



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Stralcio)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9793 del 2011, proposto da Soc
(omissis) S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dagli avvocati (omissis) (omissis)

(omissis) (omissis) con domicilio eletto presso lo Studio Legale
(omissis) in Roma, via (omissis)

contro

Autorità per Le Garanzie Nelle Comunicazioni, in persona del legale
rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura
Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi,
12;

per l'annullamento

della delibera n. 393/11/cons recante ingiunzione per la violazione
dell'art. 70 del d.l. 01/08/2003, n. 259 in combinato disposto all'art.19
comma 3 della del.n, 274/07/con riferimento alla procedura di migrazione
- art. 119 c.p.a.

Visto l'art.84 commi 5 e 6 d.l.n.18/2020, conv. in l. n.27/2020;

Visto l'art.4 d.l. n.28/2020;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Autorità per Le Garanzie Nelle Comunicazioni;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza di smaltimento del giorno 19 giugno 2020, il Cons. Ines Simona Immacolata Pisano, nessuno presente per le parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe depositato in data 25.11.2011 (omissis) S.p.A. ha chiesto l'annullamento, deducendone l'illegittimità sotto vari profili, della delibera n. 393/11/CONS del 6 luglio 2011 con cui l'AGCOM - avendo ritenuto accertata la violazione dell'art. 70 D.Lgs. 259/2003 (Codice delle comunicazioni elettroniche) in combinato disposto con l'articolo 19, comma 3, della delibera n. 4/06/CONS, come modificato dalla delibera n. 274/07/CONS – le ha irrogato la sanzione pecuniaria prevista dall'art. 98, comma 16, del medesimo D.Lgs. 259/2003 in misura pari al minimo edittale (euro 58.000,00).

Il procedimento veniva avviato in seguito alla segnalazione del Sig. L.D.M. il quale, in data 8 aprile 2010, si rivolgeva all'Autorità denunciando il mancato passaggio della propria utenza telefonica n. (omissis) su rete Telecom Italia.

All'esito dell'attività preistruttoria, l'Autorità contestava la violazione dell'art. 70 del Codice in combinato disposto con l'art. 19, comma 3, della delibera n. 4/06/CONS, così come modificata dalla delibera n. 274/07/CONS (cfr. verbali n. 6/11/DIT del 28 febbraio 2011).

In particolare l'Autorità contestava alla società di avere impiegato 46 giorni dall'arrivo della richiesta di disdetta del servizio da parte del richiedente

(ricevuta in data 18 gennaio 2010) per emettere l'ordine di cessazione, inviato a (omissis) solo in data 5 marzo 2010. E ciò a fronte di quanto previsto dalla normativa di settore che, al predetto art. 19, comma 3, prevede che l'operatore alternativo che riceve tale ordine lo "inoltra senza indugio all'operatore notificato [...] e comunque nel termine utile per rispettare la volontà dell'utente in linea con quanto previsto dal contratto per i tempi di preavviso".

Nell'ambito del procedimento sanzionatorio che ne è seguito, con specifico riferimento al ritardo contestato dall'Autorità, (omissis) si difendeva imputando l'allungamento delle tempistiche della procedura alle verifiche sull'identità del richiedente che la stessa aveva dovuto svolgere, stante l'incompletezza della comunicazione di recesso da parte dell'utente, non corredata del documento d'identità del cliente, come previsto dall'art. 3, comma 2, delle condizioni generali di contratto. In ragione di ciò, la Società sosteneva che non sarebbe stato corretto far decorrere il termine per la lavorazione della richiesta dal 18 gennaio 2010 (data in cui l'operatore aveva avuto conoscenza della volontà di recesso del cliente).

Con il primo motivo, parte ricorrente contesta la violazione del principio di legalità di cui all'art. 1 della legge 689/1981, rilevando che l'art. 70 del d.lgs. 259/2003 (recante il "Codice delle comunicazioni elettroniche") - che, al comma 1, sancisce il "diritto degli utenti di stipulare contratti con una o più imprese che forniscono la connessione o l'accesso alla rete telefonica pubblica"- fisserebbe una serie di disposizioni relative al rapporto contrattuale tra l'utente ed il singolo gestore ma non disciplinerebbe le procedure di passaggio di utenti tra le compagnie telefoniche, conseguentemente ritenendo che la mancata e/o inesatta gestione della richiesta di migrazione da parte dell'operatore donating (che nel caso di specie è la ricorrente) non potrebbe determinare la violazione dell'art. 70 del Codice.

Evidenzia al riguardo parte ricorrente che la condotta di (omissis) sanzionata dall'Agcom, riguarda le procedure "di migrazione dei clienti tra gli operatori" e "per la cessazione dei servizi di accesso" da porre in essere durante la fase di "esecuzione" del contratto, quali fattispecie disciplinate non già dagli anzidetti artt. 70 e 98 co. 16 del d.lgs. 259/2003 - che si riferiscono ai poteri di vigilanza e sanzionatorio attribuiti all'Agcom in ordine al contenuto dei contratti da stipulare e, come tali, concernenti la fase "precontrattuale" - ma dagli artt. 18 e 19 della Delibera n.4/06/CONS come modificati dall'art. 2 della Delibera n. 274/07/CONS.

