



CAMERA DI COMMERCIO INDUSTRIA ARTIGIANATO E AGRICOLTURA DI MILANO

**PARERE SULLA CONFORMITA' DELLE CLAUSOLE
DEI CONTRATTI DI TELEFONIA**

R.C. AUTO

ALLA DISCIPLINA DI CUI AGLI ARTICOLI 1469 bis ss. C.C.

Parere sulla conformità delle clausole dei contratti di telefonia alla disciplina di cui agli artt. 1469 bis ss. c.c.

1. Introduzione

La Camera di Commercio di Milano, in ottemperanza alla previsione contenuta all'art. 2, comma 4, L. 580/93, ha istituito una Commissione di tecnici alla quale è stato demandato il compito di valutare l'eventuale presenza di clausole inique nei contratti fra professionisti e consumatori.

Il lavoro della Commissione ha toccato svariati settori, scelti di volta in volta dalla C.C.I.A.A. stessa, in relazione all'interesse mostrato dal mercato per i diversi ambiti di attività.

In particolare, dopo un periodo di lavoro dedicato ai contratti relativi a settori di mercato nei quali il rapporto fra professionista e consumatore nasce per soddisfare esigenze accessorie di quest'ultimo (come è accaduto per i contratti relativi alle agenzie di viaggio, alla multiproprietà immobiliare o alla mediazione immobiliare), nel 1999 la Commissione ha iniziato a dedicarsi a contratti relativi a servizi necessari per la maggioranza dei

consumatori, come il servizio di erogazione del gas e dell'energia elettrica.

Su questo indirizzo si colloca anche l'attività svolta dalla Commissione nel secondo semestre del 2000 e finalizzata all'esame dei contratti di telefonia.

Il panorama contrattuale del settore della telefonia appare oggi molto frammentato sia per la pluralità degli operatori attivi sul mercato, sia per la sempre crescente varietà delle offerte contrattuali, soggette a mutamenti continui per stare al passo con le opportunità che le innovazioni tecnologiche offrono.

Il settore della telefonia ha storicamente una genesi pubblicistica, atteso che il servizio telefonico, sin dalla sua istituzione, è stato concepito come servizio pubblico, gestito in regime di concessione statale.

L'impostazione monopolistica, peraltro, era certo la meno favorevole per garantire l'equilibrio del rapporto fra professionista e consumatore, ma la natura pubblica del servizio e quindi la scelta di improntarne l'erogazione al rispetto di obiettivi sociali, perseguiti con meccanismi di regolazione tariffaria - e di agevolazione all'accesso dell'utenza, - hanno consentito di instaurare un certo equilibrio nel rapporto fra utente e professionista.

Si è quindi avviata una politica contrattuale, che pur non priva di spunti di vessatorietà, evidenzia comunque una maggiore attenzione per il consumatore di quanto non si sia rilevato in ambiti spiccatamente privati.

Come anticipato, peraltro, le problematiche del settore sono ora mutate e stanno mutando con particolare celerità, a seguito della sostanziale liberalizzazione del mercato.

Con D.P.R. 318/97, infatti, lo Stato Italiano ha recepito la normativa comunitaria in materia di telecomunicazioni, statuendo che *“l'installazione, l'esercizio e la fornitura di reti di telecomunicazioni nonché la prestazione dei servizi ad esse relativi accessibili al pubblico sono attività di preminente*

interesse generale, il cui espletamento si fonda ... sulla libera concorrenza e pluralità di soggetti operatori, nel rispetto dei principi di obiettività, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità”.

A tale principio ha fatto seguito l'abolizione dei cd. “diritti esclusivi per la prestazione di servizi”, quale era, pacificamente, il rapporto concessorio monopolistico storicamente appartenente alla S.I.P., poi divenuta Telecom Italia.

In base al D.P.R. 318/97 la erogazione del servizio telefonico, che resta di “preminente interesse generale”, è quindi subordinata al rilascio - da parte dell'Autorità Garante - di un apposito atto autorizzativo, che potrà assumere la natura di “autorizzazione generale” per i servizi diversi dalla telefonia vocale, ovvero di “licenza individuale”, quando abbia ad oggetto in particolare - per quanto ora interessa - il servizio di telefonia vocale, le prestazioni di servizi di comunicazioni mobili e personali, la installazione di reti di telecomunicazioni pubbliche.

Il D.P.R. 318/97 ancora valorizzava la posizione di Telecom Italia individuando tale operatore come “l'organismo di telecomunicazioni incaricato di fornire il servizio universale sul territorio nazionale”, cioè di erogare sia servizi di telefonia vocale sia altri servizi di telecomunicazione, precisando peraltro che dal 1 gennaio 1998 analogo servizio poteva essere prestato anche da altro operatore, debitamente autorizzato.

Fra il 1998 e il 2000 l'Autorità Garante ha accolto le richieste di rilascio di licenze individuali per la telefonia vocale, sia fissa che mobile, formulate da diversi operatori italiani, così che il mercato si configura ora come concorrenziale e libero, nei limiti del controllo e dei criteri di equilibrio imposti dall'Autorità. La stessa Telecom Italia nei primi mesi del 2001 è divenuta “licenziataria” del servizio di telefonia vocale.

La liberalizzazione del settore non deve, peraltro, essere interpretata come una sostanziale diminuzione delle garanzie per l'utente - consumatore,

visto il ruolo fondamentale che l'ordinamento riconosce comunque all'Autorità Garante e che riserva, quanto al tema puntuale della vessatorietà contrattuale, ad ogni Camera di Commercio, sollecitandone non solo l'intervento preventivo di controllo delle pattuizioni negoziali, ma anche l'intervento successivo, attraverso l'azione inibitoria.

Prima di affrontare le tematiche correlate al ruolo dei soggetti istituzionalmente chiamati a contribuire a costituire un mercato equo nel settore, va comunque dato atto del fatto che l'analisi dei testi contrattuali sotto il profilo della legittimità delle clausole in essi inserite evidenzia sicuramente una certa attenzione da parte degli operatori, chiamati a confrontarsi con realtà contrattuali già consolidate negli anni e ripetutamente controllate anche dallo Stato nella fase di regolamentazione del rapporto di concessione.

Va comunque ribadito come il richiamo alla novella legislativa sia di particolare importanza in questa fase di sviluppo del mercato, proprio perché le esigenze della concorrenza non facciano perdere di vista la natura di "preminente interesse generale" del servizio, che lo rende non solo essenziale per gli utenti, ma che deve consentire a tutti il più ampio accesso.

2. Rapporti con l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Il settore della telefonia, come già quello del gas e dell'energia, è stato assoggettato a controllo da parte dell'Autorità di Regolazione, istituita ai sensi della L. 481/95 al fine di *"garantire la promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità ... nonché adeguati livelli di qualità nei servizi medesimi in condizioni di economicità e di redditività, assicurandone la fruibilità e la diffusione in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale, definendo un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti, promuovendo la tutela degli interessi di utenti e consumatori, tenuto conto della normativa comunitaria*

in materia e degli indirizzi di politica generale formulati dal Governo”.

Come sopra anticipato, la presenza dell'Autorità, ancorché istituzionalmente finalizzata alla verifica dell'equilibrio dell'offerta, costituisce garanzia di un maggior rigore da parte degli imprenditori nell'organizzazione della struttura contrattuale: in particolare, fra i compiti istituzionali dell'Autorità stessa, vi è la predisposizione dei criteri guida da osservare nella gestione del servizio per garantirne l'adeguata qualità, criteri guida che confluiscono nella Carta dei Servizi, parte integrante del contratto.

Proprio alla fine del 2000, l'Autorità ha avviato una consultazione pubblica in materia di qualità dei servizi di telecomunicazioni forniti all'utenza (cfr. Delibera Autorità 870/00/CONS), ponendo come obiettivo non soltanto la definizione dei criteri di valutazione qualitativa dei servizi, ma anche l'analisi di alcuni aspetti di comunicazione contrattuale e di informazione all'utenza, che toccano gli ambiti di indagine propri della Commissione.

La possibilità di un confronto durante la fase istruttoria è stata quindi di particolare utilità per la Commissione ed ha consentito di avviare un rapporto diretto con l'Autorità, concretatosi nella preziosa partecipazione del dott. Staderini e del dott. Cotugno alle riunioni della Commissione, quale esperto tecnico del settore.

La circostanza che il settore delle telecomunicazioni sia soggetto a controllo da parte dell'Autorità ha peraltro spinto la Commissione ad affrontare preliminarmente un tema di possibile sovrapposizione di competenze: ci si è infatti chiesti se l'indagine di vessatorietà possa essere ritenuta confliggente con i poteri di controllo che la normativa vigente riserva all'Autorità nel settore dei servizi pubblici.

Tale aspetto era emerso già in relazione all'attività dell'Autorità per il Gas e l'Energia Elettrica: si è peraltro rilevato come le Autorità svolgano una verifica più generale sulle modalità egualitarie di offerta del servizio e sulla

qualità del servizio stesso, senza peraltro che ad esse competa una verifica specifica o esclusiva sul tema della possibile abusività di singole clausole contrattuali.

Ciò appare confermato anche dal disposto dell'art. 16 D.P.R. 318/97, recante il "Regolamento per l'attuazione di direttive comunitarie nel settore delle telecomunicazioni": tale norma, infatti, nell'evidenziare l'obbligo per l'organismo di telecomunicazione di richiamare nel contratto di utenza i contenuti delle carte dei servizi, riserva all'Autorità la facoltà di *"proporre la modifica delle condizioni contrattuali e delle condizioni di indennizzo e di rimborso applicate dagli organismi di telecomunicazione"*.

Nonostante, dunque, fra gli obiettivi dell'Autorità Garante per la Comunicazione nel settore delle telecomunicazioni vi sia anche quello di valutare i criteri per l'elaborazione di schemi contrattuali, di intervenire nelle controversie fra gestori e privati fino a regolamentare le procedure non giurisdizionali di tutela dei consumatori, che necessariamente toccano anche aspetti di natura strettamente contrattuale, si osserva che i compiti ad essa demandati dalla legge appaiono più orientati verso la verifica di disfunzioni nel servizio e la risoluzione di controversie nascenti da tali patologie, mentre la tutela dei diritti dei consumatori nelle clausole contrattuali e l'eventuale avvio di azioni inibitorie è compito che la legge demanda espressamente alla C.C.I.A.A.

L'attività della C.C.I.A.A. e quella dell'Autorità appaiono quindi complementari e pienamente integrabili fra loro, nell'interesse finale della correttezza dei rapporti fra professionisti e consumatori.

L'Autorità, infatti, con i poteri ad essa concessi dall'art. 2 comma 20 lett. d) della L. 481/95 ha possibilità di intervenire direttamente nei confronti dei singoli esercenti il pubblico servizio, ordinando la cessazione del comportamento ritenuto lesivo ed imponendo un indennizzo; la C.C.I.A.A., invece, attraverso l'azione inibitoria prevista dall'art. 1469-sexies c.c., può superare il fatto specifico ed ottenere l'ordine giudiziale di impedire l'uso

contrattuale delle pattuizioni di cui sia accertata l'abusività, estendendo così la portata del proprio intervento anche al di là della valutazione preventiva.

