



DELIBERAZIONE
n. 6 del 28 gennaio 2021

Oggetto: **DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA: GU14 n. 683-17 xxxx / Telecom Italia S.p.A. / Ambrogio S.r.l.**

Presenti:

| | |
|--------------------------|-----------------------|
| ENZO BROGI | <i>Presidente</i> |
| CHETI CAFISSI | <i>VicePresidente</i> |
| ALBERTO LAPENNA | <i>Componente</i> |
| ELETTRA PINZANI | <i>Componente</i> |
| MASSIMO SANDRELLI | <i>Componente</i> |

Assenti:

Presiede: **Enzo Brogi**

Segretario: **Cinzia Guerrini** *Dirigente della struttura di assistenza al Comitato incaricata della redazione del presente atto*

II COMITATO REGIONALE per le COMUNICAZIONI

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, "*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 "*Istituzione dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*", in particolare l’art. 1, comma 6, lettera a), n. 14 e comma 13;

VISTO il decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259 recante il “Codice delle comunicazioni elettroniche”;

VISTO il decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 recante il “Codice del consumo” e successive modifiche e integrazioni;

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);

VISTO l’“*Accordo quadro concernente l’esercizio delle funzioni delegate ai comitati regionali per le comunicazioni e 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 28 novembre 2017;

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);

VISTA la Delibera Agcom n. 179/03/CSP “*Approvazione della direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni ai sensi dell’articolo 1, comma 6, lettera b), numero 2, della legge 31 luglio 1997, n. 249*” e successive modifiche e integrazioni;

VISTA Delibera Agcom n. 274/07/CONS “*Modifiche ed integrazioni alla delibera 4/06/CONS: modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso*” e successive modifiche ed integrazione;

VISTA Delibera Agcom n. 41/09/CIR “*Integrazioni e modifiche relative alle procedure di cui alla delibera n. 274/07/CONS ed alla portabilità del numero su rete fissa*”;

VISTA la Delibera Agcom n. 73/11/CONS All. A “*Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori*”;

VISTA la Delibera Agcom n. 276/13/CONS “*Approvazione delle Linee Guida relative all’attribuzione delle deleghe ai CoReCom in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche*”;

VISTA la Delibera Agcom n. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante “*Approvazione del regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazione elettroniche*” e successive modifiche;

VISTA la Delibera Agcom n. 347/18/CONS, del 18 luglio 2018, recante, “*Modifica del Regolamento in materia di indennizzi applicabili alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all’Allegato A alla delibera n. 73/11/CONS*”,

VISTA l’istanza GU14 n. 683 del giorno 21 dicembre 2017 con cui il Sig. xxxx chiedeva l’intervento del Comitato Regionale per le Comunicazioni (di seguito, per brevità, CoReCom) per la definizione della controversia in essere con la società Ambrogio S.r.l. (di seguito, per brevità, Ambrogio) e Telecom Italia S.p.A. (di seguito, per brevità, Telecom Italia) ai sensi dell’art. 14 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con Delibera Agcom n. 173/07/CONS, Allegato A (di seguito il “Regolamento”);

RILEVATO che, nel caso di specie, trova applicazione, *ratione temporis*, il Regolamento sugli indennizzi vigente al momento della presentazione dell’istanza e, dunque, nella versione precedente alle modifiche introdotte con la Delibera Agcom n. 347/18/CONS;

ESAMINATI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante.

L’istante lamenta il ritardo della migrazione dell’utenza n. 0577 923xxx, di cui è titolare, dall’operatore Ambrogio all’operatore Telecom Italia.

In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento e nella documentazione in atti, l’istante ha dichiarato quanto segue:

- in data 12 novembre 2016 si recava presso un “*Centro Tim*” dove sottoscriveva “*un contratto per il passaggio da rete fissa del nr. 0577/923xxx da Ambrogio a Tim*”; gli addetti del negozio non gli consegnavano una copia del contratto, adducendo come motivo che sarebbe stato “*contattato dal servizio clienti per gli adempimenti burocratici*”;

- successivamente, in data 21 novembre 2016, l’operatore Ambrogio confermava “*via mail (...) l’inizio del passaggio verso Telecom informando della procedura da eseguire una volta effettuato il passaggio di gestore*”;

- in data 29 novembre 2016, veniva contattato da un operatore del servizio clienti di Telecom Italia n. 187, da cui riceveva l’informazione “*che il passaggio tra Ambrogio e Tim era fallito e tramite registrazione telefonica [gli faceva] sottoscrivere nuovamente il passaggio da Ambrogio a Tim (allegato 2)*”;

