



ANDREA SARDINI

Dottore in Giurisprudenza – Università di Brescia

IL DIRITTO DI RECESSO NELLA REGOLAZIONE AGCOM

SOMMARIO: 1. Notazioni preliminari sul mercato delle comunicazioni elettroniche. – 2. Modalità dell'agire del regolatore: l'utilizzo strumentale del contratto e gli effetti sullo stesso. – 3. (Segue): i contratti di utenza e il diritto di recesso come strumento pro-concorrenziale. – 4. (Segue): la sopravvenienza della regolazione autoritativa. – 5. Alcuni interventi del regolatore delle comunicazioni. Il caso della fatturazione a 28 giorni – 6. Le linee guida Agcom in materia di esercizio del diritto di recesso. – 7. Considerazioni conclusive.

1. – Il mercato delle comunicazioni elettroniche possiede, alla luce delle particolari modalità attraverso cui è avvenuto – non solo storicamente – il processo di liberalizzazione del comparto, nonché delle pregnanti situazioni soggettive ivi coinvolte, caratteristiche del tutto peculiari.

In tale settore, come in quello dell'energia elettrica e del gas naturale, la normazione di matrice parlamentare e governativa ha spesso dimostrato la propria inadeguatezza a garantire il corretto funzionamento di alcuni meccanismi – fondamentali – del mercato, i quali si identificano, in un'ottica di estrema generalizzazione, nella protezione ed incentivazione della concorrenza e nella tutela di quei soggetti – fruitori dei servizi – che, anche a causa della debolezza economica che spesso li caratterizza, necessitano di una tutela specifica.

Su tale binario, connotato da una duplice finalità, si innesta pertanto un intervento ulteriore, e per certi versi suppletivo, vale a dire quello operato dalle c.d. autorità amministrative indipendenti e in particolare, per il settore che qui interessa, dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom) la cui istituzione, avvenuta con la legge 31 luglio 1997, n. 249 (c.d. Legge Maccanico), ha di fatto accompagnato il processo di liberalizzazione della gestione dei servizi di comunicazione elettronica sul territorio nazionale.



Sin dalla seconda metà degli anni Novanta¹ si è infatti passati da un sistema monopolistico² ad una struttura di mercato largamente aperta e liberalizzata³, nell'ambito della quale non è, però, venuta meno la considerazione che le comunicazioni elettroniche mantengono, per propria natura intrinseca, lo status di servizio pubblico e che perciò – in virtù di tale caratteristica – necessitano di una profonda e precisa regolazione⁴ ad opera dei soggetti a ciò preposti.

In materia un vero e proprio ruolo cardine è rivestito dal principio di uguaglianza, così come declinato dall'art. 14 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), nonché dagli artt. 20 ss. della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e dall'art. 3 della Costituzione italiana. Come ha infatti avuto modo di evidenziare una parte della dottrina, il diritto di comunicazione

¹ Cfr. GAMBINO, *Dal monopolio alla liberalizzazione: regolamentazione normativa delle asimmetrie nel mercato delle telecomunicazioni*, in *Giur. comm.*, 1996, p. 5 ss.; PACE, *L'ordinamento della comunicazione*, in *Dir. pubb.*, 2004, p. 939 ss.; CARDARELLI, ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto delle telecomunicazioni. Principi, normativa, giurisprudenza*, Roma-Bari, 1997, p. 1 ss.; BAVASSO, *Electronic Communications: a New Paradigm for European Regulation*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 87 ss.; DE STREEL, QUECK, VERNET, *Le nouveau cadre réglementaire européen des réseaux et services de communications électroniques*, in *Cahiers de droit européen*, 2002, p. 243 ss.; MASTROIANNI, *Telecomunicazioni e televisioni*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M. P. Chiti e G. Greco, Milano, 1997, p. 1187 ss.; RANGONE, *Le telecomunicazioni*, in *Trattato di diritto amministrativo*, II, a cura di S. Cassese, Milano, 2000, p. 1783 ss.; LIBERTINI, *Una disciplina antitrust speciale per le comunicazioni elettroniche*, in *Contr. impr. eur.*, 2002, p. 910 ss.; RADICATI DI BROZOLO, *Simmetria e asimmetria nel diritto comunitario delle telecomunicazioni*, in *Dir. inform.*, 1997, p. 501 ss.; TIZZANO, *L'azione comunitaria nelle telecomunicazioni: interventi recenti e prospettive future*, p. 917 ss.; GENOVESE, FONDERICO, *Concorrenza e regolazione asimmetrica nelle telecomunicazioni*, Milano, 1999, p. 15 ss.; TOSATO, *L'evoluzione della disciplina comunitaria delle comunicazioni elettroniche*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, p. 169 ss.; LIBERTINI, *Regolazione e concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, p. 195 ss.; LAROCHE, *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*, Oxford, 2000, p. 111 ss.; SALTARI, *La regolazione asimmetrica nelle comunicazioni elettroniche tra AGCM, Agcom e giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 1212 ss.

² Si rinvia a quanto evidenziato da MINERVINI, *Pubblico e privato nei contratti di interconnessione tra reti (con particolare riferimento al settore delle comunicazioni). Prime riflessioni*, in *Dir. comm. internaz.*, 2007, p. 325 ss., in cui l'Autore evidenzia come l'erogazione del servizio avvenisse «quasi sempre in regime di monopolio legale e con determinazione autoritativa del corrispettivo dovuto dall'utente (sistema tariffario)», e proprio «dove la teoria del monopolio naturale aveva ipotizzato l'attività di un unico soggetto, solitamente statale (nelle varie forme in cui l'attività può essere organizzata: gestione diretta, creazione di un ente pubblico, economico e non, impresa in mano pubblica, concessione a imprese private), il diritto comunitario ha creato le condizioni, giuridiche e fattuali, perché una pluralità di imprese fornitrici potesse operare, sostituendo al regime tariffario quello del prezzo (ancorché, talvolta, variamente regolato)».

³ La considerazione è di CASSESE, *La liberalizzazione delle telecomunicazioni*, in *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, a cura di F. Bonelli e S. Cassese, Milano, 1999, p. 53 ss.

⁴ Cfr. ARGIOLAS, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni elettroniche*, in *Gior. dir. amm.*, 2011, p. 191 ss.



diviene «strumento indispensabile non solo di arricchimento culturale ed ideologico, ma anche di consapevolezza delle scelte e addirittura di stimolo alle scelte»⁵. Integra quindi, come è stato acutamente rilevato, «un ruolo fondamentale nella vivificazione del tessuto democratico di un paese»⁶.

A conferma di una tale posizione, agli artt. 3 e 4 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259 (c.d. Codice delle comunicazioni elettroniche), viene evidenziato, in modo inequivocabile, che la normativa di settore intende garantire «i diritti inderogabili di libertà delle persone nell'uso dei mezzi di comunicazione elettronica, nonché il diritto di iniziativa economica ed il suo esercizio in regime di concorrenza, nel settore delle comunicazioni elettroniche»⁷; che la concessione del servizio di comunicazione, anche a livello infrastrutturale, «è libera e ad essa si applicano le disposizioni del Codice [delle comunicazioni elettroniche]»⁸; e infine che la disciplina intende «salvaguardare, nel rispetto del principio della libera circolazione delle persone e delle cose, i diritti costituzionalmente garantiti di: a) libertà di comunicazione; b) segretezza delle comunicazioni, anche attraverso il mantenimento dell'integrità e della sicurezza delle reti di comunicazione elettronica; c) libertà di iniziativa economica e suo esercizio in regime di concorrenza, garantendo un accesso al mercato delle reti e servizi di comunicazione elettronica secondo criteri di obiettività, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità»⁹.

È evidente come, muovendo dai cardini normativi della materia testé evidenziati, il fondamento della disciplina non sia costituito, in via esclusiva, dalla volontà di assicurare piena libertà di comunicazione al singolo – come peraltro viene confermato dall'art. 2 della Dichiarazione dei diritti in internet del 28 luglio 2015¹⁰ –, ma anche di garantire la massima tutela possibile ad un effettivo «regime di concorrenza»¹¹ interno al mercato.

Si tratta infatti di un settore in cui, similmente a quanto già osservato in materia di produzione e somministrazione di energia elettrica e di gas naturale, coesistono una pluralità di operatori, i quali gestiscono le reti infrastrutturali e ne offrono l'accesso alla

⁵ Cit. DI AMATO, *I principi generali (Articoli 3 e 4)*, in *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, in *MC Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, Napoli, 2015, p. 11 ss.

⁶ DI AMATO, *op. loc. ult. cit.*

⁷ Comma primo, art. 3, d. lgs. 259/2003.

⁸ Comma secondo, art. 3, d. lgs. 259/2003.

⁹ Comma primo, art. 4, d. lgs. 259/2003.

¹⁰ Ove si dispone, con assoluta inequivocabilità, che «ogni persona ha eguale diritto di accedere ad internet in condizione di parità».

¹¹ Comma primo, art. 3, d. lgs. 259/2003.



clientela ma che – a differenza del settore energetico – non presenta un vero e proprio monopolio di trasmissione “naturale”, in quanto l’evoluzione tecnologica ha consentito la c.d. duplicazione delle reti, aprendo ulteriormente la strada all’estensione del mercato.

Come in ogni altro settore economicamente rilevante, anche qui si rende però necessario – per lo meno nell’ottica di ridurre il manifestarsi di possibili asimmetrie informative – garantire la più completa trasparenza negoziale, così da definire un contesto operativo che assicuri un’effettiva concorrenzialità.

In tale prospettiva si sono sviluppate, specie da parte del legislatore comunitario, numerose iniziative, le quali sono sfociate nell’emanazione di una pluralità di direttive¹² che sono state, di volta in volta – e non sempre celermente – recepite dal legislatore nazionale. Queste hanno abolito le riserve, ancora esistenti, in materia di accesso alle reti – disciplinando poi l’interconnessione tra le stesse – secondo un sistema di concessioni ed autorizzazioni di natura non discrezionale, il cui controllo e la cui regolazione spettano per legge all’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni¹³.

In tal senso, l’attività di regolazione dell’Autorità è risultata quindi finalizzata a consentire l’accesso al mercato ad un «numero sufficiente di attori», così da «creare artificialmente un mercato che non c’è» il quale, secondo parte della dottrina, una volta «adeguatamente costruito», dovrebbe essere in grado di «governarsi da sé», cedendo perciò il passo «al diritto comune (inteso, in particolare, come diritto di iniziativa economica, autonomia contrattuale e regole generali a tutela della concorrenza)»¹⁴.

