1 luglio 2008 0:00

Tlc e legge Bersani. Durata dei contratti. Lo stato dell'arte

di Elisa Fontanelli

La legge n. 40/2007, che ha convertito, con modifiche, il Decreto Legge n. 7/2007 (cd. Decreto Bersani-bis), all'art. 1, comma 1, prevede che "*Al fine di favorire la concorrenza e la trasparenza delle tariffe, di garantire ai consumatori finali un adeguato livello di conoscenza sugli effettivi prezzi del servizio, nonche' di facilitare il confronto tra le offerte presenti sul mercato, e' vietata, da parte degli operatori di telefonia, di reti televisive e di comunicazioni elettroniche, l'applicazione di costi fissi e di contributi per la ricarica di carte prepagate, anche via bancomat o in forma telematica, aggiuntivi rispetto al costo del traffico telefonico o del servizio richiesto. E' altresi' vietata la previsione di termini temporali massimi di utilizzo del traffico o del servizio acquistato. Ogni eventuale clausola difforme e' nulla e non comporta la nullita' del contratto, fatti salvi i vincoli di durata di eventuali offerte promozionali comportanti prezzi più favorevoli per il consumatore*".
Il comma 3 del medesimo art. 1, inoltre, prevede 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 facolta' 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*".
Com'e' noto, il Decreto Bersani-bis ha introdotto molte novita' nella materia dei contratti conclusi con gli operatori di telefonia, di reti televisive e di comunicazione elettronica, sottraendo alla regolamentazione delle parti la disciplina di molti aspetti negoziali, e affidandola a criteri unici ed uguali per tutti (1). Le novita' che qui interessano, in particolare riguardano:
a) l'abolizione dei costi di ricarica delle carte prepagate;
b) l'abolizione dei termini di scadenza del credito telefonico acquistato o del servizio pagato (oltre alla sim card, anche il numero di telefono ad essa associato), salvo nel caso in cui si tratti di offerte promozionali;
c) l'abolizione dei vincoli temporali del contratto di adesione, con conseguente facolta' di passaggio ad altro operatore, e semplificazione delle procedure di recesso anticipato o di trasferimento delle utenze. Viene stabilito a tal proposito che le operazioni devono essere consentite senza ritardo, senza spese non giustificate da costi dell'operatore e non possono richiedere un preavviso superiore a 30 giorni. I destinatari della nuova normativa sono **i gestori dei servizi**: ossia gli **operatori di telefonia**, sia fissa che mobile (ad es. Tim, Vodafone, Wind, Telecom, Infostrada, Fastweb, Tiscali, etc.), gli operatori **di reti televisive** (es. Sky, Mediaset Premium, etc.), e gli operatori che effettuano servizi **di comunicazioni elettroniche** (ai sensi dell'art. 1 lett. gg del decreto legislativo n. 259 del 2003 -cd. Codice delle comunicazioni elettroniche - sono tali "*i servizi, forniti di norma a pagamento, consistenti esclusivamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali su reti di comunicazione elettronica, compresi i servizi di telecomunicazioni e i servizi di trasmissione nelle reti utilizzate per la diffusione circolare radiotelevisiva, ad esclusione dei servizi che forniscono contenuti trasmessi utilizzando reti e servizi di comunicazione elettronica o che esercitano un controllo editoriale su tali contenuti*").
Se da un lato va dato atto alla legge di aver ridimensionato il potere contrattuale degli operatori di telecomunicazioni, dall'altro va detto che la normativa e' stata concepita in termini molto generici e per molti aspetti appare lacunosa, soprattutto riguardo i risvolti applicativi.
Tale impostazione ha determinato un proliferare di interpretazioni che di fatto hanno ritardato o addirittura annullato la portata innovativa della novella, lasciando ancora una volta l'utente da solo nel districarsi tra miriadi di clausole, articoli, omesse informazioni, prassi e quant'altro, il tutto a discapito delle finalita' del provvedimento che sarebbero state quelle di "favorire la concorrenza e la trasparenza delle tariffe, di garantire ai consumatori finali un adeguato livello di conoscenza sugli effettivi prezzi del servizio, nonche' di facilitare il confronto tra le offerte presenti sul mercato" (art. 1 comma 1 della L. 40/07).
Verrebbe da dire che l'entrata in vigore della legge non ha coinciso con la sua applicazione (cose che avvengono solo in Italia).
Tralasciando per il momento le questioni indicate nelle lettere a) e b) sopra citate, in questa sede vorremmo cercare di fare chiarezza sui riflessi pratici della disposizione che ha introdotto in particolare la possibilita' di recedere anticipatamente dai contratti conclusi con operatori telefonici, di reti televisive o di comunicazioni elettroniche (art. 1 comma 3 L. 40/07). Non perche' le summenzionate disposizioni abbiano avuto applicazione immediata (si veda ad esempio la delibera n. 416/07/CONS con la quale in data 2 agosto 2007 l'Autorita' per le garanzie nelle comunicazioni diffida Telecom, Vodafone, Wind, H3G, Carrefour Italia Mobile e Coop ad

