

CO.RE.COM. CAL/Rep

DETERMINA DIRETTORIALE N.138 DEL 01/09/2015

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

Jxxx Sxxx HOTEL c/WIND TELECOMUNICAZIONI xxx - utenze nn. xxxxx – xxxxx

IL DIRETTORE

VISTI:

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";

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, lett. a), n. 14;

l'art. 84 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, "Codice delle comunicazioni elettroniche";

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 173/07/Cons, "Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" ed, in particolare, l'art. 19, comma 6, che così recita: *"la definizione delle controversie di modesta entità, che hanno ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente 500,00 (cinquecento/00) euro alla data in cui l'Autorità riceve la domanda, senza computare eventuali interessi, diritti fissi e spese, è delegata al Direttore, salvo nei casi di straordinaria rilevanza regolamentare, giuridica o tecnica, che possono essere rimessi alla decisione dell'Organo Collegiale"*;

il Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori, adottato con delibera n. 73/11/CONS. del 16 febbraio 2011;

la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, "Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni- Co.Re.Com" e successive modifiche. ed integrazioni;

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;

la Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed il Co.Re.Com. Calabria, in data 16 dicembre 2009 ed, in particolare, l'art. 4, comma 1, lett. e);

DATO ATTO della deliberazione Co.Re.Com. Calabria n. 234 del 17 luglio 2014, con cui il Comitato ha conferito al Dirigente, Avv. Rosario Carnevale, la delega all'adozione dei provvedimenti di definizione delle controversie di modesta entità, aventi ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente i 500,00 (cinquecento/00) euro, ai sensi dell'art. 19, comma 7, del Regolamento (Allegato A) della delibera n. 173/07/Cons, sopra citata;

RICHIAMATO il punto III.5.5. dell'Allegato alla delibera AgCom 276/13/CONS "Linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche", secondo cui: *"al fine di determinare il valore della controversia per l'applicazione della procedura semplificata di cui all'art. 19, comma 7, si avrà riguardo al valore del decisum, e non di quanto dichiarato all'atto dell'istanza. Pertanto, seppure l'utente chieda una somma superiore come indennizzo per il disservizio subito, se l'importo effettivamente liquidato è inferiore ad euro cinquecento, si provvederà con determina direttoriale"*;

VISTA l'istanza del 20 novembre 2014, acquisita al prot. Co.Re.Com. n.49208, con cui il succitato, n. q., ha chiesto l'intervento per la definizione della controversia in essere con Telecom Italia, ai sensi degli 14 e ss del Regolamento;

VISTA la nota del 27 novembre 2014, prot. n. 50200 (trasmessa il 28 novembre 2014) con cui il Responsabile del procedimento istruttorio ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del summenzionato Regolamento, l'avvio del procedimento per la definizione della predetta controversia, fissando termini per lo scambio di memorie, repliche e documentazione;

VISTA la nota pervenuta in data 19 dicembre 2014, con cui la Società resistente ha prodotto la memoria difensiva nel termine di cui all'art. 16, comma 2 del Regolamento;

VISTE le controdeduzioni prodotte dal legale del ricorrente in data 29 dicembre 2014, acquisite al prot. n. 54185;

RILEVATO che il ricorrente, nella qualità, ha lamentato la sospensione del servizio fonia e adsl, la perdita delle numerazioni, nonché l'impossibilità di migrare l'utenza verso altro operatore, chiedendo a Wind i relativi indennizzi.