¹² Tra le altre, citiamo la Direttiva 2002/20/CE (c.d. Direttiva autorizzazioni); la direttiva 2002/19/CE (c.d. Direttiva accesso); la Direttiva 2002/22/CE (c.d. Direttiva servizio universale); la Direttiva 2002/58/CE (c.d. Direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche); nonché il Regolamento (CE) n. 1211/2009, che istituisce l’Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (c.d. BEREC) e il Regolamento (UE) n. 531/2012, relativo al roaming sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili ed istitutivo del c.d. *roaming like at home* grazie al quale, a partire dal 15 giugno 2017, è possibile utilizzare i servizi di rete sul territorio dell’Unione senza costi aggiuntivi rispetto al contratto negoziato nel Paese di appartenenza.

¹³ Per maggiori approfondimenti sull’istituzione della menzionata autorità sia concesso rinviare, in ordine di pubblicazione, a FRENI, voce *Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1999, p. 1 ss.; CHELI, D’AMATO, voce *Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Enc. dir.*, IV, 2000; BRUNO, NAVA, *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni. Radiotelevisione, comunicazioni elettroniche, editoria*, cit., p. 105 ss.; CALABRÒ, VIOLA, ARIA, *L’autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, in *Le autorità amministrative indipendenti*, a cura di G. P. Cirillo e R. Chiappa, Padova, 2010, p. 508 ss.; ARGIO-LAS, *op. cit.*, p. 192 ss.

¹⁴ ARGIO-LAS, *op. loc. ult. cit.*; si veda inoltre come lo stesso diritto europeo muova nel senso di ridimensionare la regolazione del settore in parallelo con il progredire della sua struttura concorrenziale; cfr. Considerando n. 5 della Direttiva 2009/140/CE, secondo cui lo scopo del diritto comunitario «è ridurre progressivamente le regole settoriali ex ante specifiche via via che aumenta il grado di concorrenza sul mercato,



Un tale spazio al “diritto comune” non è però agevolmente immaginabile nel settore delle comunicazioni elettroniche, nell’ambito del quale viene prestato quello che è stato a più riprese definito come un “servizio di pubblica utilità”¹⁵, del quale vanno necessariamente preservate, pertanto, alcune caratteristiche¹⁶ essenziali, specie al fine di salvaguardare la posizione dei consumatori¹⁷.

Il ruolo dell’Autorità di regolazione non può dunque, in tale ramo del mercato, essere relegato in secondo piano, in quanto utile ad una duplice finalità: creare una struttura di fondo effettivamente concorrenziale da un lato; tutelare i pubblici interessi, afferenti a tale ambito, dall’altro.

Al fine di perseguire più efficacemente i propri propositi istituzionali, Agcom ha introdotto alcuni meccanismi di coordinamento e controllo che, sotto il profilo della regolazione, portano seco un non trascurabile elemento innovativo, in quanto conducono il regolatore dall’effettuare «un controllo ex post a [seguire] meccanismi normativamente proceduralizzati di controllo ex ante [...] volti ad impedire o disincentivare determinate condotte prima che i privati le pongano in essere, ma solo in presenza di rischi concorrenziali concreti»¹⁸.

Ciò emerge in modo evidente anche dall’analisi degli artt. 7 e 8 del già citato decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259¹⁹, i quali prevedono un efficiente meccanismo di raccordo e coordinamento tra il Ministero dello Sviluppo Economico e le diverse authorities competenti per materia, vale a dire l’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e

per arrivare infine ad un settore delle comunicazioni elettroniche disciplinato esclusivamente dal diritto della concorrenza. Tenuto conto del fatto che i mercati delle comunicazioni elettroniche hanno mostrato una forte dinamica competitiva negli ultimi anni, è essenziale che gli obblighi regolamentari ex ante siano imposti unicamente in assenza di una concorrenza effettiva e sostenibile». Cfr. inoltre BRUTI LIBERATI, *Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche*, in *Riv. reg. merc.*, 2014 p. 1 ss.

¹⁵ Così definito all’art. 2 legge 14 novembre 1995, n. 481.

¹⁶ Ci si riferisce ai livelli di qualità e di sicurezza delle reti, all’universalità e all’abbordabilità (c.d. *affordability*). In merito alle ultime due caratteristiche citate cfr. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, 2002; ID, *La disciplina del servizio universale*, in *Il Codice delle comunicazioni elettroniche*, a cura di M. Clarich e G. Cartei, Milano, 2004, p. 277 ss.

¹⁷ Cfr. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale nei servizi pubblici a rete*, Milano, 2006, p. 5 ss.

¹⁸ ARGOLAS, *op. cit.*, p. 193; cfr. anche BRUTI LIBERATI, *Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 3 ss.

¹⁹ In particolare, l’art. 7 del Codice delle comunicazioni elettroniche indica Agcom come soggetto regolatore nazionale e il Ministero come Amministrazione titolare di prerogative specifiche; l’art. 8 delinea invece un complesso sistema di meccanismi di coordinamento a livello istituzionale che coinvolge le autorità nazionali ed europee.



L'Autorità antitrust (AGCM), la cui competenza trasversale – è opportuno ricordarlo – tocca direttamente ogni settore di mercato in cui si possa verificare l'esistenza di pratiche commerciali scorrette.

Il sistema di raccordo non si ferma, poi, ai soli organismi nazionali, ma coinvolge anche i rispettivi enti comunitari, dando luogo al c.d. framework europeo, vale a dire la struttura – l'intelaiatura²⁰ – normativa e informatica comune in tema di telecomunicazioni.

2. – Una volta delineato, pur succintamente, il panorama normativo entro i cui margini opera l'Autorità preposta alla regolazione del settore delle comunicazioni elettroniche, è utile verificare le effettive modalità attraverso le quali la stessa è in grado di incidere, modificandolo, il rapporto contrattuale già negoziato dalle parti private, prestando particolare attenzione all'eventuale utilizzo strumentale dello stesso, o di alcune sue clausole, al fine di regolare attivamente²¹ – in un'ottica pro-concorrenziale²² ma non solo²³ – il mercato di riferimento.

In primo luogo occorre porre l'attenzione su un dato preliminare, e cioè che il settore delle comunicazioni elettroniche conosce, per propria natura, «una straordinaria varietà e molteplicità di schemi negoziali, coerentemente con la grande eterogeneità dei servizi offerti nei relativi mercati»²⁴. Tale pluralità di fattispecie negoziali è certamente classificabile in due macro-categorie, quella dei c.d. “contratti di accesso ed interconnessione” (nella quale sono coinvolti i soli operatori) e quella dei c.d. “contratti tra operatori ed utenza finale”.

²⁰ Assumono particolare rilievo, a riguardo, gli artt. 3, 7 e 8 della Direttiva 2002/21/CE (come riformata ed integrata dalla successiva 2009/140/UE), i quali definiscono il ruolo e le funzioni dei regolatori nazionali e i loro rapporti con la Commissione europea e il BEREC, secondo il modello dell'Amministrazione integrata. Cfr. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, p. 689 ss; CHITI, *Le ambivalenze del “concerto regolamentare europeo” nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in *Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche*, a cura di G. Della Cananea, Torino, 2005, p. 19 ss.; MARINIELLO, VOLPI, *Soggetti, funzioni e procedure di regolazione (Articoli 7, 8, 10 – 12)*, in *MC Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, Napoli, 2014, p. 47 ss.

²¹ Cfr. FERRARI, *I contratti dei mercati regolati*, Torino, 2018, p. XI ss.

²² L'idea che la regolazione sia essenzialmente «*a means of “holding the fort” until competition arrives*» è espressa in modo inequivocabile in LITTLECHILD, *Regulation of British Telecommunications Profitability: report to the Secretary Of State*, London, 1983, p. 15 ss.

²³ Si veda quanto disposto dall'art. 4 del Codice delle comunicazioni elettroniche.

²⁴ BRUTI LIBERATI, *Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 3 ss.



È pertanto evidente come la potestà regolamentare di Agcom si espliciti tanto nei rapporti che intercorrono tra i gestori delle reti quanto in quelli che coinvolgono anche i consumatori finali (rectius: utenti).

Possiamo quindi ipotizzare di calibrare la nostra analisi attraverso la considerazione che la regolazione dell'autorità si esplicita secondo quella che si ritiene lecito definire, metaforicamente, come una scala – un climax – discendente i cui gradini si compongono, rispettivamente, di un intervento sull'an, sul quid e sul quomodo del negozio regolato.

Sotto il primo profilo si pensi alla disciplina del servizio universale²⁵, in ragione della quale alcune – determinate – prestazioni debbono obbligatoriamente essere prestate, con un pre-stabilito livello di qualità, dall'operatore alla clientela, e per la quale la normativa ha previsto, eventualmente, un rimborso da parte dello Stato, nel caso in cui all'operatore derivino, da tale prestazione, oneri eccessivamente iniqui.

In riferimento a tale tipologia di servizio, come risulta evidente, il legislatore ha inteso garantire a tutti gli utenti, compresi coloro che si trovino in aree del territorio nazionale particolarmente remote, un pacchetto minimo di servizi pre-determinati.

Il comma primo dell'art. 53 del Codice delle comunicazioni elettroniche dispone infatti che «sul territorio nazionale i servizi elencati nel presente Capo sono messi a disposizione di tutti gli utenti finali ad un livello qualitativo stabilito, a prescindere dall'ubicazione geografica dei medesimi».

Il comma secondo della medesima norma prevede inoltre la garanzia della «fornitura del servizio universale ad un prezzo accessibile, nel rispetto dei principi di obiettività, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità».

Sul contenuto minimo di tali servizi vigila, in prima battuta, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, la quale risulta anche essere titolare – specie in occasione dell'annuale ridefinizione dei diversi obiettivi di qualità del servizio²⁶ – del potere di integrarne ed estenderne la portata, andando così a modificare, concretamente, quanto eventualmente già previsto dalle parti private.

In relazione al secondo profilo oggetto d'indagine, vale a dire il quid del contratto, si

²⁵ CLARICH, *Dal servizio pubblico al servizio universale*, in *Telecomunicazioni e servizio universale*, a cura di S. Frova, Milano, 1999, p. 21 ss.; CARTEI, *Il servizio universale*, cit., p. 277 ss.; LIBERTINI, *Che cosa resta del servizio universale*, in *La nuova disciplina delle comunicazioni elettroniche*, a cura di G. Morbidelli e F. Donati, Torino, 2009, p. 117 ss.; PONTANI, voce *Unbundling (la separazione economica-giudiziaria nei servizi universali delle reti verticalmente integrate)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., Agg. *****, Torino, 2012, p. 736 ss.

²⁶ Cfr. art. 61 del Codice delle comunicazioni elettroniche.



ragioni sui concetti di “accesso ed interconnessione”²⁷. L’art. 45 del citato Codice delle comunicazioni elettroniche del 2003 prevede che Agcom possa imporre a quelle imprese che vengono identificate come detentrici «di un significativo potere di mercato in un mercato specifico» obblighi di accesso e di utilizzo di «determinate risorse di rete» nonché, ai sensi del comma secondo dell’art. 42, particolari obblighi di “interconnessione” delle stesse.