ottemperare all'obbligo di restituzione del credito residuo) ma perche' a distanza di un anno dall'entrata in vigore della novella, a tutt'oggi questa parte del decreto risulta quella maggiormente disattesa.

ABOLIZIONE DELLE PENALI IN CASO DI RECESSO ANTICIPATO

Prima della legge Bersani, la gran parte dei contratti conclusi con i gestori di servizi di telefonia, di reti televisive e di comunicazioni elettroniche contenevano clausole che stabilivano i termini di durata dell'accordo negoziale e vincolavano il cliente al pagamento di penali in caso di recesso anticipato. La legge e' intervenuta appositamente -su questa come su altre misure che nei fatti disincentivavano l'utente dal terminare il rapporto contrattuale- per consentire agli utenti di godere di una maggiore liberta' di scelta da un lato, e favorire un'effettiva concorrenza commerciale tra i gestori dei servizi, dall'altro.

L'art. 1 comma 3 della l. 40/07, che stabilisce la facolta' per l'utente che ha concluso un **contratto di adesione** con un operatore di telefonia, di reti televisive o di comunicazioni elettroniche di recedere in ogni momento ("senza vincoli temporali o ritardi non giustificati"), in maniera tendenzialmente gratuita ("senza spese non giustificate da costi dell'operatore"), nelle intenzioni del legislatore avrebbe dovuto rispondere a questa ratio.

In realta', per molto tempo questa disposizione e' stata a lungo ignorata dai gestori, i quali, facendo leva sulla genericita' della dizione "costi dell'operatore", hanno continuato a chiedere il pagamento di penali, in maniera piu' o meno celata. In effetti, la norma non ha posto nessun criterio per quantificare il costo di disattivazione, e per distinguerlo da eventuali caparre penitenziali non consentite.

Nello specifico, allora, quali sono i costi che i gestori dal 2007 possono legittimamente richiedere in caso di disattivazione del servizio?

Per sanare questa mancanza, e' intervenuta l'Autorita' per le garanzie nelle comunicazioni, la quale attraverso la Direzione Tutela dei Consumatori ha diramato delle "linee guida" finalizzate a far luce su alcuni aspetti della nuova normativa: clicca qui (http://www.agcom.it/comunicazioni/com_28_06_07.htm)

In particolare, secondo l'Authority: "*Dalla semplice lettura del contratto l'utente deve poter conoscere anche le eventuali spese richieste per l'esercizio della facolta' di recesso o di trasferimento, cosi' da essere agevolato nell'esercizio di tali facolta', potendone valutare le conseguenze sotto ogni profilo.* ***In ogni caso, l'utente non deve versare alcuna "penale", comunque denominata, a fronte dell'esercizio della facolta' di recesso o di trasferimento delle utenze,*** *poiche' gli unici importi ammessi in caso di recesso sono quelli "giustificati" da "costi" degli operatori*".

