

NICOLA BRUTTI

LA CONFORMAZIONE DEI CONTRATTI DI COMUNICAZIONE ELETTRONICA (IL NUOVO ART. 70, D.LGS. 1° AGOSTO 2003, N. 259)

SOMMARIO: 1. Premessa: libertà fondamentali e accesso alle comunicazioni elettroniche. — 2. Recepimento della dir. 2009/136/CE e modifiche al D.Lgs. 259/2003 in tema di contratti e diritto di recesso. — 2.1. La protezione degli utenti, quale aspetto strategico delle recenti modifiche al D.Lgs. 259/2003. — 2.2. I contratti di comunicazione elettronica; rilievi sistematici. — 3. Trasparenza contrattuale e contenuti informativi minimi. — 4. Flessibilità contrattuale e diritto di scelta dell'utente. — 4.1. Diritto all'informazione dell'utente e *network neutrality*. — 4.2. Diritto di recesso e *ius variandi*.

I. PREMESSA: LIBERTÀ FONDAMENTALI E ACCESSO ALLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE.

Il processo di liberalizzazione nelle telecomunicazioni avviatosi negli anni '90 ha comportato, quale naturale corollario, una rinnovata attenzione alla posizione dell'utente. Quest'ultimo, dal precedente rapporto monolitico, disciplinato d'imperio da fonti pubblicistiche, incontra il frastagliato panorama delle offerte commerciali e dei mercati emergenti¹.

In generale, le situazioni soggettive facenti capo all'utente e il diritto di poter comunicare liberamente, attraverso una pluralità di possibili mezzi di comunicazione interpersonale, sono riconducibili all'art. 15 Cost. ed, ormai, anche all'art. 21 Cost.².

* Il presente saggio — come gli altri della Sezione — è stato espressamente richiesto dalla Direzione della Rivista per commentare le recenti, importanti, novità legislative in materia di nuove tecnologie dell'informazione. Com'è prassi nei confronti di contributi sollecitati, la revisione è stata effettuata dalla Direzione stessa.

¹ Cfr. F. CARDARELLI, V. ZENO ZENCovich, *Il diritto delle telecomunicazioni*, Roma-Bari, 1996; S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della*

convergenza? Torino, 2003, 33 ss.; R. GIARDA, *I diritti degli utenti finali (articoli 70-85)*, in M. CLARICH, G.F. CARTEI (a cura di), *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2004, 316 ss..

² Tradizionalmente il carattere intersoggettivo e riservato differenzia la libertà di comunicazione (intesa come messaggio ad una o più persone determinate) dalla libertà di informazione e di manifestazione del pensiero (che implica la diffusione del messaggio stesso ad un numero indeterminato di persone). Ma tale netta differenziazione tende a scemare con il processo di

Sebbene inferiore alle aspettative suscitate dal Trattato costituzionale, il contributo del Trattato di Lisbona alla protezione dei diritti fondamentali è, comunque, rilevante su questo fronte³. Come noto, tra gli aspetti di maggior rilievo, vi sono il collegamento alla Carta dei Diritti fondamentali, l'adesione alla CEDU e l'ampliamento dei casi in cui gli individui potranno impugnare un atto delle istituzioni.

In particolare, la Carta dei Diritti proclamata a Nizza — e riproclamata a Strasburgo sette anni dopo — dai Presidenti delle tre istituzioni europee — acquista, grazie all'art. 6, « lo stesso valore del Trattato ».

Come logico corollario, il contenuto dei diritti garantiti dall'ordinamento comunitario (e dagli Stati membri quando applicano quest'ultimo) si arricchisce e diviene ancor più vincolante. In tal senso, si evidenzia come già la Carta di Nizza disponesse al suo art. 11 che « Ogni individuo ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. La libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati. » D'altro lato, l'art. 10, Convenzione Europea per la Tutela dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, recita « Ogni persona ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. » Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre ad un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario.

