

DELIBERA N. 48/10/CIR

Definizione della controversia
Cecere Palazzo / Telecom Italia S.p.A.

L'AUTORITA'

NELLA sua riunione della Commissione per le Infrastrutture e le reti del 15 luglio 2010;

VISTA 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'articolo 1, comma 6, lettera a), n.14;

VISTA 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";

VISTO l'articolo 84 del decreto legislativo del 1° agosto 2003, n. 259 recante "Codice delle comunicazioni elettroniche";

VISTA la Delibera n.173/07/CONS "Approvazione del regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione e utenti" pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n.120 del 25 maggio 2007;

VISTO il regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, approvato con delibera n. 316/02/CONS del 9 ottobre 2002, e successive modifiche ed integrazioni;

VISTA l'istanza del 29 ottobre 2007, prot. n. 0064469, con la quale il sig. Cecere Palazzo ha chiesto l'intervento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni per la definizione della controversia in essere con la società Telecom Italia S.p.A. (di seguito, Telecom Italia);

VISTA la nota del 30 ottobre 2007 (prot. n.0064762), con la quale la Direzione tutela dei consumatori ha comunicato alle parti, ai sensi dell'articolo 15 del summenzionato regolamento, l'avvio di un procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della deferita controversia, invitando le parti stesse a presentarsi all'udienza per la discussione della controversia in data 4 dicembre 2007;

VISTA la memoria integrativa presentata dalla parte istante con nota del 23 novembre 2007, acquisita al protocollo n. 5007/07/DIT di questa Autorità;

UDITE entrambe le parti come si evince dal verbale della suindicata udienza;

VISTA la nota del 7 aprile 2009 prot. n. 0028929, con la quale la Direzione Tutela dei Consumatori ha richiesto ad entrambe le parti la documentazione integrativa in ordine alla questione controversa, utile al completamento dell'istruttoria, ai sensi dell'articolo 18, comma 2, della delibera n.173/07/CONS;

PRESO ATTO del mancato riscontro da parte della società Telecom Italia S.p.A. alla predetta richiesta di integrazione istruttoria;

VISTA la nota del 27 aprile 2009 (prot. n. 0033729) con la quale il sig. Cecere Palazzo, in risposta alla predetta richiesta istruttoria, ha prodotto ulteriore documentazione probatoria ad integrazione dell'istanza;

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

CONSIDERATO quanto segue:

I. Oggetto della controversia e svolgimento istruttorio

Il sig. Cecere Palazzo, titolare della numerazione mobile Tim: xxxx, lamenta l'impossibilità ad effettuare la portabilità dall'operatore mobile donator Telecom Italia S.p.A. (di seguito Telecom) all'operatore mobile recipient Vodafone Omnitel NV (di seguito Vodafone), derivata dalla negazione del gestore al trasferimento del credito residuo.

In particolare dall'istanza introduttiva del procedimento è emerso che:

i. in data 19 luglio 2007 l'istante ha richiesto alla società Telecom Italia contestualmente alla portabilità del proprio numero mobile verso l'operatore Vodafone, la trasferibilità del credito residuo;

ii. la società Telecom Italia con un messaggio inviato in data 31 luglio 2007 notificava all'utente quanto segue: *"..nell' attesa che il passaggio verso altro gestore sia completato, ti ricordiamo che il credito residuo non potrà essere trasferito."*;

iii. in data 1 agosto 2007, l'istante diffidava la società resistente a procedere al riconoscimento del credito residuo nonché al trasferimento dello stesso verso altro operatore.

iv. a seguito del diniego alla concessione del diritto alla portabilità del credito residuo, il cliente esperiva con esito negativo il tentativo obbligatorio di conciliazione presso la Camera di Commercio di Benevento.

Per quanto sopra esposto, il sig. Cecere Palazzo chiede alla Telecom Italia: a) il pagamento a titolo di risarcimento danni della somma di euro 600,00 oltre il rimborso di euro 120,00 per le spese procedurali; b) il riconoscimento del diritto alla conservazione del credito residuo ed alla portabilità dello stesso.