Il sistema normativo vigente, dunque, consente una specifica interazione fra l'Autorità e la C.C.I.A.A., funzionale a garantire una tutela "a tutto campo" del consumatore, in relazione a quei servizi di rilevanza collettiva, che costituiscono un momento essenziale della vita quotidiana.

3. Servizio pubblico e controllo di vessatorietà

La legislazione di modifica del regime di esercizio del servizio telefonico è talmente recente che ancora non è precisamente chiarito se il mutamento del titolo di esercizio abbia sottratto la telefonia al settore dei "servizi pubblici", ovvero se la telefonia resti un servizio "oggettivamente" pubblico, anche se non più correlato ad una funzione esclusiva dello Stato, concessa al privato.

L'analisi di tali profili eccede dai compiti e dalle competenze della Commissione che deve fermarsi alla analisi degli eventuali profili di vessatorietà delle clausole contrattuali; tuttavia, un cenno alla materia appare necessario anche in questa sede per le implicazioni che l'eventuale natura pubblica del servizio comporta, anche ai fini del controllo di vessatorietà.

La Commissione, infatti, ha già avuto modo di illustrare dettagliatamente la propria posizione e cioè la convinzione che la eventuale natura pubblicistica del servizio non costituisce limite al controllo di vessatorietà della clausole contrattuali relative alla fornitura del servizio stesso, e tantomeno esenzione del settore dall'applicazione della novella.

A chiarimento di tale posizione, la Commissione richiama quanto già rilevato nel parere reso nel settore del gas ed energia, il cui stralcio qui di seguito si trascrive:

--"In proposito si osserva che già la direttiva 93/13/CEE si è posta il problema della estensione del campo di applicazione della normativa sul controllo di vessatorietà ai contratti con un professionista pubblico e non solo non ha inserito tali contratti fra quelli per i quali è espressamente esclusa l'applicazione della norma (10° considerando: si escludono solo: i contratti di lavoro, i contratti relativi ai diritti di successione, i contratti relativi allo statuto familiare, i contratti relativi alla costituzione ed allo statuto delle società)", ma da un lato al 14° "considerando" ha espressamente invitato gli Stati membri a vigilare affinché non siano inserite clausole abusive in particolare in quanto la presente direttiva riguarda anche le attività professionali di carattere pubblico" e dall'altro al 16° "considerando" si è espressamente posta il problema di come debba essere condotto tale controllo di vessatorietà, rilevando come *"la valutazione, secondo i criteri generali stabiliti, del carattere abusivo di clausole, in particolare nell'ambito di attività professionali a carattere pubblico per la prestazione di servizi collettivi che presuppongono una solidarietà fra utenti, deve essere integrata con uno strumento idoneo ad attuare una valutazione globale dei vari interessi in causa; che si tratta nella fattispecie del requisito di buona fede; che nel valutare la buona fede occorre rivolgere particolare attenzione alla forza delle rispettive posizioni delle parti, al quesito se il consumatore sia stato in qualche modo incoraggiato a dare il suo accordo alla clausola e se beni o servizi siano stati venduti o forniti su ordine speciale del consumatore; che il professionista può soddisfare il requisito di buona fede trattando in modo leale ed equo con la controparte, di cui deve tenere presenti i legittimi interessi"*.

E' quindi stato già previsto nella direttiva comunitaria, che la L. 52/96 si propone di attuare, che nei confronti del professionista pubblico non vi sia un'esclusione del controllo, ma solo un particolare modo di svolgere tale controllo, tenendo in considerazione il complesso degli interessi coinvolti.

Si aggiunga inoltre che l'art. 2 lett. c) della stessa direttiva inquadra espressamente fra i professionisti anche i soggetti pubblici, evidenziando

quindi l'intenzione del legislatore comunitario di assoggettare anche il settore del servizio pubblico a controllo di vessatorietà.

L'indirizzo comunitario è stato, poi, espressamente condiviso dal legislatore italiano, che all'art.1469-*bis* primo comma c.c. espressamente elenca fra i professionisti anche le persone giuridiche pubbliche, senza in alcun modo escludere i contratti di erogazione dal novero delle prestazioni oggetto di controllo.

Ad ulteriore conferma di ciò si ricorda che il D.P.C.M. 18 Settembre 1995, nel dettare lo schema della Carta dei Servizi del settore elettrico richiama i *“diritti degli utenti del servizio di fornitura di energia elettrica in bassa tensione per usi civili, cioè per gli usi domestici, definiti nella direttiva 93/13 relativa alle clausole nei contratti stipulati con i consumatori”*.

L'indicazione legislativa ha trovato pieno riscontro nella dottrina, che ritiene pacificamente estendibile anche ai contratti di utenza il controllo in commento (cfr. Gambino, in *Clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*; Alpa - Patti - Montesano, in *Tutela giurisdizionale dei diritti dei consumatori e dei concessionari di servizi di pubblica utilità nelle normative sulle clausole abusive e sulle autorità di regolazione*; e altri).

Nel quadro richiamato , una apparente voce di dissonanza potrebbe essere rinvenuta in parte della giurisprudenza, che in alcune occasioni sembra avere evidenziato perplessità sull'assoggettabilità dei contratti di utenza alla verifica di vessatorietà.

In realtà, da una lettura attenta anche delle prime decisioni assunte in materia (Tribunale di Roma, Sez.II - ordinanza 31 Agosto 1998, Adiconsum - Enel; Tribunale di Palermo, Sez.I civile - 20 Marzo 1998 pag. 1193) e soprattutto della più recente pronuncia del Tribunale di Palermo (3 Febbraio 1999, Adiconsum - Siremar, in *Foro Italiano*, 1999, I, pag. 2085) appare ormai acquisito anche in giurisprudenza il principio secondo il quale *“Nella figura di professionista il legislatore ha ricompreso espressamente*

anche la pubblica amministrazione”.

In esito all'analisi svolta, dunque, si ritiene che l'indagine della Commissione possa essere condotta anche in relazione a contratti di utenza, nei quali la posizione di “professionista” è ricoperta da una Amministrazione Pubblica o da un suo concessionario.

La giurisprudenza richiamata, peraltro, fornisce un ulteriore spunto interpretativo, che deve essere valorizzato in questa sede.

Si è, infatti, osservato come l'analisi di vessatorietà di un contratto relativo ad un servizio “pubblico” debba tenerne in considerazione le condizioni concrete ed oggettive, legittimando quelle pattuizioni che, pur non pienamente rispettose dell'equilibrio contrattuale in linea astratta, siano la conseguenza necessaria delle particolarità del servizio erogato.

Sotto questo profilo, va infatti ricordato che in caso di servizio pubblico la natura del servizio stesso e la pluralità degli utenti coinvolti incidono sull'organizzazione della prestazione offerta e possono condurre a ritenere comunque equilibrato un rapporto negoziale nel quale alcune delle prerogative usuali del consumatore appaiono, di fatto, limitate o addirittura escluse dal professionista, in quanto il sacrificio imposto all'utente è giustificato dalla necessità di soddisfare un interesse collettivo prevalente.

Si ricorda ad esempio la clausola, frequentissima nei contratti di erogazione, di sospensione del servizio in caso di morosità dell'utente: la previsione di uno strumento di autotutela potrebbe essere vista come limitativa dei diritti del consumatore (art. 1469-*bis* n. 2 c.c.); tuttavia va ricordato che - proprio con riguardo a tale fattispecie - già nel passato la giurisprudenza aveva ritenuto inammissibile il ricorso ex art. 700 c.p.c. nei confronti dell'ENEL in caso di sospensione per morosità, ritenendo che non vi fosse alcun diritto del consumatore ad ottenere la prestazione, in caso di proprio inadempimento. (art. 1460 c.c.) .

Per questa ragione (come meglio verrà chiarito in seguito nell'analisi delle diverse clausole) potrebbe ritenersi non vessatoria ed ammissibile una clausola che consenta la sospensione "autoritativa" del servizio, peraltro subordinandola ad un "congruo preavviso", laddove l'inadempimento sia di "lieve entità" (art. 1565 c.c.).

In questo senso, diverse altre limitazioni della posizione dell'utente sono dettate anche da ragioni di carattere tecnico, cioè dall'esistenza di limitazioni obiettive alla fornitura di un servizio omogeneo e costante per tutti ed in ogni momento: anche in questo caso, laddove le limitazioni risultino concretamente giustificate da ineliminabili esigenze tecniche di erogazione del servizio, non potranno ritenersi sussistenti profili di vessatorietà, pur a fronte di qualche disagio per il fruitore del servizio.

In sintesi, sembra corretto il principio che la tutela del consumatore vada considerata non soltanto in base al singolo contratto, ma in vista della obiettiva garanzia alla erogazione del complessivo servizio e che in tal senso debba tenere conto delle esigenze tecniche ed organizzative intese ad assicurare la continuità.

Nella verifica di vessatorietà la Commissione ha quindi ritenuto di procedere tenendo presente l'obbligo, per il professionista, di contrattare secondo buona fede con tutti gli utenti in condizioni paritarie, optando per la non vessatorietà di quelle pattuizioni che - pur apparendo in astratto confliggenti con la ratio della disciplina delle clausole abusive - in concreto risultano dovute ad obiettive necessità di carattere organizzativo o tecnico, indispensabili a consentire l'offerta del servizio all'utenza in condizioni adeguate di sicurezza e continuità per la generalità degli utenti.

Alla luce di tali indicazioni, dunque, è necessario che la Commissione valuti se il servizio telefonico possa essere trattato alla stregua di un servizio "pubblico", con i riflessi esposti in tema di possibile vessatorietà contrattuale, oppure se la recente privatizzazione abbia mutato anche la natura oggettiva del servizio stesso, rendendolo un semplice servizio

commerciale di somministrazione, in relazione al quale il rispetto di un rigido equilibrio fra professionista e consumatore non possa essere superato da esigenze di interesse collettivo.

In proposito, non può non notarsi come l'art. 2 DPR 318/97 qualifichi *“l’installazione, l’esercizio e la fornitura di reti di telecomunicazioni nonché la prestazione dei servizi ad esse relativi accessibili al pubblico”* come *“attività di preminente interesse generale”*.

Anche la recente ordinanza 31 Gennaio 2001 n.770 del T.A.R. del Lazio, resa nella nota questione Telecom - Autorità in relazione all'acquisto di Telemontecarlo, ha evidenziato come Telecom non rivesta più “sotto il profilo formale” la posizione di concessionario del servizio telefonico, ma non ha contestato la natura pubblica di tale servizio.

Per queste ragioni, e considerando che da tempo la dottrina (Pototsching) ha qualificato come “pubblico” ogni servizio che si concreti in una “attività di rilevanza economica indirizzata a fini sociali”, la Commissione - nei limiti della sola verifica di vessatorietà delle clausole contrattuali ad essa demandata - ritiene che l'analisi dei vincoli contrattuali non possa prescindere dalla valutazione anche degli elementi correttivi, derivati dalla particolare esigenza di strutturare il servizio in modo da renderlo il più possibile accessibile, garantendone la piena e continua operatività.

Tale criterio appare soprattutto evidente per la telefonia fissa, che costituisce elemento essenziale della vita sociale, ma si ritiene debba essere considerato applicabile anche alla telefonia mobile, tenuto conto del fatto che il cambiamento tecnologico ha reso tale attività essenziale nell'esperienza quotidiana.

