15 ottobre 2015 15:58

Codice del consumo e contratti conclusi al telefono. Antitrust condanna Sky e H3g

di Emmanuela Bertucci



L'Antitrust e' intervenuta in materia di contratti a distanza conclusi al telefono, sanzionando H3g e Sky perche' non rispettano il Codice del Consumo, con due recenti provvedimenti (PS9981 (http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/4965-ps9981.html) e PS9983 (http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/4966-ps9983.html)) in cui ribadisce che **l'accettazione telefonica del contratto, anche se registrata, deve essere preceduta dall'invio delle condizioni dell'offerta per iscritto o su supporto durevole, pena la "non vincolativita'" del contratto per il consumatore**.

Cosa prevede il Codice del Consumo per i contratti a distanza conclusi al telefono

Il Codice del Consumo impone una serie di norme a tutela dei consumatori in materia di contratti telefonici, che non si possono concludere con una sola telefonata nella quale il consumatore riceve verbalmente l'offerta e accetta con la sola registrazione telefonica. Secondo la nuova formulazione delle Codice (art. 51 comma 6), la conclusione del contratto deve avvenire in tre tempi:
- offerta telefonica;
- invio al consumatore della proposta di contratto per iscritto;
- accettazione scritta del consumatore.

Alternativamente, il consumatore – opportunamente e chiaramente informato – potra' optare per l'invio su "supporto durevole" (cd, dvd, penna usb, mail, ecc.) delle condizioni di contratto e, successivamente, prestare il proprio consenso, anche telefonicamente, aderendo all'offerta. Concluso il contratto, nel caso in cui offerta e accettazione siano avvenute su "supporto durevole" la societa' dovra' fornire al consumatore ulteriore conferma del contratto concluso (art. 51, comma 7). L'invio di questa ulteriore conferma deve avvenire al piu' tardi entro il momento della consegna del bene o, in caso di servizi, prima che l'esecuzione abbia inizio.
Tale conferma deve comprendere tutte le informazioni precontrattual (http://(http://sosonline.aduc.it/scheda/vendite+distanza+nel+nuovo+codice+del+consumo_1093.php#Voce_2)i e, in caso di esecuzione immediata del contratto con rinuncia del consumatore al diritto di recesso, la conferma del previo consenso espresso e dell'accettazione del consumatore.

E' pertanto illegittima la condotta del professionista che non rispetta questo iter, ne' vale ad esimerlo dal farlo la registrazione della telefonata in cui il consumatore aderisce all'offerta, poiche' non sono state rese al consumatore – prima di aderire – le informazioni previste dalla legge.

Le violazioni accertate dall'Antitrust

In due procedimenti, contro Sky e H3g, l'Autorita' ha accertato che le societa' – violando la normativa - considerano il consumatore vincolato dalla sola telefonata, senza inviare la proposta per iscritto (ne' su supporto durevole), senza attendere la firma del consumatore, senza inviare successivamente alla firma la conferma del contratto:
"In estrema sintesi, il modello di negoziazione adottato da H3g, è caratterizzato dai seguenti passaggi: ***la registrazione della telefonata****, previo consenso del consumatore alla registrazione, contenente la conferma dell'offerta e la conferma dell'accettazione da parte del consumatore; [...] Nel caso di clienti H3g (c.d. clienti contrattualizzati) che concludono nuovi contratti senza l'acquisto di una nuova sim o di un apparecchio,* ***la registrazione della chiamata è seguita solo dall'invio di un SMS di conferma****. […] Il professionista ha, inoltre, dichiarato che* ***la registrazione della telefonata viene inviata al consumatore solamente su sua richiesta***".

La registrazione della telefonata – rileva correttamente l'Antitrust – non e' assolutamente idonea a soddisfare i requisiti imposti dalla norma perche':
- non contiene una descrizione dettagliata dell'offerta;
- non e' facilmente comprensibile (le registrazioni acquisite agli atti dimostrano che le informazioni relative all'offerta e ai diritti riconosciuti al consumatore sono spesso fornite dagli operatori con una lettura veloce e di non facile comprensione);
- e in ogni caso, quando anche fosse una registrazione che soddisfa i primi due requisiti, non viene mai consegnata al consumatore prima della conclusione del contratto ma solo successivamente, e solo su sua espressa richiesta.

