

DELIBERA N. 065/2021/CRL/UD del 18/03/2022
M. Lxxx/LYCAMOBILE S.P.A./WIND TRE S.P.A.
(LAZIO/D/355/2018)

Il Corecom Lazio

NELLA riunione del 18/03/2022;

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”;

VISTO l’Accordo quadro tra l’Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, sottoscritto in data 28 novembre 2017, approvato con delibera 395/17/CONS;

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 del Lazio il 5 marzo 2018;

VISTA la legge della Regione Lazio 28 ottobre 2016, n. 13, istitutiva e disciplinante l’organizzazione ed il funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (Co.re.com);

VISTA la delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, recante “Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti”, di seguito “Regolamento”;

VISTA la delibera n. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori” (di seguito denominato “Regolamento indennizzi”);

VISTA l’istanza dell’utente acquisita con protocollo n. D1722 del 23/03/2018;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante, titolare dell’utenza mobile prepagata n. 35100xxxx, a seguito dell’esito negativo del tentativo obbligatorio di conciliazione intervenuto in data 21 marzo 2018, con istanza del 23 marzo 2018 ha richiesto l’intervento in sede di definizione del Corecom Lazio, rappresentando, in sintesi, che:

- a. In data 09.08.2017, senza aver presentato alcuna richiesta di migrazione, riceveva un sms che lo informava dell’imminente passaggio dall’operatore Lycamobile S.p.A. a H3G (ora Wind Tre S.p.A.);

- b. Il giorno successivo, 10.08.2017, la sim associata all'utenza n. 3510042839 cessava di funzionare, ragion per cui si recava presso un centro Wind Tre, dove gli veniva riferito che la sua numerazione era stata effettivamente oggetto di una richiesta di migrazione e che l'utenza era stata assegnata ad altro titolare, del quale non gli veniva, tuttavia, rilevata l'identità per motivi di privacy;
- c. Immediatamente l'istante provvedeva a contattare anche Lycamobile S.p.A. per rappresentare che nessuna richiesta di migrazione era mai intervenuta da parte sua, ma senza esito;
- d. Il successivo reclamo inoltrato a mezzo mail agli operatori non riceveva riscontro;
- e. Solamente in data 1 marzo 2018, dopo l'avvio del tentativo obbligatorio di conciliazione presso il Corecom Lazio, riceveva da Lycamobile S.p.A. una comunicazione mail con la quale si rappresentava la volontà dell'operatore di trovare un accordo a conciliazione della vertenza;
- f. Tuttavia, alla successiva udienza di conciliazione del 21 marzo 2018, Lycamobile S.p.A. non interveniva;
- g. Non essendo riuscito a recuperare la sua precedente utenza, si vedeva costretto ad attivare una nuova sim con diversa numerazione.

In base a tali premesse, l'istante ha chiesto:

- i. L'indennizzo per l'interruzione/sospensione del servizio;
- ii. L'indennizzo per perdita della numerazione;
- iii. L'indennizzo per mancata risposta ai reclami;
- iv. Il rimborso delle spese della presente procedura.

Si rappresenta, da ultimo, che nel modulo GU14 l'istante proponeva anche richiesta di indennizzo per attivazione di servizio non richiesto; la domanda non veniva tuttavia riproposta nella memoria difensiva, successivamente depositata a norma dell'art. 15 del Regolamento di procedura. La stessa deve, pertanto, ritenersi rinunciata e, comunque, inammissibile in quanto non sottoposta all'obbligatorio tentativo di conciliazione.

2. La posizione degli operatori

2.1. La posizione di Lycamobile S.p.A.

L'operatore Lycamobile S.p.A., nella memoria difensiva inoltrata il 9 maggio 2018, si è limitato a rappresentare che in più occasioni ha provato a contattare l'utente, a mezzo telefono e mail, al fine di definire bonariamente la controversia.

Sottolineava, in particolare, che, anche a seguito della comunicazione di avvio del tentativo obbligatorio di conciliazione, aveva inoltrato diverse comunicazione a mezzo mail all'istante (in data 01.03.2018 e 08.03.2018), scusandosi per il disagio arrecato e chiedendo di avanzare una proposta sulla quantificazione dell'indennizzo, senza ottenere, tuttavia, alcun riscontro.

Evidenziava, da ultimo, la volontà di definire rapidamente la vertenza.