In conclusione, dunque, la Commissione - ai soli fini che qui interessano - ritiene opportuno svolgere il controllo di vessatorietà tenendo conto anche delle esigenze di continuità ed accessibilità del servizio propri di ogni attività di interesse collettivo.

Dati i limiti del presente parere, non vengono considerate le ulteriori conseguenze (in ordine alla responsabilità ed alla posizione soggettiva del professionista) che derivano dalla qualificazione del servizio di telefonia quale servizio pubblico.

4. Documenti esaminati ed attività istruttoria

Nello svolgimento della propria indagine, la C.C.I.A.A. di Milano ha richiesto agli operatori del settore telefonico la possibilità di visionare gli schemi contrattuali utilizzati.

In molti casi , la documentazione è stata fornita direttamente, in molti altri è risultato assai più corretto - anche su suggerimento degli stessi operatori - accedere ai testi contrattuali attraverso la Rete, in quanto l'aggiornamento dei servizi offerti e dei prodotti proposti all'utenza è talmente veloce che spesso la documentazione cartacea scambiata anche poche settimane prima risulta obsoleta .

Va tuttavia tenuto presente che l'attività della Commissione è finalizzata non tanto alla contestazione di singole clausole contrattuali (rispetto all'utilizzazione delle quali, la C.C.I.A.A conserva comunque la facoltà di avviare l'azione inibitoria), e nemmeno alla stesura di modelli contrattuali (stante l'interesse della Camera di Commercio stessa a favorire massimamente la libera concorrenza fra le imprese, anche attraverso la redazione di schemi contrattuali originali per ciascun operatore), quanto piuttosto alla individuazione di criteri interpretativi generali che, pur muovendo dalle sollecitazioni contenute nelle singole clausole contrattuali, possano costituire un dato di riferimento al quale rapportarsi nella stesura di contratti fra loro diversi. La Commissione ha quindi ritenuto di basare il proprio lavoro sui testi contrattuali relativi principalmente al contratto base di telefonia fissa, corrispondente ad un servizio necessario per ogni utente, ed al contratto base per la telefonia mobile.

L'analisi non tocca aspetti tariffari, essendo questi estranei alle competenze della Commissione, così come non riguarda i contratti di fornitura di servizi di Rete (Internet providers), atteso che tale argomento attiene ad aspetti particolari del servizio di telefonia, che la Commissione si riserva di valutare in apposita sede.

Esclusi dall'analisi risultano anche i cd. "servizi accessori", cioè quei prodotti che l'operatore telefonico offre all'utente in aggiunta al servizio telefonico, ma che non sono fruibili separatamente dalla stipulazione del contratto "base" di telefonia vocale o mobile.

Nell'esame degli atti contrattuali, ci si è chiesti se la territorialità delle competenze della C.C.I.A.A. costituisca un limite alla valutabilità dei contratti.

Come già evidenziato nelle precedenti occasioni di lavoro della Commissione, si osserva che la C.C.I.A.A. di Milano esercita il proprio potere di controllo in relazione ai contratti che vengono negoziati nell'ambito della provincia, sia in quanto proposti da professionisti con sede nella provincia, sia in quanto sottoscritti da utenti residenti o comunque operanti nella provincia.

Atteso dunque che nell'ambito della provincia di Milano ricade una parte considerevole dei contratti di utenza telefonica, sia fissa che mobile, con la quasi totalità degli operatori italiani, l'analisi della Commissione si è basata su un ventaglio molto ampio di testi contrattuali.

Per poter avere una cognizione il più possibile completa delle problematiche connesse alla erogazione del servizio e, conseguentemente, di quelle peculiarità del servizio stesso che devono essere valorizzate nella indagine sulla legittimità delle clausole contrattuali, la Commissione ha convocato in apposite audizioni sia i rappresentanti della parte "imprenditoriale" del contratto, sia le principali associazioni di consumatori.

In relazione alle varie situazioni esaminate, la Commissione ha svolto la propria indagine principalmente sul contratto di utenza in senso proprio e cioè sulle Condizioni Generali di Contratto inserite nella modulistica che viene sottoposta al cliente all'atto della conclusione del contratto.

Parte integrante di tale modulistica è poi costituita dalle appendici relative alle modalità di pagamento e segnatamente dai moduli per l'addebito in conto corrente, sui quali parimenti si è svolta l'analisi camerale.

Accanto a tali atti, è stata rivolta specifica attenzione anche alla Carta dei Servizi, che ogni ente erogatore è tenuto ad elaborare.

La carta dei servizi è stata introdotta nel nostro ordinamento a partire dal 1993, sulla scia di analoghe esperienze straniere finalizzate a garantire uno standard di qualità nel servizio pubblico, in modo da soddisfare maggiormente le esigenze degli utenti, anche a fronte della progressiva privatizzazione dei servizi e quindi di una sostanziale parcellizzazione dei soggetti erogatori, nei confronti dei quali è stata avvertita l'esigenza di garantire una sostanziale unitarietà del livello qualitativo nella gestione e nella erogazione del servizio.

In base alle indicazioni contenute nella direttiva del Consiglio dei Ministri del 27 Gennaio 1994, le carte dei servizi si compongono di tre parti sostanziali: una prima parte contiene i principi ai quali deve conformarsi l'erogazione del servizio, la seconda parte indica i criteri che debbono essere seguiti dagli enti erogatori per garantire la qualità del servizio e la terza parte evidenzia gli strumenti di tutela per garantire l'attuazione delle regole contenute nella carta stessa.

Secondo la dottrina che si è occupata della materia, le Carte dei Servizi sono documenti contenenti *una serie di clausole speciali, che vanno a completare il regolamento contrattuale dei rapporti tra soggetto erogatore e utente, sottoposti a un particolare regime nel senso che la pubblica amministrazione assume rispetto ad esse il ruolo di garante per la loro*

esecuzione, con implicazioni anche sul piano delle forme di tutela giurisdizionale” (cfr. Sbisà, Natura e funzione delle carte dei servizi. La carta del servizio elettrico in Economia e diritto del Terziario, 1997, n. 3, pag. 881).

Si tratta, dunque, di vincoli di carattere unilaterale che il professionista si impegna ad osservare e che vanno ad integrare le previsioni contrattuali, per garantire un determinato standard qualitativo del servizio prestato, divenendo parametro di valutazione della diligenza del professionista stesso nella esecuzione del contratto.

Si è, in verità, anche osservato (Sbisà, articolo citato) che la Carta dei Servizi interviene di norma a definire soprattutto la fase pre-contrattuale, cioè la fase preliminare di organizzazione del servizio, rispetto alla quale alcuni autori ritengono escluso ogni controllo di vessatorietà.

Alcuni autori, muovendo dalla correlazione originaria fra servizio pubblico e carta dei servizi, hanno anche sostenuto che essa disciplina i rapporti fra l'Amministrazione pubblica e l'ente o il soggetto erogatore, in modo da garantire adeguata tutela all'utente, che resta, invece, soggetto estraneo alla fattispecie (cfr. Mattiacci, *Carta dei Servizi e managerialità pubblica: il caso Enel spa*, in *Economia e diritto del Terziario*, 1997, n. 2, pag. 635).

Tale argomento, in verità, non pare oggi correlabile alla situazione del contratto di telefonia, atteso che non vi è più un rapporto di concessione fra un soggetto pubblico e un soggetto erogatore, ma vi è solo un intervento di controllo dell'Autorità di Regolazione, che non può che tradursi nella imposizione di vincoli negoziali a carico del professionista e nei confronti dell'utente.

In concreto, le Carte dei Servizi contengono indicazioni certamente integrative del contratto e della sua fase esecutiva e non solo preparatoria, e come tali da valutare in sede di controllo di vessatorietà.

Si tratta, peraltro, di un ambito in relazione al quale sarà particolarmente incisivo l'intervento dell'Autorità di Regolazione del settore, fra i cui compiti istituzionali attualmente in fase istruttoria, vi è proprio quello di verificare la garanzia di elevato livello qualitativo del servizio, oggetto principale della carta. E' quindi da ritenere che la corretta attuazione delle direttive dell'Autorità porterà in concreto a garantire adeguatamente la protezione del consumatore nelle varie Carte dei Servizi, non ponendo di fatto questioni di vessatorietà.

Su questo tema, peraltro, l'attività di reperimento dei documenti contrattuali ha evidenziato l'opportunità di una sempre maggiore pubblicità della Carta, che spesso gli utenti non sono invitati a consultare all'atto della stipula del contratto ancorché il vincolo negoziale comporti l'applicazione nei loro confronti di pattuizioni e vincoli, che trovano origine proprio nella carta.

In particolare, la Carta dei Servizi non frequentemente compare in Internet, nonostante molti operatori prevedano e addirittura caldeggiino la stipula via Internet del contratto, e nemmeno è presente in tutti i molteplici punti Telecom, Omnitel, Infostrada, etc.

5. Aspetti del controllo di vessatorietà delle clausole riproduttive di atti amministrativi

Nel settore della telefonia, come nei molti settori nei quali l'erogazione del servizio è nata in ragione di un vincolo concessorio, l'intervento pubblico è stato, ed è ancora, particolarmente esteso: ciò è forse anche dovuto, dopo la recente liberalizzazione, alla perdurante natura collettiva del servizio e alla conseguente esigenza di garantire standard uniformi, a fronte della molteplicità delle offerte.

Non vi è dubbio che tale uniformità costituisce anch'essa un elemento di tutela del consumatore.

In questo quadro si colloca, ad esempio, l'approvazione ministeriale di regolamenti per lo svolgimento del servizio o per la regolamentazione delle condizioni di abbonamento.

E' quindi particolarmente frequente la correlazione fra previsioni contrattuali ed atti emanati da soggetti pubblici, in particolare dall'apposito organismo di regolazione (l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni); tali atti potranno avere contenuto generale oppure riferirsi specificamente ad uno o più gestori.

Il rilevato carattere "regolato" del mercato della telefonia (e, in particolare, di quella parte di esso che é costituita dalle vendite ai "consumatori") impone quindi di valutare con particolare attenzione la nota questione interpretativa posta dall'art. 1469-ter terzo comma, in forza del quale *"non sono vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di legge"* (oppure anche disposizioni contenute in convenzioni internazionali delle quali siano parti contraenti tutti gli stati membri dell'Unione Europea o l'Unione Europea direttamente).

Tale norma, nel fare riferimento solo alle clausole riproduttive di disposizioni di legge, sembra escludere dall'esenzione dal sindacato di vessatorietà le clausole che recepiscono il contenuto di regolamenti o atti amministrativi; ciò a maggior ragione se si confronta la medesima disposizione con quella contenuta nell'art. 1 secondo comma della direttiva 93/13/CEE, la quale invece esonerava esplicitamente dal controllo di vessatorietà anche le clausole riproduttive di disposizioni regolamentari imperative (e si ricorda che, ai sensi dell'art. 8 della direttiva, agli Stati membri era consentito, per garantire un livello di protezione più elevato per il consumatore, adottare o mantenere disposizioni più severe rispetto a quelle da essa introdotte).

Tuttavia, com'è stato notato dalla dottrina, la diversa formulazione delle due norme, se *"può essere un indice della volontà del legislatore italiano di circoscrivere il riconoscimento dell'effetto immunizzante alle sole fonti*

primarie, ... di per sé non costituisce argomento in grado di risolvere definitivamente la questione ...

