

## **Carte telefoniche - riconoscimento del credito residuo agli utenti**

Carte telefoniche - riconoscimento del credito residuo agli utenti che esercitano il diritto di recesso o di trasferimento' - escluso che il trattenimento, da parte dell'operatore, del credito residuo potesse ritenersi giustificato dalle spese sostenute per la cessazione del rapporto contrattuale trattandosi di una somma variabile da un massimo (che corrispo all'intero traffico telefonico acquistato) ad un minimo, mentre gli eventuali costi affrontati dall'operatore sono pressoché fis Consiglio di Stato Sentenza n. 02122 del 05/04/2011

Carte telefoniche - riconoscimento del credito residuo agli utenti che esercitano il diritto di recesso o di trasferimento - escluso che il trattenimento, da parte dell'operatore, del credito residuo potesse ritenersi giustificato dalle spese sostenute per la cessazione del rapporto contrattuale trattandosi di una somma variabile da un massimo (che corrisponde all'intero traffico telefonico acquistato) ad un minimo, mentre gli eventuali costi affrontati dall'operatore sono pressoché fissi - Consiglio di Stato Sentenza n. 02122 del 05/04/2011

### **FATTO e DIRITTO**

1. La Telecom Italia s.p.a. aveva impugnato davanti al TAR per il Lazio la delibera 416/07/CONS con la quale l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (in seguito anche Agcom o Autorità) aveva diffidato gli operatori di telefonia mobile ad adempiere l'obbligo di riconoscimento del credito residuo agli utenti che esercitano il diritto di recesso o di trasferimento, ai sensi dell'art. 1, comma 3, della legge n. 40 del 2007.

Il TAR per il Lazio, sede di Roma, con la sentenza della Sezione III TER, n. 1775 del 27 febbraio 2008, ha respinto il ricorso nella parte in cui la Telecom aveva contestato l'obbligo di riconoscimento agli utenti del credito residuo, in caso di recesso o di trasferimento dell'utenza presso altro operatore, e lo ha accolto nella parte in cui Telecom aveva denunciato (anche) l'incongruità del termine (di soli 45 giorni) che, con l'impugnato atto di diffida, l'Autorità aveva assegnato agli operatori per la restituzione al cliente del credito residuo (la questione del termine è stata poi oggetto della successiva delibera 353/08/CONS).

La Telecom Italia ha appellato l'indicata sentenza, per la parte in cui è rimasta soccombente, ritenendola erronea sotto diversi profili.

2.- Prima di esaminare i motivi dell'appello si deve ricordare che l'Agcom, con la delibera 416/07/CONS, era intervenuta per dare concreta attuazione alle disposizioni dettate dall'art. 1 della legge n. 40 del 2007, di conversione del d. l. n. 7 del 31 gennaio 2007 (decreto Bersani 1), per disciplinare il mercato delle carte prepagate che avevano avuto una grande diffusione come strumento di pagamento per i servizi telefonici. La sottoscrizione di carte prepagate era stata infatti preferita dall'utenza al più tradizionale strumento dell'abbonamento, finendo per diventare, nel caso della telefonia mobile, la modalità di pagamento prevalente.

2.1- Nel settore delle comunicazioni elettroniche, come osservato anche in una indagine

## **Carte telefoniche - riconoscimento del credito residuo agli utenti**

conoscitiva sulle carte prepagate svolta dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Provvedimento n. 19678 del 19 marzo 2009), le condizioni di offerta delle carte prepagate, in una prima fase, erano state caratterizzate dalla presenza di contributi di ricarica, dalla previsione di una scadenza delle carte, nonché dall'assenza di una previsione per il rimborso del credito residuo in caso di recesso anticipato o di scadenza della carta. Tali aspetti avevano determinato diverse problematiche sia riguardo alla protezione del consumatore sia per la tutela della concorrenza.

2.2- Il legislatore, con il d. l. n. 7 del 31 gennaio 2007, recante "Misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese", (cosiddetto decreto "Bersani 1"), convertito in legge n. 40 del 2 aprile 2007, ha quindi dettato una serie di disposizioni che hanno profondamente innovato le condizioni di servizio previste per le carte prepagate nel settore della telefonia, delle trasmissioni televisive e delle altre comunicazioni elettroniche, sia in merito ai contributi di ricarica, la cui applicazione è stata vietata, sia per quanto riguarda la scadenza del credito residuo, che è stata eliminata.