L’accesso viene inteso dal Codice delle comunicazioni elettroniche, all’art. 1, comma primo, lett. m), come «il collegamento fisico e logico delle reti pubbliche di comunicazione utilizzate dal medesimo operatore o da un altro per consentire agli utenti di un operatore di comunicare con gli utenti del medesimo o di un altro operatore, o di accedere ai servizi offerti da un altro operatore».

Ciò che si evince essere rilevante, rispetto alla definizione che ne dà la norma, è pertanto l’eventualità che due o più imprese si accordino per condividere determinati servizi o risorse di rete, in quanto si intende scongiurare il rischio del verificarsi di un nuovo monopolio, sia pure questo meramente fattuale.

In altre parole, l’Autorità si è resa conto che, ove l’infrastruttura²⁸ non risulti, per ragioni economiche, duplicabile, questa è destinata a costituire un «fattore produttivo essenziale, ossia un input necessario per la fornitura di servizi ai clienti finali»²⁹.

Sono, infine, paradigmatiche delle modalità di intervento dell’authority sul quomodo del contratto le previsioni dettate in materia di qualità dei servizi di comunicazione.

Come risulta, infatti, evidente in un contesto di mercato pienamente concorrenziale,

²⁷ La normativa affida gran parte della regolazione della materia ad Agcom, cui spetta la scelta relativa alle misure di regolazione *ex ante* da imporre alle imprese. Come affermato da BRUTI LIBERATI, *Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 6, non sarebbe stata possibile alcuna soluzione diversa, «giacché la normativa comunitaria in materia impone agli Stati membri, ivi espressamente inclusi i loro legislatori, di lasciare alle Autorità nazionali di regolamentazione il compito di valutare caso per caso, discrezionalmente, se introdurre o non introdurre tali misure e con quali specifici contenuti». Si veda a riguardo il Considerando n. 13 della direttiva 2009/140/CE. Cfr. anche Corte Giust., sez. IV, 3 dicembre 2009, n. 424.

²⁸ Rispetto al settore dell’energia elettrica e del gas naturale, tuttavia, nel settore delle comunicazioni elettroniche vi sono importanti differenze degno di rilievo. Per le infrastrutture energetiche e del gas naturale, infatti, l’obbligo di consentire l’accesso, e perciò il vincolo a contrarre, viene posto in essere direttamente dalla legge. In questo senso cfr. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, cit., p. 40 ss.; ID, *Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 8 ss.; TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità. Un’analisi a partire dai servizi di rete*, Milano, 2007, p. 34 ss.

²⁹ IOLLI, CORONA, *Accesso, interconnessione ed interoperabilità: disposizioni di carattere generale (Articoli 40-52)*, in *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, a cura di M. Clarich e G. Cartei, Milano, 2004, p. 149 ss.



l'elemento della qualità del servizio offerto costituisce uno dei requisiti di maggiore importanza. Gli interventi dell'authority, pertanto, muovono a riguardo in tre differenti direzioni.

Sotto un primo profilo, e sulla base di quanto espressamente previsto dall'art. 72 del Codice delle comunicazioni elettroniche, l'esecutivo (seguito nella sostanza da Agcom) ha emanato un pacchetto di direttive³⁰ volte a disciplinare i servizi forniti dagli operatori, le cui informazioni devono essere comparabili dall'utenza, oltre che «adeguate ed aggiornate sulla qualità dei servizi offerti»³¹.

In secondo luogo, l'Authority è stata investita della verifica del rispetto dei livelli qualitativi e l'efficacia della prestazione, adottando un sistema di misurazione delle performance degli operatori basato su quei parametri – per lo più oggettivi – che vengono definiti come “indicatori di qualità”.

³⁰ In particolare, la Direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri del 27 gennaio 1994 (Principi sull'erogazione dei servizi pubblici) definisce e fissa i principi generali cui deve attenersi la fornitura dei servizi pubblici «volti a garantire il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, alla salute, all'assistenza e previdenza sociale, alla istruzione e alla libertà di comunicazione, alla libertà e alla sicurezza della persona, alla libertà di circolazione»; in seguito, la legge 14 novembre 1995, n. 481 (Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità), istituisce le *authorities* preordinate alla regolazione dei settori di mercato precedentemente sottoposti ad un regime di monopolio, vale a dire il settore dell'energia elettrica, del gas naturale, delle reti idriche e delle telecomunicazioni, alle quali compete: *i*) emanare direttive relativamente alla produzione e all'erogazione dei servizi definendo, in particolare, i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente; *ii*) controllare che ciascun soggetto esercente i servizi adottati, in base alla D.P.C.M. del 27 gennaio 1994 sui principi dell'erogazione dei servizi pubblici, una carta dei servizi con indicazione di standard dei singoli servizi; *iii*) verificare il rispetto di tali standard. La successiva legge del 31 luglio 1997, n. 249 (Istituzione dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo) conferma, al comma sesto, lett. b), n. 2, dell'art. 1, la competenza di Agcom in materia di «direttive concernenti i livelli generali 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». In seguito, nel 2003, la legge n. 259 del 1 agosto, recante il citato Codice delle comunicazioni elettroniche, prevede che l'*authority* possa pubblicare prospetti comparativi consultabili dai consumatori. Sulla scorta di tali normative, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ha emanato numerose delibere, tra le quali ricordiamo la Delibera n. 179/03/CSP del 24 luglio 2003, recante l'approvazione della direttiva generale in materia di qualità e di carta dei servizi delle telecomunicazioni; la Delibera n. 254/04/CSP del 10 novembre 2004 recante l'approvazione della direttiva in materia di qualità e di carta dei servizi della telefonia fissa; la Delibera n. 104/05/CSP del 14 luglio 2005, recante l'approvazione della direttiva in materia di qualità e di carta dei servizi nelle comunicazioni mobili e personali offerte al pubblico su reti radiomobili terrestri di comunicazione elettronica; nonché le ulteriori e successive delibere n. 151/12/CONS, 154/12/CONS, 656/14/CONS, 580/15/CONS, emanate a seguito della consultazione, con esito positivo, disposta dalla Delibera n. 711/11/CONS.

³¹ Cfr. comma primo, art. 72, decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259.



Infine, il regolatore ha come propria finalità istituzionale la diffusione di un'informazione approfondita e consapevole delle regole che disciplinano i rapporti intercorrenti tra utenti ed operatori, attraverso una costante attività di controllo e monitoraggio circa la corretta adozione e pubblicizzazione, da parte di ciascun fornitore dei servizi di comunicazione elettronica, di un'apposita "Carta dei servizi"³².

L'Autorità per le Garanzie nella Comunicazione possiede, perciò, penetranti poteri sulla regolazione negoziale disposta dalle parti, i quali si esplicano inoltre³³ – non diversamente rispetto a quanto ricordato con riferimento alla generalità delle autorità di regolazione – nella potestà di modificare singole condizioni contrattuali.

Il potere di intervento del regolatore sui contratti stipulati all'interno del settore delle comunicazioni elettroniche non è perciò finalizzato esclusivamente alla tutela e all'incentivo di virtuosi meccanismi concorrenziali ma si manifesta – alla stregua di quanto avviene nel settore dell'energia elettrica e del gas naturale – anche nell'ottica di garantire l'effettiva applicabilità «delle norme e delle disposizioni in materia di tutela dei consumatori»³⁴.

³² In particolare, al fine di consentire agli utenti un raffronto diretto tra le condizioni e la qualità dei diversi servizi offerti, Agcom mette a disposizione i dati raccolti in ciascun comparto, vale a dire in materia di telefonia vocale fissa (ai sensi delle Delibere n. 254/04/CSP e n. 79/09/CSP), di comunicazioni mobili e personali (ai sensi della Delibera n. 154/12/CONS e nuovamente della Delibera n. 79/09/CSP), di *pay tv* (ai sensi della Delibera n. 278/04/CSP) e di accesso a internet da postazione fissa (Delibere n. 131/06/CSP e n. 244/08/CSP).

³³ Nonostante l'avvenuta abrogazione, ad opera del Codice delle comunicazioni elettroniche (art. 218, comma terzo, lett. h), del comma secondo dell'art. 24 del decreto del Presidente della Repubblica 11 gennaio 2001, n. 77, il quale prevedeva espressamente in capo ad Agcom il potere di richiedere unilateralmente agli operatori del mercato la modifica delle condizioni contrattuali negoziate, si ritiene che una tale potestà spetti ancora all'*Authority* in ragione dell'operare della legge istitutiva del regolatore, vale a dire della legge 14 novembre 1995, n. 481, al cui art. 2, comma dodicesimo, si evidenzia il potere dell'Autorità di «proporre la modifica [...] delle condizioni di svolgimento dei servizi», nonché di emanare «le direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi, definendo in particolare i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente, sentiti i soggetti esercenti il servizio e i rappresentanti degli utenti e dei consumatori, eventualmente differenziandoli per settore e tipo di prestazione». Tale considerazione viene espressamente avallata dalla giurisprudenza amministrativa, la quale in Cons. Stato, Sez. VI, 27 ottobre 2003, n. 6628, in *Const. Stato*, 2003, p. 2287 ss., osserva che il contenuto della normativa del 1995, istitutiva (tra le altre) dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, consente ai regolatori di adottare «previsioni che, delineando specifici comportamenti da assumere nella fase esecutiva del rapporto, non possono non incidere, a monte, anche sull'assetto prefigurato dal singolo contratto, costituendone altrettante disposizioni integrative».

³⁴ Cfr. art. 70 del Codice delle comunicazioni elettroniche.



3. – L'intervento dell'autorità di regolazione a tutela dei consumatori finali – e, pertanto, relativo ai c.d. contratti di utenza – si giustifica sulla base della seguente, condivisibile, ratio: occorre garantire l'effettiva «disponibilità [...] di servizi di buona qualità accessibili al pubblico attraverso una concorrenza efficace e un'effettiva possibilità di scelta», disciplinando e regolando, in particolare, quei casi «in cui le esigenze degli utenti finali non sono adeguatamente soddisfatte mediante il mercato»³⁵.

Il fulcro della disciplina – è evidente rispetto alla normativa già oggetto di attenzione – è costituito dalla volontà del legislatore comunitario di garantire all'utenza una «effettiva possibilità di scelta» la quale, come si è già avuto modo di introdurre, non può prescindere dalla necessità di eliminare, ab origine, le possibili asimmetrie informative della negoziazione³⁶.

A tal fine, il regolatore ha provveduto a ri-stabilire il “contraddittorio paritario” tra gli operatori del mercato, lasciando quindi uno spazio significativo all'autonomia privata delle parti³⁷. La disciplina è riassumibile nei seguenti termini.