*La caducazione dell'autonomo riferimento ai regolamenti può ... anche intendersi come operazione meramente tecnica, volta ad eliminare un elemento pleonastico della norma, la cui lettura più ampia, tesa a salvare le clausole riproduttive anche di fonti secondarie, sarebbe comunque garantita dalla prassi interpretativa dell'art. 1339 del codice civile" (così G. Napolitano, art. 1469-ter, comma 3°, in *Nuove leggi civili commentate*, 1997, pag. 1155).*

Sulla base del mero dato letterale, risulta pertanto incerto se possano o meno considerarsi vessatorie le clausole contrattuali che riproducono o comunque recepiscono il contenuto di atti amministrativi generali o puntuali. Soprattutto laddove tali atti abbiano carattere imperativo e s'impongano pertanto all'impresa che gestisce il servizio, senza che questa possa autonomamente decidere se inserire o meno le relative previsioni di contratto, potrebbe ritenersi corretto applicare in via estensiva (o analogica) l'esenzione prevista dall'art. 1469-ter terzo comma per le regole contrattuali riproduttive di norme di legge.

Le prime pronunce giurisprudenziali, cautelari e di merito, intervenute in materia appaiono invece orientate univocamente a ritenere soggetti al controllo di vessatorietà anche le clausole riproduttive di atti amministrativi ed anche di natura regolamentare (tra le più recenti, Giud. Pace Monza 31 Ottobre 1998, in *Giudice di pace*, 1998, pag. 28; Trib. Palermo, 3 Febbraio 1999, in *Foro Italiano*, 1999, I, pag. 2086). In particolare, proprio con riguardo al settore della telefonia, recentemente il Tribunale di Torino (Sent. 3457/00) ha respinto la pretesa di Telecom Italia di vedere escluse dal controllo di vessatorietà le clausole contenute nella polizza di abbonamento e risultanti dal regolamento di servizio approvato con D.P.R., così statuendo: *"Il legislatore italiano, in forza della facoltà a lui riconosciuta dall'art.8 della stessa direttiva, ha invece adottato una disciplina più restrittiva escludendo dal novero delle disposizioni sottratte al sindacato di vessatorietà solo le disposizioni che trovano la loro fonte in fonti legislative*

primarie.

Chiaro è pertanto l'intento del legislatore nazionale probabilmente dettato proprio dalla consapevolezza della presenza, nel nostro ordinamento, di svariate condizioni di contratto che ripetono prescrizioni regolamentari o che sono espressione di autorità amministrative delegate ad esprimere precetti generali.

A fronte della univocità del dettato legislativo non può quindi essere posto in dubbio il fatto che le disposizioni contrattuali che riproducono fonti di legge secondaria sottostanno al sindacato di abusività di cui alle norme in commento”.

In assenza di più puntuali indicazioni normative, appare pertanto opportuno in questa sede attenersi alla linea proposta dalla giurisprudenza, pervenendo quindi alla conclusione di ritenere assoggettate al controllo di vessatorietà anche le pattuizioni riproduttive di atti amministrativi di carattere generale.

Un ulteriore elemento a sostegno di questa conclusione scaturisce dalla circostanza che il controllo di vessatorietà - e lo stesso correlato intervento camerale - sono previsti in funzione di una maggiore tutela del consumatore.

Di conseguenza, se le clausole contrattuali riproduttive di atti amministrativi dovessero essere esentate dal controllo, il consumatore sarebbe costretto alternativamente o ad impugnare l'atto amministrativo che ritenga lesivo o a chiederne la disapplicazione davanti al giudice ordinario: in entrambi i casi, tuttavia, la tutela del consumatore risulterebbe ridotta. Da un lato, infatti, il ricorso al T.A.R. non ha un'efficacia diretta sui contenuti contrattuali, dall'altro la disapplicazione resta comunque limitata al caso concreto.

Si osserva, peraltro, che la questione può considerarsi teorica, in quanto vi è una presunzione che gli atti amministrativi di carattere generale e regolamentare siano dettati nell'interesse degli utenti (e ciò vale in particolare anche per gli atti delle autorità di regolazione); tuttavia, non si

può escludere che vi siano delle eccezioni.

La circostanza che il settore della telefonia sia soggetto al controllo dell'Autorità di Garanzia ha peraltro condotto la Commissione a chiedersi se la conclusione esposta valga solo per gli atti amministrativi emanati dagli enti titolari dei relativi servizi oppure anche per quelli emessi dall'Autorità competente e ciò in considerazione sia della particolare posizione assunta nell'ambito dei pubblici poteri da tale Autorità (posizione di indipendenza o di semi-indipendenza) sia della specifica missione (di tutela dei consumatori-utenti) affidata alla medesima dalla legge istitutiva n. 481 del 1995.

In effetti, se il primo elemento appare in realtà non determinante - dato che anche le autorità indipendenti o semi-indipendenti operano in definitiva mediante atti amministrativi (come tali soggetti al regime giuridico proprio di tale categoria di atti) - il secondo evidenzia la natura meramente teorica del problema di un sindacato di vessatorietà nei confronti di clausole che recepiscono indicazioni dell'Autorità: essa svolge, infatti, seppure su un piano e per finalità parzialmente diversi da quelli delle Camere di Commercio, una funzione di controllo nei confronti delle imprese che mira a garantire l'equilibrio nel mercato, anche in relazione alla posizione dei consumatori .

In linea di stretto diritto, peraltro, la natura di atto amministrativo dei provvedimenti della Autorità non li sottrae al sindacato di vessatorietà; tuttavia, in termini pratici, le finalità degli interventi della Autorità e i rilevanti poteri attribuiti ad essa dalla legge n. 481/95 nei confronti dei gestori dei servizi (v. in particolare l'art. 2, commi 12 e 37) evidenziano l'opportunità di una collaborazione con l'organismo di regolazione, così da fornire ai consumatori una protezione il più possibile coordinata ed efficace. In questo senso, coerentemente, si è mossa la Camera di Commercio di Milano.

6. Analisi delle principali clausole contrattuali

La Commissione ha preso in considerazione qui di seguito sia clausole che compaiono in tutti o pressoché tutti i contratti standardizzati predisposti dalle imprese, sia clausole che compaiono in alcuni contratti soltanto ma su cui è sembrato comunque opportuno esprimere un giudizio *ad hoc* in ragione della significatività del loro contenuto.

In altre parole, il criterio adottato dalla Commissione per selezionare le clausole oggetto di esame specifico è stato non solo e non tanto quello di verificare la generalità di diffusione di determinate clausole, quanto piuttosto quello di soffermarsi anche su clausole di non larga diffusione, ma la cui valutazione sotto il profilo della vessatorietà potesse consentire di pronunciarsi su problematiche di portata generale.

6.1 Formazione del contratto e configurazione della proposta contrattuale

Tutti i contratti esaminati dalla Commissione sono strutturati in modo tale da addossare al consumatore che intende stipulare un contratto di telefonia la posizione giuridica di soggetto che formula una proposta irrevocabile di contratto ai sensi degli artt. 1329 e 1331 c.c.; con il risultato, quindi, che il consumatore risulta vincolato dalla sua proposta (per un periodo che varia da contratto a contratto e che può andare fino ad un massimo di un mese), mentre il professionista gestore si trova collocato nella posizione dell'oblato, cioè del soggetto investito del diritto potestativo di far sì che il contratto si concluda (o non si concluda).

E' vero che alcune condizioni generali, probabilmente consapevoli dell'irriducibilità del dato reale ad una fattispecie in cui il solo soggetto vincolato sarebbe il consumatore, temperano in qualche misura tale scelta di fondo precisando le condizioni in presenza delle quali soltanto il

professionista gestore può rifiutare la proposta stessa: tipicamente, precedenti inadempimenti del consumatore; ovvero, la circostanza che egli sia protestato o sottoposto a procedure concorsuali; ovvero ancora la presenza di impedimenti tecnici.

Tuttavia, ad avviso della Commissione, la presenza di queste precisazioni non risolve il problema. Invero, delle due l'una: o queste precisazioni rivelano che un obbligo di concludere già sussiste a carico del professionista, sicché le circostanze precisate sono soltanto cause di esonero o di liberazione dall'obbligo, ma allora la configurazione del dato reale come sussumibile nella fattispecie di proposta irrevocabile con vincolo a carico del solo consumatore non tiene più; ovvero, le disposizioni contrattuali vanno interpretate come riconducibili alla vera e propria fattispecie di proposta irrevocabile con obblighi a carico del solo consumatore proponente (e quindi con assenza di obblighi in capo al professionista), ma allora tali disposizioni configurano un contratto d'opzione con sicura vessatorietà ai sensi dell'art. 1469-*bis* n. 4 c.c..

La Commissione comprende l'opportunità e la necessità dei professionisti gestori di utilizzare clausole, atte a impedire o comunque minimizzare i rischi di "insolvenza programmata" da parte di poco scrupolosi soggetti, costantemente richiedenti nuovi allacci per utilizzare per qualche tempo il servizio senza pagarlo.

Ritiene, tuttavia, la Commissione che la formula giuridicamente corretta per conseguire il risultato voluto non sia quella della proposta irrevocabile formalmente promanante dal consumatore, bensì quella dell'offerta al pubblico proveniente dal professionista gestore, che porti alla conclusione del contratto all'atto in cui il consumatore manifesta la sua accettazione ma non necessariamente ad una efficacia del contratto stesso contemporanea a tale conclusione. Altrimenti detto, l'efficacia del contratto concluso (e quindi l'obbligo per il professionista di iniziare ad erogare il servizio) ben potrebbe formare oggetto di una clausola, che (i) differisca l'efficacia stessa

sino alla scadenza del termine ragionevolmente necessario per accertare la serietà e solvibilità del consumatore richiedente l'allaccio; e (ii) legittimi il recesso del professionista dal contratto già concluso ma non ancora efficace, qualora gli accertamenti svolti consentano al professionista di invocare una delle cause specificamente elencate nelle condizioni generali come giuste cause del recesso medesimo. Una corretta formulazione nei testi contrattuali dei principi testé enunciati *sub* (i) e (ii) dovrebbe essere largamente sufficiente ad evitare ogni pericolo di conseguenze <<devastanti>> (*sic!*) paventate dagli operatori in caso di abbandono dell'attuale impostazione delle clausole di cui trattasi.

La Commissione, infine, ritiene opportuno dar atto di aver attentamente valutato – ma di aver concluso di non poter condividere – la tesi in diritto degli operatori, secondo cui la configurazione della iniziativa del consumatore come proposta contrattuale irrevocabile sfuggirebbe ad una qualunque valutazione in termini di vessatorietà perché attinente ad una fase del rapporto (quella delle trattative pre-contrattuali) non assoggettata alle regole contenute negli articoli 1469-*bis* – 1469-*sexies*.

Ad avviso della Commissione, la tesi non è persuasiva per due principali motivi.