L'invio della documentazione contrattuale relativa all'offerta, per iscritto o tramite supporto durevole, deve avvenire prima della registrazione della telefonata durante la quale il consumatore aderisce all'offerta. Deve inoltre essergli chiaramente spiegato che l'opzione "adesione con registrazione" e' alternativa alla modalita' tradizionale (per iscritto) e che e' il consumatore che sceglie se aderire con registrazione telefonica o se inviare il contratto firmato. Non basta quindi chiedere: "acconsente alla registrazione?" ma occorre spiegare che l'alternativa e' l'invio dei documenti e la sottoscrizione successiva. Prosegue infatti l'Autorita':
*"I **vincoli** di forma prescritti dall'art. 51, comma 6, cod. cons. sono dunque destinati a trovare applicazione **in tutti i casi in cui il telefono venga impiegato dalla società – quale mezzo di comunicazione a distanza – per acquisire l'adesione del consumatore all'offerta prospettata dal professionista**. [...] Nel caso di specie, dalla documentazione in atti emerge che, nel corso della telefonata registrata, Sky non si limita, diversamente da quanto sostenuto in alcune difese, a raccogliere una mera manifestazione di interesse del consumatore priva di conseguenze giuridiche e fattuali, ma acquisisce la manifestazione di volontà del consumatore di aderire all'offerta del professionista tramite la telefonata, consenso che si traduce in una vera e propria richiesta di abbonamento a favore di Sky.*
*[...] Al riguardo, deve ritenersi che l'art. 51, comma 6, cod. cons. contempli una procedura semplificata e alternativa rispetto alla regola di forma di cui al primo periodo – lo scambio di conferme per iscritto – prescrivendo espressamente che il consumatore esprima il proprio consenso allo scambio di dette conferme **mediante supporto durevole ("se il consumatore acconsente"). Il consenso richiesto dal legislatore implica che il consumatore accetti espressamente, in riscontro a quanto proposto dal professionista, di ricevere la conferma dell'offerta su di un supporto durevole anziché in forma cartacea (o elettronica) e di formulare la propria dichiarazione di conferma mediante supporto durevole, rinunciando così alla cautela di una successiva sottoscrizione separata.***
[…] In questo contesto, la prestazione consapevole di tale consenso pone in capo a professionista l'onere di informare preliminarmente il consumatore, in un linguaggio e con modalità comprensibili, in merito alle modalità alternative di "conclusione" del contratto contemplate dalla norma e alle conseguenze giuridiche che ne discendono: la rinuncia alla forma scritta, ossia la rinuncia a ricevere la conferma dell'offerta in forma cartacea e ad accettare l'offerta per iscritto".

Le conseguenze contrattuali della violazione delle norme

Se il consumatore sceglie di accettare per iscritto sara' vincolato al contratto dal momento in cui la sua accettazione perverra' al professionista. Se il consumatore – ripetiamo, debitamente informato – scegli invece di rinunciare alla forma scritta, e opta per la conclusione telefonica del contratto, dovranno essergli consegnate sia l'offerta su supporto durevole che la propria accettazione.

In caso di mancata consegna su supporto durevole al consumatore sia dell'offerta che della propria adesione, il contratto non e' vincolante. Recita infatti l'articolo 51, comma 6 del Codice del Consumo: "*Quando un contratto a distanza deve essere concluso per telefono, **il professionista deve confermare l'offerta al consumatore, il quale e' vincolato solo dopo aver firmato l'offerta o dopo averla accettata per iscritto**; in tali casi il documento informatico puo' essere sottoscritto con firma elettronica ai sensi dell'articolo 21 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni. **Dette conferme possono essere effettuate, se il consumatore acconsente, anche su un supporto durevole***".