2.2. La posizione di Wind Tre S.p.A.

L'operatore Wind Tre S.p.A., nella memoria difensiva inoltrata il 17 maggio 2018, ha contestato le pretese dell'utente, evidenziando, in particolare:



- a. in via preliminare, che, quale *OLO Recipient* della procedura di migrazione, aveva già fornito a Lycamobile i dati necessari per il *porting back* della numerazione stessa, senza tuttavia ricevere alcun riscontro, neppure in seguito ai suoi solleciti;
- b. nel merito, che il *port in* della numerazione 35100xxxx verso Wind Tre S.p.A. era avvenuto a seguito della dichiarazione di furto e smarrimento resa in fase di sottoscrizione dell'abbonamento da un soggetto diverso dell'istante, unico responsabile delle eventuali dichiarazioni mendaci rese;
- c. che nulla può essere invece rimproverato a Wind Tre, considerato che il controllo dell'anagrafica non è previsto per la migrazione di utenze prepagate;
- d. che l'istante avrebbe dovuto sporgere i suoi reclami verso l'operatore *Donating* Lycamobile, che doveva provvedere al "rimpatrio" della numerazione;
- e. che l'impossibilità da parte di Wind Tre di accogliere le doglianze dell'utente erano già state comunicate a quest'ultimo con mail del 2 ottobre 2017 alla quale non era seguito alcun riscontro.

L'operatore Wind Tre S.p.A. ha, quindi, concluso per l'infondatezza dell'istanza di indennizzo proposta nei suoi riguardi e per il conseguente rigetto della stessa.

3. Motivazione della decisione.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, si ritiene che le richieste formulate dalla parte istante possano trovare parziale accoglimento, nei limiti di seguito specificati.

Con riguardo alla richiesta sub *i.*, l'istante lamenta l'avvenuta interruzione del servizio a fronte della illegittima e non richiesta migrazione ad altro operatore. Ha, quindi, chiesto l'indennizzo per la sospensione/interruzione del servizio dal 10.08.2017 in poi. La richiesta è meritevole di accoglimento nei termini che seguono. In base alla disciplina dell'onere della prova dettata dall'articolo 2697 c.c., così come costantemente interpretata dalla giurisprudenza (v. per tutte Cass., S.U., sent. 30 ottobre 2001, n. 13533) e seguita anche dall'Agcom nelle procedure di definizione *ex art.* 84 d.lgs. n. 259/2003 (si v., *ex plurimis*, delibera n. 529/09/CONS), il creditore della prestazione, *in subiecta materia* tipicamente l'utente, può limitarsi a dedurre l'esistenza del contratto e 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. Con riferimento alla vicenda *de qua*, l'istante ha allegato di essere cliente Lycamobile sull'utenza mobile n. 35100xxxx e di essersi visto sospendere il servizio per una richiesta di migrazione verso altro gestore di telefonia mobile (Wind Tre S.p.A.), che in realtà non aveva mai presentato. Gli operatori Lycamobile e Wind Tre, entrambi intervenuti nella fase di definizione, non hanno contestato tale ricostruzione, ma hanno fornito diverse giustificazioni. Lycamobile S.p.A., in sostanza, ha ammesso il disservizio subito dall'utente, rappresentando di avere tentato già in precedenza, ma senza esito, di definire bonariamente la vicenda col riconoscimento di un indennizzo. Wind Tre, pur senza negare il fatto materiale, si è difesa escludendo la propria responsabilità, avanzando le molteplici argomentazioni difensive di cui al punto 2.2 della presente relazione. Al tempo stesso, tuttavia, Wind Tre forniva documentazione dalla quale può evincersi che, a fronte della segnalazione dell'utente della illegittimità della procedura di migrazione avvenuta già il 10.08.2017 (e certamente conosciuta da Wind Tre, per aver riscontrato, in data 02.10.2017, al reclamo dell'istante), l'invio all'operatore *donating* dei dati