Il decreto legge n. 7 del 2007, all'art. 1, comma 1, ha infatti introdotto un generale divieto di previsione di termini temporali massimi per l'utilizzo di servizi acquistati con carte prepagate, sancendo la nullità di pieno diritto delle eventuali clausole adottate in difformità.

Successivamente la legge di conversione n. 40 del 2007, ha stabilito che è "vietata la previsione di termini temporali massimi di utilizzo del traffico o del servizio acquistato. Ogni eventuale clausola difforme è nulla e non comporta la nullità del contratto, fatti salvi i vincoli di durata di eventuali offerte promozionali comportanti prezzi più favorevoli per il consumatore".

Il comma 3 del medesimo articolo ha poi aggiunto che "i contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia e di reti televisive e di comunicazione elettronica, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata, devono prevedere la facoltà del contraente di recedere dal contratto o di trasferire le utenze presso altro operatore senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e senza spese non giustificate da costi dell'operatore e non possono imporre un obbligo di preavviso superiore a trenta giorni".

2.3- L'Agcom, dopo aver dettato apposite Linee Guida (pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale il 13 luglio 2007) per l'attività di vigilanza da effettuare ai sensi dell'art. 1, comma 4, della legge n. 40 del 2007, avendo rilevato che solo gli operatori Vodafone e Coop avevano riconosciuto ai consumatori finali la restituzione e la portabilità del credito residuo (mentre H3G aveva manifestato l'intenzione di provvedere successivamente), ha ritenuto, con la deliberazione 416/07/CONS, di diffidare gli operatori telefonici ad ottemperare all'obbligo di restituzione del credito residuo in caso di recesso ed a quello di portabilità dello stesso credito, in caso di trasferimento dell'utenza presso un altro operatore.

2.4- Secondo l'Agcom tale obbligatorietà, per gli operatori telefonici, deriva dal combinato disposto dei commi 1 e 3 dell'art. 1, della legge 40 del 2007. Deve essere, infatti, fatta applicazione dei principi civilistici della sinallagmaticità e della causalità delle attribuzioni

## **Carte telefoniche - riconoscimento del credito residuo agli utenti**

patrimoniali per cui, a fronte dell'estinzione anticipata di un rapporto, le prestazioni a suo tempo anticipate, alle quali non ha ancora fatto seguito la controprestazione, devono essere restituite. Diversamente se gli operatori incamerassero il credito rimasto inutilizzato al momento del recesso/trasferimento dell'utenza si configurerebbe un arricchimento senza causa dal momento che essi introiterebbero il corrispettivo per una prestazione non resa.

3.- Ciò premesso possono essere ora esaminati i motivi dell'appello proposto dalla Telecom Italia avverso la sentenza del TAR per il Lazio che ha respinto il ricorso nella parte in cui la stessa Telecom aveva contestato l'esistenza di un obbligo di restituzione agli utenti del credito residuo.

I motivi di appello sono sostanzialmente riconducibili a due ordini di doglianze.

Con il primo motivo la Telecom Italia ha lamentato la violazione dell'art. 112 c.p.c. per l'omessa pronuncia del TAR su almeno tre aspetti decisivi della controversia riguardanti:

a) l'interpretazione letterale della legge: in quanto l'art. 1 della legge 40 del 2007 non prevede l'obbligo imposto con la diffida impugnata e tale omessa previsione non legittimava l'Agcom ad esercitare un potere regolamentare integrativo del precetto legale e, in realtà, del tutto innovativo, dovendo la gestione delle conseguenze del recesso essere affidata all'autonomia delle parti, ai sensi dell'art. 1322 c.c.;

b) le modalità con le quali la Telecom ha dato concreta attuazione al precetto normativo, in quanto il TAR (come l'Autorità) ha dato per scontato che vi fosse un'unica modalità restitutoria del credito/traffico residuo ed ha omesso di motivare sulle concrete attività poste in essere dalla stessa Telecom per adempiere alle disposizioni del decreto Bersani;

c) l'art. 33 del Codice del Consumo, in quanto Telecom non ha mai negato il diritto al credito residuo ma ha semplicemente inserito, nelle condizioni generali del servizio prepagato di telefonia mobile, la possibilità della sua fruizione futura da parte dell'utente, senza alcun limite temporale massimo.