- ripetutamente contattava il *call center* di “*entrambi i gestori per conoscere lo stato della pratica senza ottenere informazioni utili*”;

- in data 13 gennaio 2017 inoltrava all’operatore Ambrogio un reclamo a mezzo e-mail con il quale sollecitava la migrazione richiesta; l’operatore rispondeva in data 18 gennaio 2017, comunicando che il passaggio era “*in attesa di espletamento da parte di Telecom*”;

- il 19 gennaio 2017, inviava un reclamo a mezzo PEC ad entrambi gli operatori, con richiesta che venisse effettuato il rientro in Telecom Italia della propria utenza;

- riceveva una lettera di benvenuto da parte di Telecom Italia datata 1° maggio 2017, nella quale gli veniva richiesto di inviare i dati per la domiciliazione bancaria; in data 11 maggio 2017 inviava tali dati a mezzo fax. Con lettera del 5 giugno 2017 l’operatore chiedeva il rinvio della documentazione in quanto era risultata illeggibile.

In data 25 ottobre 2017 la parte istante esperiva nei confronti degli operatori Ambrogio e Telecom Italia, tentativo obbligatorio di conciliazione presso il CoReCom Toscana, tentativo che si concludeva con verbale attestante il fallimento dello stesso.

Nell'ambito del presente procedimento, l'istante chiedeva al CoReCom Toscana l'adozione di un provvedimento temporaneo ai sensi dell'art. 5, all. A della Delibera Agcom n. 173/07/CONS nei confronti degli operatori coinvolti, al fine di ottenere il passaggio a Telecom Italia dell'utenza *de qua*.

In data 29 dicembre 2017 il Corecom della Regione Toscana emetteva un provvedimento. In data 31 gennaio 2018 avveniva l'espletamento della migrazione.

In base a tali premesse l'istante ha chiesto:

- i) *“il passaggio immediato da rete fissa ed adsl da Ambrogio a Telecom”*;
- ii) *l'“indennizzo per mancata o insufficiente risposta ai reclami di entrambi i gestori”*;
- iii) *l'“indennizzo per ritardo nella procedura di migrazione ed omessa portabilità del numero ad entrambi i gestori dal 12/11/2016”* alla data di presentazione dell'istanza di definizione;
- iv) *il “rimborso delle spese di procedura ad entrambi i gestori”*.

2. La posizione degli operatori.

La società Ambrogio, in data 15 gennaio 2018, ha fatto pervenire, ai sensi e nei termini di cui all'art. 16, comma 2 del Regolamento, una memoria difensiva, con documentazione in allegato, nella quale ha precisato di seguito riportato.

In data “21/12/2017 con deposito istanza GU5, [l'istante] richiedeva l'adozione di un provvedimento ex artt. 5 e 21, all. A, Delibera 173/07/CONS per l'utenza in oggetto. Con memoria di parte del 28/12/2017 (all. 1) Ambrogio ha evidenziato come la responsabilità per la mancata migrazione fosse imputabile a Telecom Italia. A seguito del provvedimento emesso in data 29/12/2017, Ambrogio ha nuovamente, mediante risposta al provvedimento (all. 2), dimostrato come la mancata migrazione fosse dipesa non già dal donating, ma dal recipient, allegando altresì gli screen-shot delle schermate a dimostrazione della totale estraneità della società scrivente. In questa sede ci si riporta integralmente alla risposta al provvedimento del 29/12/17. In effetti in tale documento abbiamo allegato lo screen delle schermate da cui si evince che la mancata migrazione è dovuta a Telecom in quanto per ben tre volte la migrazione si è fermata alla fase 3. La prima richiesta è avvenuta in data 15/11/16 e Ambrogio ha dato l'OK formale in data 17/11/16. Il 23/11/16 Telecom avviava la fase 3. Nel mentre Ambrogio ha dato il KO formale in fase 1 in data 30/11/16 e 16/12/16 in quanto era già in corso la migrazione in uscita suindicata che però è andata in ko il 05/01/17. Il 18/01/2017 arrivava una nuova richiesta di migrazione a cui è stato risposto con ok formale il 30/01/17. Il 02/02/17 Telecom avviava fase 3, con dac prevista per il 07/03/17. Purtroppo anche questa è andata ko da parte di Telecom in data 05/04. Infine in data 13/04/2017 arrivava l'ultima richiesta migrazione. Il 14/04/17 è stato inviato l'ok formale a Telecom, che il 22/04/17 avviava la fase 3 anche questa terminata con ko”.