Con il secondo motivo, parte ricorrente lamenta l'illegittima applicazione delle disposizioni finali della delibera n. 274/07/CONS (con particolare riferimento all'art. 4) laddove si prevede che il mancato rispetto delle disposizioni da parte di tutti gli operatori interessati dalle procedure di migrazione, inclusa (omissis) comporta "l'applicazione delle sanzioni previste dalla normativa vigente".

Con il terzo motivo, la ricorrente contesta l'illogicità e la contraddittorietà, sotto molteplici profili, della motivazione del provvedimento.

Con il quarto motivo si contesta l'errata applicazione delle tempistiche di cui all'art. 19, comma 3 della delibera n. 4/06/CONS in quanto la norma non prevederebbe un termine perentorio entro cui evadere la richiesta di cessazione del cliente ma farebbe espresso rinvio alle disposizioni contrattuali sui tempi di preavviso in caso di recesso da parte dell'utente.

Nel caso di specie, come dichiarato nelle proprie memorie difensive, (omissis) avrebbe operato legittimamente dando seguito alla richiesta di cessazione dell'utente nel minor tempo possibile, compatibile con quanto previsto dalle sue condizioni generali di contratto che riconoscono il diritto dell'utente di recedere dal contratto "dandone comunicazione con almeno 30 giorni di anticipo" ed "allegando una copia del documento d'identità". Segnatamente, quindi, la richiesta di cessazione dell'utente senza allegare

copia del documento d'identità avrebbe comportato che la cessazione venisse conclusa solo in data 5 marzo 2010.

Sotto un distinto ma collegato profilo, lamenta un difetto di istruttoria poiché l'Autorità non avrebbe attentamente considerato i fatti all'origine della controversia, sebbene essi siano stati portati alla sua conoscenza tanto nelle note trasmette in data 4 agosto 2010 e 2 novembre 2010 quanto nella memoria difensiva del 29 marzo 2011. In base a tali deduzioni, si sarebbe dimostrato che l'incompletezza e la difformità rispetto alle pattuizioni contrattuali della comunicazione di recesso inviata dall'utente, ha comportato una tempistica maggiore per l'evasione della pratica.

L' Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni si è costituita in giudizio con articolata memoria per avversare il ricorso, controdeducendo puntualmente a ciascuna censura, e nell'odierna udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

La questione attiene alla legittimità del provvedimento sanzionatorio con cui l'Autorità ha irrogato all'odierna ricorrente, ai sensi dell'art. 98, comma 16, del Codice, una sanzione pecuniaria di 58.000,00 (cinquantottomila) euro, ritenendo sussistente la violazione dell'art. 70 del medesimo Codice in combinato disposto con l'art. 19, comma 3, della delibera n. 4/06/CONS, come modificato dalla delibera n. 274/07/CONS, per avere nella sostanza asseritamente leso il diritto di un consumatore alla migrazione ad altra linea telefonica, avendo impiegato 46 giorni dall'arrivo della richiesta di disdetta del servizio da parte del richiedente (ricevuta in data 18 gennaio 2010) per emettere l'ordine di cessazione, inviato a Telecom Italia solo in data 5 marzo 2010.

Il ricorso merita accoglimento, in considerazione della fondatezza del primo e del quarto motivo, con assorbimento delle restanti doglianze.

In punto di fatto, giova innanzitutto evidenziare che nel caso in esame la segnalazione dell'utente all'Autorità di Garanzia riguardava l'operato non

di ----- (operatore donating) bensì di ----- (operatore recipient) e lamentava la mancata “portabilità del numero ad altro operatore”, con data inizio problema al 1 marzo 2010 e mancato riscontro al reclamo proposto dal cliente alla stessa Telecom in data 17.03.2010, malgrado il contratto di rientro stipulato telefonicamente con Telecom in data 18 gennaio 2020.

Tale ritardo veniva addebitato a ----- sulla premessa che quest’ultima non avrebbe provveduto a comunicare l’intervenuta cessazione del servizio di accesso, al fine di consentire l’esecuzione del nuovo contratto.

Va premesso che il Collegio concorda con l’Amministrazione nel ritenere che, sebbene l’art. 19, comma 3, non preveda un termine perentorio per comunicare la cessazione del servizio all’operatore notificato (nel caso specifico, Telecom Italia), ciò non autorizza l’operatore alternativo a disattendere la chiara indicazione di procedere al suo inoltro “senza indugio”, eventualmente approfittando del termine di preavviso previsto dalle sue condizioni contrattuali in caso di recesso (nel caso di specie 30 giorni), attesa la ratio delle disposizioni in esame, volta ad assicurare il diritto dell’utente al passaggio tra operatori in tempi rapidi e comunque senza ritardi ingiustificati.

