**DETERMINAFascicolo n. GU14/407092/2021**

**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA XXXXXX M. - Fastweb SpAIL**

**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 della società XXXXXXXX M., del 20/03/2021 acquisita con protocollo n. 0138546del 20/03/2021

Vista la relazione istruttoria del Responsabile dell'istruttoria;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante. L'istante ha presentato, in data 07.08.2020, istanza di conciliazione a seguito della quale il procedimento UG/xxxxxx/2020 si è concluso con un mancato accordo in data 19.01.2021. Successivamente, l'istante ha depositato, in data 20.03.2021, richiesta di definizione GU14/xxxxxx/2021 con la quale ha rappresentato quanto segue: "mancato riscontro sulla diffida inviata tramite PEC del 13 giugno 2020, Ad oggi non risulta bloccata come da me richiesto e poi intimato, né la SIM originaria avente il numero 39xxxxxxx2, né l'USIM del mio telefonino. Ciò mi espone ad un serie di rischi legati ad un possibile uso

fraudolento e lesivo della mia persona sotto il profilo personale e professionale e mi sta provocando un livello di stress crescente ogni giorno di cui sarete chiamati a rispondere a prescindere dai danni patrimoniale. A ciò si è aggiunta l'ennesima e se possibile ancor più grave inadempienza contrattuale: Il giorno 16 giugno 2020 mi sono recato presso il punto vendita autorizzato sito in Via Cola di Rienzo 142 Roma, dove mi veniva rilasciata una nuova SIM 39xxxxxxx2 NUMERO SERIALE 8xxxxxxxxxxxxxxxxx3, in sostituzione di quella smarrita. Inserita nel mio nuovo cellulare, questa non funzionava. Mi sono recato nuovamente presso il punto vendita il 18 giugno dove ho ricevuto l'assicurazione che avrei ricevuto risposta via mail entro due ore. La Sim ha iniziato a funzionare una settimana dopo, il 23 giugno, creandomi au'infintà di problemi personali e soprattutto professionali. I clienti non sapevano, come contattarmi, non avevo accesso alle app della banca per cui lavoro, etc. Tutto ciò dovuto al mancato allineamento del numero importato dal precedente operatore oltre due anni fa. Tant'è che la richiesta di variazione di tariffa del settembre 2019 evidenziava ancora il numero assegnatomi provvisoriamente da FASTWEB in fase di acquisizione, ovvero il 37xxxxxxx1, da me mai utilizzato." In base a quanto rappresentato, l'stante ha avanzato le seguenti richieste: "Chiedo di ricevere da FASTWEB conferma del blocco dell'IMEI richiesto il 12 giugno 2020 a seguito dello smarrimento/furto del cellulare, mai ricevuta ( a tuttoggi da siti specializzati l'IMEI risulta CLEAN) ed il rimborso per i danni morali e materiali sofferti: 1) per la mancata esecuzione delle molteplici richieste di blocco della Sim e dell'IMEI, per il mancato funzionamento della nuova SIM ritirata il 16 giugno 2020 presso il vostro punto vendita di ROMA - xxxx di xxxxxx, durato fino al 23 giugno 2020, con i conseguenti disagi professionali e personali, aggravati dalla necessità di acquistare una nuova SIM e di informare tutti i clienti del nuovo numero, ed utilizzata per soli 3 giorni; 2) in relazione alla mancata attuazione della richiesta di variazione della tariffa del 30 settembre 2019. nonostante i numerosi reclami effettuati. 3) dall'inizio del rapporto contrattuale, in conseguenza del malfunzionamento del cellulare, soprattutto in relazione all'impossibilità di utilizzare i servizi di localizzazione".