necessari per il *porting back* erano stati forniti con estremo ritardo solo il 16.03.2018, successivamente all'attivazione del tentativo di conciliazione davanti al Corecom. Così ricostruite le posizioni delle parti, alla luce delle risultanze istruttorie, deve affermarsi la responsabilità sia di Lycamobile S.p.A. sia di Wind Tre S.p.A. nella determinazione e nel protrarsi della sospensione/interruzione del servizio. In particolare, Lycamobile, quale operatore *donating*, a fronte della denunciata illegittimità della migrazione, era tenuta ad espletare le procedure necessarie per il buon fine della richiesta di rientro (Agcom Delibera n. 142/12/CIR); nella vicenda in esame, non sembra che ciò sia avvenuto. Il comportamento del *donating* è apparso, infatti, gravemente deficitario rispetto ai suoi obblighi, sia nella fase iniziale, allorquando è intervenuta la segnalazione dell'istante, che aveva rappresentato l'assenza di sue richieste di migrazione, senza che ad essa sia seguita una adeguata reazione; sia nella fase successiva, quando ometteva di dar seguito al rientro pur dopo aver ricevuto da Wind Tre i dati necessari per realizzare il *porting back*. I documenti presenti in atti mostrano, in sostanza, che la reazione dell'operatore *donating* è stata oltremodo tardiva e inefficace, a nulla valendo l'offerta formulata all'istante di risolvere bonariamente la controversia, considerato che nella sede a ciò deputata, l'udienza per il tentativo obbligatorio di conciliazione, Lycamobile sceglieva di non presenziare. Quanto alla posizione di Wind Tre, se può escludersi una sua responsabilità al momento della migrazione, in quanto attivata in buona fede a seguito di una denuncia di smarrimento proposta da un soggetto diverso dall'istante, non sembra però possibile escluderla per il periodo successivo, alla luce dei reclami tempestivamente proposti dal Sig. Latino e considerato, altresì, che risulta documentato in atti la circostanza per cui Wind Tre ha provveduto a fornire a Lycamobile i dati per effettuare il *porting back* solo nel marzo 2018, a distanza di oltre 6 mesi dalla richiesta dell'istante. Se è vero, infatti, che Wind Tre aveva comunicato all'utente già nell'ottobre 2017 che non era possibile ripristinare la numerazione, la successiva condotta tenuta nel marzo 2018, solo dopo che il Sig. Latino aveva provveduto a promuovere il tentativo di conciliazione davanti al Corecom, sembra manifestamente smentire la fondatezza della prima comunicazione. Nella vicenda *de qua*, sono, in definitiva, venuti meno la trasparenza e lo scambio di informazioni tra operatori, i quali rappresentano principi che danno contenuto all'obbligo di correttezza e diligenza, qualificabile come "dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra parte, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge" (v. Cass. S.U., sent. n. 28056/2008; richiamata anche da Corecom Emilia-Romagna Delibera n. 9/10). Deve, pertanto, affermarsi la responsabilità di entrambi gli operatori per l'interruzione/sospensione del servizio di telefonia mobile cagionata nei riguardi dell'istante, sia pure con diverse gradazioni di colpa. In particolare, alla stregua delle esposte considerazioni, pare rispondente ad equità attribuire 2/3 della responsabilità all'operatore Lycamobile e 1/3 a Wind Tre. Quanto, poi, alla tipologia di indennizzo applicabile, si ritiene di dover richiamare, quantomeno in via analogica, l'art. 5 della delibera Agcom 73/11/CONS, per effetto del rinvio operato dall'art. 6, co. 2, della stessa delibera. Quest'ultimo, infatti, recante disposizioni in tema di indennizzo per omessa o ritardata portabilità del numero, chiarisce, al comma 2, che "*in caso di sospensione o cessazione del servizio si applicano, comunque, gli indennizzi previsti dall'articolo 5*". Orbene, nel caso in esame, pur non avendo la controversia ad oggetto l'omessa o ritardata portabilità del numero, ma, al contrario, la portabilità non richiesta, pare congruo applicare, per identità di *ratio*, la medesima misura indennitaria prevista nel caso in cui, per disservizi comunque riconnessi alla procedura di portabilità, si determini in concreto, come effetto finale per l'utente, l'interruzione dei servizi. Ciò anche in applicazione della norma di chiusura fissata dall'art. 12, co. 3, delibera 73/11/CONS, secondo cui "*per le fattispecie d'inadempimento o disservizio non*

contemplate dal presente regolamento trovano applicazione, ai fini della definizione delle controversie ai sensi degli articoli 14 e ss. del Regolamento, le misure di indennizzo giornaliero previste per i casi simili dal presente provvedimento ...". Tanto premesso, l'art. 5, co. 1, delibera 73/11/CONS prevede che *"in caso di completa interruzione del servizio per motivi tecnici, imputabili all'operatore, sarà dovuto un indennizzo, per ciascun servizio non accessorio, pari ad euro 5,00 per ogni giorno d'interruzione"*. Nel caso in esame, il *dies a quo* dal quale computare il periodo di disservizio può essere individuato, come richiesto dall'istante, nel giorno 10.08.2017, data nella quale la sim dell'utente veniva disattivata. *Dies ad quem* può essere invece equitativamente individuato nel 23.03.2018, quando, nel presentare la richiesta di definizione del procedimento al Corecom, l'istante rappresentava di essere stato costretto a munirsi di una nuova utenza mobile. Pertanto, considerato l'indennizzo previsto dalla delibera 73/11/CONS pari a € 5,00 *pro die*, ne deriva che gli operatori devono corrispondere all'istante la somma complessiva di € 1.125,00 (5,00 euro x 225 giorni), da ripartirsi secondo le percentuali di responsabilità sopra specificate (vale a dire, 2/3 a carico di Lycamobile, 1/3 a carico di Wind Tre).