In primo luogo e sul piano dei principi, la Commissione non comprende in base a quale *ratio* la collocazione del problema nell'ottica delle trattative pre-contrattuali, anziché in quella delle pattuizioni che disciplinano il contratto, possa giustificare l'esonero da una valutazione in termini di vessatorietà. Notoriamente la fase pre-contrattuale è dominata dall'obbligo per le parti di osservare il principio di buona fede (artt. 1337-1338 c.c.); notoriamente il minimo comune denominatore delle pattuizioni che, se non specificamente negoziate, la legge considera abusive ai sensi degli artt. 1469-*bis* – 1469-*sexies* è la contrarietà alla buona fede; notoriamente il precetto generale di buona fede, quando è evocato *tout court* dal legislatore all'interno di una fattispecie ad ampi contorni (quale è quella della fase di

<<contatto sociale>> che precede la conclusione del contratto), deve essere riempito di un contenuto concreto grazie alla sensibilità dell'interprete guidata da considerazioni sistematiche.

Ne deriva, ad avviso della Commissione, che nel caso di specie debbono ritenersi pienamente assoggettabili al giudizio di vessatorietà (in quanto giudizio di buona fede, orientato da criteri legislativamente predeterminati) anche le clausole di cui si assuma una valenza puramente pre-contrattuale e non soltanto quelle espressive del contenuto dei diritti e degli obblighi scaturenti dal contratto già perfezionato.

In secondo luogo e *ad abundantiam*, la Commissione osserva che – quand'anche si volesse ammettere a puri fini argomentativi che il giudizio di vessatorietà non possa riguardare profili pre-contrattuali, ma appuntarsi solo su clausole espressive del contenuto di un contratto già formato – ciò non sottrarrebbe comunque al giudizio medesimo le clausole di cui trattasi.

Anche a voler seguire l'impostazione rilevata nei contratti, secondo cui la proposta proverrebbe dal cliente, tecnicamente tali clausole dovrebbero considerarsi incluse in un contratto già esistente ai sensi dell'art. 1331 c.c., essendo innegabile che il vincolo cui rimane astretto chi domanda di accedere al servizio si colloca nel contesto di un accordo implicito ma chiarissimo corrispondente al tenore della norma (*"Quando le parti convengono che una di esse rimanga vincolata alla propria dichiarazione e l'altra abbia facoltà di accettarla o meno . . ."*) e non si colloca, invece, in un contesto esclusivamente unilaterale, quale potrebbe essere quello di una mera proposta ai sensi dell'art. 1329 c.c., scaturente dalla sola autodeterminazione di un proponente che conformi liberamente, cioè a proprio piacimento e senza alcun contatto previo con il terzo destinatario, l'offerta irrevocabile rivolta a quest'ultimo.

6.2 Modulo di addebito in conto corrente

Per disposizione contenuta talvolta nelle condizioni generali di contratto, talvolta nella modulistica applicativa da utilizzare per la richiesta di attivazione del servizio, il consumatore può trovarsi costretto ad una modalità di pagamento delle fatture, consistente nell'addebitamento diretto sul proprio conto corrente bancario degli ammontari relativi.

La clausola che direttamente o indirettamente mira a produrre il risultato sopra descritto è qualificabile - nel rapporto tra consumatore e professionista-gestore - come una clausola avente ad oggetto il pagamento delle fatture attraverso una delegazione di pagamento, in cui il consumatore assumerebbe la veste di delegante, la banca quella di delegato e il professionista-gestore quella di delegatario.

La Commissione ritiene di non doversi pronunciare in questa sede sul punto se profili di vessatorietà possano sussistere anche nella relazione contrattuale - che eccede i limiti di questa analisi – intercorrente tra banca e consumatore.

Per quanto concerne, invece, l'oggetto della propria analisi - cioè, la vessatorietà o meno di una clausola con la quale il professionista mira a farsi pagare da un delegato del consumatore-debitore piuttosto che direttamente dal debitore stesso - il giudizio è necessariamente articolato.

Valutata come clausola espressiva di una libertà del consumatore-debitore di pagare anche (se così voglia e senza esservi obbligato) mediante delegazione bancaria, la clausola non solo non appare censurabile, ma addirittura sembra coniugare interesse dell'operatore e interesse dell'utente ad utilizzare una modalità di pagamento conveniente in pratica ad entrambi.

Peraltro, occorre realisticamente considerare che, quando il pagamento delegatorio è previsto con caratteristiche di automaticità attivabili per iniziativa del solo delegatario-beneficiario (tipicamente, mediante invio della fattura da parte del professionista delegatario direttamente alla banca, la quale per ciò stesso provvede al pagamento sempre che il conto sia capiente e non le sia giunto un previo contrordine da parte del consumatore delegante), la conclusione deve essere modificata nel senso invece della vessatorietà della clausola, a meno che la stessa non contenga adeguate salvaguardie contro i rischi di abuso a danno del consumatore-delegante.

In particolare, ad avviso della Commissione, l'automaticità del pagamento delegatorio salvo tempestivo contrordine del consumatore (salvo, cioè, contrordine che la banca riceva prima di effettuare l'addebito) può integrare gli estremi della vessatorietà ai sensi dell'art. 1469-*bis* nn. 2, 16 e 18, qualora la clausola che autorizza tale modalità di pagamento non tuteli in modo adeguato ed effettivo il potere di contrordine in capo al consumatore-delegante.

In concreto, una tutela adeguata ed effettiva del potere di contrordine sembra dover passare da una disciplina del pagamento delegatorio, che direttamente o indirettamente preveda:

- (i) il divieto alla banca delegata di pagare (*rectius*, l'inesistenza giuridica di un qualsivoglia ordine delegatorio di pagare e quindi la non conteggiabilità al cliente del pagamento in ipotesi effettuato) prima della data di scadenza del pagamento, quale indicata in fattura;
- (ii) il divieto di indicare in fattura una data di scadenza del pagamento non separata da un congruo intervallo temporale rispetto alla data di emissione della fattura;
- (iii) il divieto di frustrare il termine a favore del debitore di cui sub (ii) mediante un colposo o doloso invio tardivo della fattura da parte dell'operatore delegatario;

- (iv) l'obbligo di invio contemporaneo della fattura al debitore delegante e alla banca delegata e/o l'espresso divieto di invio anteriore alla banca delegata;
- (v) l'impossibilità per l'operatore delegatario di fondare pretese al pagamento nei confronti della banca delegata e/o del consumatore delegante, avvalendosi di quanto disposto nelle condizioni generali applicabili tra banca e consumatore (in caso contrario, se, cioè, il meccanismo di pagamento delegatorio attribuisse questo diritto/potere all'operatore, la clausola sarebbe vessatoria ai sensi dell'art. 1469-*bis* n. 10)
- (vi) la ripetibilità dall'operatore delegatario o comunque la conteggiabilità nei suoi confronti del pagamento che in ipotesi egli abbia indebitamente ricevuto grazie al meccanismo delegatorio, a prescindere dalla questione se sia stato validamente esercitato ovvero non sia stato validamente esercitato il potere di contrordine nel rapporto tra consumatore e banca.

Conclusivamente sul punto: la Commissione, da un lato, riconosce i meriti pratici e la possibile utilità anche per il consumatore delle clausole di pagamento mediante addebito in conto corrente; d'altro lato, invita ad un'attenta ed equilibrata redazione delle stesse affinché siano evitati possibili profili di vessatorietà, inerenti quei meccanismi di pagamento delegatorio che svuotino di contenuto o di effettività il potere di contrordine del consumatore.

6.3 Obbligo di prestare cauzione

La maggior parte dei contratti esaminati dalla Commissione prevede che il consumatore debba versare una somma di danaro come condizione per l'attivazione del servizio, somma il più delle volte definita come "deposito cauzionale" o "anticipo conversazioni" non produttivo di interessi, su cui il gestore potrà rivalersi in caso di inadempimento del consumatore.

Dell'importo versato inizialmente è previsto che il gestore possa chiedere un adeguamento in presenza di determinate circostanze, ad esempio qualora l'utilizzazione del servizio (traffico) in un determinato periodo ecceda l'importo medio mensile dichiarato dal consumatore.

Spesso le clausole considerate precisano che, in caso di cessazione per qualsiasi motivo del contratto, l'importo così anticipato sarà rimborsato al cliente entro un termine che va da un minimo di 30 giorni ad un massimo di 6 mesi, una volta che il cliente abbia provveduto a pagare interamente le somme in ipotesi ancora dovute al gestore.

L'importo versato è di solito espressamente definito "infruttifero". Tuttavia, uno dei contratti esaminati prevede che il rimborso di quanto originariamente versato a titolo di deposito cauzionale avvenga con rivalutazione annuale della somma restituenda sulla base delle variazioni dell'indice ISTAT. Altri contratti prevedono, invece, un rimborso con maggiorazione di interessi; ma, si badi, con maggiorazione di interessi computati non già dalla data di effettuazione del deposito, bensì dalla data in cui il consumatore ha un diritto esigibile a pretenderne la restituzione (in pratica, quindi, dalla data di efficacia della disdetta ovvero dalla data di pagamento dell'ultima bolletta).

Come già palesato in occasione del parere reso con riferimento ai contratti di fornitura di gas ed energia, la Commissione non ritiene di per sé vessatorie le clausole che prevedano a carico del consumatore l'obbligo di versare depositi cauzionali in misura ragionevole a copertura del rischio di futuri inadempimenti.

La Commissione ritiene, tuttavia, di dover prendere una più chiara posizione non tanto sulla liceità di queste clausole in linea di principio (liceità che viene qui ribadita, congiuntamente alla raccomandazione di redigere le stesse con il massimo di analiticità e di trasparenza), quanto sulla questione della liceità o, all'opposto, della vessatorietà della

disposizione che in esse sancisce specificamente il non accumularsi di interessi sui depositi o anticipi versati al gestore.

Il dubbio sorge, in particolare, con riferimento ad alcune recenti pronunzie di primo grado, nelle quali è stata proclamata una *ratio decidendi* (naturale fruttuosità delle somme consegnate a titolo di deposito cauzionale e quindi diritto del depositario a vedersi rimborsare la somma con interessi), che si pone sul punto in evidente conflitto con il tenore delle clausole invalse nella prassi: cfr. Giudice di pace di Pordenone, 17 novembre 1998, in *Il Giudice di pace*, 1999, pag. 114 ss. con nota di PALMIERI; Giudice conciliatore di Roma, 16 giugno 1998, in *Temì romana*, 1999, pag. 251 ss. con nota di GRILLO.

Nelle due decisioni sopra citate, il ragionamento in termini di qualificazione civilistica del deposito cauzionale è la premessa per invocare l'applicabilità analogica delle norme sul mutuo e quindi della disposizione relativa alla naturale fruttuosità delle somme date a mutuo (art. 1815 c.c.).

La dottrina più autorevole è tuttavia attestata in senso nettamente contrario. Essa ritiene invero che il deposito cauzionale sia da qualificare come pegno irregolare (non come deposito irregolare) e che, nel caso di pegno irregolare, nessun interesse sia computabile e pagabile sul denaro dato in pegno fin quando non sorga a favore di chi ha fornito la garanzia il diritto di esigerne la restituzione (cfr. art. 1282 c.c. sul *dies a quo* degli interessi; DALMARTELLO, *Pegno irregolare*, in *Novissimo Digesto it.*, 1965, pag. 806; LUMINOSO, *Deposito cauzionale presso il terzo e depositi irregolari a scopo di garanzia*, in *Giur. comm.*, 1981, pag. 425 ss.; TUCCI, *Cauzione*, in *Digesto Sez. civile*, 1988, pag. 262).