In prima battuta si riconosce il diritto degli utenti finali – e non soltanto dei consumatori³⁸ – a entrare in rapporti negoziali con le diverse imprese operatrici «che forniscono servizi di connessione ad una rete di comunicazione pubblica o servizi di comunicazione elettronica accessibile al pubblico»³⁹ nonché, in via immediatamente speculare, il dovere di tali imprese di contrarre con l'utenza.

La regolazione interviene, in tali fattispecie, identificando un contenuto minimo delle proposte contrattuali, affinché non vi siano incertezze in ordine «all'esatta indicazione

³⁵ Cfr. art. 1, comma primo, della Direttiva 2002/22/CE, in materia di servizio universale, come modificata ed integrata dalla direttiva 2009/136/CE.

³⁶ L'autorità ha dedicato specifica e particolare attenzione alle informazioni che le diverse imprese che operano sul mercato hanno il dovere di rendere pubbliche. Alcune di queste, come i prezzi applicati, le commissioni per la risoluzione del contratto e le condizioni di accesso ed utilizzo dei diversi servizi, sono individuate dalla legge, le altre dall'*authority* di regolazione. Come correttamente affermato da BRUTI LIBERATI, *Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 15, le summenzionate informazioni «possono riguardare anche la qualità dei servizi offerti nonché i parametri utilizzati per misurarla: riguardo alla quale è d'altra parte previsto che “per impedire il degrado del servizio e la limitazione o il rallentamento del traffico di rete, l'Autorità può imporre prescrizioni in materia di qualità minima del servizio”, con l'obbligo peraltro di fornire alla Commissione europea (e poi anche al BEREC) “con largo anticipo rispetto alla fissazione delle prescrizioni, [...], una sintesi delle ragioni alla base dell'intervento, le misure previste e l'impostazione proposta».

³⁷ Cfr. TAR Lazio, III-ter, 5 luglio 2010, n. 22499.

³⁸ Nonostante sia stata da più parti evidenziata la sostanziale coincidenza, nel settore, delle due figure. Cfr. §1, Allegato B alla Delibera Agcom n. 487/18/CONS.

³⁹ Cfr. art. 70, comma primo, del Codice delle comunicazioni elettroniche.



dei servizi forniti, dei livelli di qualità offerti, dei prezzi applicati e della durata del contratto (e alle modalità di cessazione del medesimo)»⁴⁰ attribuendo, in un secondo momento, all’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni il compito di vigilare sul rispetto di tali previsioni.

La considerazione che Agcom sia titolare, ai sensi dell’art. 2, comma 12, lett. h), della legge 14 novembre 1995 n. 481, di un effettivo potere di emanazione di «direttive concernenti la produzione e l’erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi», deve tuttavia essere ridimensionata alla luce della normativa di settore, tanto nazionale⁴¹ quanto comunitaria⁴², la quale consente una tale prerogativa soltanto in presenza di specifici presupposti, riassumibili da un lato nel pericolo – concreto ed effettivo – di degrado del servizio, dall’altro nel rischio consistente nella limitazione o nel rallentamento del traffico dati.

Una siffatta limitazione non sembra invece operare con riferimento a quanto disposto, nel caso in cui si manifestino eventuali controversie tra operatori ed utenza, dall’art. 2, comma 12, lett. g) della già citata legge del 1995, ove si prevede, in modo inequivocabile, il potere dell’autorità di regolazione “dei servizi di pubblica utilità” di determinare «i casi di indennizzo automatico da parte del soggetto esercente il servizio nei confronti dell’utente». Il successivo Codice delle comunicazioni elettroniche, infatti, avalla espressamente una tale previsione al comma primo dell’art. 84, ove dispone che Agcom, nel disciplinare le procedure stragiudiziali di risoluzione delle controversie in materia di comunicazioni elettroniche deve prevedere, al sussistere di determinate condizioni, «un sistema di rimborso o indennizzo»⁴³.

Alla luce dei diversi profili evidenziati risulta chiaro come la legislazione di settore non preveda – nel settore delle comunicazioni elettroniche – alcuno specifico intervento di price cap, il cui assestamento è interamente⁴⁴ rimesso alle dinamiche concorrenziali

⁴⁰ BRUTI LIBERATI, *Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 15 ss.

⁴¹ Art. 72, comma 2-bis del Codice delle comunicazioni elettroniche.

⁴² Art. 22/3 della Direttiva 2002/22/CE.

⁴³ «Fermo restando la tutela giurisdizionale dei contraenti prevista dalla vigente normativa». Così prosegue il comma primo dell’art. 84.

⁴⁴ Fatta eccezione dei servizi soggetti allo statuto del servizio universale. Cfr. artt. 53 ss. del Codice delle comunicazioni elettroniche e la direttiva 2002/22/CE, come modificata ed integrata dai successivi provvedimenti. Cfr. inoltre CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 180 ss.; CARTEL, *Il servizio universale*, cit., p. 277 ss.; DONATI, *L’ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, Torino, 2007, p. 161 ss.; BRUNO, NAVA, *op cit.*, p. 613 ss.; LATTANZI, CANTELLA, *Il servizio universale*, in *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, a cura di F. Bassan, Milano, p. 109 ss.; LIBERTINI, *Che cosa resta del servizio universale*, in *La nuova disciplina delle*



del mercato, tra le quali rientra anche la possibilità di svincolarsi ex uno latere da un rapporto divenuto eccessivamente sconveniente per l'utente.

A riguardo è opportuno richiamare l'art. 80 del Codice delle comunicazioni elettroniche, il quale detta una serie di disposizioni che, in assoluta sintonia con gli orientamenti comunitari⁴⁵, sono espressamente finalizzate ad «agevolare il cambiamento di fornitore», così come lo sono le ulteriori e diverse norme previste dal legislatore nazionale (e soltanto nazionale) in tema di recesso.

Tra queste ultime, oltre al comma quarto dell'art. 70 del Codice delle comunicazioni elettroniche – il quale prevede semplicemente che l'utente possa recedere dal contratto in essere «senza penali né costi di disattivazione» ove «non accetti le modifiche delle condizioni contrattuali da parte delle imprese» – particolare interesse deriva dall'analisi dell'art. 1, comma terzo, del decreto legge n. 7/2007 (c.d. Decreto Bersani bis), dettato sulla scia di evidenti finalità di efficientamento della concorrenza.

La norma dispone infatti l'espressa nullità di quelle clausole contrattuali che limitano o impediscono – anche soltanto parzialmente – la facoltà dell'utente di recedere dal contratto, o di trasferire le proprie utenze presso altro operatore, «senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e senza spese non giustificate da costi dell'operatore»⁴⁶. È inoltre fatto divieto agli operatori di imporre alla clientela un preavviso superiore ai trenta giorni⁴⁷.

In altre parole si prevede che l'esercizio del diritto di recesso non possa comportare, nei confronti del cliente, alcun onere di spesa che esuli dai costi effettivamente sostenuti⁴⁸ dall'operatore per quel determinato rapporto contrattuale.

comunicazioni elettroniche, a cura di G. Morbidelli e F. Donati, Torino, 2009, p. 117 ss.

⁴⁵ L'art. 80 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recepisce infatti l'art. 30 della Direttiva 2002/22/CE, come modificata dalla successiva Direttiva 2009/136/CE.

⁴⁶ Così il comma terzo dell'art. 1 del decreto legge n. 7/2007.

⁴⁷ Come evidenziato dalla stessa autorità in sede di consultazione pubblica di cui alla Delibera n. 204/18/CONS, si osserva che tale termine «è previsto [...] dall'articolo 1, comma 3, del decreto Bersani che statuisce che i contratti per adesione “non possono imporre un obbligo di preavviso superiore a 30 giorni”. Evidentemente, il fine di tale previsione è quello garantire all'utenza di poter cambiare operatore in qualunque momento e che il trasferimento avvenga in un periodo di tempo prestabilito. Cfr. §3, Allegato B alla Delibera n. 487/18/CONS».

⁴⁸ Una tale previsione ha destato diversi problemi interpretativi, tra i quali lo stabilire se l'operatore, destinatario della comunicazione di recesso, possa richiedere il rimborso dei soli oneri sostenuti in occasione della chiusura del rapporto, oppure anche di quelli affrontati in apertura. Agcom, coerentemente alle proprie finalità di incentivo della concorrenza all'interno del mercato delle comunicazioni elettroniche ha, a riguardo, aderito alla prima soluzione, riconoscendo il diritto dell'operatore che subisce il recesso a richiedere il rimborso dei soli oneri di chiusura del rapporto. Cfr. Delibera 484/98/CONS del 29 luglio 2008. Ad avallo di una siffatta impostazione si è inoltre mossa la giurisprudenza amministrativa, sulla base della considerazione



La deroga alla disciplina ordinaria, nonché alle disposizioni tese alla tutela dell'affidamento contrattuale, è in questo caso evidenza apodittica: si consente all'utenza finale di liberarsi dal vincolo contrattuale ex uno latere in qualsiasi momento, e per qualsiasi ragione, compresa la semplice individuazione di un'offerta migliore sul libero mercato, dovendosi sostenere i soli costi di chiusura del rapporto effettivamente sostenuti dall'operatore.

A ben vedere, è facile notare come la disciplina in esame, lungi dal tutelare la posizione dell'impresa operatrice che sostenga, a proprie spese (spesso in un'ottica di strategia commerciale), gli oneri di apertura del rapporto commerciale, rischi anzi di impedirne il recupero, obbligando gli operatori ad esigere – già ex ante – «il pagamento immediato di tutto quanto attiene all'instaurazione del [rapporto]»⁴⁹.

A parte le evidenti ricadute sulle strategie imprenditoriali (e squisitamente di marketing) che una tale necessità può comportare nei confronti dei diversi operatori, la soluzione prospettata dal regolatore del mercato delle comunicazioni si pone in evidente antitesi – con rilevanti conseguenze anche sul piano dell'affidamento contrattuale – rispetto alla disciplina codicistica la quale, al comma secondo dell'art. 1373 c.c., delinea l'ormai noto principio secondo cui «il recesso non ha effetto sulle prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione».