Questi ultimi, pertanto, possono porre a carico dell'utente solo quei costi effettivamente sostenuti per la disattivazione del servizio, e tale spesa deve essere dagli stessi dimostrabile: "*Per essere in linea con l'intenzione della Legge n. 40/2007, il concetto di pertinenza del costo dovra' essere interpretato in senso oggettivo ed imparziale, valido per tutti gli operatori e secondo criteri di causalita'/strumentalita' dei costi/ricavi*".

I costi pertanto potranno essere addebitati "***solo ove la previsione di essi sia ritenuta indispensabile*** *dall'operatore in vista delle attivita' da compiersi e ferma restando la necessita' di fornirne comunque la prova*".

Con riferimento ai **servizi di telefonia**, in particolare, l'Authority, ritiene che: "*merita una precisazione a parte il caso del passaggio degli utenti da un operatore ad un altro. In tale casistica di recesso – prevalente sul piano statistico – generalmente le attivita' di disattivazione della configurazione preesistente coincidono con le attivita' tecniche da effettuarsi in fase di attivazione dall'operatore che acquisisce il cliente. Esse sono dunque gia' remunerate da quest'ultimo.* ***In tali casi, pertanto, eventuali costi di disattivazione posti a carico dell'utente non sono in linea di massima giustificati****".*

A tal fine, con la delibera n. 96/07/CONS diretta a tutelare gli utenti garantendo una maggiore trasparenza delle tariffe, l'Autorita' ha imposto in particolare ai gestori dei servizi di telefonia di pubblicare le condizioni economiche applicate, utilizzando un prospetto informativo redatto secondo uno schema pre-compilato, nella quale compare anche una voce dedicata ai costi di disattivazione del servizio. Tale voce, inizialmente intitolata "**Penali** per il cliente per rescissione anticipata del contratto" e' stata in seguito modificata con il termine "**Spese per il cliente per l'esercizio della facolta' di recesso**", considerato maggiormente in linea con lo spirito della legge 40/07 (delibera n. 302/07/CONS).

Dunque, emerge che i gestori dei servizi di telefonia, di reti televisive e di comunicazioni elettroniche, qualora intendano imporre al cliente dei costi in casi di disdetta anticipata, devono indicare nel contratto il prezzo dell'operazione di disattivazione della configurazione se sussistono ragioni oggettive di indispensabilita' dell'addebito.

Qui di seguito l'elenco delle societa' che hanno ottemperato a tale ordine, e le condizioni da esse applicate:clicca qui (http://www.agcom.it/operatori/operatori_tariffe.htm)

LE FORMALITA' DA SEGUIRE IN CASO DI DISDETTA
La legge 40/07 stabilisce che i gestori non possono imporre un tempo massimo di preavviso superiore a 30 giorni. Nel contratto, dunque, devono essere indicate le modalita' per effettuare la disdetta (in genere viene richiesto l'invio di una raccomandata a/r, anticipata anche via fax).
Nella pratica ci sono giunte molte segnalazioni di indebiti trasferimenti, di utenze o di singoli servizi (come l'adsl) da parte di nuovi gestori, senza che l'utente lo avesse mai richiesto o ne fosse a conoscenza. Questo e' possibile visto che oggi e' uso diffuso stipulare contratti telefonicamente o direttamente on-line, cui segue spesso l'attivazione del servizio da parte dei gestori senza aspettare di ricevere il contratto firmato dall'utente.
Il problema nasce dal fatto che il vecchio gestore, una volta ricevuta la richiesta di migrazione da parte del nuovo gestore, non puo' far altro che consentirla in base alle convenzioni che regolano i rapporti tra operatori. Accade spesso, dunque, che tale operazione avvenga all'oscuro dell'utente, il quale si trova improvvisamente assegnato al nuovo gestore.
Per ovviare a cio' consigliamo, in caso di scelta di un nuovo operatore, di fare attenzione all'aspetto relativo alla comunicazione della disdetta, in modo da poter richiedere il risarcimento del danno al nuovo gestore in caso di attivazione indebita di servizi.
In caso di attivazioni e/o migrazioni non richieste, occorre procedere come indicato nella nostra scheda pratica su "Telefonia, adsl, suonerie, ecc. - Servizi non richiesti e mancate attivazioni:
clicca qui (http://sosonline.aduc.it/scheda/telefonia+internet+tv+pagamento+regole+diritto_11332.php)