E tuttavia, la comminazione di qualsiasi sanzione deve rispondere al rispetto del principio generale sancito nell’art.3 della Legge 24 novembre 1981, n.689 dell’imputabilità quantomeno a titolo di colpa, della violazione commessa, sicché nel caso in esame, la sanzione avrebbe potuto essere comminata solo a fronte di un evidente ritardo - rispetto all’obbligo di procedere “senza indugio” - nella comunicazione della richiesta di migrazione imputabile a (omissis)

Tale presupposto non sussiste, ad avviso del Collegio, nel caso in esame - avuto riguardo anche al contenuto dell’art.18, comma 2 lett a) della delibera 4/06/Cons che consente allo stesso cliente la possibilità di comunicare direttamente all’operatore recipient la richiesta di migrazione,

indicando l'operatore donating, o in alternativa, come avvenuto nel caso in esame, inoltrare la richiesta di migrazione all'operatore donating, in tal caso onerato di trasmetterla al recipient "senza indugio" - non potendo essere sottovalutata la circostanza di fatto che, effettivamente, l'utente che ha dato origine al procedimento in questione, pur avendo espresso la propria volontà di recedere dal proprio contratto con ----- già in data 15 gennaio 2010, non soltanto non ha presentato una formale richiesta di migrazione a ----- ma neppure ha allegato alla comunicazione di recesso il proprio documento di identità, che assurge ad elemento essenziale sia del recesso dal precedente contratto sia, soprattutto, ai fini della validità della richiesta di migrazione, in quanto conferisce certezza della provenienza della richiesta e della legittimazione del richiedente.

Diversamente da quanto ritenuto dall'Autorità, la circostanza che l'operatore ----- pur a fronte di una mera comunicazione di recesso nulla ed in assenza di una richiesta di migrazione ad altro operatore, abbia comunque comunicato di aver comunque dato avvio alla procedura per verificare la reale volontà del cliente, iniziando un processo di identificazione dello stesso, con conseguente allungamento delle tempistiche della procedura rispetto a quella prevista in presenza di una volontà di recesso validamente espressa, pertanto, anziché essere sanzionata avrebbe dovuto essere valorizzata, ai fini di escludere l'imputabilità del ritardo e quindi l'elemento psicologico della sanzione. Del resto, l'assenza di una reale volontà di ostacolare o intralciare il passaggio dell'utente ad altro operatore è dimostrata anche dalla comunicazione, benchè risultata erronea, del codice di migrazione all'utente medesimo, effettuata da ----- già in data 15 gennaio 2010 e peraltro indicato in tutte le fatture emesse (v. allegati 5 e 8 ricorso introduttivo), atteso che in mancanza di allegazione di un documento di identità non può biasimarsi il fatto che ----- abbia proceduto alla cessazione del contratto con l'utente solo in data 5 marzo 2010, senza

peraltro che a tale data fosse pervenuta alcuna richiesta di migrazione da parte del cliente (ma solo la volontà di recedere dal contratto con -----).

Ad ogni buon conto, ove effettivamente nel caso in esame volesse ravvisarsi una condotta ostruzionistica, poco collaborativa e tecnicamente inadeguata imputabile a ----- secondo i principi di cui alla legge n.689/1981, volta ad ostacolare il cliente nella sua volontà di passare ad altro operatore, la fattispecie - in quanto potenzialmente idonea a rappresentare un ostacolo non contrattuale, oneroso o sproporzionato, ... ai consumatori che intendono esercitare il diritto di risolvere il contratto, ovvero di rivolgersi ad altro operatore - rientrerebbe nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette di cui agli artt. 20 co. 2, 24 e 25 lett. d) del d.lgs. 206/2005 e non dunque, nell'ambito della violazione dell'art.70 del d.lgs. 259/2003 e, in via consequenziale, spetterebbe alla competenza dell'AGCM (e non dunque dell'Agcom) di irrogare le relative sanzioni (v., per una fattispecie analoga, T.A.R. Lazio, Sez. I, 16 luglio 2019, n. 9383; sentenza della C.G.U.E. del 13 settembre 2018 (v. punti 2.2,2.3, 2.3.1 e 2.3.2 della parte motiva).

In conclusione, il ricorso deve essere accolto e, per l'effetto, va annullata la sanzione in epigrafe impugnata.

Spese compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Stralcio), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla il provvedimento in epigrafe.

Compensa spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 giugno 2020 tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 84, comma 6, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. in l. n.27/2020, con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Savoia, Presidente

Ines Simona Immacolata Pisano, Consigliere, Estensore

Arturo Levato, Referendario

L'ESTENSORE

Ines Simona Immacolata Pisano

IL PRESIDENTE

Riccardo Savoia

IL SEGRETARIO