

## **DETERMINA 42 Fascicolo n. GU14/697750/2024**

### **DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA XXX / POSTEPAY SPA (POSTEMOBILE)**

#### **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. 194/23/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

**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 sugli indennizzi come modificato 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;

**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** il Decreto del Presidente della Giunta Regionale 20 giugno 2023, n. 105 recante: “*Comitato regionale per le comunicazioni (CORECOM). Ricostituzione*”;

**VISTO** il vigente Accordo Quadro concernente l’esercizio delle funzioni delegate ai Comitati Regionali per le Comunicazioni tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, conforme al testo approvato dall’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni con delibera n. 427/22/CONS, con decorrenza 1° gennaio 2023;

**VISTA** la “Convenzione per il conferimento e l’esercizio della delega di funzioni al Comitati Regionali per le comunicazioni tra L’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato Regionale per le Comunicazioni Toscana” sottoscritta in data 27 luglio 2023 e in particolare l’art. 5, comma 1, lett. e);

**VISTO** il Decreto del Segretario generale n. 617 del 9 agosto 2022 con il quale è stato conferito alla Dott.ssa Cinzia Guerrini l’incarico di responsabile del Settore “Assistenza al Difensore Civico e ai Garanti. Assistenza generale al CORECOM. Biblioteca e documentazione”, con decorrenza 1° ottobre 2022;

**VISTA** l’istanza dell’utente XXX, del 20/08/2024 acquisita con protocollo n. 0221030 del 20/08/2024;

**VISTA** la relazione istruttoria del Responsabile dell’istruttoria;

**VISTI** gli atti del procedimento;

**CONSIDERATO** quanto segue:

### **1. La posizione dell’istante.**

L’istante, titolare del contratto residenziale sull’utenza mobile n. 380 413xxxx con l’operatore POSTEPAY SPA (POSTEMOBILE) (di seguito Postepay), lamenta addebiti per traffico non riconosciuto.

In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento, l’istante ha dichiarato quanto segue:

- il “26 giugno 2024 ho chiuso una controversia sul portale conciliaweb accettando l’offerta che mi aveva fatto l’operatore. Ma ancora oggi continuo a ricevere chiamate da parte di call-center in cui mi vengono addebitati i costi della chiamata”.

In data 8 agosto 2024 l’istante esperiva nei confronti dell’operatore Postepay tentativo obbligatorio di conciliazione presso il CoReCom Toscana, tentativo che si concludeva con verbale attestante il fallimento dello stesso.

In base a tali premesse l’istante ha chiesto, quantificandolo in euro 5,00, quanto segue:

- i) “visto che il problema continua a persistere chiedo risarcimento”.

### **2. La posizione dell’operatore.**

L’operatore Postepay, nell’ambito del contraddittorio, in data 21 ottobre 2024 ha depositato memoria difensiva, con documentazione allegata, nella quale ha sostenuto l’infondatezza dell’istanza per i motivi di seguito sinteticamente riportati.

In primo luogo l’operatore ha rappresentato che l’istante “in data 12/02/2024 sottoscrive l’offerta “PosteMobile UNICA NEW” chiedendo la portabilità del numero 380413xxxx. Il piano tariffario prescelto è a consumo e prevede chiamate al costo di 0,18 €/min senza scatto alla risposta ed SMS a 0,18 €/SMS (doc. 1). In data 27/03/2024 l’Utente invia una email chiedendo il dettaglio del traffico. Il Servizio Clienti invia il dettaglio del traffico via email all’indirizzo xxx@yahoo.it (doc. 2)”.

L’operatore ha dato atto dell’esistenza di un precedente tentativo di conciliazione avente ad oggetto la medesima casistica, l’UG/686720/2024 concluso con accordo e riconoscimento del rimborso di 10 euro.

Di seguito, l’operatore ha ritenuto l’istanza “inammissibile in quanto ha ad oggetto una richiesta dichiaratamente risarcitoria, che esula dalle competenze amministrative dell’AGCOM e dei

CORECOM ai sensi dell'art. 20 comma 4 dell'all. B alla delibera AGCOM n. 358/22/CONS (a conferma v. anche delibere AGCOM n. 80/20/CIR e n. 272/20/CIR)".

L'operatore ha ritenuto l'istanza "inammissibile anche in considerazione della genericità del contenuto del formulario. L'Utente descrive laconicamente i fatti nei seguenti termini: "... ancora oggi continuo a ricevere chiamate da parte di call-center in cui mi vengono addebitati i costi della chiamata", non fornendo alcun altro dettaglio su date, orari, numero di chiamate ecc., né documenti utili a comprendere la vicenda".

