24 luglio 2010 16:14

Telefonia. Legge Bersani e diritto di recesso: battuta d'arresto dal Consiglio di Stato

di Elisa Fontanelli



All'indomani della entrata in vigore della legge Bersani-bis (http://www.parlamento.it/parlam/leggi/07040l.htm), avevamo avuto occasione di soffermarci sulle problematiche che ruotano intorno al recesso anticipato da un contratto concluso con operatori di comunicazioni elettroniche: alcuni aspetti non chiari della normativa sono stati da subito fonte di problemi pratici che i gestori hanno risolto in senso sfavorevole per l'utente, come quelli sull'applicabilita' anche ai contratti conclusi da professionisti (cd. contratti business), o quelli relativi all'individuazione del significato dell'espressione "costi dell'operatore" (http://avvertenze.aduc.it/osservatorio/tlc+legge+bersani+durata+dei+contratti+stato+dell_13961.php).
Le decisioni dell'Agcom nei mesi successivi, così come le linee guida diramate ad hoc (http://www2.agcom.it/comunicazioni/com_28_06_07.htm), hanno contribuito non poco a delineare l'ambito applicativo della normativa e, fortunatamente, in questi tre anni la consapevolezza degli utenti sull'esercizio di tale facolta', ha spesso neutralizzato i tentativi dei gestori di ottenere pagamenti non dovuti.
Il Consiglio di Stato, pero', ha recentemente emesso una sentenza, n. 1442/2010, che ridisegna i confini dei "costi dell'operatore", che la legge Bersani aveva fatto salvi. E' facile immaginare che da ora la liberta' di recedere subira' una battuta di arresto.
La sentenza prende le mosse da una ricorso presentato da Sky al Tar Lazio nel 2009. Un provvedimento adottato dalla Direzione Tutela Consumatori dell'Agcom (provv. 30 dicembre 2008 n. 80542) invitava la societa' a modificare entro trenta giorni le clausole contrattuali che prevedevano il rimborso di sconti o promozioni di cui il cliente avesse beneficiato grazie ad offerte promozionali, se lo stesso non rispettava i termini di durata del contratto previsti dalle stesse promozioni.
I contratti predisposti da Sky mettevano a disposizione due tipologie di servizio:
- una "a prezzo pieno", dalla quale era possibile recedere in ogni momento (salvo il preavviso di 30 giorni) senza costi, se non quelli effettivamente sostenuti dall'operatore per la disattivazione del servizio,
- ed una promozionale "a prezzo ridotto", che invece prevedeva una durata determinata, e che consentiva all'operatore di addebitare costi in caso di il recesso anticipato.
Secondo l'Agcom l'addebito era da considerarsi contrario all'art. 1 comma 3 della legge n. 40/07 poichè poneva in capo al cliente la rifusione di costi d'installazione, o meglio, delle spese sostenute dalla stessa societa' per l'installazione e fornitura di apparecchi necessari alla fruizione dei programmi di pay-tv, non ammortizzate a causa del recesso anticipato dell'utente. Al contrario, i soli costi legittimamente addebitabili dall'operatore dovevano essere quelli riferibili alla disattivazione dell'impianto e non anche quelli che, per scelte di strategia commerciale, non erano stati posti a carico dell'utente nel momento iniziale del rapporto.
Una prassi di tal genere, rilevava l'Agcom, si poneva in contrasto con l'intento della legge Bersani, che era quello di eliminare ostacoli che di fatto impedivano agli utenti di cambiare liberamente gestore, vietando l'applicazione di spese ingiustificate, e tali erano da considerarsi i costi di installazione, costituenti il corrispettivo di "mancati ricavi".
Sky, invece, sosteneva una diversa tesi: l'offerta promozionale rappresenta un accordo accessorio a quello principale, ed è connotata da un vantaggio che viene attribuito all'utente rispetto alla stipula del contratto base. Di conseguenza il recesso anticipato dall'offerta va inteso diversamente rispetto al recesso dal contratto base, e deve essere consentito il recupero degli importi ai quali l'operatore ha rinunciato a seguito dell'opzione effettuata dall'utente. Tale facolta', inoltre, troverebbe la sua giustificazione nell'art. 1 comma 1 l.40/07, che prevede la possibilita' di subordinare le offerte promozionali a vincoli di durata.
Il Tar Lazio ha ritenuto non pertinente il richiamo al primo comma dell'art.1, ma ha comunque accolto la posizione di Sky, ritenendo legittima la posizione dell'operatore che intende recuperare gli importi che si era ripromesso di ottenere dall'offerta promozionale, e che sono venuti meno a causa del recesso anticipato dell'utente. Il ragionamento del Giudice amministrativo verte su due aspetti:
1) l'operatore offre all'utente la facolta' di scegliere se aderire al contratto "base", dal quale puo' recedere liberamente senza dover sostenere costi ingiustificati, o se aderire all'offerta promozionale, che presenta condizioni piu' vantaggiose, ma è soggetta a vincoli temporali. L'alternativa che si pone davanti all'utente, quindi, lo rende non piu' "soggetto debole" nei confronti dell'operatore. Non è piu' quest'ultimo, infatti, ad essere l'unico titolare di un

potere negoziale, essendo questo esercitabile liberamente anche dall'utente.
2) la disciplina codicistica in materia di contratti a carattere continuativo impone, per il caso di anticipata estinzione degli stessi, l'obbligo di restituzione degli importi per le prestazioni anticipate per le quali non sia stata resa la controprestazione.

