto dei termini previsti dal contratto, nonché dalla normativa sugli standard di qualità, lo stesso ha diritto ad un indennizzo per il periodo di disservizio.

Nel caso di specie, peraltro, è necessario rilevare che, nonostante parte istante affermi di aver già avuto malfunzionamenti sull'utenza *de qua* (*“per la terza volta nel giro di pochi mesi il telefono fisso dell'utente non riceveva le chiamate in entrata”*), dagli atti non emerge alcuna evidenza probatoria di reclami, né risultano indizi presuntivi di effettuate segnalazioni (quali, a mero titolo esemplificativo, la data e l'orario di contatto del Servizio clienti, il codice del *trouble ticket* eventualmente aperto, il codice dell'operatore con il quale è intervenuto il contatto), le quali avrebbero posto a conoscenza l'operatore della problematica e, quindi, consentito di intervenire per la risoluzione della stessa.

Il corredo documentale in atti non offre riscontro di alcun reclamo del lamentato malfunzionamento rivolto all'operatore convenuto. La prima segnalazione che risulta essere stata effettuata è da collegarsi alla presentazione dell'istanza GU5 presso il Corecom competente, fatta in data 12 febbraio 2019 con la quale, la parte istante ha segnalato come data d'inizio del malfunzionamento parziale del servizio voce il giorno 9 febbraio 2019.

Ciò posto, si evidenzia che all'esito dell'esperto GU5 ed anche come rappresentato nella memoria di replica da parte istante, risulta che in data 19 febbraio 2019 il disservizio sia stato risolto.

Ne consegue che, per la irregolare fornitura del servizio voce, ai fini del calcolo dell'indennizzo, si richiama quanto previsto dal combinato disposto degli artt. 6, comma 2, e 13, comma 3, dell'Allegato A alla Delibera Agcom n. 73/11/CONS, come modificata dalla Delibera Agcom n. 347/18/CONS, (di seguito *“Regolamento indennizzi”*) che prevede, *“nel caso di irregolare o discontinua erogazione del servizio, imputabile all'operatore, che non comporti la completa interruzione del servizio, o di mancato rispetto degli standard qualitativi stabiliti nella carta dei servizi di ciascun operatore, gli operatori sono tenuti a corrispondere un indennizzo per ciascun servizio non accessorio pari ad euro 3 per ogni giorno di malfunzionamento”*, da computarsi in misura del doppio, ossia euro 6,00, in quanto trattasi di utenza *“affari”*.

Per quanto attiene al periodo rispetto al quale computare detto indennizzo occorre richiamare la Carta dei Servizi dell'operatore che prevede la risoluzione del guasto entro le 72 ore successive alla segnalazione del malfunzionamento e l'art. 13, comma 1, del citato *“Regolamento indennizzi”* che dispone che, *“il calcolo dell'indennizzo è effettuato tenuto conto della data di presentazione del reclamo da parte dell'utente”*.

Ai fini della corresponsione dell'indennizzo s'individua il *dies a quo* nel 16 febbraio 2019, (detraendo i 3 giorni previsti per la risoluzione del guasto a partire dalla segnalazione fatta tramite GU5 del 12 febbraio 2019) e il *dies a quem* nel 18 febbraio 2019 (data precedente alla risoluzione del malfunzionamento come dichiarato dall'istante nella propria memoria di replica) e pertanto l'indennizzo da riconoscere alla parte istante è pari ad euro 18,00

L'operatore Fastweb S.p.A. dovrà provvedere, altresì, allo storno (o al rimborso in caso di avvenuto pagamento) di quanto fatturato per il servizio de qua, nel periodo 9 febbraio 2019 – 19 febbraio 2019.

DETERMINA

Fastweb SpA, in parziale accoglimento dell'istanza del 03/06/2019, è tenuta a:

1. corrispondere, tramite bonifico bancario o assegno, la somma di euro 18,00 a titolo d'indennizzo per la irregolare fornitura del servizio voce sull'utenza n. 055-0137xxx, oltre agli interessi legali dalla data di presentazione dell'istanza.
2. stornare (o rimborsare in caso di avvenuto pagamento oltre agli interessi legali dalla data di presentazione dell'istanza) di quanto fatturato per il servizio voce, nel periodo 9 febbraio 2019 – 19 febbraio 2019 sull'utenza n. 055 0137xxx.

È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, giusto quanto previsto dall'articolo 19, comma 5, del Regolamento.

Ai sensi dell'articolo 20, comma 3, del citato Regolamento il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è comunicata alle parti.

Il direttore
Cinzia Guerrini

Documento prodotto in originale informatico e firmato digitalmente ai sensi del "Codice dell'Amministrazione Digitale" (D.Lgs. n. 82/2005 e s.m.i.)