4.- Il motivo, nelle sue diverse articolazioni, non è fondato.

Come è stato correttamente osservato dal TAR per il Lazio, l'obbligo di restituzione del credito residuo deve ritenersi infatti una implicita modalità attuativa di quanto disposto dai commi 1 e 3 dell'art. 1 del decreto Bersani.

Dal primo comma dell'art. 1, nella parte in cui 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 o del servizio acquistato, si desume, infatti, il principio della conservazione del credito acquistato dall'utente il quale può, quindi, sempre disporne, sia che receda sia che aderisca alle offerte di un operatore concorrente, con la conseguenza che il

## **Carte telefoniche - riconoscimento del credito residuo agli utenti**

diritto degli utenti alla sopravvivenza del credito residuo è riconosciuto (anche) rispetto all'eventuale scioglimento del rapporto contrattuale.

La norma di cui al successivo comma 3 dell'art. 1 poi, nel prevedere la facoltà di recesso e di trasferimento delle utenze senza vincoli temporali o ritardi non giustificati, nonché senza spese non giustificate da costi dell'operatore (e quindi in maniera tendenzialmente gratuita), conferma in maniera inequivocabile la sopravvivenza del credito residuo rispetto allo scioglimento del rapporto contrattuale con il singolo operatore e determina il diritto alla sua restituzione per l'utente che recede, oltre che alla sua portabilità nel caso di trasferimento dell'utenza.

4.1- L'obbligo di restituzione, pur non essendo quindi espressamente previsto dal citato art. 1 del decreto Bersani, discende comunque direttamente dal divieto legislativamente imposto agli operatori, dal comma 1 dell'articolo 1, di prefissare unilateralmente limiti temporali massimi all'utilizzo del traffico telefonico o del servizio acquistato "atteso che l'obiettivo dalla succitata norma perseguito sarebbe frustrato se al suddetto obbligo non si accompagnasse quello di restituire all'utente o di trasferire al nuovo operatore il credito residuo. In altri termini, la mancanza di un obbligo di restituzione o di trasferimento consentirebbe all'operatore ... di conservare, sia pure per altra via, il vantaggio economico che sino ad ora ha tratto dall'esistenza di un limite temporale di durata, cioè il corrispettivo economico di un traffico telefonico non completamente utilizzato dall'utente nel termine finale prefissato" (pagg. 10 e 11 della sentenza appellata).

Non essendo poi vietato ad uno stesso utente di avere più contratti con operatori diversi e non sussistendo costi da sostenere per l'attivazione della carta telefonica se non quelli relativi al costo effettivo del traffico acquistato, come affermato giustamente dal TAR, non sarebbe necessario per l'utente recedere da uno degli operatori per avviare il rapporto con altro operatore. Il recesso, infatti, avvantaggerebbe il solo operatore che sarebbe liberato dalla propria prestazione se non fosse consentito, alla controparte del rapporto, di recuperare la parte della prestazione che non ha utilizzato.

4.2- Come affermato dall'Agcom (e dal TAR nella appellata sentenza) la sopravvivenza del diritto dell'operatore a conservare gli importi residui verrebbe anche ad ostacolare la realizzazione di una concorrenza effettiva sul mercato di riferimento, creando delle barriere alle scelte degli utenti. L'utente che sa di non poter recuperare la parte di traffico non consumato difficilmente infatti abbandonerebbe l'operatore con il quale ha stipulato il contratto di ricarica per passare ad altro operatore che propone sul mercato offerte più convenienti.

D'altro canto, il disconoscimento del diritto dell'utenza al credito residuo equivarrebbe a disconoscere l'effetto della volontà negoziale dell'utente di recedere, differendone gli effetti in avanti nel tempo attraverso l'imposizione di un vincolo temporale non giustificato, con la conseguenza di violare, anche sotto questo profilo, la legge n. 40 del 2007.

4.3- La sentenza del TAR risulta quindi condivisibile, dovendosi ritenere l'obbligo di restituzione

## **Carte telefoniche - riconoscimento del credito residuo agli utenti**

agli utenti del credito residuo una conseguenza diretta ed immediata delle due disposizioni contenute nei commi 1 e 3 dell'art. 1 della legge n. 40 del 2007.