Infine, l'operatore ha evidenziato che "la richiesta sarebbe comunque infondata anche nel caso in cui l'istanza fosse interpretata come domanda di indennizzo per addebiti non corretti. Dal dettaglio del traffico dall'utenza dell'Istante (che si produce sub doc. 5), infatti, non emergono addebiti per chiamate, bensì solo addebiti unitari di 0.18€ ciascuno per "SMS verso num. Altro Operatore Mobile", esattamente per come previsto dal profilo tariffario dell'Utente. Dunque alcuna anomalia è riscontrabile ma emerge una corretta tariffazione degli eventi di traffico effettuati. Va inoltre aggiunto che l'Utente è libero di bloccare chiamate o SMS in entrata e/o in uscita agendo direttamente sul suo terminale, cosa che invece la scrivente non può certamente fare". Al riguardo ha allegato il dettaglio del traffico effettuato dall'utenza nel periodo intercorrente dal 15 aprile 2024 al 7 agosto 2024.

In ultimo, l'operatore ha ritenuto che "non sussistono (...) i presupposti per riconoscere il rimborso di spese di procedura, posto che tali spese non sono documentate e non né è stata dimostrata la necessità e la fondatezza, alla luce del fatto che la procedura è gratuita (v. delibera AGCOM n. 288/20/CIR)".

L'operatore, in conclusione, ha chiesto il rigetto delle domande dell'utente.

### **3. La replica dell'istante.**

L'istante ha depositato, nei termini stabiliti dal vigente Regolamento, una documentazione in replica consistente negli *screen shot* delle chiamate ricevute e il tabulato degli SMS di ritorno a pagamento.

### **4. Motivazione della decisione.**

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, la richiesta formulata dall'istante può essere parzialmente accolta come di seguito precisato.

In via preliminare:

- si ritiene meritevole di accoglimento l'eccezione dell'operatore in merito alla richiesta di un "risarcimento" da parte dell'istante. Al riguardo si osserva che, ai sensi dell'art. 20, comma 4, del Regolamento, l'oggetto della pronuncia esclude ogni richiesta risarcitoria ed è viceversa limitato agli eventuali rimborsi o indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità. Resta salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità giudiziaria ordinaria per il maggior danno (art. 20, comma 5, del Regolamento). Esclusa pertanto ogni pronuncia risarcitoria, si rappresenta che la suddetta domanda, in un'ottica di *favor utentis* e in applicazione di un criterio di ragionevolezza ed efficienza dell'azione amministrativa, sarà interpretata come richiesta di accertamento di un comportamento illegittimo da parte dell'operatore in relazione al disservizio segnalato in istanza e ricondotta all'oggetto della presente disamina;
- non si ritiene meritevole di accoglimento l'eccezione dell'operatore circa la genericità nella descrizione dei fatti da parte dell'istante e l'assenza di documentazione, atteso che, ad avviso di questo Corecom, l'istanza risulta sufficientemente supportata dalla documentazione prodotta, considerato che, comunque, l'utente, già nell'istanza di conciliazione (UG 693788/2024), ha

prodotto gli *screen shot* delle chiamate ricevute e il tabulato degli SMS di ritorno a pagamento, che ha provveduto ad allegare, in sede di replica, anche nella presente istanza;

- si ritiene priva di pregio la considerazione dell'operatore in merito al rimborso delle "*spese di procedura*" atteso che l'istante non ha formulato alcuna richiesta in tal senso.

Nel merito:

Sugli addebiti di SMS a seguito di chiamate ricevute.

L'istante ha lamentato l'addebito di euro 0,18 per alcuni SMS che risultavano inviati verso numerazioni di altro operatore mobile ma che in realtà seguivano chiamate ricevute da *call center*. L'operatore ha evidenziato che dal tabulato del traffico, depositato, "*non emergono addebiti per chiamate, bensì solo addebiti unitari di 0.18€ ciascuno per "SMS verso num. Altro Operatore Mobile", esattamente per come previsto dal profilo tariffario dell'Utente*" e che "*l'Utente è libero di bloccare chiamate o SMS in entrata e/o in uscita agendo direttamente sul suo terminale, cosa che invece la scrivente non può certamente fare*".

La doglianza dell'istante è meritevole di accoglimento per i motivi di seguito esposti.