L'opportunità di differenziare attentamente le posizioni di responsabilità in capo a soggetti ritenuti *gatekeepers* delle comunicazioni, come i *service providers*, gli organizzatori di *forum* di di-

convergenza tecnologica. Cfr. A. VALASTRO, *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie*, Milano, 2001, 143 ss. In giurisprudenza, v., invece, C. Cost., 23 luglio 1991, n. 366, in *Cons. Stato*, 1991, II, 1321 ss.

³ Cfr., a questo proposito, la prospettiva indicata, di recente, da S. RODOTÀ, *La nuova stagione dei diritti*, in *La*

Repubblica, 12 maggio 2012: « la Carta, considerando “indivisibili” i diritti, rende illegittima ogni operazione riduttiva dei diritti sociali, che li subordini ad un esclusivo interesse superiore dell'economia. » Cfr. anche V. ZENO ZENCOVICH, *Il « diritto ad essere informati » quale elemento del rapporto di cittadinanza*, in questa *Rivista*, 2006, 15 ss..

scussione, i gestori dei siti di *file-sharing* rappresenta un nodo fondamentale anche in merito alla garanzia di tali libertà ed al loro contemperamento con interessi altrettanto meritevoli di tutela⁴.

Un diritto alla comunicazione, attraverso i moderni mezzi tecnologici, diviene ormai una priorità strettamente riconducibile alla realizzazione della personalità umana, ai bisogni essenziali dell'individuo, alla libertà di circolazione. Questa notazione, apparentemente scontata, non può certo intendersi nel senso che il relativo rapporto di utenza sia accessibile gratuitamente, ma neppure può arrestarsi al principio che l'utente non subisca illecite compressioni e veda garantita la comunicazione senza interferenze da parte di terzi.

D'altra parte, l'emergere di sistemi di comunicazione voce e immagini basati su piattaforme alternative che necessitano unicamente della connessione Internet (es. VoIP) prefigura impatti notevoli nell'agone del mercato delle telecomunicazioni⁵.

Al fine di rendere effettiva l'accessibilità a tali funzioni, nella loro duplice dimensione sociale e personale, è indispensabile che l'ordinamento e la disciplina comunitaria si occupino della regolamentazione dei mercati in questione. Essi vincolano, ormai minutamente, l'attività economica degli operatori, sia sotto il profilo concorrenziale, sia sotto il profilo della conformazione dei contratti di diritto privato⁶.

⁴ Cfr. in generale, sulla delicata problematica dell'anonimato nei siti di discussione e sull'eventuale responsabilità dei moderatori, di recente, E. DREYER, *Droit de la presse et droit de la personnalité*, Dalloz, 2011, 780; ID., *Responsabilité du producteur qui refuse de modérer les messages transmis par des tiers*, Dalloz, 2010, 2206-2210; CEDU, 30 marzo 2004, Radio France c/France, n. 53984/00, § 24.

⁵ Voip è l'acronimo di Voice Over IP, indica sostanzialmente le comunicazioni vocali su reti dati di qualsiasi genere. Ad esempio Skype è un *software* che unisce caratteristiche presenti nei *client* più comuni (chat, salvataggio delle conversazioni, trasferimento di *file*) ad un sistema di telefonate basato su un network *Peer-to-peer*. Gli effetti sul mercato della telefonia mobile e fissa sono già avvertiti e, in prospettiva, considerati assai consistenti. Cfr. S. CHAKRABORTY (et. al.), *IMS multimedia telephony over cellular systems: VoIP evolution in a converged telecommunication world*, Chichester: Wiley, 2007; A. BERTOLDI, *Il mercato delle telecomunicazioni può crollare verticalmente più velocemente del previsto*, in <http://www.businessonline.it/4/E-business/1271/mercato-telefonia-telecomunicazioni-skype-google-talk-voip.html>.