La sentenza del Tar è stata impugnata dall'Agcom davanti al Consiglio di Stato, **che ha confermato quanto disposto dalla sentenza di primo grado**.
In sostanza, anche secondo la valutazione del Consiglio di Stato non solo è legittima la clausola contrattuale che, in riferimento ad un'offerta promozionale, impone all'utente il pagamento di un importo in caso di recesso anticipato, ma **una diversa interpretazione della legge Bersani violerebbe il principio di autonomia negoziale delle parti.**
In particolare, il Consiglio di Stato così si esprime: *" (..) Il contratto in questione, in altri termini, ha una sua intrinseca e sostanziale natura sinallagmatica, nel senso che l'impegno di non recedere prima di una certa data è il "prezzo" che, di fatto, l'utente paga al fine di godere del vantaggio rappresentato dallo sconto sui servizi acquistati. La soluzione prospettata dall'Autorita' nel provvedimento impugnato travolge l'equilibrio sinallagmatico su cui si basa l'offerta promozionale, finendo in definitiva, per mortificare l'autonomia negoziale delle parti in nome di una iperprotezione dell'utente - da tutelare sempre e comunque, anche in assenza di profili di possibile abuso - che certamente trascende gli obbiettivi perseguiti dal legislatore"* (qui la sentenza completa (http://www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA/Consiglio%20di%20Stato/Sezione%206/2009/200907895/Provvedimenti/201001442_11.XML)).
A nostro parere questa sentenza non affronta la questione nella maniera auspicata, non scioglie alcun nodo interpretativo, ma anzi **crea nuovi spazi di opacita' in questa materia gia' soggetta a continue distorsioni da parte degli operatori.**
Non sono poche, infatti, le critiche che, potendo, potrebbero essere sollevate in riferimento alla posizione assunta dal Consiglio di Stato, una su tutte, di carattere pratico: questa decisione, di fatto, **veicola la reintroduzione delle penali**, **eliminate dalla legge Bersani tre anni fa.** Consideriamo, infatti, che al giorno d'oggi è praticamente impossibile attivare un contratto senza usufruire di un'offerta promozionale, e che ad ogni offerta corrisponde uno sconto, detratto in un'unica soluzione o spalmato su piu' mesi. Il sistema così congegnato, ed ora avallato dalla giurisprudenza amministrativa, permettera' ai gestori che ricevano una disdetta, di addebitare gli importi inizialmente regalati agli utenti.
Il tutto, poi, è aggravato da un'altra considerazione: **la varieta' delle formule tariffarie oggi esistenti non consente di distinguere le offerte promozionali, dai contratti "base" puri e semplici.** Nel "mare magnum" dei piani tariffari, esistono offerte predefinite nella durata (es. le summer card); altre che prevedono abbinamenti -per lo piu' obbligatori- tra linea voce e linea adsl, Internet Key, modem, cellulare o pc; altre che offrono sconti iniziali, ma vincolano alla prosecuzione del contratto nel quale vigono tariffe ordinarie. *Come fa l'utente medio a distinguere in quali casi i costi di disattivazione sono legittimi, ed in quali si tratta di penali mascherate?*
Non solo, spesso sono gli stessi call center che, accampando impedimenti tecnici di vario genere, obbligano ad usufruire di un'offerta promozionale (spesso legata all'invio di un apparato che in seguito scopriremo non poter essere utilizzato se non con quell'operatore specifico).
Come sostenere che l'importo che l'utente andra' a pagare in caso di recesso anticipato non incide sulla sua facolta' di disdire il contratto, visto che -a quanto pare- l'operatore potra' legittimamente addebitargli il corrispettivo di tutti i regali di cui egli inizialmente ha usufruito?
Nel frattempo, inoltre, potrebbe intervenire una modifica contrattuale da parte dell'operatore relativamente al costo delle telefonate, o del canone mensile, tale da snaturare pure l'originaria convenienza della scelta operata. A quel punto l'utente potra' disdire senza penali? Non è detto. L'operatore potrebbe rispondere che l'importo che sta addebitando non consiste in una "penale", ma nella legittima richiesta di restituzione degli sconti inizialmente fruiti.
Un altro grande limite delle sentenze sopra richiamate, infatti, sta **nell'aver completamente evitato di definire quali elementi sono considerati "sconti" che l'operatore puo' legittimamente recuperare in caso di recesso anticipato** (pensiamo ad esempio ai contratti abbinati a cellulari o internet key forniti in comodato d'uso, o ai contratti che abbuonano solo il costo d'installazione).
Non tutte le offerte promozionali, infatti, sono illustrate dagli operatori in modo chiaro e completo, e per rendersene conto basta fare un giro sui portali web dei maggiori operatori telefonici.
Gia' immaginiamo quale saranno le difficolta' che l'utente dovra' affrontare per far valere i suoi diritti, a colpi di lettere, istanze al Corecom, ed eventuali cause giudiziarie.
Il tutto, ancora una volta, con buona pace della certezza del diritto.