Alla luce di quanto precede, la Commissione non ritiene di poter esprimere una convinta censura di vessatorietà in ordine alle clausole che dispongono la non corresponsione di interessi sui depositi cauzionali fino alla data in cui

il consumatore può esigerne la restituzione in conseguenza della cessazione del contratto.

La Commissione, tuttavia, riterrebbe opportuno per ragioni di equità e di equilibrio contrattuale un ragionevole ritrasferimento ai consumatori del beneficio finanziario netto che i professionisti-gestori ricavano dalla aggregazione dei depositi cauzionali.

6.4 Diritto di modifica delle condizioni del contratto, delle tariffe e delle caratteristiche tecniche del servizio

Tutti i contratti esaminati dalla Commissione riconoscono al gestore telefonico uno *jus variandi*, esercitabile tanto con riferimento alle condizioni contrattuali in generale e a quelle tariffarie in particolare, quanto alle caratteristiche tecniche del servizio.

Le disposizioni concernenti la possibile modifica unilaterale delle condizioni tariffarie non suscitano, ad avviso della Commissione, sospetti di vessatorietà. Invero, la generalità delle clausole esaminate richiama espressamente la regola del n. 13 dell'art. 1469-*bis*; altrimenti detto, le clausole contengono la doverosa avvertenza per il consumatore che egli ha facoltà di recedere dal contratto entro 30 giorni dalla comunicazione della variazione, se non intende continuare ad utilizzare il servizio pagando le nuove (e più elevate) tariffe.

La Commissione si è posta il problema se anche per la modifica delle condizioni tariffarie valga la norma dell'art. 1469-*bis* n. 11, secondo la quale debbono considerarsi di per sé vessatorie le clausole che pretenderebbero di consentire modifiche di elementi contrattuali preesistenti (si tratti di clausole in essere o di caratteristiche del prodotto o servizi) senza imporre al professionista di specificare quale sia il motivo, tra quelli enunziati nel

contratto originario come idonei a giustificare una modifica, che in concreto sorregga l'aumento comunicato al consumatore.

Sul punto occorre distinguere tra ciò che è opportuno e raccomandabile e ciò che è per legge prescritto a pena di nullità.

Ad avviso della Commissione, il legislatore ha inteso trattare la modifica unilaterale delle tariffe in modo diverso dalle altre manifestazioni dello *jus variandi*.

Per le clausole di mera modifica del prezzo (clausole economiche in senso stretto), il legislatore sia europeo che nazionale ben può aver considerato che il solo recesso fosse protezione sufficiente per il consumatore; sicché non appare censurabile per vessatorietà, sotto il profilo dello stretto diritto, la clausola che si astiene dall'addossare al gestore l'obbligo di analiticamente esplicitare e giustificare le ragioni dell'aumento medesimo.

Né va dimenticato che, nel campo che qui è esaminato, i prezzi sono tariffe espressive di un regime che, per un verso, vuole promuovere la concorrenza (anche e soprattutto) di prezzo fra i gestori e, per altro verso, assoggetta a trasparenza e sorveglianza da parte dell'Autorità indipendente di settore il rapporto costi-prezzi. Anche sotto questo profilo, non appare pertanto indispensabile addossare ai gestori ulteriori obblighi esplicativi in ordine alle decisioni di modifica dei prezzi. La correttezza di questa conclusione sembra essere confermata anche dalla disciplina regolamentare introdotta per dare attuazione alle direttive comunitarie in materia di telecomunicazioni: cfr. art. 16 D.P.R. 19.09.97 n. 318.

Ciò detto in termini di pura legittimità, la Commissione, peraltro, considera opportuno e raccomandabile un massimo di correttezza e di trasparenza anche su questo punto e pertanto invita i gestori a considerare attentamente se conformarsi, anche in materia di aumenti tariffari, al più

severo test di legittimità previsto dal n. 11 (anziché dal n. 13) dell'art. 1469-*bis*.

E' in ogni caso certo che tale più severo criterio posto dal precitato n. 11 si applica alle clausole volte a consentire modifiche unilaterali delle condizioni di contratto (diverse dalle tariffe) e/o modifiche unilaterali delle caratteristiche del servizio.

Con riferimento a questo particolare tipo di clausole (relative alle modifiche non tariffarie) la Commissione rileva che il tenore delle espressioni usate pecca sovente di genericità.

Si fa, invero, indifferentemente riferimento tanto ad affermate esigenze "tecnologiche" (espressione che evoca circostanze esterne oggettive riflettenti l'evoluzione in corso in tutto il settore delle tlc), quanto ad affermate esigenze "organizzative" o "gestionali" o "di fornitura" (espressioni idonee a fungere da giustificazioni *omnibus* per dare una parvenza di legittimità anche a mutamenti meramente discrezionali decisi dal gestore).

Tutto ciò che la Commissione può raccomandare al riguardo è l'uso di espressioni sufficientemente specifiche e per ciò stesso non tali da prestarsi all'elusione della *ratio legis*; fermo restando che *in dubio* sarà la clausola a cadere per vessatorietà, non invece la contestazione che ne abbia in ipotesi lamentato la genericità.

6.5 Obbligo di pagamento in caso di contestazione

Tutti i contratti presi in considerazione (con una sola esclusione) prevedono una procedura interna di reclamo, cui i clienti possono fare ricorso nel caso in cui intendano contestare gli importi addebitati in fattura.

La maggior parte dei contratti, tuttavia, prevede espressamente che gli importi fatturati al cliente debbano essere interamente pagati anche in caso di contestazione della fattura. Si prevede inoltre che, qualora la fattura rimanga insoluta essendo oggetto di reclamo, il gestore possa comunque attivare i rimedi previsti in caso di ritardo nel pagamento, cioè che possa innanzitutto applicare gli interessi di mora e, qualora il ritardo si faccia più grave, procedere alla sospensione del servizio, fino ad arrivare alla risoluzione del contratto.

In base a tali disposizioni, che sembrano configurare una clausola del tipo *solve et repete*, il cliente deve pertanto in ogni caso provvedere al pagamento integrale delle somme indicate dal gestore, mentre avrà diritto ad ottenere il rimborso di quanto pagato indebitamente soltanto nel caso in cui un eventuale reclamo da lui proposto venga accolto.

Il rimborso è previsto con modalità leggermente diverse da contratto a contratto. In genere, è previsto che avvenga tramite compensazione con gli importi dovuti in base alla fattura successiva. In un solo caso, peraltro, è previsto che la somma da rimborsare, in quanto risultata non dovuta in seguito al reclamo, sarà maggiorata degli interessi legali calcolati dalla data di invio della contestazione o, se successiva, dalla data di pagamento della bolletta.

In termini generali, è pacifico in dottrina che le clausole *solve et repete*, secondo cui il consumatore non può sollevare eccezioni prima di aver adempiuto alla propria obbligazione, sono da considerarsi vessatorie ex art. 1469-bis n. 18, poiché limitano la facoltà del consumatore di opporre eccezioni (sul punto, cfr. ad es. e in luogo di molti, LUCCHINI GUASTALLA, *Art. 1469-bis*, comma 3, nn. 18 e 19, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1997, pag. 1000).

La Commissione, tuttavia, è consapevole del fatto che, nel settore qui considerato, una assolutistica qualificazione di tali clausole quali clausole

vessatorie potrebbe dare la stura ad una enorme proliferazione di contestazioni pretestuose. Nelle memorie presentate alla Commissione i gestori di telefonia hanno inoltre sottolineato, con allegazioni apparentemente verosimili, che i casi in cui i reclami sulla fatturazione si sono rivelati fondati sono statisticamente molto pochi. Ora, pur riconoscendo che questi sono argomenti *ab inconvenienti* di per sé non decisivi, la Commissione ritiene di dovervi prestare attenzione e di dover compiere uno sforzo per arrivare a segnalare linee-guida che contemperino la tutela della legalità con quella della ragionevolezza.

In quest'ottica, sembra alla Commissione che specificare i motivi di contestazione mediante l'allegazione di circostanze oggettive facilmente verificabili possa essere comportamento validamente imposto al consumatore dalle condizioni generali di contratto come adempimento di un obbligo di buona fede e correttezza di per sé gravante sul consumatore reclamante e, per ciò stesso, come obbligo di per sé non vessatorio. Parimenti dovrebbe essere trattato l'obbligo di previo pagamento (non di tutto l'ammontare in fattura, ma piuttosto) di quelle somme soltanto, la cui debenza risulti incontestabile (ad esempio, il canone) o altamente probabile (ad esempio, una percentuale del consumo medio per quel periodo dell'anno, quale rilevato sulla base di dati storici).

In pratica, la formulazione più prudente e flessibile di clausole ispirate a questi principi potrebbe in sostanza prevedere che il gestore si riserva la facoltà di sospendere il servizio qualora, in caso di contestazione sollevata dall'utente a sostegno del mancato integrale pagamento di una o più fatture, quest'ultimo non abbia provveduto a specificare i motivi di contestazione e a pagare quanto meno le somme relative a aspetti del servizio non contestati.

Clausole ancor più incisive a protezione dell'interesse dei gestori a un sostanziale *solve et repete* sembrano alla Commissione ricadere senza scampo nell'area della vessatorietà; né d'altronde ciò deve indurre a

temere un vuoto di diritto e un correlativo aumento incontrollabile dei rischi di abuso, rimanendo pur sempre disponibili, al di fuori della disciplina contrattuale standardizzata, i rimedi di diritto comune (in particolare, l'*exceptio inadimpleti* per il gestore e i provvedimenti d'urgenza per il consumatore).

6.6 Termine per il reclamo

Come si è detto, quasi tutti i contratti prevedono la possibilità di proporre reclami al gestore. Quando il reclamo del consumatore ha per oggetto la fattura, si ritrova pressoché sempre la clausola che impone un termine entro cui il reclamo stesso deve essere presentato. Nella maggior parte dei casi, questo termine è di 45 giorni dalla data di emissione della fattura. Solamente alcuni gestori prevedono, comunque, che è fatta salva la possibilità del consumatore di provare che la fattura gli è giunta in ritardo. In alcuni contratti, infine, è espressamente sancito che in mancanza di presentazione del reclamo la fattura si intenderà irrevocabilmente accettata.

Con riferimento alle clausole in parola, la Commissione rileva due possibili profili di vessatorietà, entrambi alla stregua del disposto dell'art. 1469-*bis* n. 18.

In primo luogo, occorre considerare se comporti una inammissibile limitazione al diritto di ricorrere all'autorità giudiziaria il subordinare il diritto medesimo all'aver previamente esperito il procedimento interno di reclamo. Ciò avverrebbe, ad esempio, qualora la clausola sul termine fosse interpretata nel senso di sancire la preclusione a contestare giudiziarmente, perché da considerare irrevocabilmente accettata (?) tra le parti, la fattura contro cui non sia stato esperito nel termine previsto dal contratto il procedimento interno di reclamo.