2. La posizione dell'operatore. La società Fastweb S.p.A, in data 29 aprile 2021, ha depositato, ai sensi e nei termini di cui all'art.16, comma 2 del Regolamento, una memoria difensiva nella quale ha esposto quanto segue: "… L'istante lamenta il mancato riscontro ad una pec con cui si doleva del mancato blocco di una sim dallo stesso smarrita e il mancato funzionamento di altra sim per una settimana. Afferma che non sarebbe mai stata attivata una promozione richiesta nel mese di settembre 2019. Innanzitutto, la fattispecie del mancato blocco sim non rientra tra quelle previste nella Delibera 347/18 All.A. neanche in via analogica. La richiesta istante, di natura risarcitoria, non può essere discussa in questa sede, a prescindere dalla sua (in) fondatezza. Nel merito Fastweb ha immediatamente preso in carico la richiesta di blocco inviandola al gestore competente, vale a dire a Tim S.p.A. (omissis …) Le paventate paure dell'istante su un eventuale blocco della USIM sono del tutto infondate. Come riportato nell'istanza, il predetto istante il giorno 16 giugno ritirava una USIM (sostitutiva di quella smarrita); già solo aver ritirato la USIM significava che la precedente era stata bloccata o era in via (non dipendeva da Fastweb ma come da schermate innanzi riportata da TIM) di blocco. La numerazione 3xxxxxxxx2 nel mese di luglio 2020 è migrata verso altro operatore. Per quanto riguarda l'asserito disservizio, ove anche si fosse verificato, ma controparte non dimostra alcunché, al periodo indicato deve sottrarsi quello di 72 ore (tre giorni lavorativi) cui all'art.5.2 della Carta dei Servizi (omissis). Per quanto riguarda le richieste di indennizzo sull'asserita mancata attivazione della promozione richiesta nel mese di settembre 2019, le stesse non possono e non potranno essere accolte letto l'art.14 comma IV dell'allegato A della delibera 347/18/ Cons: (omissis…) Attenendosi alla procedura ed ai regolamenti dell'Autorità, sono ampiamente trascorsi i termini previsti dall'art.14 comma IV della Delibera 347/18/Cons, per cui si richiede la corretta applicazione della stessa con l'esclusione degli indennizzi richiesti. Per quanto concerne infine la contestazione (inserita solo nelle richieste di indennizzo) circa un asserito "malfunzionamento del cellulare, soprattutto in relazione all'impossibilità di utilizzare i servizi di localizzazione"; è per l'appunto un malfunzionamento del cellulare e non dei servizi forniti e per questo si richiede il rigetto anche di tale richiesta di indennizzo. Per quel che concerne il reclamo, il negozio Fastweb riscontrava il medesimo. La gestione della segnalazione si è comunque avuta per fatti concludenti. La convenuta è senza colpa e l'istanza deve essere respinta.

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. Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste di parte istante possono essere accolte parzialmente per le seguenti motivazioni. Al fine di fornire maggior chiarezza si riportano di seguito le richieste oggetto di trattazione "Chiedo di ricevere da FASTWEB conferma del blocco dell'IMEI richiesto il 12 giugno 2020 a seguito dello smarrimento/furto del cellulare, mai ricevuta ( a tuttoggi da siti specializzati l'IMEI risulta CLEAN) ed il