Nel corso dell'udienza del 4 dicembre 2007, la società Telecom Italia S.p.A., ha evidenziato che : *“...è opportuno differenziare la modalità di portabilità della numerazione verso altro operatore, ovviamente realizzabile, dalla portabilità del credito residuo all'atto di passaggio in MNP verso altro OLO, sottolineando l'impossibilità tecnica di trasferire un credito di cui è titolare l'utente su una piattaforma informatica di altro operatore..”...e ancora afferma “...Telecom, restituisce agli utenti i crediti residui alla data di cessazione del rapporto contrattuale con le modalità allo stato disponibili. Prende atto come la richiesta di portabilità della numerazione, come dichiarato dall'istante, non è stata realizzata per rinuncia dello stesso, e nel contestare quanto richiesto dall'istante in ordine al risarcimento del danno si rende disponibile a realizzare la portabilità verso l'operatore che vorrà indicare e a restituire a mezzo assegno o sottoforma di bonus di traffico da accreditare su altra scheda prepagata Tim l'importo risultante come credito residuo alla data della portabilità realizzata nonché a riconoscere l'importo di euro 126,00 a titolo d'indennizzo, come calcolato ai sensi dell' art.8 della Carta dei Servizi mobili.”*

La parte istante rifiuta la proposta d'indennizzo, insistendo nell'accoglimento delle richieste formulate nell'istanza del 29 ottobre 2007.

II. Motivi della decisione

L'oggetto della controversia si incentra sul rifiuto da parte del gestore Telecom Italia al trasferimento del credito residuo nell'ipotesi di trasferimento portabilità dell'utenza verso altro operatore.

Relativamente alla domanda di risarcimento del danno, in via preliminare si deve evidenziare che la liquidazione del danno esula dalle competenze dell'Autorità, la quale, in sede di definizione delle controversie di cui alla delibera 173/07/CONS, è chiamata a verificare solo la sussistenza del fatto obiettivo dell'inadempimento, come previsto espressamente dall'articolo 19, comma 4, della citata delibera: *“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”*. Pertanto tale richiesta non può trovare accoglimento in questa sede.

Per quanto concerne la richiesta di trasferimento del credito residuo verso altro operatore all'atto di portabilità dell'utenza, non può essere accolta, in quanto il predetto trasferimento al tempo in cui fu richiesto dal sig. Cecere Palazzo era tecnicamente impossibile.

Al riguardo giova osservare che la norma di cui all'art.1, co.1 e 3, della legge 40/07 prevede che: *“nei contratti di telefonia, di reti televisive e di comunicazioni elettroniche è vietata la previsione di limiti temporali massimi di utilizzo del traffico telefonico.”* e ancora prevede per il contraente: *“la facoltà di trasferire le utenze presso un altro operatore senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e senza spese non giustificate da costi dell'operatore”*. Con tale dettato il legislatore da una parte ha

consacrato il principio della conservazione del credito acquistato in capo all'utente, che pertanto dovrebbe poterne sempre disporre, sia che receda, sia che aderisca alle offerte di un operatore concorrente; dall'altra ha implicitamente riconosciuto, in capo all'utente che richiede la portabilità, il diritto alla trasferibilità del credito residuo, escludendo pertanto che contro la sua volontà l'operatore possa ulteriormente trattenere le relative somme. Tali disposizioni confermano in modo inequivocabile la sopravvivenza del credito residuo rispetto allo scioglimento del rapporto contrattuale con il singolo operatore e comportano il diritto alla sua restituzione per l'utente che recede, oltre che al suo trasferimento nel caso di portabilità delle utenze. La perdita dell'eventuale credito residuo, infatti, non può in alcun modo essere considerata una spesa giustificata da costi dell'operatore, come tale suscettibile di essere posta a carico degli utenti in caso di esercizio delle facoltà di recesso o di trasferimento: ciò anche perché una simile lettura potrebbe avere l'effetto di aggirare le finalità pro-concorrenziali espresse dalla Legge n.40/2007, creando delle barriere alle scelte degli utenti, e sarebbe quindi ritenuta sotto ogni aspetto illegittima. D'altro canto, il disconoscimento del diritto dell'utenza al credito residuo equivarrebbe a disconoscere l'effetto della volontà di recedere, differendone gli effetti in avanti nel tempo attraverso l'imposizione di un vincolo temporale non giustificato, con la conseguenza di violare la legge n. 40/2007 anche sotto questo profilo. Pertanto, dal momento dello scioglimento del rapporto contrattuale per qualsiasi causa (ivi compresi i casi di esercizio di recesso, trasferimento dell'utenza presso altro operatore e risoluzione per inadempimento) l'utente ha diritto al riconoscimento dell'eventuale credito residuo.