Sul punto l'operatore Ambrogio ha ritenuto *“opportuno rimarcare che tali richieste si sono bloccate alla Fase 3, ossia una volta che Ambrogio, come si evince dalla documentazione allegata, ha sempre dato l'assenso alla prosecuzione della procedura di migrazione, avendo riconosciuto valida e corretta la richiesta. È bene ricordare in tale sede che la procedura di migrazione si compone di 3 fasi. La prima concerne il reperimento dei codici di migrazione e della documentazione necessaria. La seconda è di competenza dell'operatore recipient (o subentrante) che richiede con il codice fornito dall'operatore*

donating le linee oggetto di migrazione. Una volta che l'operatore donating controlla e dà l'assenso alla prosecuzione della procedura, spetta all'operatore recipient far partire la terza fase con l'ordinativo vero e proprio a Telecom Italia per stabilire la DAC, ossia la data per il passaggio della linea. Si sottolinea che l'operatore recipient ha dieci giorni per proseguire con la terza fase una volta che l'operatore donating ha dato il consenso. Ebbene per ben tre volte Ambrogio Srl ha dato il consenso e per altrettante tre volte Telecom non ha proseguito la procedura. Infine pare utile evidenziare che da Aprile 2017 nessuna richiesta è pervenuta ai nostri sistemi”.

Infine, l'operatore Ambrogio, ha concluso chiedendo *“il rigetto della domanda di rimborso, di storno e di indennizzo avanzata da controparte, perché destituita da ogni fondamento giuridico”.*

La società Telecom Italia, in data 22 gennaio 2018, ha fatto pervenire, ai sensi e nei termini di cui all'art. 16, comma 2 del Regolamento, una memoria difensiva, con documentazione in allegato, nella quale ha contestato *“integralmente nel merito quanto dedotto da controparte in quanto infondato in fatto ed in diritto, sottolineando peraltro come la mancata allegazione di qualsivoglia documentazione valida a sostegno di quanto affermato rende l'istanza oggettivamente priva di supporto probatorio e conseguentemente chiaramente infondata. Pertanto, appare opportuno in questa sede rammentare quanto il Corecom ha ribadito diverse volte (cfr. DELIBERA DL/204/15/CRL/UD del 18/12/2015, DELIBERA DL/172/CRL/UD E DELIBERA DL/197/15/CRL/UD) “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 segg.) secondo il quale il creditore che agisce per l'inadempimento, 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 di adempimento 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 altrui non imputabile ex art. 1218 c.c”.*

Con riferimento alla presente controversia, l'operatore ha rilevato di aver *“effettuato tutti i passaggi necessari affinché l'utenza del Sig. Fiore migrasse nella propria disponibilità: infatti la richiesta di dare il consenso al Verbal Order, come pacificamente affermato anche dall'istante, serviva proprio per cercare di attraversare l'ostacolo dell'operatore donating che non rilasciava l'utenza”.* L'operatore ha citato le *“risultanze comunicate dal settore Wholesale di Telecom Italia”*, poste a supporto della propria posizione.

3. La replica dell'istante.

L'istante, in data 30 gennaio 2018, ha fatto pervenire una propria memoria con la quale, in relazione alle memorie delle parti convenute, ha evidenziato, *“in primis, in punto di diritto che la memoria presentata da Tim è tardiva e, quindi, irricevibile in quanto trasmessa oltre i termini fissati. Infatti il termine ultimo coincideva con il sabato 20/1/2018 giorno non considerato festivo ma feriale. “A tutti gli effetti il sabato è considerato giorno lavorativo, anche per quanto attiene, dunque, alle attività di ufficiali giudiziari e di addetti agli uffici ricorsi, come dispone espressamente l'art. 155 c.p.c. (tanto emerge implicitamente dal decreto del presidente del Consiglio di Stato n. 83 del 2010 che ha disciplinato, con decorrenza 1° ottobre 2010, gli orari di apertura al pubblico dell'ufficio ricevimento ricorsi e delle segreterie delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato). Il c.p.a. esplicita l'applicabilità della disciplina sul sabato anche al processo amministrativo (art. 52, co. 5, c.p.a., in tal senso si era già espressa la preferibile giurisprudenza, cfr. Cons. St., sez. IV, 18 febbraio 2008, n. 446). Eccepisce la tardività delle memorie difensive depositate da Telecom Italia”.*