Le deroghe non finiscono, tuttavia, qui.

ne che la disposizione non lascia dubbio alcuno in merito al diritto dell'operatore «a chiedere all'utente, che recede anticipatamente, il rimborso delle sole spese effettivamente affrontate per la disattivazione dell'impianto e in funzione della stessa». Cfr. TAR Lazio, Roma, III-ter, 1 giugno 2009, n. 5360. Cfr. infine il §4 dell'Allegato B alla Delibera n. 487/18/CONS, ove l'Autorità ha avuto modo di affermare che «stando a quanto disposto dall'articolo 1, comma 3, della Legge concorrenza le spese relative al recesso o al trasferimento dell'utenza devono essere commisurate ai costi realmente sostenuti per dismettere o trasferire l'utenza e al valore del contratto». I valori evidenziati sono di un duplice ordine ed entrambi, secondo l'orientamento del legislatore, «dovranno essere presi in considerazione ai fini di una corretta quantificazione delle spese di recesso. Il ricorso al valore del contratto pone, ad avviso dell'Autorità, un limite alle spese sostenute dall'operatore per dismettere o trasferire le utenze, anche nell'eventualità in cui queste siano realmente sostenute e giustificate. L'Autorità ritiene, infatti, che il legislatore abbia voluto evitare che gli operatori innalzino artificialmente i costi di recesso, o anche più semplicemente non si adoperino ad efficientarli, col solo intento di limitare l'esercizio del diritto di recesso da parte dell'utenza». Agcom, tuttavia, «anche al fine di tenere conto delle perplessità sollevate dagli operatori» in sede di consultazione pubblica di cui alla delibera n. 204/18/CONS, ha ritenuto «opportuno [...] utilizzare come indicatore del valore del contratto il prezzo implicito che risulta dalla media dei canoni che l'operatore si aspetta di riscuotere mensilmente da un utente che non recede dal contratto (almeno fino alla scadenza del primo impegno contrattuale, che come noto non può eccedere i 24 mesi). Le spese che l'operatore può imputare agli utenti che recedono anticipatamente dal contratto a fronte dei costi sostenuti, non possono essere superiori al minimo tra i costi realmente sostenuti (anche se giustificati) e il valore del contratto così definito».

⁴⁹ Cfr. nuovamente TAR Lazio, Roma, III-ter, 1 giugno 2009, n. 5360.



4. – Una volta delineate le principali modalità per mezzo delle quali si estrinseca la regolazione dell'autorità sui contratti negoziati tra i diversi operatori, nonché tra questi e l'utenza, occorre anzitutto domandarsi cosa ne sia di quelle clausole che, nella seconda categoria di rapporti richiamati (cioè nei rapporti con la clientela), si rivelino contrastanti con lo *ius superveniens* di matrice autoritativa.

Le teorie prospettate sono, a riguardo, differenti: da un lato vi è chi sostiene la previsione della semplice nullità delle clausole contrattuali divenute difformi⁵⁰; dall'altro chi – come la stessa Agcom – suggerisce ulteriormente di consentire all'utente di fare ricorso al rimedio del recesso⁵¹ configurando, pertanto, lo *ius superveniens* come giusta causa di sottrazione unilaterale al vincolo negoziale divenuto difforme rispetto alla regolazione di settore⁵².

Secondo il regolatore delle comunicazioni tale soluzione – vale a dire la concessione all'utente del diritto di recesso – non si limita a consentire il perseguimento dei soli interessi di natura privatistica, in quanto diviene espressione di «una regola dettata nel precipuo interesse pubblico, con la essenziale funzione di aprire alla concorrenza il settore economico interessato»⁵³.

Stante l'esistenza di un interesse pubblico di fondo, il regolatore ritiene – pervenendo «a risultati non dissimili da quelli che sarebbero derivati dalla pura e semplice dichiarazione di nullità sopravvenuta delle clausole»⁵⁴ divenute difformi – che «il minimo che si

⁵⁰ LAMICELA, *Lo ius superveniens e la nullità sopravvenuta di clausole negoziali*, Padova, 2003, p. 28 ss.

⁵¹ ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012, p. 221 ss.; CIATTI, *Retroattività e contratto. Disciplina negoziale e successione di norme nel tempo*, Napoli, 2007, p. 226 ss.

⁵² Anticipando quanto si tratterà nei successivi paragrafi, si riporta quanto dichiarato da Agcom a seguito di alcuni rilievi effettuati dagli operatori in sede di avvio della consultazione pubblica sullo schema di provvedimento di adozione delle “linee guida sulle modalità di dismissione e trasferimento dell'utenza nei contratti per adesione” del 21 maggio 2018. All'Allegato B alla Delibera n. 487/18/CONS, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni afferma quanto segue: «La *ratio* delle disposizioni introdotte dal legislatore è quella di agevolare, tramite la facoltà di recesso, il passaggio dell'utenza ad altro operatore, senza vincoli di tempo, ritardi e spese non giustificate. Ciò che rileva e viene tutelato è dunque il diritto dell'utente di recedere dal contratto indipendentemente dal momento in cui questo è stato stipulato. L'Autorità, pertanto, ritiene che non si debba considerare il momento di sottoscrizione del vincolo contrattuale, ma il momento in cui il diritto di recesso viene esercitato dall'utente. Ne consegue che, a meno di non svuotare di contenuto le tutele introdotte dal decreto Bersani e rafforzate con la legge concorrenza, le disposizioni introdotte dalle linee guida si applicano a tutti i casi recesso esercitato dopo la loro entrata in vigore. Accedendo alla tesi degli operatori, che invertono i piani di tutela, si finirebbe per introdurre una disparità di trattamento tra utenti penalizzando immotivatamente quelli che hanno sottoscritto il contratto prima dell'adozione delle Linee guida».

⁵³ Cfr. decisione Agcom n. 14/06/CONS.

⁵⁴ BRUTI LIBERATI, *Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 27. L'Autore rileva



possa fare è di considerare da [un tale interesse pubblico] integrata ex lege la singola disciplina contrattuale, nel senso che tale principio accorda, anche nel silenzio del contratto sul punto, una facoltà di recesso per giusta causa dalle clausole contrattuali regolatrici delle pertinenti tariffe»⁵⁵.

Quanto evidenziato dall'authority nelle proprie motivazioni non ha tuttavia risolto i dubbi e i rilievi di coloro che vedevano, in tale orientamento, un eccessivo disinteresse – per non dire leggerezza – nei confronti del principio dell'affidamento contrattuale.

Come infatti sottolinea la stessa giurisprudenza comunitaria⁵⁶ (e costituzionale⁵⁷), pur non potendosi tale principio tradurre in un diritto alla cristallizzazione della disciplina applicabile, esso implicherebbe comunque un vincolo per il regolatore del mercato a considerare con adeguata ponderatezza gli interessi di volta in volta in gioco, rispettando l'affidamento dei diversi operatori ove il sacrificio dello stesso non sia reso necessario da interessi di rango superiore o comunque maggiormente meritevoli di tutela.

5. – Quanto sin qui affermato in relazione all'intervento dell'Autorità di regolazione delle comunicazioni sul contratto e sulle clausole dello stesso che risultano, di volta in volta, difformi rispetto allo *ius superveniens*, trova effettivo riscontro in alcuni recenti provvedimenti autoritativi tesi a disincentivare la prassi, tipica delle imprese operanti nel settore, di disporre la fatturazione dei costi del servizio ogni 28 giorni, invece che su base mensile.

Tra la fine del 2016 e l'inizio del 2017, infatti, i principali operatori telefonici del

infatti correttamente come «combinando [...] la facoltà di recesso così riconosciuta al contraente “debole” con l'obbligo di contrarre gravante sulla sua controparte, L'AGCOM afferma infatti che, a partire dal momento in cui il primo aveva comunicato al secondo di ritenere il prezzo pattuito non in linea con le prescrizioni posteriormente dettate dall'Autorità, la tariffa da applicare nei rapporti tra essi doveva ritenersi coincidente con quella da essa indicata. Le uniche differenze rispetto all'effetto che sarebbe stato determinato dall'applicazione degli artt. 1419 e 1339 del codice civile attengono al fatto che l'etero-integrazione del contenuto contrattuale e il momento in cui la stessa si verifica vengono fatti dipendere da un'iniziativa del contraente tutelato». Tra le critiche ad una siffatta argomentazione dell'*authority*, l'Autore rileva principalmente che «risulta [...] in sé non accettabile che in tutta la motivazione della decisione che si è analizzata non compaia alcun riferimento al tema del possibile affidamento nella stabilità delle pattuizioni contrattuali».

⁵⁵ Cfr. decisione Agcom n. 14/06/CONS.

⁵⁶ Tra le altre, cfr. Corte Giust. CE, 11 marzo 1987, C-265/85, sent. *Van den Bergh*, in *Racc. giur. eur.*, 1987, p. 1155 ss.; Corte Giust. CE, 15 gennaio 2002, C-179/00, sent. *Weidacher*, in *Racc.*, I, p. 501 ss..

⁵⁷ Corte Cost., 9 luglio 2009, n. 206, in *Giur. cost.*, 2009, p. 2382 ss.; Corte Cost., 8 maggio 2007, n. 156, *ivi*, 2007, p. 1472 ss.



mercato nazionale hanno deciso di modificare, riducendola, la periodicità della trasmissione delle fatture all'utenza, aumentando – di fatto – le mensilità annuali da dodici a tredici comportando però, come immediata conseguenza, un significativo aumento delle tariffe medie applicate per i medesimi servizi già prestati⁵⁸ in precedenza.

L'Autorità interviene quasi immediatamente: con la Delibera n. 121/17/CONS essa ha stabilito che, per quanto attiene ai servizi di telefonia fissa, «la cadenza di rinnovo delle offerte e della fatturazione deve essere su base mensile o suoi multipli»⁵⁹; diversamente, per quelli di telefonia mobile, laddove l'operatore intenda adottare una cadenza di fatturazione diversa da quella mensile o di suoi multipli, deve comunque informarne prontamente l'utente.

La differenza nella regolazione delle due tipologie di servizio – a rete fissa o mobile – si spiega, secondo quanto espresso dalla stessa Autorità di regolazione, sulla base del fatto che il vizio di trasparenza derivante dalla fatturazione a 28 giorni sarebbe, nella telefonia mobile, maggiormente tollerabile, in quanto circa tre quarti del traffico dati è, allo stato attuale, prepagato⁶⁰.

Il 4 dicembre 2017, come conseguenza del mancato adeguamento delle imprese operatrici alle previsioni di Agcom, interviene anche il legislatore: con il decreto legge 16 ottobre 2017, n. 148 (c.d. Decreto fiscale), convertito con la successiva legge 4 dicembre 2017, n. 172, egli ha previsto, in modo univoco, il dovere degli operatori di rimodulare la fatturazione su base mensile. Il termine concesso alle imprese per l'adeguamento alle nuove previsioni è stato di 120 giorni, e in alcuni casi è decorso inutilmente.

Gli operatori, pur tuttavia adeguandosi, nella maggioranza dei casi, ad un ritorno alla fatturazione mensile, hanno però rimodulato al rialzo le singole tariffe applicate all'utenza, così da non perdere il beneficio derivante dalla maggiorazione dei costi ottenuto dal precedente ricalcolo – divenuto medio tempore illecito – su tredici mensilità.

Inutile dire che la generalizzazione di un tale comportamento ha allarmato anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Agcm) la quale, nel proprio comunicato del 21 marzo 2018⁶¹, «ha adottato misure cautelari urgenti intimando agli opera-

⁵⁸ Identificabile intorno all'8,6%.