4.4- Non è poi vero, come affermato nell'appello, che il TAR ha ommesso di considerare le modalità con le quali Telecom ha inteso dare attuazione alle disposizioni in questione.

La Telecom aveva in proposito ricordato che il suo cliente poteva sempre recedere dal contratto senza dover sopportare alcun costo. Dal momento in cui il cliente esercitava il diritto di recesso lo stesso aveva un periodo di trenta giorni per utilizzare l'eventuale traffico ancora a disposizione; poteva poi trasferire gratuitamente il credito residuo su altra Tim Card propria o di altro intestatario; qualora non esercitava tale opzione, Telecom aveva previsto che l'eventuale credito residuo venisse mantenuto a nome dello stesso cliente sui propri sistemi informativi senza limiti temporali.

Sul punto il TAR aveva peraltro osservato che proprio il comportamento imprenditoriale di Telecom aveva confermato la correttezza delle conclusioni alle quali l'Autorità era pervenuta nel configurare l'esistenza di un "credito residuo". Telecom, infatti, riconosceva al proprio cliente il credito residuo ma invece di restituirlo materialmente o trasferirlo, su richiesta, ad altro operatore si dichiarava disponibile a riversarlo su altra carta Tim Card dello stesso cliente o di altro intestatario o, in subordine, a mantenere il credito a nome dello stesso cliente sui propri sistemi informativi.

Ma allora, come ha affermato il TAR per il Lazio, o il credito residuo non è configurabile, stante la natura del contratto di ricarica ad esecuzione istantanea e ad effetti reali (come assume la Telecom) e allora non può essere neanche trasferito su altra Tim Card dello stesso operatore; o il credito esiste, stante la natura del contratto ad effetti obbligatori (come afferma, invece, l'Autorità). Ma se esiste, è possibile configurare (anche) il diritto del cliente a ritornarne nella piena disponibilità.

4.5- Risulta, quindi, non coerente, con il contesto normativo che si è prima esaminato, ed anche in relazione al citato art. 33 del Codice del Consumo, la scelta di Telecom di dare attuazione alle disposizioni sul credito residuo con le predette modalità che devono ritenersi parzialmente elusive del precetto normativo.

4.6- Si può quindi concludere sul punto affermando che il combinato disposto dei commi 1 e 3 dell'art. 1 della legge n. 40 del 2007 sancisce il diritto degli utenti al riconoscimento del "credito residuo" ed anche alla sua trasferibilità fra gli operatori in caso di portabilità del numero.

5.- Con il secondo motivo la Telecom insiste nel ritenere che la delibera dell'Agcom 416/07/CONS è viziata per l'erronea interpretazione dell'art. 1 della legge n. 40 del 2007 e sostiene che la sentenza del TAR Lazio risulta erronea (anche) in relazione alla affermata natura giuridica del contratto di ricarica, avendo il giudice di primo grado trascurato che non si può configurare un contratto di durata quando le obbligazioni di durata non riguardano

## **Carte telefoniche - riconoscimento del credito residuo agli utenti**

entrambe le parti mentre il contratto (di ricarica) stipulato da Telecom con i propri clienti ha natura di contratto a prestazioni corrispettive, ad effetti reali e ad esecuzione istantanea, ex artt. 1376 e 1377 cod. civ..

Il TAR, secondo la Telecom, non ha inoltre considerato che, comunque si voglia qualificare il rapporto operatore-utente (se fondato su un rapporto di somministrazione ed uno di acquisto di ricarica, oppure su un unico contratto di durata), l'utente, con l'acquisto di una ricarica (commercializzata in vari tagli), diventa titolare di una determinata quantità di traffico telefonico per un corrispettivo pari al traffico acquistato. La ricarica è quindi configurabile come un quid non frazionabile e il corrispettivo pagato dal cliente costituisce la controprestazione per il suo acquisto, con la conseguente impossibilità di riconoscere il diritto alla restituzione della parte non utilizzata.

6.- Anche tale motivo non è fondato.

Risultano infatti condivisibili le conclusioni alle quali è pervenuta l'Agcom (e che sono state ritenute corrette dal TAR per il Lazio), secondo cui deve escludersi che l'acquisto di una ricarica telefonica costituisca un contratto i cui effetti si realizzano e si completano nel momento dell'acquisto della carta.