In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento, ha dichiarato che :

- a) *"è stato sottoscritto nel maggio 2013 contratto "All inclusive Affari L" con l'operatore Wind- Infostrada per le utenze n. 0968/751XXX e 0968/751XXX"*;
- b) *"la promozione prevedeva navigazione adsl fino a 7 mega senza limiti, telefoni senza limiti in tutta Italia e verso tutti i contatti Wind senza scatto alla risposta; trenta minuti al mese verso i telefonini degli altri operatori (...) la promozione prevedeva il costo di € 39,95 mensili per cinque anni"*;
- c) *"a seguito dell'invio della fattura n. 7815888XXX del 12 settembre 2013 (...) si accertava traffico telefonico mai effettuato ad utenze assolutamente sconosciute (...), per cui veniva contestata con racc., a/r del 27 settembre 2013 (...) e si chiedeva l'invio del dettaglio delle chiamate in chiaro, nonché la sospensione della fattura contestata, in attesa di chiarimento ..."*;
- d) *La fattura "n. 7819556XXX", emessa il 13 novembre 2013, relativa al periodo 1 settembre 2013 - 31 ottobre 2013, è stata contestata con racc. a/r del 9 gennaio 2014"*;
- e) *"la richiesta di numerazione in chiaro delle chiamate veniva ignorata, nonostante le ripetute richieste..."*;
- f) *"Wind, come risposta al mancato pagamento delle fatture, anziché adempiere alla richiesta, a marzo 2014, sospende la fonia in uscita e l'adsl..."*;
- g) *"seguono numerose telefonate di reclamo al servizio clienti (17/10/13- 10/01/14 - 28/05/14)..."*;
- h) *"a seguito sollecito di pagamento, l'operatrice, e minacciava la perdita della numerazione originaria, in caso di mancato pagamento delle fatture ..."*;
- i) *"... l'istante chiariva che si era in attesa delle numerazioni in chiaro, onde provvedere ad eventuale denuncia alla Polizia Postale..."*;
- j) *"a fine marzo 2014, veniva contattato l'operatore Fastweb, il quale si attivava per la migrazione ... ma i codici di migrazione venivano negati ..."*;
- k) *"in data 30 maggio 2014 veniva diffidata la Wind a non cancellare i numeri originari, nonché a concedere la migrazione ad altro operatore con telegramma..."*;

- l) *" a seguito di colloquio con operatore ...veniva chiarito che per ottenere la migrazione necessitava ...il pagamento delle fatture contestate di cui al preavviso di risoluzione contratto del 13 giugno 2014, pervenuto in data 25 giugno 2014...";*
- m) *" in data 14 luglio 2014, al solo fine di consentire l'immediata riattivazione dell'utenza, nel frattempo sospesa, sia in entrata che in uscita, veniva effettuato il pagamento delle somme richieste (...) per un totale di € 499,19...";*
- n) *" a seguito del pagamento delle fatture si rimaneva in attesa della riattivazione , ovvero della concessione della migrazione (...) trascorsi alcuni giorni (...) si veniva informati che nel frattempo erano maturati altri diritti di credito in capo alla Wind (...) poiché aveva continuato a fatturare i canoni successivi. Tra l'altro, tali fatture non sono mai pervenute, inibendo la possibilità di contestazione delle stesse...";*
- o) *" il servizio veniva, a fine luglio 2014 definitivamente staccato. Inoltre, si apprendeva che i contratti di fonia erano cessati con conseguente perdita dei numeri originari...";*
- p) *" in data 15 luglio 2014 veniva stipulato contratto con BT Italia S.p.A., la quale non riusciva a far migrare l'utente da Wind, per mancata concessione della migrazione e per distacco del servizio. La BT provvedeva all'attivazione di numeri provvisori ... ";*
- q) *" in data 19 settembre 2014 veniva inoltrata richiesta di conciliazione al Co.Re.Com. Calabria (...). In tale sede veniva chiesta la riattivazione della numerazione telefonica originale, la concessione della migrazione con altro operatore, nonché il risarcimento dei danni, quale indennizzo previsto per la perdita dei numeri originari, sospensione del servizio, mancata concessione della migrazione (...) è stato deciso di rinviare l'udienza, per consentire una ricerca dei numeri cessati ... presso la Telecom, con possibile riassegnazione degli stessi...";*
- r) *" all'udienza del 12 novembre 2014 davanti al Co.Re.Com. (...) si chiedevano spiegazioni alla Wind del perché di tale situazione. In assenza di risposte esauritive, visto che si è cercato di sviare le responsabilità su presunti inadempimenti e/o inesatti adempimenti di Fastweb e BT prima, nonché di Telecom poi, il verbale si chiudeva con esito negativo...".*

Il tentativo di conciliazione, promosso dall'utente in relazione alla controversia de qua, si è concluso con il mancato accordo delle parti, come da verbale di mancata conciliazione del 12 novembre 2014, in atti. L'istante chiede un provvedimento di definizione della controversia che condanni l'operatore al riconoscimento degli indennizzi in ragione dei sopra indicati disservizi, oltre che al rimborso delle spese di procedura.

La società resistente, tempestivamente costituita, respinge ogni addebito, chiede il rigetto di tutte le domande proposte perché del tutto infondate in fatto ed in diritto, eccependo, preliminarmente, l'inammissibilità delle richieste formulate con l'istanza di definizione della controversia, nella parte in cui queste non siano coincidenti con le richieste avanzate in fase di tentativo obbligatorio di conciliazione.

Nel merito, la resistente rappresenta:

- a) *" in data 3 ottobre 2013, perveniva la documentazione scritta con la quale l'utente richiedeva l'invio del dettaglio chiamate in chiaro relativo al conto telefonico 7815888XXX del 12 settembre 2013. In data 17 ottobre 2013 (...) il servizio clienti provvedeva ad inoltrare quanto richiesto";*
- b) *Successivamente " in data 27 novembre 2013, a seguito di contatto con il servizio clienti del 6 novembre, si provvedeva ad inoltrare nuova documentazione di quanto richiesto";*
- c) *" in data 14 gennaio 2014, perveniva segnalazione Pec con cui il cliente lamentava la mancata ricezione del dettaglio sia per il conto telefonico 7815888XXX (periodo di riferimento 01/07/2013 – 31/08/2013), sia per la fattura 7819556XXX (01/09/2013 – 31/10/2013). Il reclamo viene gestito in data 06/02/2014 con l'invio del dettaglio per il solo periodo dal 10/08/2013 al 31/08/2013, atteso che il applicazione della normativa a tutela della privacy, trascorsi più di sei mesi, il precedente traffico non era più disponibile a sistema";*
- d) *"in data 25 marzo 2014, in considerazione della reiterata morosità del cliente, le utenze 0968751XXX e 0965 751XXX venivano sospese per morosità";*
- e) *"in data 5 giugno 2014, perveniva prenotifica di migrazione per il servizio voce e adsl relativo all'utenza 0968751XXX (...) OLO Recipient Fastweb; alla data Time Out Fase 2 dell'11 giugno 2014 Wind rilasciava correttamente il codice sessione come previsto da processo, ma ciò nonostante non si avviava la Fase 3 del flusso, in carico, come noto, all'OLO Recipient";*
- f) *"In data 13 giugno 2014, veniva inviata al cliente una lettera di preavviso di risoluzione del contratto";*

- g) *In data 15 luglio 2014, perveniva nuova prenotazione di migrazione per il servizio voce e adsl relativo all'utenza 0968751XXX (...) OLO Recipient Fastweb; alla data Time Aut Fase 2 del 21 luglio 2014, Wind rilasciava correttamente il codice sessione come previsto da processo, ma ciò nonostante, ed ancora una volta, non si avviava la Fase 3 del flusso di esclusiva competenza dell'OLO Recipient";*
- h) *"in data 20 agosto 2014, i contatti di cui ai codici 1067309288XXX e 10668608332XXX venivano disattivati per morosità";*
- i) *"in data 17 settembre 2014, il cliente depositava istanza ex art. 5 per lamentare il mancato passaggio delle utenze ad altro operatore a seguito della quale ...si riscontrava che non era possibile procedere alla riattivazione, in quanto le utenze erano state disattivate per reiterata morosità";*
- j) *"in data 12 novembre 2014, si esperiva il tentativo di conciliazione, avete ad oggetto - mancata migrazione con N.P. OLO TO OLO - , nel corso del quale le parti non addivenivano ad alcun accordo";*
- k) *"in data 20 novembre 2014, l'utente deposita istanza di definizione nella quale lamentava l'avvenuta cessazione di ogni servizio da marzo 2014, la disattivazione definitiva della sim con conseguente perdita delle numerazioni, l'impossibilità di migrare le utenze verso altro operatore e chiedendo a Wind i relativi indennizzi".*