Per quanto attiene al merito, parte istante ha contestato *“integralmente quanto affermato dalla controparte Tim”* quanto si dice che *“l'istanza (...) oggettivamente priva di supporto probatorio e conseguentemente*

chiaramente infondata”. A supporto di quanto affermato l’istante ha citato *“integralmente l’art 18 delle “Linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche” (Approvate con delibera n. 276/13/CONS dell’11 aprile 2013) che recita: “111.4.2. Onere della prova A prescindere dai poteri d’ufficio riconosciuti al responsabile del procedimento, nella procedura di definizione valgono le regole ordinarie sulla ripartizione dell’onere della prova fra le parti previste dal Codice civile ed applicabili al rito ordinario. Ne consegue che — trattandosi della maggior parte dei casi di fattispecie inerenti a rapporti contrattuali — la norma di riferimento sarà sempre quella di cui all’art. 1218 Cod. civ., secondo cui il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l’inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile. In base alla consolidata interpretazione giurisprudenziale di tale articolo, quindi, il creditore della prestazione, tipicamente l’utente, dovrà limitarsi a dedurre l’esistenza del contratto fra le parti ed il suo contenuto, mentre il debitore della prestazione, cioè l’operatore, dovrà fornire la prova del proprio adempimento, perché, in mancanza, l’inadempimento o l’inesatto adempimento denunciati saranno confermati. Varrà anche la regola sulla responsabilità per fatto degli ausiliari, art. 1228 Cod. civ., secondo cui, salva la diversa volontà delle parti, il debitore che nell’adempimento dell’obbligazione si vale dell’opera di terzi, risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro. Questo impedirà all’operatore con cui l’utente ha il rapporto contrattuale di sottrarsi alle proprie responsabilità, per esempio addebitando il ritardo nella riparazione di un guasto al comportamento dei tecnici incaricati. A ciò si aggiunga, infine, che l’utente non sarà neanche tenuto a fornire la prova dei danni derivanti dall’inadempimento, dato che — come si vedrà sub art. 19 — gli indennizzi da inadempimento contrattuale, oggetto della pronuncia, sono già predeterminati”*.

Parte istante ha, infine, concluso evidenziando di aver *“fornito in modo pieno ed incontestabile tutta la documentazione necessaria per dimostrare l’oggetto della controversia e la violazione”*.

4. Motivazione della decisione.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell’istruttoria, le richieste formulate dall’istante possono essere parzialmente accolte, come di seguito precisato.

In primis si rileva che non può essere accolta l’eccezione di tardività del deposito della memoria difensiva di Telecom Italia, posto che il termine perentorio a tal fine concesso dal Corecom Toscana con la nota di avvio del procedimento scadeva il giorno sabato 20 gennaio 2018. Al riguardo si evidenzia infatti che, sia nel processo amministrativo, sia nel processo civile, se il giorno di scadenza per un adempimento è festivo – o cade nella giornata del sabato – il termine è prorogato di diritto al primo giorno seguente non festivo. Sul punto si richiamano l’art. 52, comma 3, del Decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 *“Attuazione dell’articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo”* secondo cui *“[s]e il giorno di scadenza è festivo il termine fissato dalla legge o dal giudice per l’adempimento è prorogato di diritto al primo giorno seguente non festivo”* e l’art. 52, comma 5, a norma del quale *“[l]a proroga di cui al comma 3 si applica anche ai termini che scadono nella giornata del sabato”*. Si richiamano, inoltre, art. 155, comma 4, c.p.c.: *“Se il giorno di scadenza è festivo, la scadenza è prorogata di diritto al primo giorno seguente non festivo”*, nonché l’art. 155, comma 5, c.p.c.: *“La proroga prevista dal quarto comma si applica altresì ai termini per il compimento degli atti processuali svolti fuori dell’udienza che scadono nella giornata del sabato”*.

Sempre in via preliminare si rileva che la domanda *sub i)* volta ad ottenere *“il passaggio immediato da rete fissa ed adsl da Ambrogio a Telecom”* non è ammissibile in quanto esula, ai sensi dell’art. 19, comma 4, del Regolamento dalla cognizione del Corecom, poiché l’oggetto della pronuncia è limitato agli eventuali rimborsi o indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle

disposizioni normative o da delibere. Al riguardo occorre precisare che, per quanto concerne la migrazione oggetto di contestazione, dalle schermate acquisite a seguito di espressa richiesta istruttoria a Telecom Italia (*Wholesale*), risulta che sia stata espletata il 31 gennaio 2018. Dunque, sul punto risulta cessata la materia del contendere.