Nel caso di specie si osserva, però, come da parte della società Telecom Italia non ci sia stato il disconoscimento del diritto dell'utente al credito residuo. A conferma di ciò, si sottolinea che in sede di udienza la medesima società si è resa infatti disponibile non solo a restituire, a mezzo assegno, il credito residuo ma anche ad effettuare il trasferimento dello stesso su altra scheda prepagata Tim.

E'opportuno altresì evidenziare che la società resistente, pur riconoscendo il diritto dell'istante alla conservazione del credito residuo nel caso di portabilità dell'utenza presso il gestore Vodafone, non ha potuto adempiere all'obbligo di trasferimento del credito sancito dalla legge n. 40/2007, perché al tempo della richiesta mancavano quegli accordi interoperatori indispensabili per individuare modalità uniformi per la portabilità e consentire così l'effettiva applicazione dell'intervento legislativo, nella piena attuazione dei diritti degli utenti.

Inoltre dall'analisi istruttoria appaiono contraddittorie le affermazioni rese dal sig. Clemente Cecere. Infatti esaminando la copia del modulo di portabilità, peraltro trasmessa dall'utente solo a seguito di richiesta da parte della Direzione, sembra che la parte istante non abbia mai richiesto alla società controparte, contestualmente alla portabilità dell'utenza, il trasferimento del credito.

VISTA la delibera 416/07/CONS recante "Diffida agli operatori di telefonia mobile ad adempiere l'obbligo di riconoscimento del credito residuo agli utenti ai sensi dell' art.1, co.3 della legge 40/2007", con la quale l'Autorità, dopo aver illustrato la ratio

e la portata di tutela degli utenti espressa dalle norme summenzionate diffida le società: Telecom Italia S.p.A., Vodafone Omnitel N.V., Wind Telecomunicazioni S.p.A., H3G S.p.A., Coop Italia e Carrefour Italia Mobile *“ad ottemperare, entro il termine massimo di 45 giorni all’obbligo di restituzione del credito residuo in caso di trasferimento dell’utenza presso un altro operatore, ai sensi dell’art.1,co.3, della legge 40/2007, predisponendo tutte le attività tecniche e gestionali necessarie all’adempimento dell’obbligo di legge.”*;

VISTA la sentenza n.1775/2008 resa sul ricorso n.8100/2007 proposto da Telecom Italia S.p.A. per l’annullamento, previa sospensiva, della predetta delibera 416/07/CONS, con la quale il TAR Lazio ha rigettato la doglianza dell’operatore, salvo che sul punto della brevità del termine di 45 giorni indicato dall’ autorità per il compimento dell’ attività oggetto della diffida;

VISTA la delibera 353/08/CONS recante *“Nuovi termini per adempiere all’obbligo della portabilità del credito residuo in caso di trasferimento delle utenze di cui alla delibera 416/07/CONS ”*, con la quale l’Autorità, ritenuto necessario fissare il nuovo termine per l’attuazione degli obblighi di cui alla legge n.40/2007, diffida le predette società: *“ad ottemperare, entro il termine di 10 mesi all’obbligo di portabilità del credito residuo in caso di trasferimento dell’utenza presso un altro operatore, ai sensi del co.3 dell’articolo 1, della legge n.40/2007, predisponendo tutte le attività tecniche e gestionali necessarie all’adempimento di legge.”*;

PRESO ATTO che al tempo della richiesta formulata dall’utente, la società Telecom Italia S.p.A. non poteva provvedere al trasferimento del credito residuo verso altro operatore perché mancavano gli accordi interoperatori necessari al fine di adempiere agli obblighi di cui alla legge n. 40/2007;

VISTA la proposta della Direzione tutela dei consumatori;

UDITA la relazione del Commissario Roberto Napoli, relatore ai sensi dell'art. 29 del Regolamento per l'organizzazione ed il funzionamento;

DELIBERA

Il rigetto dell’istanza presentata dal sig. Cecere Palazzo.

Ai sensi dell’art. 1, comma 26, della legge 31 luglio 1997, n. 249, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell'art. 23 *bis*, comma 2, della legge 6 dicembre 1971 n. 1034 e successive integrazioni e modificazioni, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica del medesimo.

Roma, 15 luglio 2010

IL PRESIDENTE

Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE

Roberto Napoli

Per visto di conformità a quanto deliberato

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Viola