Ad avviso della Commissione, una clausola avente espressamente tale contenuto (o interpretabile nel senso di vedersi assegnare tale contenuto) sarebbe certamente vessatoria ex art. 1469-*bis* n. 18. Invero, la previsione di un procedimento interno di reclamo è da considerare lecita ed opportuna solo se offre ad entrambe le parti un contesto favorevole a composizioni amichevoli in termini più rapidi e meno costosi di qualsivoglia procedura «esterna», arbitrale o giudiziaria. Per contro, configurata come fatto generatore di un onere il cui mancato rispetto comporterebbe decadenza convenzionale dalla possibilità di ricorrere all'A.G.O., la nullità per vessatorietà appare inevitabile.

Ridimensionata alla stregua di pattuizione che disciplina (soltanto) il procedimento interno di reclamo, la clausola che fissa un termine per la proposizione del reclamo medesimo può essere vessatoria per irragionevole brevità del termine stesso o per il criterio prescelto per computarlo.

Nei contratti esaminati non sono stati riscontrati esempi meritevoli di censura del primo tipo; esempi, cioè, di termini in sé irragionevolmente brevi.

Tuttavia, una censura del secondo tipo può invece essere rivolta a quelle clausole, di cui sono stati riscontrati esempi, che fissano il *dies a quo* del termine non dal giorno della ricezione della fattura da parte del cliente consumatore, bensì dalla data indicata in fattura come data di emissione. In pratica, clausole siffatte possono avere l'effetto di togliere al consumatore l'effettiva possibilità di utilizzare il rimedio che letteralmente esse sembrano offrire. In particolare, se considerate idonee a precludere la dimostrazione che il procedimento interno non è stato esperito per un impedimento non imputabile al cliente consumatore, anche queste clausole dovrebbero essere qualificate con certezza come vessatorie.

6.7 Tariffe per i servizi nazionali e per il Roaming internazionale

La Commissione rileva che dai contratti esaminati non emerge con certezza che al consumatore, prima di concludere il contratto, siano rese note le condizioni di tariffa che gli saranno applicate.

Sotto questo profilo, sono censurabili per vessatorietà alla stregua del n. 10 dell'art. 1469-*bis* le clausole delle condizioni generali, che rinviano a tariffe non incorporate fisicamente nel contratto e che, pertanto, potrebbero non essere note al consumatore quando egli assume il vincolo (specie se si considera che egli si obbliga ex art. 1331 c.c.).

Inoltre, sono a *fortiori* da trattare come vessatorie le clausole che dichiarino applicabili al contratto le “tariffe di volta in volta in vigore”.

Interpretata come una clausola che mira a realizzare l'adeguamento automatico del contratto alle modifiche unilaterali introdotte dal gestore in pendenza del rapporto, la clausola sarebbe, in primo luogo, contraddittoria con quella – esaminata *supra* – avente lo stesso effetto e imperniata sul riequilibrio delle posizioni mediante la libertà di recesso; in secondo luogo e soprattutto, si porrebbe in evidente violazione con il n. 12 dell'art. 1469-*bis*, sostanzialmente proibitivo delle clausole che consentono che il prezzo dei servizi sia determinato al momento della prestazione.

I gestori che forniscono servizi di telefonia mobile, inoltre, hanno inserito nelle loro condizioni generali il riferimento ai costi addebitati al cliente che effettua chiamate in *roaming* internazionale. Nemmeno in questo caso il contratto contiene la determinazione del prezzo per il servizio, poiché si rinvia ai prezzi stabiliti dai gestori stranieri, convenzionati con il gestore nazionale, le cui reti vengono di volta in volta utilizzate. Di tali prezzi, da quanto risulta dai contratti, il consumatore può prendere conoscenza consultando la documentazione presente presso i centri autorizzati o

telefonando al servizio clienti; tuttavia, risulta alla Commissione che talvolta il gestore nazionale non è in grado di garantire che l'operatore straniero si atterrà strettamente alle tariffe base comunicate in anticipo e/o che non applicherà supplementi più o meno cospicui rispetto alle tariffe base.

Questo essendo il quadro di riferimento, la Commissione si è domandata quale praticabile disciplina contrattuale del *roaming* internazionale potesse soddisfare efficacemente l'obiettivo di tutela del consumatore sotteso ai nn. 10 e 12 dell'art. 1469-*bis*.

Considerato il numero molto cospicuo di operatori stranieri con cui ciascun gestore nazionale entra in rapporto stipulando convenzioni di *roaming* e considerato, altresì, che (i) il gestore nazionale non ha controllo o potere sulle variazioni o integrazioni che gli operatori stranieri possono via via apportare alle proprie tariffe di *roaming* e che (ii) sarebbe irragionevole e iniquo addossare al gestore nazionale vuoi un obbligo di informativa personalizzata e immediata a ciascun cliente in ordine ad ogni pur minimo mutamento di tariffe internazionali di *roaming*, vuoi alternativamente la sopportazione del rischio di aumenti o di <<sorprese>> nei costi addossati dagli operatori stranieri in virtù delle convenzioni di <<roaming>>, la Commissione ritiene che non siano censurabili per vessatorietà quelle clausole di *roaming* internazionale, che si limitino ad assicurare al cliente accesso su richiesta alle informazioni sui costi di *roaming* di cui in quel momento il gestore disponga in ragione delle convenzioni da lui stipulate, purché sia con chiarezza specificato che è a rischio del cliente, non del gestore, l'applicazione di eventuali maggiori costi praticati dall'operatore straniero in virtù di un potere di determinazione incontrollabile del gestore nazionale.

6.8 Efficacia probatoria delle rilevazioni del contatore

Alcuni contratti attribuiscono efficacia probatoria particolare alle risultanze delle apparecchiature di controllo del traffico a disposizione del gestore, prevedendo che tali risultanze “fanno fede” con riguardo al traffico maturato dal cliente o addirittura che i dati delle centrali telefoniche del gestore “fanno piena prova tra le parti circa l’avvenuto utilizzo dei servizi da parte del cliente”.

Come sottolineato già nel precedente parere sui contratti di fornitura gas e energia, la Commissione ritiene queste clausole certamente vessatorie ai sensi del n. 18 dell’art. 1469-*bis*, in quanto limitano la facoltà del consumatore di opporre eccezioni o di allegare prove.

6.9 Durata del contratto

Quanto alla loro durata, i contratti analizzati possono essere distinti a seconda che siano stati stipulati a tempo indeterminato, ovvero che abbiano una durata determinata in dodici mesi. In questo secondo caso, peraltro, è previsto che il contratto si rinnovi tacitamente per successivi periodi di un anno ciascuno, salvo disdetta da inoltrare al gestore 30 giorni prima della scadenza. Anche nelle ipotesi di contratto a durata determinata, le condizioni contrattuali predisposte dai gestori garantiscono comunque al consumatore il diritto di recesso, da esercitarsi talvolta senza necessità di preavviso, ma nella generalità dei casi con termine di preavviso di 15 o di 30 giorni.

Con riferimento alle clausole che predeterminano in un anno la durata del vincolo contrattuale, si pone la necessità di verificare la eventuale vessatorietà delle disposizioni relative al termine entro cui il consumatore è

tenuto a comunicare la propria disdetta, pena la prosecuzione del contratto per un ulteriore anno, alla luce del n. 9 dell'art. 1469-*bis*, norma che, in verità, non introduce un termine massimo normativamente vincolante, ma lascia all'interprete il compito di valutare, caso per caso, se il termine contrattuale debba essere considerato eccessivamente anticipato.

Da questo punto di vista e tenendo conto dell'opportunità di bilanciare gli opposti interessi in gioco - quello del consumatore di poter decidere se proseguire o meno il rapporto in un momento il più vicino possibile alla sua scadenza; quello del gestore di poter conoscere con anticipo la durata del contratto - è opinione della Commissione che non sia eccessiva la pretesa dei gestori telefonici di ricevere comunicazione della disdetta almeno un mese prima della scadenza del contratto.

Quanto, invece, ai contratti conclusi a tempo indeterminato, la Commissione rileva che la durata indeterminata del contratto non è in sé vessatoria e non presenta profili problematici dal punto di vista dell'applicazione degli articoli 1469-*bis* e seguenti. La stessa disposizione può, tuttavia, risultare problematica in considerazione della recente disciplina relativa ai contratti conclusi a distanza tra consumatore e professionista.

In base all'art. 3 del decreto legislativo 185/1999, infatti, devono essere fornite al consumatore in tempo utile prima della conclusione del contratto, le informazioni sul contenuto essenziale del rapporto espressamente elencate dalla norma, tra le quali è inclusa l'indicazione della durata minima del rapporto, in caso di prestazione di servizi ad esecuzione continuata o periodica. Il consumatore, inoltre, deve ricevere conferma scritta di tutte le informazioni previste dall'art. 3, prima o al momento dell'esecuzione del contratto (art. 4). All'inosservanza di tali disposizioni consegue la proroga dei termini per l'esercizio del diritto di "pentimento" e l'applicazione delle sanzioni pecuniarie previste dal decreto.

E' stato osservato che le informazioni richieste dal decreto funzionano ormai come modello-tipo del contratto di acquisto di un bene o un servizio, incidendo, quindi, su un'eventuale prassi difforme (sul punto, in particolare, ALPA, *Contratti a distanza. Prime considerazioni*, in *I Contratti*, 1999, pag. 849).

Alla luce di tali considerazioni, pertanto, la Commissione è portata a ritenere che - quantomeno nei contratti di abbonamento a servizi telefonici conclusi a distanza, che rappresentano quasi certamente la maggioranza dei contratti conclusi nel settore - sarà onere del gestore prevedere un termine di durata minima del contratto e darne comunicazione al consumatore nei termini e nelle forme prescritte dal citato decreto legislativo.

6.10 La responsabilità del gestore

Nei contratti esaminati, gli operatori telefonici limitano variamente la propria responsabilità in caso di inadempimento alle proprie obbligazioni contrattuali e spesso propongono una ripartizione dei rischi contrattuali che non appare del tutto equilibrata.

Sospensione, interruzione, ritardo, malfunzionamento, mancanza e difformità del servizio sono ipotesi prese sempre in considerazione dai contratti, al fine di escludere la responsabilità del gestore nei confronti del cliente. Ciò, beninteso, è legittimo e non dà adito a questioni di vessatorietà, qualora le situazioni considerate dipendano da cause non imputabili al gestore stesso.

Gli eventi sopra citati, tuttavia, sono menzionati nei contratti anche al fine di limitare la responsabilità dei gestori, pur quando l'inadempimento sia riconducibile alla condotta dolosa o colposa del gestore stesso.

Sia le clausole, non molto diffuse in verità, che escludono completamente la responsabilità del professionista per inadempimenti a lui imputabili nell'erogazione del servizio, sia le più frequenti disposizioni che escludono tale responsabilità nei casi qualificati solamente da colpa lieve del gestore, sono valutate come vessatorie dalla Commissione ai sensi del n. 2 dell'art. 1469-*bis*, poiché limitano i diritti del consumatore a fronte di un inadempimento del professionista.

In relazione a situazioni di inadempimento ad essi imputabile, inoltre, alcuni gestori hanno tentato di limitare la loro responsabilità, facendo ricorso ad apposite clausole penali, che predeterminano il *quantum* risarcibile in caso di inadempimento. Tali clausole, così come formulate nei contratti esaminati, si espongono al giudizio di vessatorietà sotto due profili.