Nel merito:

La domanda *sub iii*) volta ad ottenere l'“*indennizzo per ritardo nella procedura di migrazione ed omessa portabilità del numero ad entrambi i gestori*” può essere accolta nei termini di seguito esposti.

Innanzitutto occorre fare riferimento al consolidato orientamento giurisprudenziale (Cass. Civ. 9 febbraio 2004 n. 2387, e da ultimo Cass. Civ. sez. II 20 gennaio 2010 n. 936) in tema di prova dell'inadempimento di un'obbligazione secondo cui “*il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'inadempimento deve solo provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto, mentre il debitore convenuto è gravato dall'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (anche per difformità rispetto al dovuto o anche per tardività dell'adempimento) gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento*”. In mancanza di prova dell'esatto adempimento da parte del fornitore, si presume la responsabilità contrattuale di questi, a meno che lo stesso non provi, ex art. 1218 c.c., che “*l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile*”.

Inoltre, ai fini di una migliore comprensione delle fattispecie oggetto di contestazione, sembra utile premettere una sintetica descrizione del complesso quadro normativo in materia di migrazione della telefonia fissa, evidenziandone gli aspetti di maggior rilievo ai fini che qui interessano. La legge 2 aprile 2007, n. 40 recante “*conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, recante misure urgenti per la tutela dei consumatori, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese*”, ha riconosciuto all'utente finale la facoltà di trasferire il contratto di fornitura del servizio in capo ad un altro operatore. A tal riguardo, si segnala il disposto dell'articolo 1, comma 3, della predetta legge, secondo cui: i “*contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia e di reti televisive e di comunicazione elettronica, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata, devono prevedere la facoltà del contraente di recedere dal contratto o di trasferire le utenze presso altro operatore senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e senza spese non giustificate da costi dell'operatore e non possono imporre un obbligo di preavviso superiore a trenta giorni*”. A valle di tale normativa, l'Agcom ha adottato la Delibera n. 274/07/CONS recante “*Modifiche ed integrazioni alla delibera 4/06/CONS: modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso*”, la Delibera n. 41/09/CIR recante “*Integrazioni e modifiche relative alle procedure di cui alla delibera 274/07/CONS ed alla portabilità del numero su rete fissa*” e la Delibera 52/09/CIR recante “*Integrazioni e modifiche relative alle procedure di cui alla Delibera Agcom n. 274/07/CONS ai fini della implementazione del codice segreto*”.

Alla luce di tale quadro normativo è possibile schematizzare la complessa procedura di migrazione in tre fasi. Nella fase 1, in particolare, l'utente aderisce ad un'offerta commerciale di un operatore commerciale diverso (c.d. operatore *recipient*) da quello presso il quale è l'utenza da migrare (c.d. operatore *donating*). Nella fase 2, l'operatore *recipient* trasmette la richiesta di passaggio all'operatore *donating* e quest'ultimo procede alle verifiche formali e tecniche previste dalla normativa di settore, fornendo l'esito delle stesse (“OK” o “KO”) entro 5 giorni lavorativi, trascorsi inutilmente i quali si applica il silenzio assenso. Nella fase 3, l'operatore *recipient*, ricevuto il riscontro positivo o comunque in applicazione del silenzio assenso, processa la migrazione entro la DAC (data di attesa consegna) precedentemente concordata con il cliente. In tal modo viene avviato il *provisioning* tecnico da parte dell'operatore di rete.

Ciò premesso, deve rilevarsi come, dal corredo istruttorio, risulti incontestato che l'istante abbia aderito a un'offerta commerciale di Telecom Italia per la fornitura dei servizi voce e ADSL. Ciò che, invece, risulta oggetto di contestazione tra le parti è la mancata/ritardata attivazione dei servizi nello scenario Ambrogio *donating* e Telecom Italia *recipient*.

Pertanto, a fronte della normativa di cui sopra, spettava ai due operatori coinvolti provare di essersi attivati in conformità alla normativa in esecuzione della prestazione richiesta.

Con riferimento al caso di specie occorre evidenziare che, con specifico riferimento alle procedure di passaggio fra operatori sopra richiamate, secondo il consolidato orientamento dell'Autorità, un ruolo preminente nella gestione della procedura spetta all'operatore *recipient*, mentre l'operatore *donating* assume una condotta passiva (cfr., *ex multis*, Determina Direttoriale Agcom 33/18/DTC, Delibera Agcom n. 158/20/CIR).