Ma cosa vuol dire in termini pratici che il consumatore non e' vincolato al contratto? Se il professionista – come

quasi sempre accade – ha gia' iniziato a dare esecuzione al contratto fornendo il servizio, puo' pretenderne il pagamento oppure no? In questo caso il consumatore sta comunque ricevendo una prestazione, un servizio, che ha un valore economico e quindi si sta indebitamente arricchendo. Se allora per questo indebito arricchimento deve pagare, il rischio evidente e' che la norma non abbia effetti pratici efficaci nel dissuadere il professionista dal violarla.

Come comportarsi allora? Se si tratta di una prestazione di cui il consumatore non ha ancora iniziato ad usufruire (si pensi ad esempio alla mancata attivazione della smart card Sky da parte del consumatore), il professionista non puo' pretendere alcun pagamento.

Se si tratta di una prestazione che gioco-forza viene eseguita dal professionista (pensiamo ad una migrazione telefonica, ad esempio), il nostro consiglio e' di **inviare al professionista una raccomandata di messa in mora in cui si contesta il mancato invio del contratto per la sottoscrizione e/o la mancata consegna su supporto durevole dell'offerta contrattuale, si invita il professionista a provvedere e si specifica che fino a quando cio' non avverra' il consumatore non e' vincolato al contratto e quindi non sara' tenuto al pagamento di alcunche'**.

Quello che precede e' ovviamente un consiglio ispirato alla prudenza, volto a evitare che un domani un giudice possa obbligare il consumatore a pagare un risarcimento economico al professionista per aver comunque usufruito di una determinata prestazione (indebito arricchimento), cosi' vanificando la norma e l'intento del legislatore. Ma a ben vedere la norma e' snaturata in ogni caso, poiche' il Codice del Consumo ha come finalita' quello di tutelare il consumatore, parte debole del contratto, prevedendo una serie di obblighi in capo al professionista. **Se spetta al consumatore attivarsi, e sollecitare il professionista a rispettare gli obblighi di legge, pena il possibile risarcimento del danno subito da quest'ultimo (?), e' evidente che la norma non ha raggiunto lo scopo prefisso**.

Il consiglio meno "prudente"- meno prudente solo perche' ancora la questione non e' stata sottoposta ai giudici – e' non pagare, equiparando la condotta illegittima del professionista nell'iter di perfezionamento del contratto ad una **"prestazione non richiesta**", per la quale il Codice del Consumo prevede – all'art. 66 quinquies che *"il consumatore e' esonerato dall'obbligo di fornire qualsiasi prestazione corrispettiva in caso di fornitura non richiesta di beni, acqua, gas, elettricita', teleriscaldamento o contenuto digitale o di prestazione non richiesta di servizi […]. In tali casi, l'assenza di una risposta da parte del consumatore in seguito a tale fornitura non richiesta non costituisce consenso"*.
Il mancato pagamento del corrispettivo da parte del consumatore potrebbe infatti essere una ottima sanzione deterrente per il professionista, ma vi sono differenze sostanziali fra le due ipotesi poiche', in quest'ultimo caso il consumatore non ha mai chiesto una prestazione (e quindi non deve pagarla) mentre nei contratti conclusi al telefono, il consumatore chiede o accetta la prestazione.
Le due situazioni non sono totalmente sovrapponibili, tuttavia riteniamo che una simile interpretazione sia l'unica che restituisce senso ad una norma che altrimenti non ne avrebbe. Se, infatti, secondo il Codice del Consumo la mancata conferma scritta (o su sopporto durevole) dell'offerta viene sanzionata con la "non vincolativita'" del contratto per il consumatore, di fatto ci troviamo in una situazione analoga a quella di una prestazione non richiesta.
In quest'ultimo caso il consumatore e' esonerato dal pagamento, nel primo e' "non vincolato" al contratto, cioe' all'adempimento della propria obbligazione di pagamento.
Qualsiasi diversa interpretazione, ribadiamo, a nostro avviso snaturerebbe il senso dell'art. 51, comma 6 e contrasterebbe con l'intero impianto normativo previsto dal Codice del Consumo al fine di tutelare in modo efficace i consumatori.