Gli effetti dell'acquisto della carta non si completano (ed esauriscono), infatti, con l'atto di acquisto (e quindi nello scambio fra il denaro dell'utente e la carta) ma si protraggono nel tempo e la carta costituisce solo il mezzo (con il suo contenuto di credito) che l'utente ha per poter utilizzare il servizio telefonico oggetto del contratto di somministrazione.

6.1- La ricarica telefonica ha quindi natura di carta prepagata perché consente di usufruire del servizio telefonico dell'operatore prescelto per l'ammontare della carta stessa (e per le sue frazioni), nei limiti del credito (pre)acquistato.

La carta può essere utilizzata completamente (ed allora non si pone alcun problema) o può essere utilizzata parzialmente. Ed in tal caso il legislatore ben può prevedere che la parte non utilizzata (che è un credito dell'utente nei confronti dell'operatore) debba essere restituita all'utente, parte debole del rapporto contrattuale, con il venir meno del diritto alla controprestazione in caso di recesso.

L'utente ha, infatti, versato anticipatamente del denaro per prestazioni non ancora effettuate dall'operatore telefonico e, se parte di quelle prestazioni non sono più richieste (anche per volontà dell'utente), lo stesso risulta titolare di un "credito residuo" per la parte della carta che non è stata ancora utilizzata.

E si sono già, in precedenza, indicate le ragioni per le quali il diritto di recesso previsto dal decreto Bersani non rende possibile agli operatori telefonici di incamerare (o accantonare) tale credito ma comporta per gli stessi il dovere di riconoscere agli utenti il loro credito residuo.

## **Carte telefoniche - riconoscimento del credito residuo agli utenti**

6.2- Anche a voler condividere la tesi della Telecom, secondo cui i contratti stipulati tra operatore di rete mobile e utente sono due: il contratto (cd. contratto di utenza) che il cliente stipula con l'operatore, per la messa a disposizione della linea telefonica, e il contratto di acquisto del traffico telefonico, non può però negarsi che i due contratti siano indissolubilmente legati, con la conseguenza che non si può sostenere che sciolto il primo (con il recesso) non si determinino effetti anche sul secondo, che non può (evidentemente) sopravvivere.

In tale quadro la mancanza di un obbligo di restituzione (o di trasferimento) del credito residuo consentirebbe all'operatore di conservare un ingiustificato vantaggio economico a fronte di una prestazione non corrisposta o solo parzialmente corrisposta. Ciò giustifica l'obbligo di restituzione (o di trasferimento) del credito residuo che si deve ritenere discenda direttamente dalle disposizioni di cui ai commi 1 e 3 dell'art. 1 della legge n. 40 del 2007.

7.- Con un ulteriore motivo la Telecom Italia ha poi anche censurato la sentenza del TAR per vizio di ultra petita, laddove ha escluso che il trattenimento da parte dell'operatore del credito residuo poteva essere giustificato dalle spese sostenute per la cessazione del rapporto contrattuale.

Ma tale censura non può essere condivisa.

Il TAR ha infatti escluso che il trattenimento, da parte dell'operatore, del credito residuo potesse ritenersi giustificato dalle spese sostenute per la cessazione del rapporto contrattuale trattandosi di una somma variabile da un massimo (che corrisponde all'intero traffico telefonico acquistato) ad un minimo, mentre gli eventuali costi affrontati dall'operatore sono pressoché fissi.

Tali argomentazioni sono del tutto condivisibili e non costituiscono una impropria valutazione sulla questione degli (eventuali) costi del recesso che sono disciplinati dal comma 3 dell'art. 1 del decreto Bersani secondo cui il recesso deve essere consentito senza spese non giustificate da costi dell'operatore.

8.- Né può essere censurata l'appellata sentenza per aver affermato (fra l'altro) che l'interpretazione fornita fosse la sola coerente con la tutela della concorrenza essendo innegabile, per quanto si è esposto, che la sopravvivenza del diritto dell'operatore a conservare gli importi residui avrebbe ostacolato la realizzazione di una concorrenza effettiva sul mercato di riferimento, creando delle barriere alle scelte degli utenti.

9.- Per tutti gli esposti motivi l'appello deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

## **Carte telefoniche - riconoscimento del credito residuo agli utenti**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sull'appello (n. 4434 del 2008), come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante Telecom Italia al pagamento di € 2.500 (duemilacinquecento) in favore dell'amministrazione resistente per le spese e le competenze del grado di appello.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati: