

**DETERMINA Fascicolo n. GU14/132096/2019****DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA Sxxx S. - Iliad Italia S.p.A.****IL RESPONSABILE DELLA STRUTTURA**

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. 223/12/CONS, del 27 aprile 2012, recante “Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 696/20/CONS;

VISTA la delibera n. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante “Approvazione del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, di seguito denominato Regolamento, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 390/21/CONS;

VISTA la delibera n. 73/11/CONS, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, di seguito denominato Regolamento sugli indennizzi, come modificata da ultimo dalla delibera n. 347/18/CONS;

VISTO l’Accordo quadro vigente tra l’Autorità, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome;

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. 347/18/CONS, del 18 luglio 2018, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori”, di seguito "Regolamento Indennizzi";

VISTA l’istanza dell’utente Sxxx S., del 05/06/2019 acquisita con protocollo n. 0243268 del 05/06/2019

Vista la relazione istruttoria del Responsabile dell’istruttoria;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante L’istante rappresentava di aver stipulato con Iliad, in data 29/08/2018, contratto per la fruizione del servizio mobile utilizzando i cd. totem messi a disposizione dal Gestore presso il centro commerciale “Cinecittà Due” di Roma. Tuttavia, malgrado l’istante avesse versato la somma di Euro 17,00 circa per l’acquisto della sim, la stessa non veniva rilasciata ed il servizio non veniva attivato, pertanto inviava numerosi reclami tra i quali i fax del 05/09/2018, 24/09/2018 e del 05/10/2018 atti a richiedere il rimborso della somma ingiustamente prelevata. Sull’assunto premesso,

l'istante chiedeva: "Indennizzo per MANCATA ATTIVAZIONE DEL SERVIZIO MOBILE, ex Art. 4 dell'Allegato A alla D.347/18/CONS, dal 01/09/2018 al 28/02/2019 (data di deposito dell'istanza UG), per un totale di 181 giorni; Indennizzo per MANCATA RISPOSTA AI RECLAMI, ex Art. 12 dell'Allegato A alla D.347/18/CONS, dal 21/10/2018 ad oggi, per un totale di 131 giorni; Ripetizione della somma pari ad euro 17,00 circa sostenuta per l'acquisto della sim mai rilasciata; Rimborso per spese di procedura ed assistenza".

2. La posizione dell'operatore Iliad Italia S.p.A. non si costituiva nel procedimento.
3. Motivazione della decisione Preliminarmente, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile. Nel merito, l'istanza può essere parzialmente accolta, nei termini seguenti. L'utente ha affermato di aver richiesto, tramite postazione "totem" Iliad presso il centro commerciale "Cinecittà Due" di Roma, in data 29/08/2018, l'attivazione di una SIM per la fruizione del servizio mobile, al costo di attivazione di Euro 16,98 di cui ha allegato documentazione – lista movimenti della propria carta Postepay – attestante l'avvenuto pagamento. Con l'invio di plurimi reclami, di cui il primo inviato il 05/09/2018, l'istante ha chiesto il rimborso dell'importo pagato per l'emissione della SIM mai emessa. Tale documentazione, seppur non rappresenti il contenuto del contratto stipulato con l'operatore, è idonea a dimostrare l'esistenza di un rapporto tra le parti e ad invertire l'onere probatorio circa l'effettiva consistenza e adempimento delle obbligazioni assunte. Come affermato a più riprese dalla giurisprudenza di legittimità (cfr. ex multis Cass. SS.UU. n. 13533 del 30 ottobre 2001, Cass. 9 febbraio 2004 n. 2387, 26 gennaio 2007 n. 1743, 19 aprile 2007 n. 9351, 11 novembre 2008 n. 26953, 3 luglio 2009 n. 15677, Cass. II 20 gennaio 2010 n. 936), infatti, il creditore che agisce 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, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'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 o che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile ex art. 1218 cod. civ. L'operatore, non costituitosi, nulla ha eccepito o argomentato in merito, pertanto il suo inadempimento deve ritenersi accertato e l'istante ha diritto al rimborso dell'importo di Euro 16,98 pagato per l'emissione della SIM mai emessa. L'utente ha chiesto inoltre la corresponsione dell'indennizzo per la mancata attivazione del servizio. Tale richiesta, tuttavia, contrasta con quella di rimborso dell'importo pagato per l'emissione e l'attivazione della SIM. La richiesta di rimborso, infatti, manifesta l'intenzione dell'utente di rinunciare alla fornitura del servizio – verosimilmente a causa della perdita di fiducia nell'operatore dovuta alla mancata emissione della SIM nonostante l'addebito del relativo costo – e configura pertanto un'ipotesi di risoluzione del contratto per inadempimento ai sensi dell'art. 1453, comma 1, c.c. Secondo la citata norma, infatti, "Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto (...)". Nel caso di specie appare chiaro che l'istante, dal tenore letterale dei reclami (e dell'istanza) non ha chiesto l'adempimento bensì la risoluzione, la quale comporta appunto la restituzione dell'importo pagato per l'attivazione della SIM. Da quanto sopra consegue l'impossibilità di applicare al caso di specie un indennizzo per la mancata attivazione del servizio. L'istante ha, inoltre, lamentato la mancata risposta ai molteplici reclami inviati all'operatore a mezzo fax, allegando documentazione attestante l'invio degli stessi. In proposito deve rilevarsi come i suddetti reclami non risultino conformi all'accezione di reclamo cui il Regolamento indennizzi di cui alla Delibera 347/18/CONS riconduce l'obbligo di indennizzo. Il citato Regolamento, infatti, all'art. 1, lettera j), definisce il reclamo "la comunicazione con la quale (...) l'utente segnala all'operatore un disservizio o chiede l'erogazione degli indennizzi contrattualmente stabiliti". Nel caso in esame, invece, i reclami inoltrati dall'utente contengono esclusivamente la richiesta di rimborso dell'importo pagato per l'emissione della SIM, pertanto non possono far sorgere il diritto all'indennizzo per mancata risposta. In relazione alle spese della procedura, considerato il comportamento complessivo delle parti, le eccezioni svolte e le difese, nonché il valore della controversia, si ritiene congruo compensare le spese di procedura.

## DETERMINA

- Iliad Italia S.p.A., in accoglimento dell'istanza del 05/06/2019, è tenuta a rimborsare all'utente l'importo di € 16,98. Spese di procedura compensate.

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, come richiamato dall'articolo 20, comma 3, del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all'Allegato A alla delibera 203/18/CONS.

Resta salva la possibilità per le parti di agire in sede giurisdizionale per il riconoscimento del maggior danno, ai sensi dell'articolo 20, comma 5, del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all'Allegato A alla delibera 203/18/CONS.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva, entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è comunicata alle parti attraverso la piattaforma ConciliaWeb e pubblicata sui siti web dell'Autorità e del Corecom.

Il Responsabile della Struttura  
Roberto Rizzi

f.to