Al riguardo, da parte sua, l'operatore *donating* Ambrogio ha declinato ogni responsabilità, dando atto di aver processato le richieste ricevute. In relazione a tanto ha depositato le schermate tratte dai propri sistemi, evidenziando l'espletamento delle procedure di propria competenza.

Di contro, l'operatore Telecom Italia, in qualità di *recipient*, ha affermato di aver “*effettuato tutti i passaggi necessari affinché l'utenza del Sig. Fiore migrasse nella propria disponibilità: infatti la richiesta di dare il consenso al Verbal Order, come pacificamente affermato anche dall'istante, serviva proprio per cercare di attraversare l'ostacolo dell'operatore donating che non rilasciava l'utenza*”.

Dalle schermate acquisite agli atti del procedimento a seguito di espressa richiesta a Telecom Italia S.p.A. (*Wholesale*), si evincono i seguenti ordini di attivazione: la prima richiesta (“*Data Ricezione Ordine*”) è del 23 novembre 2016, con “*Data Attesa Consegna*” del 30 novembre 2016 (rimodulata al 15 dicembre 2016); la seconda “*Data Ricezione Ordine*” è del 1° febbraio 2017, con “*Data Attesa Consegna*” del 8 febbraio 2017 (rimodulata all'11 aprile 2017). La terza “*Data Ricezione Ordine*” è del 22 aprile 2017, con “*Data Attesa Consegna*” del 3 maggio 2017 (rimodulata al 19 maggio 2017). In relazione a tutti gli ordini, risulta come causale descrizione causale annullamento: “*Causa Telecom Italia*”.

Infine l'inserimento dell'ultimo ordinativo (“*Data Ricezione Ordine*”) è del 27 gennaio 2018. Tale ordine risulta espletato in data 31 gennaio 2018.

Pertanto, alla luce degli elementi sopra richiamati, si rileva che, a fronte delle doglianze del cliente, l'operatore *recipient*, nel caso di specie Telecom Italia, non è stato in grado di assolvere all'onere della prova contraria su di esso gravante ai sensi dell'art. 1218 c.c. Non vi è, inoltre, agli atti prova alcuna del fatto che il predetto operatore abbia informato l'utente circa le possibili difficoltà tecniche riscontrate durante l'attivazione dei servizi. Infine, non vi è prova che l'operatore si sia diligentemente attivato per rimuovere le eventuali problematiche tecniche sorte, ostante all'attivazione dei servizi. Sul punto giova rammentare che, secondo il consolidato orientamento dell'Autorità, l'operatore che non garantisce l'erogazione del servizio secondo quanto promesso, e che non prova di aver posto in essere comportamenti volti a evitare, rimuovere o superare l'ostacolo tecnico, è responsabile nei confronti dell'utente in quanto, ai sensi del combinato normativo degli articoli 1218 e 1256 del Codice civile, si presume, fino a prova contraria, che l'impossibilità sopravvenuta temporanea o definitiva della prestazione stessa sia imputabile al debitore. In proposito, la giurisprudenza di legittimità è costante nel ritenere che l'impossibilità sopravvenuta che libera dall'obbligazione (se definitiva) o che esonera da responsabilità per ritardo (se temporanea), deve essere obiettiva, assoluta e riferibile al contratto e alla prestazione ivi contemplata, e deve consistere non in una mera difficoltà, ma in un impedimento, del pari obiettivo e assoluto, tale da non poter essere rimosso (cfr. Cassazione civile, sez. II, 30 aprile 2012 n. 6594435 – Cassazione civile, sez. III, 05 agosto 2002 n. 117174).

Si ritiene, pertanto, ai sensi dell'art. 1218 del codice civile, che il ritardo dell'attivazione dei servizi e dei connessi oneri informativi sia imputabile all'operatore Telecom Italia; ne consegue che deve essere riconosciuto all'istante un indennizzo proporzionato al disagio subito, considerato che, nelle more del passaggio da fra operatori, il servizio è stato erogato dall'operatore *donating*, Ambrogio.