In alcuni contratti il diritto all'indennizzo è subordinato alla comunicazione tempestiva da parte del consumatore al gestore circa l'erronea sospensione del servizio da parte di quest'ultimo. Con ciò è sancita una decadenza a carico del consumatore dal carattere vessatorio ai sensi dell'art. 1469 *bis*, n. 18.

In altri, invece, l'ammontare dell'indennizzo è stabilito senza fare salva la risarcibilità del danno ulteriore. Ciò implica, ex art. 1383 c.c., che il risarcimento spettante al consumatore sia limitato nel *quantum* all'ammontare contrattualmente determinato, con la conseguente introduzione di una limitazione vessatoria al diritto del consumatore di far valere i propri diritti nei confronti del professionista inadempiente ex art. 1469-*bis*, n. 2. Ad avviso della Commissione, una soluzione equilibrata potrebbe consistere nel mantenere l'espressa limitazione forfettaria del danno risarcibile come regola statisticamente applicabile nella stragrande maggioranza dei casi, facendo salva, tuttavia, in modo inequivocabile la possibilità di dar prova specifica e rigorosa del maggior danno.

Nelle *“direttive concernenti i livelli di qualità dei servizi e per l'adozione, da parte di ciascun gestore, di una carta del servizio recante l'indicazione di standard minimi per ogni comparto di attività”*, la cui emanazione è prevista dall'art. 1, comma 6, lett. b), n. 2 della legge 249/97 istitutiva dell'Autorità delle comunicazioni, saranno date indicazioni agli operatori in materia di indennizzi, indicazioni che saranno poi seguite nella compilazione della “Carta dei servizi” da parte dell'operatore.

6.11 La responsabilità del consumatore

Con riguardo alla responsabilità del consumatore, i testi contrattuali analizzati distinguono tra la responsabilità derivante dall'uso improprio del servizio, ovvero da un uso che, per brevità, si può dire effettuato a fini illeciti; la responsabilità derivante dall'uso del servizio da parte di terzi e, in particolare, dall'uso abusivo del servizio da parte di questi ultimi; ed, infine, la responsabilità in caso di furto e smarrimento.

Quanto al primo ambito, si può notare che le condizioni contrattuali adottate dagli operatori telefonici tendono ad addossare al consumatore la responsabilità per ogni caso di uso improprio del servizio non solo da parte sua o di terzi da lui autorizzati, bensì anche da parte di terzi non autorizzati dal consumatore stesso, in molti casi stabilendo in via generale l'obbligo per il consumatore di non utilizzare e di non far utilizzare il servizio in modo improprio.

A giudizio della Commissione, non sorgono problemi di significativo squilibrio tra diritti ed obblighi delle parti - censurabile, in ipotesi, ai sensi dell'art. 1469-*bis*, primo comma - fin tanto che si faccia riferimento all'uso improprio realizzato dal terzo tramite le apparecchiature e la carta SIM in possesso del consumatore. Della sorveglianza sull'uso di tali beni, infatti, non può che rispondere il consumatore in prima persona.

Ove si faccia, tuttavia, ricadere in tali previsioni anche l'ipotesi di un uso improprio avvenuto tramite l'utilizzo abusivo dei servizi da parte di terzi non autorizzati dal consumatore, la clausola si rivela vessatoria, in quanto addossa il rischio dell'utilizzo improprio, non autorizzato e finanche occulto, al contraente meno attrezzato (anche sul piano tecnologico) per esercitare una sorveglianza estesa ben oltre i beni in suo possesso (apparecchiature e carta SIM).

In questa ottica, appaiono, pertanto, apprezzabili le clausole di alcuni contratti in cui ricorre piuttosto un semplice, e più plausibile, obbligo di vigilanza del consumatore, affinché terzi non autorizzati non utilizzino il servizio in modo improprio.

Le considerazioni che precedono costituiscono criterio per valutare anche quelle clausole contrattuali che prendono in considerazione la possibilità che il servizio telefonico sia utilizzato abusivamente da terzi (per fini leciti o illeciti, non ha importanza) e prevedono l'obbligo del consumatore di pagare il prezzo del traffico telefonico effettuato, appunto, dal terzo. Alcuni contratti rendono palese il rischio che si intende coprire mediante tali clausole, facendo espresso riferimento all'utilizzo abusivo in termini di "manomissione della carta SIM" e stabiliscono, come detto, che il cliente risponda per qualsiasi costo e per ogni pregiudizio conseguente, fino al momento in cui non avrà comunicato al gestore il sospetto di manomissione.

La Commissione è consapevole del fatto che, allo stato della tecnica, è possibile che si verifichi un utilizzo abusivo del servizio telefonico a danno del cliente, a prescindere dalla diligenza con cui quest'ultimo custodisce le apparecchiature e/o la carta SIM in suo possesso.

In un'ottica di delicato bilanciamento dei rischi e dei costi che tenga in considerazione la diversa capacità delle parti in gioco di difendersi da fenomeni quali quello della "clonazione" o altri simili, la Commissione, pertanto, è portata a ritenere che non sia il consumatore a trovarsi nelle condizioni migliori per sopportare il rischio e il costo dell'uso del servizio da parte di terzi realizzato tramite sfruttamento abusivo (e occulto) delle linee telefoniche.

Appare, invece, da considerare corretta, non creando aggravio eccessivo della responsabilità del consumatore, la clausola contrattuale, presente in alcuni modelli analizzati, in cui è specificato che il consumatore risponde dell'uso del servizio effettuato da terzi non autorizzati "mediante la carta SIM attribuita al cliente" o "effettuato dagli apparecchi in uso al cliente", poiché in tal caso si presuppone una custodia negligente da parte del consumatore del telefono di cui dispone.

Quanto, infine, al regime di responsabilità del consumatore nei casi di furto o smarrimento di carta SIM e/o dell'apparecchiatura, la Commissione rileva la sostanziale equità delle clausole, proprie di alcuni contratti, secondo cui il cliente risponde di ogni costo e pregiudizio derivante dall'uso della carta rubata o smarrita fino a che non avrà comunicato al gestore il furto o lo smarrimento.

6.12 Diritto di cedere il contratto

Tutti i contratti oggetto di indagine prevedono che il consumatore non possa cedere il contratto da lui concluso, salvo preventiva autorizzazione del gestore (ed eventuale rilascio di garanzie da parte del cedente), con l'unica eccezione di un contratto nel quale è sancito il divieto assoluto di cessione da parte del cliente.

Già in occasione del parere reso in tema di contratti di fornitura gas ed energia, di cui si riporta di seguito lo stralcio, la Commissione ha avuto modo di sottolineare che tale tipo di clausola supera il vaglio di vessatorietà ai sensi del n. 18 dell'art. 1469-bis, nella parte in cui tale norma considera vessatoria la clausola che restringe la libertà contrattuale del consumatore nei rapporti con i terzi (*...Si potrebbe ipotizzare un contrasto con il n. 18 dell'articolo 1469-bis, che considera vessatoria la clausola che restringe la libertà contrattuale del consumatore nei rapporti con i terzi. E' tuttavia dubbio se la facoltà di cedere il contratto costituisca una "restrizione" nel senso indicato da questa norma, ovvero se la censura di vessatorietà sia posta piuttosto a tutela della libertà del contraente non professionista di concludere altri rapporti, diversi ed ulteriori rispetto a quello nel quale sono previste*).

Quanto, invece, alla facoltà di cedere il contratto da parte del gestore, si può notare che alcuni dei contratti esaminati riconoscono tale diritto senza limiti, esponendosi al giudizio di vessatorietà nella misura in cui non subordinano l'efficacia di tale cessione al fatto che non si risolva in una diminuzione della tutela dei diritti del consumatore, come previsto dal n. 17 dell'art. 1469 bis.

Appaiono, invece, da questo punto di vista adeguate quelle disposizioni, riscontrate in alcuni contratti, in base alle quali in caso di cessione del contratto il gestore cedente deve garantire l'adempimento da parte del cessionario delle obbligazioni derivanti dal contratto. Tale previsione può essere, infatti, considerata idonea a scongiurare il pericolo di una diminuzione di tutela del consumatore (sul punto, GATT, *Art. 1469 bis*, 3° comma, n. 17, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, a cura di Alpa e Patti, Giuffré, 1997, pag. 431 ss.).

6.13 Foro esclusivo

In alcuni dei contratti esaminati è eletto un foro esclusivo competente per la risoluzione delle controversie derivanti dal contratto.

Tali clausole sono vessatorie ai sensi del n. 18 dell'art. 1469-*bis*.

Anche la previsione contrattuale che stabilisce che il foro competente è stabilito sulla base territoriale del gestore presso la quale è stato realizzato l'impianto è, a giudizio della Commissione, vessatoria, non garantendo che il foro competente *ex contractu* sia quello in cui il consumatore ha la residenza o il domicilio elettivo.

6.14 Clausola risolutiva espressa

La Commissione ritiene di dover segnalare l'opportunità di rivedere alcune clausole che appaiono civilisticamente improprie, sia pure sotto profili diversi da quello del loro carattere vessatorio. Vengono in considerazione, a questo proposito, le clausole – che si incontrano piuttosto frequentemente nei contratti analizzati – in base alle quali il gestore ha il diritto di risolvere il contratto a fronte di una serie (non di inadempimenti, ma) di situazioni non connotate da colpa, quali la sopravvenuta incapacità del cliente o il suo assoggettamento a procedure concorsuali. Occorre ricordare, infatti, che il meccanismo dell'art. 1456 c.c. presuppone l'individuazione, nel contratto, di obbligazioni in cui inadempimento è considerato, nell'economia del contratto stesso, così grave da legittimare la parte non inadempiente a richiedere la risoluzione del vincolo contrattuale, rendendo superflua la valutazione di gravità dell'inadempimento rimessa al giudice dall'art. 1454 c.c.. Le situazioni elencate in queste clausole dovrebbero perciò essere più propriamente qualificate come cause legittime di recesso dal rapporto.

Da segnalare, anche, in un'ottica generale di maggior correttezza giuridica delle condizioni utilizzate, qualche caso di contratto che consente all'operatore telefonico di sospendere la fornitura in caso di morosità dell'utente, anche con riguardo ad utenze diverse da quelle per cui si verifica il problema della morosità.

Di fronte all'analogo problema emerso nell'indagine sui contratti di fornitura di gas ed energia, la Commissione aveva evidenziato *"l'assoluta necessità che la sospensione del servizio debba essere limitata all'utenza in mora"*. La Commissione ribadisce e conferma in questa sede questo suo convinto orientamento, che è d'altronde conforme a quanto prescritto espressamente dall'art. 16 (a) *in fine* del già citato D.P.R. 318/1997.

6.15 Trasparenza

Le considerazioni già espresse dalla Commissione nel proprio precedente parere reso a proposito dei contratti di fornitura di gas ed energia possono essere senz'altro riproposte in questa sede: non sempre le condizioni contrattuali analizzate brillano per chiarezza nella formulazione delle norme e nel collegamento tra queste. In più, trattandosi quasi sempre di condizioni generali poste a tergo dei moduli di richiesta di attivazione del servizio, il carattere di stampa utilizzato è di dimensioni veramente ridotte, il che non facilita la lettura.

Milano, 30 ottobre 2001

IL SEGRETARIO GENERALE f.f.
Enrico Faini