In proposito, giova rammentare la disciplina generale dell'onere della prova dettata dall'art. 2697 c.c. secondo cui "*chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda*". Alla luce dell'interpretazione resa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza 30 ottobre 2001 n. 13533 (cui si è conformata tutta la giurisprudenza di legittimità successiva: cfr. sentt. nn. 2387/2004, 1743/2007, 9351/2007, 26953/2008, 15677/2009 e 936/2010), il creditore che agisca 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, mentre può limitarsi ad allegare l'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.

Nel caso di specie, in merito alla contestazione dell'istante relativa ad addebiti di SMS a fronte di chiamate ricevute, l'operatore ha dedotto di aver correttamente addebitato SMS inviati verso un numero di un altro operatore mobile secondo quanto previsto dalle condizioni economiche pattuite, senza tuttavia allegare il dettaglio del traffico relativo alle chiamate ricevute dall'istante.

Sul punto, si evidenzia che dal complessivo esame del corredo istruttorio relativo sia all'istanza di conciliazione che a quella di definizione, risulta che l'istante ha prodotto le schermate del telefono cellulare che riportano "*Chiamate ricevute*" dai seguenti numeri mobili: 329 289xxxx, 348 985xxxx (due chiamate), 333 300xxxx e 348 321xxxx. Al riguardo, nel tabulato del traffico depositato dall'operatore non è presente nessuna delle suddette chiamate ricevute (e, per la precisione, non si rileva alcuna chiamata ricevuta) ma, in corrispondenza di ognuna di esse, risulta un "*SMS inviato verso num. Altro Operatore Mobile*".

Si specifica inoltre che è da ritenersi priva di pregio l'argomentazione dell'operatore in merito alla possibilità di bloccare le chiamate e gli SMS in entrata e/o in uscita esclusivamente da parte dell'istante agendo direttamente sul suo terminale, trattandosi di operazione che nel caso di specie poteva essere eseguita solo successivamente al verificarsi dell'evento contestato, e cioè dell'addebito per la chiamata ricevuta da numerazione prima sconosciuta all'istante, a meno di non bloccare la totalità delle chiamate/SMS.

Quindi considerato che, in ragione della natura contrattuale del rapporto di fornitura, incombe sul gestore telefonico l'onere probatorio del corretto computo dei costi e che Postepay non ha dato

evidenza della correttezza degli importi addebitati per gli SMS in questione, deve disporsi il relativo storno/rimborso.

Ciò posto, ai fini del calcolo dell'importo complessivo da stornare o rimborsare, verranno considerati gli addebiti relativi ai cinque SMS che, nel tabulato prodotto dall'operatore e dall'istante, risultano inviati verso i seguenti numeri: 329 289xxxx (in data 5 luglio 2024 alle ore 12:00) 348 985xxxx (in data 16 luglio 2024 alle ore 15:24 e in data 22 luglio 2024 alle ore 18:38) 333 300xxxx (in data 19 luglio alle ore 13:42) e 348 321xxxx (in data 22 luglio 2024 alle ore 10:04). Al riguardo si precisa che non verranno considerati i due SMS addebitati nelle date del 25 e 26 giugno 2024, così come risultanti nel tabulato, in quanto l'istante non ha fornito evidenza della relativa chiamata ricevuta.

Ne consegue che l'istante ha diritto allo storno (o al rimborso, in caso di avvenuto pagamento) dell'importo complessivo di euro 0,90 corrispondente alla somma del costo di cinque SMS (euro 0,18 cadauno) addebitati ingiustificatamente sull'utenza n. 380 413xxxx nonché al ritiro, a cura e spese del gestore, della pratica di recupero del credito eventualmente aperta per tale insoluto.

### **DETERMINA**

- PostePay SpA (PosteMobile), in parziale accoglimento dell'istanza del 20/08/2024, è tenuta a regolarizzare la posizione contabile amministrativa dell'istante entro sessanta giorni dalla notifica del presente provvedimento mediante lo storno (o il rimborso, in caso di avvenuto pagamento, con le modalità di pagamento indicate in istanza, oltre agli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza) della somma complessiva di euro 0,90 (zero/90), corrispondente alla somma del costo di cinque SMS (euro 0,18 cadauno) addebitati ingiustificatamente sull'utenza n. 380 413xxxx. La società è tenuta inoltre a ritirare a propria cura e spese la pratica di recupero del credito eventualmente aperta per tale insoluto.

Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 30, comma 12, del Codice.

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 dirigente

Cinzia Guerrini

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