⁵⁹ Art. 1 della delibera n. 121/17/CONS, modificatore dell'art. 3 della delibera n. 252/16/CONS.

⁶⁰ Mentre nella telefonia fissa il pagamento è con addebito diretto sul conto corrente bancario, il che rende maggiormente difficile, per il consumatore, comprenderne gli aumenti effettivi.

⁶¹ In particolare, l'Autorità ha rilevato che «nella fattispecie sussist[ono] ragioni di estrema gravità ed urgenza tali da rendere necessaria l'adozione di misure cautelari provvisorie. Come comunicato dagli operatori agli utenti, infatti, il *repricing* conseguente alla rimodulazione del ciclo di fatturazione avrà decorrenza nella quasi totalità dei casi nell'arco temporale compreso tra il 24 marzo 2018 e il 5 aprile 2018.



tori di sospendere l'attuazione dell'intesa oggetto di indagine e di definire la propria offerta di servizi in modo autonomo rispetto ai propri concorrenti»⁶².

La giurisprudenza amministrativa ha avallato la legittimità di quanto disposto dal regolatore della concorrenza⁶³, rigettando i ricorsi presentati dalle imprese operatrici del mercato delle comunicazioni avverso le delibere dello stesso, pur tuttavia congelando, in via cautelare, il rimborso spettante agli utenti per le precedenti fatturazioni a 28 giorni, in quanto «il carattere, allo stato, indeterminato della somma da corrispondere agli utenti, per effetto dello storno (nella prima fattura emessa con cadenza mensile) dei predetti importi, appare in grado di incidere sugli equilibri finanziario-contabili dell'azienda».

Una volta stabilito espressamente il divieto della fatturazione ogni quattro settimane, il regolatore delle comunicazioni ha quindi dedicato la propria attenzione al fine di evitare che, a seguito del ritorno alla fatturazione mensile (rincarata però, come già osservato, nel quantum), gli operatori adottassero misure volte ad impedire l'esercizio del diritto di recesso del consumatore, giustificato dalla presenza di variazioni unilaterali nelle condizioni contrattuali applicate.

6. – A seguito dell'irrogazione di numerose sanzioni nei confronti dei diversi operatori⁶⁴, Agcom ha recentemente deliberato la pubblicazione, sul proprio portale web, di alcune “Linee Guida” tese a fare definitivamente chiarezza circa le modalità di esercizio del diritto recesso e di cambio gestore da parte dell'utenza, vale a dire ai fini di una corretta applicazione dei commi 1, 3 e 3-ter dell'art. 1 del Decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7 (c.d. Decreto Bersani bis).

L'Allegato B alla Delibera 204/18/CONS, attuato e reso vincolante dalla successiva Delibera dell'Autorità n. 487/18/CONS, pubblicata il 2 novembre 2018, dispone infatti che, nei (soli) contratti per adesione⁶⁵ – qualificati, ai sensi dell'art. 1341 del Codice ci-

L'imminente implementazione dell'intesa non consente, pertanto, la preventiva instaurazione del contraddittorio e impone l'adozione di misure provvisorie *inaudita altera parte* che potranno essere confermate, modificate o revocate in esito alla conclusione del sub-procedimento cautelare».

⁶² Cfr. Bollettino Settimanale Agcm, Anno XXVIII, n. 11, provvedimento n. 27087, in www.agcm.it, p. 89 ss.

⁶³ Cfr. ord. TAR Lazio, III, 12/2/2018, n. 792.

⁶⁴ Per le più recenti, cfr. Delibere Agcom 521/18/CONS e 522/18/CONS.

⁶⁵ Il §2 dell'Allegato B allo schema di provvedimento, di cui alla delibera 204/18/CONS, afferma infatti che quanto previsto nell'allegato non si applica «ai contratti, quali quelli in uso per la fornitura di servizi alla clientela business di maggiori dimensioni, nei quali le clausole sono negoziate e, pertanto, non ricorre la fattispecie del contratto per adesione».



vile, come quei negozi che, anche in virtù del contenuto delle loro singole clausole, risultino predisposti unilateralmente da un solo contraente e siano destinati a regolare una serie indefinita di rapporti – «l'utente deve poter conoscere la facoltà di recesso o di trasferimento delle utenze di telecomunicazioni, così da avere piena ed effettiva consapevolezza della tutela normativa riconosciutagli»⁶⁶.

L'esercizio di un tale rimedio deve essere privo di qualunque tipologia di vincolo, specie di natura temporale: il §16 delle citate Linee Guida prevede infatti che «l'eventuale previsione di una durata minima contrattuale è [...] vincolante solo per l'operatore».

L'utente che esercita il rimedio unilaterale del recesso deve poi essere messo in condizioni di conoscere preventivamente anche il lasso temporale che si prevede intercorrerà – anche in ragione degli eventuali tempi tecnici – tra l'esercizio del diritto di recesso ed il compimento, da parte dell'operatore del mercato, di tutti quegli adempimenti che si rendono necessari per dare corso alla richiesta. Si stabilisce tuttavia che tale fase non possa superare i trenta giorni, «coincidenti con il termine di preavviso massimo da richiedere agli utenti»⁶⁷, salvo che scadenze differenti vengano «stabilit[e] da specifiche delibere dell'Autorità per richieste di migrazione o di cessazione dei servizi di accesso all'ingrosso».

Le Linee Guida dell'autorità includono poi – in assoluta continuità rispetto a quanto già evidenziato – un espresso richiamo al citato decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7, al cui art. 1, comma 3, si stabilisce che «i contratti per adesione devono prevedere “la facoltà del contraente di recedere dal contratto o di trasferire le utenze presso altro operatore senza vincoli temporali o ritardi ingiustificati e senza spese non giustificate dai costi dell'operatore”. In altre parole, il Decreto stabilisce non solo la libertà degli utenti di poter recedere dal contratto in qualunque momento (senza vincoli temporali) e senza ritardi ingiustificati, ma, soprattutto, il divieto d'imputare all'utente spese non giustificate dai costi dell'operatore»⁶⁸.

È evidente che Agcom, conformemente ai propri orientamenti pregressi⁶⁹, ha nuovamente evidenziato come la facoltà di recesso in capo all'utente-consumatore possa essere esercitata in ogni momento e senza alcuna penale, comunque questa venga denominata,

⁶⁶ Così recita, testualmente, il §15 delle linee guida di cui all'Allegato B della delibera 204/18/CONS.

⁶⁷ Così il §18 delle linee guida di cui all'Allegato B della delibera 204/18/CONS.

⁶⁸ Così il §20 delle linee guida di cui all'Allegato B della delibera 204/18/CONS.

⁶⁹ Cfr. §§ 6.12, 8.16 e 8.20 della Comunicazione del 2 luglio 2007;



in quanto gli unici importi imputabili all'utenza da parte degli operatori del servizio di comunicazione sono quelli giustificati dai soli costi d'impresa⁷⁰.

Come evidenziato, poi, dalla stessa Agcom, la disciplina del recesso dai contratti di utenza è stata poi integrata dalla legge 4 agosto 2017, n. 124, la quale ha aggiunto al decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7, un nuovo paragrafo all'art. 1, comma 3, nonché tutto il nuovo comma 3-ter.

Questo recente innesto delinea una disciplina – di natura suppletiva – più generale, valida quindi sia per le offerte definite “promozionali”⁷¹ che per quelle “non promozionali”, e finalizzata «a rafforzare il livello di trasparenza e a meglio identificare le spese di recesso che gli operatori possono imputare agli utenti»⁷².

Più nello specifico, la citata legge n. 124 del 2017 conferma il principio secondo cui non possono imputarsi agli utenti spese che eccedano i costi «realmente sopportati» dagli operatori⁷³, tra i quali vengono considerati anche gli oneri sostenuti «per dismettere la linea telefonica o trasferire il servizio».

Inoltre, laddove il contratto preveda “offerte promozionali”, la durata dello stesso non potrà superare i 24 mesi, e gli eventuali costi di recesso andranno equamente commisurati alla «durata residua della promozione dell'offerta»⁷⁴.

Questi, considerati complessivamente, devono essere in ogni caso – per la previsione di cui al comma terzo dell'art. 1 – «res[i] not[i] al consumatore al momento della pubblicazione dell'offerta e in fase di sottoscrizione del contratto», nonché comunicati ad Agcom «esplicitando analiticamente la composizione di ciascuna voce [di costo] e la rispettiva giustificazione economica»⁷⁵.

Diversamente, ove i contratti non comprendano promozioni od offerte speciali, il requisito dell'equo raffronto dei costi di recesso alla durata residua della promozione verrà logicamente meno, rimanendo gli stessi legati alla sola commisurazione del valore del contratto e ai costi concretamente sopportati dall'impresa operatrice.

È opportuno precisare che, dalla lettura delle citate Linee Guida, si evince come

⁷⁰ Per l'individuazione dei parametri di riferimento degli stessi cfr. *retro*, §4.

⁷¹ Che prevedono particolari strategie di *marketing*, sovente consistenti in una particolare scontistica sui prezzi normalmente applicati ovvero nella cessione gratuita – o comunque a prezzo agevolato – di strumentazioni *hardware* per l'utilizzo dei servizi prestati.

⁷² Così il §23 delle linee guida di cui all'Allegato B della delibera 204/18/CONS.

⁷³ Cfr. art. 1, comma 3, della legge n. 124/2017.

⁷⁴ Cfr. art. 1, comma 3-ter, della legge n. 124/2017.

⁷⁵ Cfr. art. 1, comma 3, della legge n. 124/2017.



L'Autorità di regolazione abbia ritenuto la nozione di «spese di recesso» come ricomprendente ogni voce di costo «che l'operatore imputa o si riserva d'imputare agli utenti nel momento in cui questi ultimi esercitano il diritto di recesso»⁷⁶.

Una tale precisazione è necessaria ove si consideri che la ratio dell'impianto normativo del 2007 è, anzitutto, quella di impedire agli operatori di accrescere strategicamente i c.d. switching-cost⁷⁷, di per sé limitativi dello stesso diritto di recesso e, di conseguenza, della concorrenza nel mercato di riferimento.