rimborso per i danni morali e materiali sofferti: 1) per la mancata esecuzione delle molteplici richieste di blocco della Sim e dell'IMEI, per il mancato funzionamento della nuova SIM ritirata il 16 giugno 2020 presso il vostro punto vendita di ROMA - xxxx di xxxxxx, durato fino al 23 giugno 2020, con i conseguenti disagi professionali e personali, aggravati dalla necessità di acquistare una nuova SIM e di informare tutti i clienti del nuovo numero, ed utilizzata per soli 3 giorni; 2) in relazione alla mancata attuazione della richiesta di variazione della tariffa del 30 settembre 2019. nonostante i numerosi reclami effettuati. 3) dall'inizio del rapporto contrattuale, in conseguenza del malfunzionamento del cellulare, soprattutto in relazione all'impossibilità di utilizzare i servizi di localizzazione". Alla luce della documentazione depositata agli atti (cfr. la corrispondenza, intercorsa in data 19 giugno 2020 tra l'istante e la convenuta), l'unico periodo che può essere preso in considerazione, per applicare la Delibera 347/18/Cons. All. A, è quello che riguarda il "… per il mancato funzionamento della nuova SIM ritirata il 16 giugno 2020 presso il vostro punto vendita di ROMA - xxxx di xxxxxx, durato fino al 23 giugno 2020 con i conseguenti disagi professionali e personali, aggravati dalla necessità di acquistare una nuova SIM e di informare tutti i clienti del nuovo numero, ed utilizzata per soli 3 giorni …" . Ai fini del calcolo, si considera che il dies a quo è il 19 giugno 2020, (sono stati decurtati le 72 ore come previsto dalla Carta Servizi), e che il dies ad quem è il 23.06.2020, ultimo giorno di disservizio come dichiarato dall'istante. Pertanto, si contano 5 giorni che moltiplicati per 6 euro, previsti dall'art.6 comma 1, danno la somma di €.30,00. Per quanto riguarda le altre richieste "Chiedo di ricevere da FASTWEB conferma del blocco dell'IMEI richiesto il 12 giugno 2020 a seguito dello smarrimento/furto del cellulare, mai ricevuta ( a tuttoggi da siti specializzati l'IMEI risulta CLEAN) ed il rimborso per i danni morali e materiali sofferti: 1) per la mancata esecuzione delle molteplici richieste di blocco della Sim e dell'IMEI ... omissis 2) in relazione alla mancata attuazione della richiesta di variazione della tariffa del 30 settembre 2019. nonostante i numerosi reclami effettuati 3) dall'inizio del rapporto contrattuale, in conseguenza del malfunzionamento del cellulare, soprattutto in relazione all'impossibilità di utilizzare i servizi di localizzazione" non possono essere accolte per le seguenti motivazioni: 1) poiché non sono supportate da adeguata documentazione probatoria di cui all'art.2697 codice civile "chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento" e, senza le quali, è preclusa la ricostruzione logico giuridica che consente all'organo giudicante – nel caso di specie il Corecom – di fondare il proprio convincimento ed esercitare, in ultima analisi, la propria funzione decisoria ("onus probandi incumbit ei qui dicit"). Inoltre, l'orientamento dell'AGCOM e dei CORECOM non lascia spazi interpretativi in tema di disservizi indennizzabili. La normativa di settore, e in particolare la delibera 69/11/CIR nonché unanime orientamento dell'Autorità in materia, ha ritenuto che "Non è possibile affermare la sussistenza della responsabilità dell'operatore … qualora l'utente non provi di avere inoltrato, prima di rivolgersi all'Autorità, un reclamo all'operatore. Infatti, in assenza di reclamo, il gestore non può avere contezza del guasto e non può, quindi provvedere alla sua risoluzione" (per tutte valgano le delibere AGCOM n. 100/12/CIR, 127/12CIR, 130/12/CIR, 82/12/CIR, 38/12/CIR, 69/10/CIR). 2) poiché l'art. 19 comma 4 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, (L'Autorità, con il provvedimento che definisce la controversia, ove riscontri la fondatezza dell'istanza, può condannare l'operatore ad effettuare rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità) esclude le richieste risarcitorie ed obblighi di fare. L'oggetto della pronuncia esula dalle competenze dell'Autorità, la quale, in sede di definizione delle controversie di cui alla delibera Agcom n. 173/07/CONS, come già evidenziato, è chiamata a verificare la sussistenza del fatto obiettivo dell'inadempimento, condannando l'operatore ad effettuare rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti. Alla luce di quanto suesposto, le richieste avanzate dall'utente, ed aventi evidente natura risarcitoria, vengono rigettate. 3) poiché l'allegato A alla delibera n.347/18/CONS. non prevede indennizzi per le richieste avanzate dall'istante, nello specifico per il "… malfunzionamento del cellulare, soprattutto in relazione all'impossibilità di utilizzare i servizi di localizzazione".

DETERMINA

- Fastweb SpA, in accoglimento dell'istanza del 20/03/2021, è tenuta a 1) accogliere parzialmente l'istanza presentata dall'utente xxxxxxxx xxxxxxxxxx per le motivazioni in premessa; 2) pagare in favore dell'istante la somma complessiva di €.30, ai sensi dell'art.6 comma 1, allegato A alla delibera 347/18/Cons., oltre gli interessi legali dalla domanda al soddisfo.

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 o suo delegato
franca cardinali