⁶ Tale regolamentazione è ormai affidata in larga parte alle autorità di controllo del settore. Cfr. G. DE VERGOTTINI, *Limiti fra settore imprenditoriale pubblico e privato e trattati europei*, Milano, 1967; G. MARASÀ (a cura di), *Profiligiuridici delle privatizzazioni*, Torino, 1998, con relazioni di S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*; G. OPPO, *Privatizzazioni: aspetti privatistici*; L. RADICATI DI BROZOLO, *Il diritto comunitario delle telecomunicazioni: un modello di liberalizzazione di un servizio pubblico*, Torino, 1999; S. CASSESE, *Oltre lo stato*, Roma, 2006; per una critica sulle privatizzazioni in Italia (in quanto accompagnata da deboli liberalizzazioni) ed una proposta in direzione « neokeynesiana », R. CAFFERATA, M. MARTELLINI (a cura di), *Liberalizzazioni, impresa pubblica, impresa d'interesse generale nell'Unione europea*, Bologna, 2008; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2004, 36, secondo il quale la formula « autorità indipendenti », importata da altre esperienze, « suscita curiosità e sospetto già nella combinazione linguistica. »; PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Padova, 1996; A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997.

2. RECEPIMENTO DELLA DIR. 2009/136/CE E MODIFICHE AL D.LGS. 259/2003 IN TEMA DI CONTRATTI E DIRITTO DI RECESSO.

2.1. *La protezione degli utenti, quale aspetto strategico delle recenti modifiche al D.Lgs. 259/2003.*

Il D.Lgs. 28 maggio 2012, n. 70 ha introdotto recentemente alcune rilevanti modifiche al D.Lgs. 1° agosto 2003, n. 259, recante codice delle comunicazioni elettroniche (d'ora in poi anche c.c.e.). In particolare, tali innovazioni sono il risultato dell'attuazione delle direttive 2009/136/CE in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica⁷, e 2009/140/CE, su un quadro comune per le comunicazioni elettroniche⁸.

Uno degli aspetti salienti, oltre ai cambiamenti introdotti in tema di servizio universale e autorità regolatorie (loro poteri e raccordo con le nuove autorità istituite a livello europeo), è l'attenzione verso la protezione dell'utente, nei suoi rapporti contrattuali con gli operatori professionali con specifico riferimento ai contratti per la fruizione di servizi di comunicazione elettronica.

In queste pagine si concentrerà l'attenzione sulla disciplina che incide sul contenuto dei contratti d'utenza e sulle condizioni di esercizio dei diritti di modifica e di recesso relativi al contratto stesso. Tale tutela si sviluppa essenzialmente lungo due direttrici: da un lato contenuti minimi essenziali e trasparenza contrattuale⁹, dall'altro flessibilità e limiti del *commitment*, in funzione della più ampia libertà di scelta dell'utente in un quadro di continui mutamenti tecnologici e di mercato. Sarà dunque utile procedere seguendo proprio questa bipartizione.

⁷ In particolare, si vedano gli artt. 21 e 22 (Contratti) della Dir. 2009/136/CE del 25 novembre 2009 recante modifica della direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche e del regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori.

⁸ Recante modifica delle direttive 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, 2002/19/CE relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime e 2002/20/

CE relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica.

⁹ Cfr., in merito alla profonda incidenza del diritto comunitario sulla conformazione dei contratti dei consumatori, S. GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole dell'informazione come strumento*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 257 ss.; G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Bari, 2006, 35 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra « contratti commerciali » e « contratti dei consumatori »)*, in *Giur. it.*, 1993, III, 57 ss.; MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *B.B.T.C.*, 1997, 102 ss.; ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore. Genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Il contratto e le tutele*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, 642.

2.2. *I contratti di comunicazione elettronica: rilievi sistematici.*

Con il D.Lgs. 70/2012 si sostituisce la rubrica dell'art. 70 del c.c.e. (prima denominato più seccamente « Contratti ») con la denominazione « Contratti ed esercizio del diritto di recesso ». Inoltre, l'*incipit* della norma è stato reso più scorrevole, laddove la precedente formulazione appariva alquanto involuta.