⁷⁶Cfr. art. 1, comma 3-ter, della legge n. 124/2017. Ai sensi del successivo §27 delle linee guida di cui all'Allegato B della delibera 204/18/CONS, sono tra queste ricomprese le seguenti voci: *i*) i costi sostenuti dall'operatore per dismettere o trasferire l'utenza; *ii*) la restituzione totale o parziale degli importi promozionali (siano essi *una tantum* o periodici) sui servizi e sui prodotti; *iii*) il pagamento delle rate residue relative ai servizi e ai prodotti offerti congiuntamente al servizio di comunicazione elettronica. Le spese di cui al punto *i*) devono essere commisurate, ai sensi del §29, «al valore del contratto e ai costi reali sopportati dall'azienda, ovvero ai costi sostenuti per dismettere la linea telefonica o trasferire il servizio». Si tratta di spese che, in quanto remunerative dei costi sostenuti realmente dall'azienda non mutano, in linea di principio, rispetto al momento in cui il rimedio del recesso viene concretamente esercitato. Per poterle, tuttavia, individuare, occorre giungere ad una definizione di «valore di contratto». A riguardo soccorre il §31: «Il valore di un contratto per adesione dipende, sostanzialmente, dalla proposta formulata dall'operatore. Esso può, quindi, variare a seconda della tecnologia utilizzata, dei servizi offerti, dei corrispettivi richiesti e soprattutto della sua durata. Ai fini di queste linee guida, si può affermare che il valore di un contratto (calcolato in un dato momento) corrisponde alla somma dei corrispettivi non ancora versati all'operatore. Dal momento che il valore del contratto è nullo quando giunge a scadenza (in quanto giunto a scadenza il contratto non prevede nessun altro pagamento), le spese di recesso «*commisurate al valore del contratto*» non potranno che essere anch'esse nulle se il recesso avviene alla scadenza del contratto. Se, invece, il diritto di recesso è esercitato prima della scadenza del contratto, le spese di recesso potranno sì essere positive (in quanto commisurate al valore del contratto), ma comunque commisurate ai costi realmente sostenuti dall'operatore per porre in essere tutte le attività necessarie a dismettere o trasferire l'utenza». In ogni caso, ai sensi del successivo §32, «la commisurazione ai costi realmente sopportati dall'azienda e al valore del contratto deve, a parere dell'Autorità, essere interpretata in modo che a prevalere sia il valore minore tra i due». Pertanto, le spese di cui al precedente punto *i*) devono essere commisurate «al minimo tra il valore del contratto e i costi realmente sostenuti dall'azienda per provvedere alle operazioni di dismissione o trasferimento dell'utenza». È quindi evidente che, come evidenzia il §33, «alla scadenza del contratto le spese di recesso devono essere nulle».

⁷⁷In ordine al c.d. «credito residuo», cioè l'importo prepagato non ancora utilizzato dall'utente per l'acquisto dei servizi di telefonia e di comunicazione, questo viene fatto salvo rispetto allo scioglimento del rapporto contrattuale ai sensi dell'art. 1, comma 3 del decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7. Come evidenziato dal §12 delle linee guida di cui all'Allegato B della delibera 204/18/CONS, «La perdita dell'eventuale credito residuo [...] non può in alcun modo essere considerata una spesa giustificata dai costi dell'operatore, come tale suscettibile di essere posta a carico degli utenti in caso di esercizio delle facoltà di recesso o di trasferimento; ciò anche perché una simile lettura potrebbe avere l'effetto di aggirare le finalità pro concorrenziali espresse dal Decreto creando delle barriere alle scelte degli utenti, e sarebbe quindi ritenuta sotto ogni aspetto illegittima. D'altro canto, il disconoscimento del diritto dell'utenza al credito residuo equivarrebbe a disconoscere l'effetto della volontà negoziale dell'utente di recedere, differendone gli effetti in avanti nel tempo attraverso l'imposizione di un vincolo temporale non giustificato, con la conseguenza di violare il Decreto anche sotto questo profilo». Una siffatta impostazione è confermata dalla successiva delibera AGCOM n. 487/18/CONS, al cui Allegato B si ribadisce la tutela apprestata dal decreto legge 31 gennaio



La mera previsione della generica facoltà di recedere da un contratto, pur se in assenza di vincoli temporali, non appare infatti, di per sé sola, sufficiente a tutelare la posizione dell'utente-consumatore e, in assenza di una corrispondente limitazione effettiva⁷⁸ degli switching-cost, rischia di rimanere lettera morta. Volendo percorrere un siffatto percorso, l'Autorità si è però spinta ben oltre.

Come è noto, infatti, gli operatori spesso concedono ai clienti che sottoscrivono un contratto di fornitura di servizi di rete, la rateizzazione dell'importo di determinati prodotti elettronici connessi al servizio. Nel caso in cui il recesso venga dal cliente esercitato, in questo caso, prima della scadenza del contratto principale (di norma, quello inerente alla fornitura dei servizi di rete), Agcom ha però previsto che gli operatori non possano più addebitare allo stesso il pagamento delle rate residue in un'unica soluzione, come invece avveniva in precedenza.

La ratio di una tale deroga è evidenziata al §49 delle citate Linee Guida: «la conversione di un pagamento rateizzato in un pagamento in un'unica soluzione per un ammontare pari alla somma delle rate residue potrebbe incidere sulla scelta di un utente che intende recedere da un contratto di fornitura di servizi di comunicazione al punto che questi, per non incorrere in tale pagamento, potrebbe decidere di continuare ad avvalersi della prestazione corrente, anche se sul mercato sono presenti offerte caratterizzate da condizioni economiche o tecniche migliori, limitando significativamente l'esercizio del diritto di recesso da parte dell'utente».

Gli operatori devono pertanto, secondo quanto stabilito da Agcom, concedere sempre agli utenti che recedono anticipatamente dal contratto di fornitura dei servizi di comunicazione la facoltà di scegliere se pagare il prezzo residuo del bene in un'unica soluzione, oppure se mantenere in essere la dilazione. Soltanto in questo modo, afferma il regolatore, si garantisce la piena libertà di recedere dal contratto⁷⁹.

2007, n. 7 al "credito residuo", intendendosi per lo stesso «esclusivamente l'importo ricaricato autonomamente dal cliente e non anche gli importi riconosciuti in forma di *bonus*, promozione o altra iniziativa del gestore di servizi nella sua integralità».

⁷⁸ Il §27 delle linee guida di cui all'Allegato B della delibera 204/18/CONS afferma infatti che, proprio al fine richiamato di non lasciare inapplicata la previsione a tutela del consumatore, «la disciplina delle spese di recesso deve ricomprendere le diverse categorie di costi che l'operatore si riserva di addebitare all'utente nel momento in cui questi recede dal contratto; quindi, non solo ai costi sostenuti per dismettere o trasferire l'utenza, ma anche alla restituzione degli importi promozionati e al pagamento delle rate residue relative ai prodotti e ai servizi offerti congiuntamente al servizio di comunicazione elettronica».

⁷⁹ Ai rilievi opposti dagli operatori del mercato al regolatore in sede di consultazione pubblica Agcom, al §6 dell'Allegato B alla Delibera n. 487/18/CONS, ha ribattuto affermando che, pur riconoscendo che la rateizzazione dei beni e dei servizi offerti è mossa dall'intenzione di ridurre l'impegno di spesa che l'utente



Ma c'è di più: laddove il prodotto acquistato non rientrasse in quello che le Linee Guida identificano come «bene neutrale», utilizzabile cioè per fruire anche dei servizi offerti da operatori diversi rispetto al rivenditore (cioè l'operatore con cui il cliente ha sottoscritto l'originario contratto di rete), l'utente potrebbe, secondo quanto ritiene Ag-com, essere portato a decidere «di non recedere dal contratto proprio per evitare di sostenere un costo a fronte del quale non intravede alcuna utilità»⁸⁰.

L'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ha pertanto previsto – attraverso una soluzione della cui legittimità è lecito quantomeno interrogarsi – che, in questi casi, gli operatori del mercato delle comunicazioni elettroniche non possano imputare all'utente che recede anticipatamente nemmeno il pagamento delle rate residue del prodotto acquistato a margine del contratto di rete.

La vigilanza sul rispetto delle evidenziate Linee Guida viene rimessa, ai sensi dell'art. 1, comma 4, del decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7, all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, con l'espressa indicazione – richiamata dalle stesse Linee Guida al § 5 – che «le eventuali violazioni riscontrate sono da sanzionare ai sensi dell'art. 98 del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259 (Codice delle Comunicazioni elettroniche)».

All'authority potranno pertanto, a tal fine, essere effettuate segnalazioni sia da parte dell'utenza che delle diverse associazioni dei consumatori⁸¹, con la doverosa precisazione che gli operatori hanno potuto beneficiare di sessanta giorni di tempo, decorrenti dalla pubblicazione⁸² delle Linee Guida sul portale web dell'Autorità, per adeguarvisi⁸³.

Effettuata una tale analisi, risulta evidente l'intenzione primaria dell'autorità: incentivare strenuamente la concorrenza interna al mercato delle comunicazioni elettroniche, sacrificando talvolta la posizione degli stessi operatori attraverso la negazione, a questi, della possibilità di recuperare quelle somme dal cliente dovute ma a questo non richieste

deve sostenere nella fase iniziale del rapporto, ove questa venisse tuttavia «accompagnata da misure che prevedono il pagamento in un'unica soluzione delle rate residue in caso di recesso anticipato, potrebbe essere utilizzata dagli operatori al fine di limitare fortemente l'esercizio del diritto di recesso». L'effetto sull'utenza potrebbe infatti essere tale al punto che questa «per non incorrere in tale pagamento, potrebbe decidere di continuare ad avvalersi della prestazione corrente, anche se sul mercato sono presenti offerte caratterizzate da condizioni economiche o tecniche migliori». Il fine di una tale previsione è pertanto scongiurare il rischio che gli operatori ricorrono alla rateizzazione dei beni o servizi con l'esclusivo intento di limitare l'esercizio del rimedio del recesso in capo alla clientela, introducendo indebiti vincoli, anche di natura temporale, categoricamente esclusi dal decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7.

⁸⁰ Cfr. §50 dell'Allegato B alla Delibera n. 487/18/CONS.

⁸¹ Cfr. il successivo §6 delle citate linee guida di cui all'Allegato B della delibera 204/18/CONS.

⁸² Avvenuta il giorno 2 novembre 2018.

⁸³ Cfr. Allegato B alla Delibera n. 487/18/CONS.



contestualmente alla sottoscrizione del contratto principale. Si prevede infatti, con l'espreso avallo della giurisprudenza amministrativa che, alla luce di quanto previsto dal decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7, agli operatori non sia consentito «di inserire fra i costi richiesti per la disattivazione anche costi che sono ad essa estranei o non pertinenti come quelli sostenuti per l'attivazione del servizio, anche se non addebitati all'utente nel corso del rapporto»⁸⁴.

La deroga al principio dell'affidamento è, ancora una volta, evidente. E non è in tal senso del tutto risolutiva la motivazione fornita dal regolatore e dal Consiglio di Stato, ove si afferma che, se la prassi dell'inserimento di tali oneri tra i costi di recesso fosse consentita, «gli operatori potrebbero decidere di inserire nuove voci di costo che attonano ad altre fasi del rapporto contrattuale [...] e porle, poi, a carico dell'utente al momento dell'esercizio, da parte di questi, del diritto di recesso, con l'effetto di ostacolare, se non paralizzare, una scelta dell'utente in tal senso»⁸⁵, frustrando «lo spirito della norma del Decreto».