Per il calcolo dell'indennizzo di cui sopra si richiama quanto previsto dall'art. 3, comma 2 e comma 3, dell'Allegato A alla Delibera Agcom n. 73/11/CONS secondo cui: *"1. Nel caso di ritardo nell'attivazione del servizio rispetto al termine massimo previsto dal contratto, ovvero di ritardo nel trasloco dell'utenza, gli operatori sono tenuti a corrispondere un indennizzo per ciascun servizio non accessorio pari ad euro 7,50 per ogni giorno di ritardo.*

2. Ai fini di cui al comma 1 è applicato l'indennizzo anche nei casi di ritardo per i quali l'operatore non abbia rispettato i propri oneri informativi circa i tempi della realizzazione dell'intervento o gli eventuali impedimenti, ovvero nel caso di affermazioni non veritiere circa l'esistenza di impedimenti tecnici o amministrativi.

3. Se il ritardo riguarda procedure per il cambio di operatore gli importi di cui al comma 1 sono ridotti ad un quinto".

Ciò posto, per quanto concerne l'intervallo temporale rispetto al quale calcolare l'indennizzo, tenuto conto che il contratto è stato sottoscritto il 12 novembre 2016, si individua il *dies a quo* nella data del 23 novembre 2016 (decurtati i 10 giorni che l'operatore si riserva, ai sensi dell'articolo 4, delle proprie Condizioni generali di contratto) e il *dies ad quem* nella data del 31 gennaio 2018 (giorno di attivazione del contratto con Telecom Italia, comprensivo dei servizi voce e ADSL).

Ne deriva che la società Telecom Italia è tenuta a corrispondere all'utente l'indennizzo pari all'importo di euro 651,00 (seicento cinquantuno/00), computato secondo il parametro di euro 1,50 *pro die* x n. 434 giorni di ritardata attivazione dei servizi nelle more del passaggio fra operatori.

Parimenti può essere accolta la domanda *sub ii)* d'*"indennizzo per mancata o insufficiente risposta ai reclami di entrambi i gestori"*. Al riguardo, nello specifico, l'istante ha lamentato l'omesso riscontro al reclamo del 19 gennaio 2017 inoltrato per PEC agli operatori coinvolti, la cui copia è allegata all'istanza di conciliazione e di definizione.

Dalla documentazione agli atti non risultano risposte da parte di entrambi i gestori che, pertanto, non hanno mostrato di aver risposto al reclamo suddetto.

In primis, attesa la contestazione dell'istante di non aver ricevuto dagli operatori coinvolti riscontro o comunque solo una *"insufficiente risposta"* al reclamo, è opportuno richiamare il disposto dell'art. 8, comma 4, della Delibera Agcom n. 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera), secondo cui:

- la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto;
- la mancata risposta al reclamo giustifica il riconoscimento all'utente di un indennizzo *"da mancata risposta al reclamo"*.

In particolare, ciò premesso, è meritevole di accoglimento la domanda d'indennizzo per l'omessa risposta al reclamo nei confronti di Ambrogio, attesa l'assenza di risposta al reclamo sporto in data del 19 gennaio 2017. Dalla documentazione allegata emerge, infatti, solo una precedente e-mail dell'operatore Ambrogio in risposta ad una segnalazione del cliente del 13 gennaio 2017, contenente un mero invito a *"sollecitare l'operatore subentrante"* Telecom Italia, responsabile dell'attivazione dei servizi. Nulla deduce, in

DELIBERAZIONE
n. 6 del 28 gennaio 2021

memoria, l'operatore sul successivo reclamo del 19 gennaio 2017, rivolto ad entrambi i gestori per ottenere l'espletamento della migrazione, lasciando incontestata la posizione dell'istante.

Pertanto, l'istante ha diritto all'indennizzo "*per mancata o ritardata risposta ai reclami*", di cui all'art. 11, comma 1, dell'Allegato A alla Delibera Agcom n. 73/11/CONS che, prevede, nel caso in cui "*l'operatore non fornisca risposta al reclamo entro i termini stabiliti dalla carta dei servizi o dalle delibere dell'Autorità, è tenuto a corrispondere al cliente un indennizzo pari ad euro 1,00 per ogni giorno di ritardo*".

Ai fini del calcolo dell'indennizzo di cui sopra, a carico dell'operatore Ambrogio, si determina il *dies a quo* nella data del 19 febbraio 2017, detratto il tempo utile di 30 giorni previsto dall'art. 3.1 della "*Carta dei Servizi Ambrogio S.r.l.*" per la risposta del reclamo 19 gennaio 2017, ed il *dies ad quem* nel giorno 4 aprile 2017, data dell'udienza di conciliazione. Ne consegue che la società Ambrogio è tenuta a corrispondere all'istante, ai sensi del sopracitato art. 11 dell'Allegato A alla Delibera n. 73/11/CONS, un indennizzo pari all'importo di euro 44,00 (quarantaquattro/00), computato secondo il parametro di euro 1,00 *pro die* x n. 44 giorni di mancata risposta al reclamo.