Un altro aspetto rilevante in caso di disdetta riguarda la **restituzione degli apparati** eventualmente ricevuti a titolo di comodato.
In genere questo servizio e' gratuito, ma puo' essere previsto anche a titolo oneroso. Gli artt. 1809 e 1810 c.c. stabiliscono in capo al comodatario l'obbligo di restituzione della cosa alla scadenza del termine convenuto, oppure, qualora non sia previsto un termine all'accordo negoziale, quando il comodante la richieda. E' consentito, dunque, in capo al comodante di prevedere all'interno del contratto da questi predisposto la corresponsione di un corrispettivo in caso di mancato adempimento di questo obbligo da parte dell'utente. Le modalita' di restituzione degli apparecchi sono solitamente contenute nel contratto. Qualora non se ne abbia una copia, consigliamo di chiedere, nella raccomandata con la quale si comunica la disdetta, anche con quali modalita' dettagliate debbano essere restituiti gli apparecchi in comodato; in tal modo si trasferisce in capo al gestore l'onore di indicare dette procedure, ovvero di inviare copia delle condizioni di contratto.

I SOGGETTI TUTELATI DALLA NORMATIVA
I clienti, che sono utenti e contraenti: con questo termine si intende, in particolare, coloro che hanno stipulato contratti per adesione, ossia - ai sensi dell'art. 1341 c.c. - contratti le cui condizioni generali sono state predisposte unilateralmente da uno dei contraenti per regolare in modo uniforme una pluralita' di rapporti (sono tali, ad esempio i contratti conclusi mediante moduli o formulari).
Una delle questioni che ancora oggi appare essere maggiormente dibattuta riguarda l'applicabilita' o meno del decreto Bersani-bis alle persone giuridiche.
Ovvero: puo' una societa', un professionista, un negozio, un ufficio, disdire anticipatamente un contratto telefonico, ad esempio, senza essere soggetto al pagamento della penale se prevista nel contratto?
La gran parte dei gestori propendono per una interpretazione restrittiva, escludendo tale possibilita' sulla base del richiamo nel testo della legge alla parola "consumatore", che troviamo nel titolo della legge in oggetto ("*Misure urgenti per la tutela dei consumatori, etc*."), nonche' nel 1° comma dell'art. 1 della legge stessa ("*Al fine di favorire la concorrenza e la trasparenza delle tariffe, di garantire ai consumatori finali un adeguato livello di conoscenza sugli effettivi* prezzi *del servizio, etc*.").
In realta', questa interpretazione viene disattesa dagli stessi operatori, i quali continuano a chiedere il pagamento della penale a tutti i clienti indifferentemente, siano essi persone fisiche o persone giuridiche, ma nel secondo caso spesso viene utilizzata questa motivazione per legittimare la richiesta.
Vi sono pero' ragioni sostanziali per ritenere che quanto affermato dai gestori riguardo alle persone giuridiche non sia corretto.
In primis, partiamo dal dettato della legge.
Se da un lato e' comprensibile che la parola "consumatore" inserita nel titolo cosi' come nel primo comma della legge possa far propendere per una specificazione dei soggetti interessati, dall'altro si rileva che:
- nel metodo: il legislatore, pur potendo, non ha voluto inserire la nuova disciplina all'interno del corpus del Codice