Relativamente alla mancata portabilità delle utenze interessate, la società convenuta declina ogni forma di responsabilità, sostenendo: *"l'assenza, in riferimento all'utenza 09687518XX, di richieste di migrazione in ambito di Wind Donating, mentre, con riferimento all'utenza di cui alla numerazione 09687513XX, non si rilevano richieste di migrazione successive a quelle pervenute rispettivamente il 05/06/2014 e il 15/07/2014";* precisa che le richieste di migrazione: *"non sono state portate ad espletamento dall'OLO Recipient, in quanto non è stata avviata la Fase 3 del processo"* e, ai fini probatori, produce la schermata del mancato espletamento della Fase 3, da parte dell'OLO Recipient, per dimostrare di aver adempiuto agli obblighi posti a carico del Donating.

Deduca altresì che è priva di ogni fondamento la doglianza relativa alla negazione del rilascio dei codici di migrazione, poiché *"gli stessi sono presenti su tutte le fatture emesse"*, inoltre, diversamente da quanto sostenuto dal ricorrente, ribadisce che *"la morosità non ha in nessun modo ostacolato la migrazione dell'istante verso altro OLO"*.

In merito al traffico che il cliente disconosce, la società deduce che: *"nessuna anomalia è stata riscontrata nella fatturazione rispetto ai listini scelti dal cliente e ai contratti sottoscritti (...) che, dai reclami che il cliente allega all'istanza, il traffico contestato era solo quello relativo alla sola utenza 09687513XX. Il listino attivo su tale utenza era All Inclusive Affari L + Noi Tutti Wind, comprendente chiamate locali e nazionali illimitate + 30 minuti al mese di telefonate da rete fissa verso tutti i cellulari + chiamate gratuite illimitate verso i cellulari Wind (...)* argomenta che: *"il cliente non contestava l'errata fatturazione del traffico o l'errata applicazione del suddetto listino, bensì la presenza nel dettaglio traffico in uscita di numerazioni non riconosciute, motivo per cui chiedeva il dettaglio in chiaro per poter effettuare ulteriori verifiche (si trattava pertanto verosimilmente anche di traffico avente costo "zero" poiché ricompreso nella tariffa flat) ... e in considerazione dei listini flat attivi su entrambe le utenze, in termini economici tale traffico che il cliente disconosce ha impattato la fatturazione per importi minimi (ossia a € 9,57 sulla fattura 78158888XX, € 10,04 sulla fattura 78195561XX, € 3,47 sulla fattura 79007925XX e zero su tutte le successive"*, tuttavia, *"il cliente lasciava inspiegabilmente tutte le fatture insolte"*.

Infine, relativamente alla cessazione per morosità, la società convenuta deposita la schermata relativa alle attività di sollecito effettuate e all'invio della lettera di preavviso risoluzione contratto, tracciata a sistema in data 13 giugno 2014, da cui risulta che la cessazione è occorsa in data 20 agosto 2014, data in cui il cliente, nonostante il pagamento delle fatture effettuato in data 14 luglio 2014, aveva maturato ulteriori insolte, in quanto non aveva provveduto al saldo delle ulteriori fatture emesse (n. 79093312XX, scaduta in data 01/07/14 e n. 79117854XX, scaduta in data 11/08/14).

Sulla base di tale asserto, l'operatore respinge ogni responsabilità, chiedendo il rigetto di tutte le domande proposte dall'istante, poiché del tutto infondate in fatto ed in diritto.

Ciò precisato, si evidenzia che in data 6 maggio 2015, si è tenuta l'udienza di discussione, nel corso della quale l'utente confermava quanto già contestato nell'istanza di definizione riguardo il presunto ostruzionismo di Wind, quando è stato chiesto il passaggio ad altro operatore, mentre il rappresentante dell'operatore ribadiva di aver adempiuto a tutti gli obblighi previsti in capo al Donating. Quest'ultimo, tuttavia, al fine di risolvere definitivamente la controversia, in ottica conciliativa e senza riconoscimento di responsabilità, formulava una proposta in cui si impegnava a stornare le somme insolte e a corrispondere una somma omnicomprensiva di € 1.500,00 (millecinquecento/00); tale offerta è stata rifiutata dal rappresentante dell'utente.

Successivamente, con nota del 18 maggio 2015, prot. n. 28529, questo Co.Re.Com., al fine di approfondire ancora più la questione sottoposta al suo vaglio, ha richiesto, ai sensi dell'art. 18, della Delibera 173/07/CONS, chiarimenti istruttori rispettivamente al gestore BT Italia, in quanto operatore Recipient, e al gestore Telecom Italia, in quanto operatore provisioning.

L'operatore BT Italia ha risposto tempestivamente alla suddetta richiesta; nella memoria trasmessa si legge: *"in data 15 luglio 2014 il cliente sottoscrive il contratto con l'operatore BT Italia S.P.A., in data 3 ottobre 2014, dopo svariati rifiuti da parte dell'operatore Wind; come da e - mail allegata apprendiamo dall'operatore provisioning: - Causale rifiuto confermata: erano in corso cessazioni WLR di altro operatore ora espletate, entrambe le risorse non risultano più attive".*

Anche l'operatore Telecom Italia rispondeva alla richiesta di chiarimenti: il 19 maggio e il 27 maggio u.u. s.s. . La prima memoria è stata trasmessa unitamente alle schermate Pitagora, da cui si evince che:

- *"la cessazione Bitstream asimmetrico da olo Infostrada, risorsa 0968129000XX, data ricezione ordine 21/08/14, eseguito il 29/08/14";*
- *"la cessazione standard inviata da Infostrada, data ricezione ordine 22/08/14, data attesa consegna ed espletamento 01/09/14";*
- *"la linea viene cessata totalmente con ol del 22/08/14 e riattivata su rete Telecom con ol del 09/01/15".*

Con la risposta del 27 maggio u.s. , ad integrazione della documentazione precedente, Telecom ha reso noto che con verbale di conciliazione del 14 gennaio 2015, ha provveduto a stornare la somma di € 573,00 dal residuo insoluto di € 973,00 dovuto dall'istante, per la mancata e/o ritardata migrazione e sospensione linea per cause tecniche.

Di conseguenza, si stigmatizza il comportamento dell'odierno istante, il quale ha omesso di dichiarare nel corso dell'udienza di discussione del 6 maggio u.s., d'aver avuto riconosciuto lo storno di € 573,00.

Per ultimo, e sempre per avere un quadro completo della procedura di migrazione, questo Co.Re.Com. ha integrato il contraddittorio anche con l'operatore Fastweb, chiedendogli, con nota datata 15 giugno 2015, prot. n. 32599, chiarimenti. L'operatore Fastweb ha risposto il successivo 2 luglio (con nota trasmessa a mezzo e-mail, in pari data) che: *"... ad aprile 2014 il signor XXX ha richiesto a Fastweb S.p.A. il passaggio da Wind Telecomunicazioni S.p.A. dell'utenza 09687513XX. Fastweb ha avviato due procedure di migrazione entrambe bloccate in fase tre dall'operatore donator con causale - impossibile individuare l'impianto da migrare - . A giugno 2015 è stato richiesto a Fastweb il passaggio da Wind Telecomunicazioni dell'utenza 09687518XX. Il 25 giugno la scrivente ha avviato la procedura di migrazione attualmente in fase tre in attesa di espletamento da parte di Telecom Italia S.p.A. con DAC prevista per il 9 luglio 2015".*

PRELIMINARMENTE, quanto all'eccezione di inammissibilità, sollevata dall'operatore, in relazione al diverso contenuto dell'istanza di definizione rispetto all'istanza di primo grado, si ritiene di non accogliere tale eccezione sulla scorta degli indirizzi dell'AgCom, espressi nelle linee guida all'attività di definizione, di cui alla delibera 529/09/Cons.

Per verificare l'ammissibilità delle domande è sufficiente accertare che l'oggetto della richiesta di definizione sia lo stesso di quello sottoposto al tentativo di conciliazione, quindi, non si richiede che le istanze siano identiche, ma che la questione in discussione sia la medesima. Nel caso di specie, da un esame della documentazione agli atti, si evince che la questione in discussione è sostanzialmente la stessa.

Quanto al comportamento delle parti, valutabile ai fini della liquidazione delle spese di procedura, si rileva che entrambe hanno aderito al tentativo di conciliazione, senza raggiungere l'accordo.

Si evidenzia che in sede di udienza di discussione, il rappresentante del gestore, con spirito conciliativo e senza riconoscimento di responsabilità, formulava una proposta con cui si impegnava a stornare le somme insolute e a corrispondere al ricorrente una somma onnicomprensiva di € 1.500,00 (millecinquecento/00); tale offerta è stata rifiutata dal rappresentante dell'utente.

NEL MERITO, alla luce degli elementi emersi nel corso dell'istruttoria, si rileva che il caso in esame attiene principalmente al mancato rilascio delle linee telefoniche intestate all'utente da parte di Wind e alla conseguente asserita omessa migrazione verso l'operatore Fastweb.

Premesso che gli operatori di comunicazione elettronica hanno l'obbligo di fornire i servizi richiesti nel rispetto delle norme contrattuali e legali, anche sotto il profilo temporale, la contestazione mossa dall'istante impone di valutare la condotta dell'operatore Donating alla luce di quanto previsto dalla legge 2 aprile 2007, n. 40, la

quale ha riconosciuto all'utente finale la facoltà di trasferire il contratto di fornitura del servizio in capo ad un altro operatore, vietando vincoli temporali o ritardi, e senza spese non giustificate da costi dell'operatore. In seguito a tale normativa, l' AgCom ha adottato la delibera 274/07/CONS del 6 giugno 2007, recante "Modifiche ed integrazioni alla delibera 4/06/CONS: modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso", in cui è prevista una procedura bilaterale che dà concreta attuazione alla facoltà riconosciuta all'utente di trasferire la propria utenza ad altro operatore, evitando incertezze sui tempi di attivazione del servizio.

L' AgCom, con la delibera suddetta, ha compiutamente definito tempi, procedure e obblighi a carico degli operatori coinvolti nei processi di migrazione. In particolare l'art. 17, comma 2, ribadisce il principio secondo cui deve essere garantito il passaggio delle utenze tra operatori con adeguate procedure di sincronizzazione, allo scopo di arrecare il minimo disservizio agli utenti finali. L'articolo 18 prevede invece che l'operatore c.d. *recipient* si faccia carico, prioritariamente, di raccogliere la richiesta di migrazione del cliente, di avviare la procedura di passaggio tecnicamente corretta e di attivare il dialogo tecnico con l'operatore *donating*. In caso di problemi tecnici, resta in capo all'operatore *recipient* l'obbligo di informare l'utente degli eventuali impedimenti riscontrati nel corso del processo di migrazione. Tale obbligo informativo viene evidenziato anche dalla delibera 179/03/Cons.

Sinteticamente ed al fine di individuare le eventuali responsabilità del donating, consideriamo singolarmente le tre fasi della procedura di migrazione: Fase 1: Richiesta del cliente; Fase 2: Comunicazione preventiva; Fase 3: *Provisioning* tecnico.

Nell'ambito di ciascuna di queste fasi sono dettagliatamente indicati gli adempimenti che devono essere assolti dagli operatori coinvolti:

Nella Fase 1 il cliente aderisce all'offerta commerciale del *Recipient* e gli comunica il proprio codice di migrazione. Il *Recipient* verifica che non ci siano errori di trascrizione e/o lettura del codice. Nella Fase 2 il *Recipient* trasmette la richiesta di passaggio al *Donating* e quest'ultimo procede alle verifiche, fornendo l'esito delle stesse entro 5 giorni lavorativi, trascorsi i quali si applica il silenzio assenso. Il *Donating* effettua verifiche formali e gestionali, tra cui la verifica del codice segreto del cliente trasmesso dal *Recipient*. Nella Fase 3, ricevuto un riscontro positivo o in applicazione del silenzio assenso del *Donating*, il *Recipient* trasmette la richiesta di migrazione a Telecom Italia comunicando la dac (data di attesa consegna) concordata con il cliente. Telecom Italia effettua il *provisioning* del servizio intermedio alla dac. Nei casi specificati dalla normativa può inviare un ko (procedura non andata buon fine).

Il caso in esame, rientra nella c.d. procedura "olo2olo" (quelle in cui un utente intende trasferire la propria utenza da un operatore *donating* "olo" - vale a dire, diverso da Telecom - ad un altro "olo"), disciplinata dalla citata delibera 274/07/CONS e successive integrazioni e modifiche, per la quale è previsto che la relativa attivazione sia effettuata a cura dell'utente, che, allo scopo, può contattare il suo nuovo operatore (*recipient*) oppure l'operatore di provenienza (*donating*). Va tuttavia sottolineato che il ruolo assegnato all'utente all'interno di tale procedura, si esaurisce nella fase di avvio della stessa, dal momento che il suo buon esito dipende in misura pressoché esclusiva dagli operatori *recipient* e *donating* (oltre che, in misura minore, da Telecom), cui sono rimesse tutte le verifiche e gli adempimenti tecnici necessari.

Si evidenzia ancora che le schermate dei sistemi telematici degli operatori vengono considerate a tutti gli effetti elementi di prova ai fini della valutazione della responsabilità degli operatori nelle diverse fasi della procedura di migrazione, sia nei procedimenti extragiudiziali che nei procedimenti dinanzi all'Autorità Giudiziaria.

In concreto, dalla schermata del sistema telematico prodotta da Wind, risulta una prima richiesta di migrazione (da parte dell'operatore Fastweb) datata 5 giugno 2014; Wind, dopo aver acquisito tale richiesta, ha comunicato l'esito delle verifiche formali a Fastweb l'11 giugno 2014, assolvendo così ai propri obblighi di cui alla Fase 2 del processo di migrazione.

Dalla stessa schermata risulta, poi, una seconda richiesta di migrazione (sempre da parte dell'operatore Fastweb), datata 15 luglio 2014. Wind, anche questa volta, ha comunicato l'esito delle verifiche formali e tecniche a Fastweb il 21 luglio 2014, espletando così le procedure della Fase 2 di sua competenza, mentre la fase 3 della procedura, che risulta non essere stata avviata, non era di sua competenza.

Orbene, alla luce del quadro normativo e regolamentare sopra descritto, nonché dalla documentazione acquisita agli atti del procedimento, risulta che Wind ha correttamente processato sia la prima richiesta di migrazione del 5 giugno 2014 sia la seconda richiesta del 15 luglio 2014, adempiendo così a quanto di propria competenza in fase 2.

Da parte sua, Fastweb (operatore *recipient*) – interpellata come sopra detto – ha respinto la propria responsabilità invocando l'impossibilità della prestazione, sostenendo che è stato "impossibile individuare l'impianto da migrare". Ciò nondimeno è utile richiamare gli articoli 1218 e 1256 del codice civile, secondo cui il debitore è responsabile per l'inadempimento dell'obbligazione fino al limite estremo della possibilità della prestazione, presumendosi, fino a prova contraria, che l'impossibilità temporanea o definitiva, della prestazione stessa gli sia imputabile per colpa.

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, a nulla rilevando comportamenti di soggetti terzi rispetto al rapporto. Di conseguenza coordinando tra loro le suddette componenti oggettive e soggettive che regolano la responsabilità per inadempimento, l'impossibilità sopravvenuta della prestazione produce gli effetti estintivi o dilatori sopra citati, se deriva da una causa avente natura esterna e carattere imprevedibile, secondo la diligenza media, fermo restando che l'estinzione dell'obbligazione per impossibilità definitiva, alla stregua del principio cui *genus nunquam perit*, può evidentemente verificarsi solo quando la prestazione abbia per oggetto un fatto o una cosa determinata o di genere limitato (cfr., da ultimo, Cassazione civile, sez.II, 30 aprile 2012 n.6594 – Cassazione civile, sez.III, 05 agosto 2002 n.11717).

Nel caso in esame Fastweb ha solo dichiarato e non provato la presenza di una causa esterna e, manca pure la prova dei comportamenti posti in essere da Fastweb per evitare, rimuovere e/o superare l'ostacolo.

Inoltre, Fastweb non ha dichiarato, nè ha provato di aver tempestivamente comunicato all'istante le difficoltà tecniche alla migrazione. Le omissioni informative degli operatori sono una violazione del principio di buona fede di cui all'art. 1375 del codice civile, che, considerata la natura professionale dell'operatore, deve essere interpretato con particolare rigore.

Di conseguenza, Fastweb, in qualità di operatore *recipient*, avrebbe dovuto attivarsi per risolvere il problema tecnico o, quanto meno, contattare l'istante, fornendogli ogni spiegazione del caso. Considerato che il recipient non ha adeguatamente informato l'odierno istante dei problemi insorti nella procedura di migrazione, si ritiene che la condotta dell'operatore non sia stata conforme agli obblighi imposti dalla normativa regolativa e dalle delibere dell'Agcom, e che sussista una responsabilità contrattuale per inadempimento delle obbligazioni assunte. In ragione di quanto appena espresso, non ravvisando, nella condotta dell'operatore convenuto, alcuna responsabilità da inadempimento per i fatti qui contestati, si deve concludere per l'infondatezza dell'istanza di definizione e quindi per il rigetto dell'odierno ricorso.

RITENUTO che, ai sensi dell'art. 19, comma 6, del Regolamento di procedura, nella quantificazione di rimborsi ed indennizzi, deve tenersi conto "del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione" ed, altresì, che "quando l'operatore non partecipi all'udienza fissata per la conciliazione senza addurre giustificati motivi" vadano comunque "rimborsate all'utente, se presente all'udienza ed indipendentemente dall'esito della controversia...", le spese sostenute per l'esperimento del tentativo di conciliazione";

RITENUTO che, nel caso di specie, non ricorrono le condizioni per il rimborso delle spese di procedura;

Per tutto quanto sopra esposto

DETERMINA

1. Il rigetto dell'istanza presentata dal signor **Furguele I.**, nella qualità di legale rappresentante del J. S.Hotel, nei confronti della società Wind Telecomunicazioni xxx;
2. E' in facoltà del ricorrente avviare azione risarcitoria dinanzi alla competente Autorità giudiziaria, ai sensi dell'art. 19, comma 5, del vigente Regolamento;

3. Ai sensi dell'art. 19, comma 3, del Regolamento "il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità", come disposto dall'art. 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259";
4. La presente determina è notificata alle parti e pubblicata nel Bollettino Ufficiale e sul sito web dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e sul sito web del Co.Re.Com. Calabria, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della legge n. 69/2009;

Ai sensi dell'art. 135, comma 1, lett. b) del Codice del processo amministrativo, approvato con decreto legislativo 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 dell'anzidetto Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di (60) sessanta giorni dalla notifica del medesimo.

Reggio Calabria,

Il Responsabile del Procedimento
F.to Avv. Antonia Repaci

Il Direttore del Co.Re.Com. Calabria
F.to Avv. Rosario Carnevale