Venendo alla richiesta d'indennizzo per la mancata risposta al reclamo da parte di Telecom Italia, si rileva che, agli atti, non risultano risposte in merito al citato reclamo del 19 gennaio 2017 e detto gestore nulla ha dedotto sul punto, lasciando incontestata la posizione dell'istante.

Richiamata la sopracitata normativa, l'utente ha diritto all'indennizzo di cui all'art. 11, comma 1, dell'Allegato A alla Delibera Agcom n. 73/11/CONS.

Ai fini del calcolo dell'indennizzo da porsi a carico dell'operatore Telecom Italia, si determina il *dies a quo* nella data del 19 febbraio 2017, detratto il tempo utile di 30 giorni previsto contrattualmente da detto operatore per risposta del reclamo del 19 gennaio 2017, ed il *dies ad quem* nel giorno 4 aprile 2017, data dell'udienza di conciliazione. Ne consegue che la società Telecom Italia è tenuta a corrispondere all'istante, ai sensi del sopracitato art. 11 dell'Allegato A alla Delibera n. 73/11/CONS, un indennizzo pari all'importo di euro 44,00 (quarantaquattro/00), computato secondo il parametro di euro 1,00 *pro die* x n. 44 giorni di mancata risposta al reclamo.

Infine si ritiene proporzionale ed equo liquidare a favore dell'istante, ai sensi dell'art.19, comma 6, del Regolamento, la somma forfettaria di euro 150,00 a titolo di spese di procedura, fermo restando che del pagamento della predetta somma saranno onerati, in misura proporzionale all'indennizzo dovuto all'istante, rispettivamente Telecom Italia per la somma di euro 100,00 e Ambrogio per la somma di euro 50,00.

VISTI la relazione istruttoria redatta dalla Dott.ssa Elisabetta Castelli, responsabile del procedimento e lo schema di decisione predisposto dal Dirigente Dott.ssa Cinzia Guerrini, ex art. 19, comma 1, del Regolamento;

UDITA l'illustrazione del Dirigente, Dott.ssa Cinzia Guerrini svolta su proposta del Presidente nella seduta del 28 gennaio 2021;

DELIBERA

I) in parziale accoglimento dell'istanza *de qua* che l'operatore Ambrogio S.r.l.:

1) al pagamento a mezzo assegno o bonifico bancario della somma di:

- a) euro 44,00 (quarantaquattro/00) a titolo d'indennizzo per la mancata risposta al reclamo;

- b) euro 50,00 (cinquanta/00) a titolo di spese di procedura ai sensi dell'art. 19, comma 6, del Regolamento e della Delibera Agcom n. 276/13/CONS;

II) in parziale accoglimento dell'istanza *de qua* che l'operatore Telecom Italia S.p.A.:

- 1) al pagamento a mezzo assegno o bonifico bancario della somma di:
- a) euro 651,50 (seicento cinquantuno/00), a titolo d'indennizzo per il ritardo dell'attivazione dei servizi sull'utenza n. 0577 923xxx nelle more del passaggio fra operatori;
 - b) euro 44,00 (quarantaquattro/00) a titolo d'indennizzo per la mancata risposta al reclamo;
 - c) euro 100,00 (cento/00) a titolo di spese di procedura ai sensi dell'art. 19, comma 6, del Regolamento e della Delibera Agcom n. 276/13/CONS.

Le somme così determinate a titolo di indennizzo di cui ai precedenti Capo I, punto 1, lettera a) e Capo II, punto 1, lettera a) e lettera b) dovranno essere maggiorate della misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia.

È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, come previsto dall'art. 19, comma 5, della Delibera Agcom n. 173/07/CONS, Allegato A.

Ai sensi dell'art. 19, comma 3, della Delibera Agcom n. 173/07/CONS Allegato A, il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, comma 11, D.lgs. n. 259/2003.

L'operatore è tenuto, altresì, a comunicare a questo Ufficio l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sul sito internet istituzionale del CoReCom, nonché trasmessa all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni per gli adempimenti conseguenti.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell'art. 119 del medesimo Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

Il Segretario
Cinzia Guerrini

Il Presidente
Enzo Brogi



DELIBERAZIONE
n. 6 del 28 gennaio 2021

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