del consumo, la cui tutela e' rivolta in maniera specifica alla "persona fisica che agisce per scopi estranei all'attivita' imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta" (art. 3, lett. a del Cdc).
- nel merito: laddove il legislatore abbia voluto limitare la portata delle misure alle persone fisiche, lo ha specificato (si veda l'art. 2 l. 40/07 in materia di assicurazioni).
Ma soprattutto, ed in virtu' di quanto appena detto, l'art. 1 comma 3 della legge si rivolge ai **contratti conclusi per adesione**, senza differenziare la posizione della persona fisica da quella della persona giuridica.
A tal proposito illustriamo la precisazione sul punto contenuta nelle linee guida diffuse dalla Autorita' per le garanzie nelle comunicazioni, di cui sopra: "***Ambito di applicazione oggettivo dell'art. 1, comma 3: Contratti per adesione***. *1. Le previsioni dell'art. 1, comma 3, della Legge n. 40/2007 per espressa previsione testuale si applicano ai rapporti con gli operatori di telefonia e di reti televisive e di comunicazione elettronica, stipulati attraverso l'utilizzo di contratti per adesione. 2. Al riguardo si ricorda che ai sensi dell'art. 1341 Cod. civ. possono essere qualificati "per adesione" quei contratti che, anche in vista del contenuto delle loro singole clausole, risultino predisposti unilateralmente da un solo contraente e siano destinati a regolare una serie indefinita di rapporti, sia da un punto di vista sostanziale (perche' predisposti da un contraente che esplichi attivita' negoziale nei confronti di una pluralita' indifferenziata di soggetti), sia da un punto di vista meramente formale (perche' preordinati nel contenuto a mezzo di moduli o formulari utilizzabili in serie). Le possibilita' previste per il contraente aderente nei contratti per adesione sono quindi solo quelle di accettare in blocco le clausole ovvero di rifiutarle integralmente, senza alcuna facolta' di trattativa*".
Peraltro, in materia di telecomunicazioni non mancano esempi di disposizioni che esplicano effetti nei confronti di entrambe le tipologie di soggetti (si veda ad esempio la fondamentale delibera AGCOM n. 664/06/CONS, rivolta espressamente all'"utente finale" cosi' come definito dall'art. 1, lett. qq del d.lgv. 259/03 Codice delle comunicazioni elettroniche, nonche' tutti gli atri interventi dell'Authority che richiamano la legge n. 40/07, diretti ad approntare una effettiva tutela degli utenti, generalmente intesi, nei rapporti con gli operatori di telefonia, di reti televisive e di comunicazioni elettroniche).
Infine, la stessa *ratio* e' confermata nelle ordinanze dell'Authority che terminano i procedimenti sanzionatori verso gli operatori, consultabili a questo indirizzo:
clicca qui (http://www.agcom.it/operatori/operatori_sanzioni_CONS.htm#05)

Per concludere, data la fotografia della situazione a distanza di piu' di un anno dall'entrata in vigore della legge Bersani, siamo ancora una volta a sollecitare una maggiore attenzione da parte dell'Authority circa i problemi applicativi maggiormente emersi.
Così come a suo tempo e' stato fatto con la delibera n. 664/07/CONS riguardo ad una fase decisamente fondamentale del rapporto, ossia l'attivazione dei contratti a distanza, auspichiamo che venga fatta chiarezza sugli aspetti che riguardano un momento altrettanto decisivo, vale a dire la cessazione del contratto concluso con gli operatori, chiedendo a gran voce che l'Authority, attraverso le facolta' ad essa conferite dalla legge, vigili attentamente sull'operato complessivo dei gestori di servizi i quali, nonostante le importanti novita' introdotte dalla l. 40/07, continuano a detenere una posizione di incontrastato potere contrattuale.

(1) si veda questa specifica scheda pratica:
clicca qui (http://sosonline.aduc.it/scheda/liberalizzazioni+nuove+regole+telefonia_11751.php)

LINK UTILI
Leggi anche: Telefonia. Legge Bersani e diritto di recesso: battuta d'arresto dal Consiglio di Stato?
http://avvertenze.aduc.it/osservatorio/telefonia+legge+bersani+diritto+recesso+battuta_17935.php
(http://avvertenze.aduc.it/osservatorio/telefonia+legge+bersani+diritto+recesso+battuta_17935.php)