Il decreto legge del 2007, l'abbiamo detto, è già di per sé portatore di importanti deroghe alla disciplina del recesso, ma l'interpretazione che ne ha dato il regolatore di settore rischia di cagionare una rinnovata asimmetria nella posizione delle parti contraenti, questa volta però a svantaggio non del consumatore, bensì del professionista. Questo si vede, infatti, privato della possibilità di recuperare quegli investimenti che, pur destinati al finanziamento di strategie di marketing talvolta predatorie⁸⁶, parimenti rientrano nelle legittime prerogative commerciali di un'impresa che opera in un mercato aperto e concorrenziale.

Si tratta infatti di una soluzione che – con l'eccezione del mancato recupero delle scontistiche applicate⁸⁷, fondata su di una ratio ben distinta – risulta posta eccessivamen-

⁸⁴ Cfr. Cons. Stato, 16 ottobre 2015, n. 4773.

⁸⁵ Si veda il §54 delle citate linee guida di cui all'Allegato B della delibera 204/18/CONS.

⁸⁶ Annoverabile, in alcuni casi, addirittura nella categoria della *tying strategy*, vale a dire una strategia predatoria non di prezzo, in cui il soggetto acquirente interessato ad acquistare un bene (*tying good*, ad esempio uno strumento informatico rateizzato) deve acquistare anche l'altro (*tie good*, il contratto di telefonia).

⁸⁷ Agcom evidenzia infatti come «la restituzione integrale degli sconti – ossia della differenza tra i canoni e contributi nominali o, se si preferisce, “a regime” ed i canoni e contributi “in promozione” – consente agli operatori di limitare fortemente il diritto di recedere anticipatamente dal contratto. Gli operatori, infatti, potrebbero modulare il rapporto fra canoni nominali e canoni in promozione riducendo i primi ed aumentando i secondi, quindi senza compromettere i ricavi attesi da una singola sottoscrizione, con il solo intento di accrescere gli importi che gli utenti dovranno restituire per recedere dal contratto». Inoltre, la restituzione di tali somme «contravverrebbe ai principi di equità e proporzionalità alla durata residua del contratto, sanciti dall'articolo 1, comma 3-ter, del decreto, poiché le spese di recesso crescerebbero nel tempo



te all'estremo e che, di conseguenza, andrebbe rimodulata, tenendo comunque conto del fatto che «il pieno riconoscimento delle spese sostenute potrebbe fornire agli operatori un valido strumento per innalzare gli switching cost, contravvenendo agli obiettivi che la legge sulla concorrenza intende realizzare, ossia la tutela dei consumatori e la promozione della concorrenza»⁸⁸.

Una nota evidentemente positiva – nell'ottica del ripristino di una posizione di parità tra le parti del contratto di fornitura dei servizi di comunicazione – deriva invece dagli obblighi di natura informativa che sono stati previsti in capo agli operatori durante la fase di pubblicizzazione delle proprie offerte commerciali.

Questi sono infatti «tenuti a pubblicare, con le modalità di cui all'articolo 4 della delibera n. 252/16/CONS, il dettaglio delle spese nella pagina web “trasparenza tariffaria”, evidenziando, per ciascuna offerta, tutte le spese che l'utente dovrà sostenere in corrispondenza di ogni mese in cui il recesso potrebbe essere esercitato, mentre in fase di sottoscrizione del contratto gli operatori devono rendere note, verbalmente e attraverso idonea informativa – chiara e sintetica – da allegare al contratto, tutte le spese che l'utente dovrà sostenere eventualmente anche in corrispondenza di ogni mese in cui il recesso potrebbe essere esercitato»⁸⁹.

7. – Il graduale manifestarsi ed evolvere dell'istituto civilistico del recesso all'interno degli ordinamenti giuridici continentali, in diretta corrispondenza rispetto alla progressiva, e apparentemente inarrestabile, “erosione” del principio dell'indissolubilità del vincolo negoziale – ben delineato all'art. 1372 c.c., ed in misura ancor più pregnante già

fino a raggiungere il loro valore massimo proprio in prossimità della scadenza della promozione. Il principio di proporzionalità alla durata residua della promozione implica, invece, che le spese per la restituzione degli sconti, devono tener conto della prossimità dell'esercizio del diritto di recesso alla scadenza della promozione. Inoltre, la restituzione integrale degli sconti non può nemmeno considerarsi equa, perché l'utente che voglia recedere anticipatamente si troverebbe a corrispondere all'operatore una somma ben superiore (talvolta eccessivamente superiore) a quella che avrebbe corrisposto nel caso in cui non esercitasse il diritto di recesso (almeno fino alla scadenza del contratto iniziale), con la diretta conseguenza di trasferire integralmente sugli utenti il rischio di recesso». Cfr. §5, Allegato B alla Delibera n. 487/18/CONS. Fermo restando, perciò il diritto dell'operatore di proporre agli utenti offerte che prevedono la restituzione degli sconti, anche integrale, conformemente a quanto disposto da Cons. Stato, 11 marzo 2010, n. 1442, l'*authority* ritiene possibile la restituzione solo «nel rispetto del vincolo di uguaglianza tra il ricavo che l'operatore si aspettava di realizzare in corrispondenza del mese in cui avviene il recesso e il ricavo effettivamente realizzato dall'operatore fino a quel mese».

⁸⁸ Cfr. Allegato B alla Delibera n. 487/18/CONS.

⁸⁹ Cfr. §4, Allegato B alla Delibera n. 487/18/CONS.



all'art. 1123 dell'impianto codicistico postunitario – si pone a dimostrazione del costante mutamento delle condizioni che, di volta in volta, costituiscono lo sfondo – e al contempo la ragione prima – dell'agire dei legislatori.

A ben vedere, una siffatta trasformazione costituisce un processo che, pur fondatosi su alcune tappe ben delineate, è da considerarsi oggi tutt'altro che concluso.

Quello che si è cercato di evidenziare in questa breve trattazione è un percorso che, lungi dal voler descrivere un caso isolato, cerca di dimostrare come in realtà, nella materia, si manifesti e si sviluppi una generale e diffusa «perdita d'identità».

La fenomenologia delle fonti, come osservato dalla più attenta dottrina, registra infatti un importante sovvertimento a livello sistematico, a partire dal processo di integrazione – ma soprattutto di armonizzazione – operato dal legislatore europeo.

Le ovvie ricadute che la nascita di un tale «posto del disordine» produce – anzitutto sugli strumenti d'indagine dello studioso del diritto, costretto dalla frammentazione normativa a cercare nuovi ed ulteriori riferimenti, spesso tra loro poco dialoganti – sono il prodotto naturale della comparsa sulla scena non solo di un “legislatore sovranazionale”, ma anche e soprattutto di quei diversi soggetti interni al perimetro costituzionale, vale a dire gli enti regionali e le autorità amministrative indipendenti, i provvedimenti delle quali ultime vengono spesso considerati spuri, e mal dialoganti, rispetto al disegno costituzionale.

Sono pertanto proprio questi ultimi organismi a costituire oggetto di particolare interesse per lo studioso del diritto civile in quanto gli stessi, nell'esercizio delle proprie prerogative, sono in grado di modificare – come abbiamo visto – non solo il se, il con chi o il come della contrattazione, ma persino l'oggetto – il cosa – della stessa.

Il civilista, una volta preso atto che l'analisi della materia non rientra in via esclusiva nei profili d'interesse della dottrina pubblicistica ma ben riguarda – in considerazione del fatto che le authorities intervengono non solo nei rapporti tra le diverse amministrazioni, o tra queste e i privati, ma anche, e soprattutto, tra i privati stessi – anche la dottrina privatistica, deve quindi considerare, anzitutto, la nascita di un «nuovo conflitto» che si sviluppa, integralmente, sul “terreno di gioco” delle fonti.

Il riferimento – come risulta ormai evidente – è al contrasto che nasce tra la fonte parlamentare e governativa e la crescente erosione che alla stessa deriva dall'operare di tali organismi indipendenti definiti talvolta – e in termini non del tutto provocatori – come veri e propri legislatori.

Il rimedio del recesso costituisce senza alcun dubbio, sotto i summenzionati punti di vista, una lente privilegiata. La duplice volontà di tutelare il singolo contraente e di impedire il prodursi di vincoli potenzialmente infiniti – proposito perseguito, tipicamente,

JUS CIVILE



dal legislatore del codice civile e del codice del consumo – si mescola infatti in tale campo con obiettivi (apparentemente) differenti, vale a dire l’incentivazione della concorrenza attraverso la regolazione del mercato e la conseguente limitazione alla nascita di qualunque regime di monopolio.

Il regolatore delle comunicazioni ha così considerato – in piena sintonia con quanto disposto dalle altre autorità di regolazione, nazionali e non – il rimedio del recesso concesso al consumatore non soltanto come strumento di tutela degli interessi dei privati, bensì come mezzo preordinato all’apertura alla concorrenza di un determinato settore economico – e quindi pregno di connotazioni pubbliche – spingendosi sino a ricomprendere nella nozione di “switching cost” qualunque voce di costo imputata dall’operatore all’utente al momento dell’esercizio, da parte di quest’ultimo, del diritto di recesso.

In particolare, l’authority ha, a tal fine, ritenuto sacrificabile la posizione del professionista, il quale si vede oggi potenzialmente impossibilitato a recuperare quegli investimenti già sostenuti nella fase preliminare del rapporto e non imputati immediatamente all’utente.

La genesi dei summenzionati provvedimenti si caratterizza tuttavia per la previsione di una preventiva procedura, composta di audizioni periodiche e consultazioni con le diverse associazioni di categoria, che rende gli stessi oggetto di condivisione a livello di categorie d’interesse.

L’iniziale sensazione di mortificazione, e definitiva compressione, dell’autonomia privata a causa dei diversi interventi delle autorità di regolazione (ma, è opportuno ricordarlo, anche di vigilanza) è pertanto destinata a svanire, o quantomeno a ridursi, una volta rilevato come le medesime contribuiscano, in realtà, a dare all’autonomia stessa un nuovo significato, pienamente in sintonia con il dettato dell’art. 1322 c.c., e ben rappresentata in quello che la dottrina ha pionieristicamente definito, più di un decennio addietro, come «atto amministrativo negoziato corporativamente»⁹⁰.

Pur considerata su un piano differente, quale può essere quello di natura associativa, l’autonomia privata diviene così destinataria di prerogative ulteriori, nonché di nuove forme di espressione, le quali si presentano come elementi assolutamente necessari nell’ottica di una riduzione dell’impatto esercitato sul contratto da parte della disciplina di fonte autoritativa.

⁹⁰ Cfr. GITTI, *Gli accordi con le autorità*, in *I contratti per l’impresa*, a cura di G. Gitti, M. Maugeri, M. Notari, II, Bologna, 2012, p. 541.