Con riguardo alla richiesta sub *ii.*, l'istante ha domandato l'indennizzo per perdita della numerazione. La richiesta è meritevole di accoglimento nei riguardi di entrambi i gestori. Costituisce circostanza incontestata che l'istante, a seguito della procedura di migrazione mai richiesta, abbia perso la precedente numerazione mobile n. 351004xxx. Per le ragioni già evidenziate nel punto sub *i.*, si ritiene che tale perdita debba essere ascritta alla responsabilità dei due operatori che avrebbero dovuto meglio coordinarsi di fronte alle sollecite segnalazioni dell'istante in merito alla illegittimità della migrazione. Riguardo alla quantificazione, statuisce l'art. 9 della delibera Agcom 73/11/CONS, applicabile *ratione temporis*, che *"l'utente, nel caso in cui perda la titolarità del numero telefonico precedentemente assegnato per fatto imputabile all'operatore, avrà diritto ad un indennizzo pari ad euro 100,00 per ogni anno di precedente utilizzo, fino ad un massimo di euro 1.000,00"*. Orbene, nella vicenda in esame parte istante ha indicato in 4 anni il periodo di precedente utilizzo della numerazione persa, sebbene non abbia allegato alcuna documentazione a supporto di ciò. Ad ogni modo, gli operatori, entrambi costituiti nel procedimento, pur in grado di predisporre verifiche a riguardo, non hanno contestato la circostanza; per tanto, in forza del principio di non contestazione (art. 115 c.p.c.), avente valenza ordinamentale generale (cfr. Corecom Lazio Delibera n. 43/12), si ritiene di poter ritenere provati i 4 anni di precedente utilizzo. Ne consegue che gli operatori dovranno corrispondere all'istante la somma di € 400,00 (pari a euro 100x4 anni), a titolo di indennizzo per perdita della numerazione. Anche in questo caso, peraltro, alla luce delle argomentazioni spiegate sub *i.*, si ritiene equo ripartire la responsabilità per 2/3 a carico di Lycamobile e per 1/3 a carico di Wind Tre.

Con riguardo all'istanza sub *iii.*, l'utente ha chiesto la corresponsione dell'indennizzo per mancata risposta ai reclami. La domanda, alla luce del materiale istruttorio disponibile, non può essere accolta. Dagli atti offerti in comunicazione dalle parti, risulta, infatti, che l'istante abbia presentato un solo reclamo scritto, in data 29.08.2017. Tale reclamo risulta riscontrato in pari data da Lycamobile, la quale invitava il reclamante a ritrasmettere nuovamente il suo documento di identità perché quello inoltrato in precedenza non appariva leggibile (non risulta, per altro, in atti che l'utente abbia a sua volta riscontrato all'invito). Wind Tre ha, del pari, provato di aver inviato all'utente un riscontro scritto negativo in data 02.10.2017, nei tempi prescritti dall'art. 8, comma 4, allegato A, della delibera Agcom n. 179/03/CSP, in combinato disposto con l'art. 11, comma 2, allegato A, della medesima delibera, che prevede l'obbligatorietà

della risposta in forma scritta entro quarantacinque giorni in caso di rigetto del reclamo. L'indennizzo richiesto per tale titolo non sembra, quindi, riconoscibile. Da ultimo, in ordine all'istanza sub *iv.*, relativa al rimborso delle spese della procedura, si ritiene, alla luce delle Linee Guida di cui alla delibera 276/13/CONS, di poter liquidare in favore dell'istante la somma di € 100,00, da porre a carico di entrambi i gestori nella misura del 50%.

Per tutto quanto sopra esposto e considerato,

IL CORECOM LAZIO DELIBERA

Articolo 1

1. Di accogliere l'istanza del Sig. Lxxx M. nei confronti degli operatori Lycamobile S.p.A. e Wind Tre S.p.A, nei limiti di cui alle motivazioni in premessa, disponendo il pagamento della somma di € 100,00 a titolo di spese di procedura da porsi a carico di entrambi i gestori nella misura del 50% nonché:
 - quanto alla richiesta sub *i.*, di pagare la somma di € 1.125,00 (millecentoventicinque euro), a titolo di indennizzo per interruzione del servizio, ponendo l'obbligo per 2/3 a carico di Lycamobile S.p.A. e per 1/3 a carico di Wind Tre S.p.A.;
 - quanto alla richiesta sub *ii.*, di pagare la somma di € 400,00 (quattrocento), a titolo di indennizzo per perdita della numerazione, ponendo l'obbligo per 2/3 a carico di Lycamobile S.p.A. e per 1/3 a carico di Wind Tre S.p.A..
2. Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259.
3. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
4. Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente deliberazione è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, 18/03/2022

Il Dirigente

Dott. Roberto Rizzi

Il Presidente

Avv. Maria Cristina Cafini



AUTORITÀ PER LE
GARANZIE NELLE
COMUNICAZIONI

E.TO