In realtà si tratta di una serie di previsioni, piuttosto disorganiche, dirette a conformare variamente il contenuto del contratto e l'intero rapporto contrattuale.

Invece che definire in modo diretto i contratti di cui si tratta, si sceglie, in linea di continuità con la preesistente disciplina, di mantenerne un'identità molto generica. Si statuisce, infatti: « i consumatori ed altri utenti finali che ne facciano richiesta, hanno diritto di stipulare contratti con una o più imprese che forniscono servizi di connessione ad una rete di comunicazione pubblica o servizi di comunicazione elettronica accessibile al pubblico ».

La formulazione ampia della norma sul punto porta a prediligere il riferimento — anche in sintonia con la suddetta L. 40/2007 — a tutti i contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia e di reti televisive e di comunicazione elettronica, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata¹⁰.

Il contratto, benché conformato — come si vedrà — nei contenuti, non è concesso o sottoposto ad alcuna condizione o requisito personale preesistente, come l'esistenza di un abbonamento o di condizioni previste per ottenerlo¹¹. I consumatori debbono solamente farne richiesta a chi fornisce tali servizi, avendone pieno diritto.

La norma fa espressamente salve le disposizioni di cui al decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 aprile 2007, n. 40, anche noto come Decreto Bersani-*bis*, di liberalizzazione nei contratti di comunicazioni elettroniche.

Considerata la specificità della disciplina in questione, occorre rimarcare la imprescindibile e persistente interferenza tra la sua fisionomia — soprattutto nella meccanica di funzionamento — ed ulteriori norme dislocate altrove.

¹⁰ In generale, sui contratti di accesso alle reti di comunicazione elettronica come contratti di appalto di servizi, v. G. DE NOVA, *I contratti per l'accesso ad Internet*, in *Giust. civ.*, 1997, I, 95 ss.; N. VISALLI, *Contratto di accesso ad Internet e tutela della privacy*, in *Giust. civ.*, 2002, II, p. 128; L. ALBERTINI, *I contratti di accesso ad internet*, in *Giust. civ.*, 1997, 2, p. 95. Ma, in diversa prospettiva, si vedano: R. BOCCHINI, *Il contratto di accesso a internet*, in

Dir. inf., 2002, 3, 471; P.E. SAMMARCO, *I nuovi contratti dell'informatica*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, Padova, 2006, 396.

¹¹ Ciò differenzia questa tecnica di legiferazione, comune a gran parte dei contratti dei consumatori, rispetto alla precedente regolamentazione di carattere amministrativo sul contenuto dei contratti d'utenza telefonica.

Si pensi alle previsioni del codice civile relative al contratto in generale ed alle tipologie applicabili nella fattispecie particolare.

Nonostante la progressiva rilevanza dei contenuti forniti, quali beni veri e propri, rispetto all'elemento della connessione, si tratta di contratti di durata simili per struttura e funzioni ai contratti di abbonamento al servizio telefonico¹².

In particolare, nella ricostruzione fornita dalla Cassazione, si sottolinea come l'impresa di telecomunicazioni non fornisca propriamente cose, ma garantisca, con un *facere*, il processo comunicativo a distanza, rendendo possibile la connessione della linea assegnata all'utente alle reti di telecomunicazione, attraverso una serie di prestazioni a carattere continuativo¹³.

Nel richiamare la figura dell'appalto di servizi, occorre tenere conto che l'art. 1677 c.c. rinvia espressamente alle norme sulla somministrazione (« Se l'appalto ha per oggetto prestazioni continuative o periodiche di servizi »). Il carattere duraturo del fabbisogno da soddisfare e la sua variabilità a seconda delle specifiche esigenze dell'utente (« normale fabbisogno » del consumatore-somministrato) deporrebbero per tale interpretazione. Con alcune precisazioni, dunque, è proprio questa la norma di riferimento che sembra più appropriato richiamare¹⁴.

Con particolare riferimento all'abbonamento al servizio telefonico, più che discorrersi della fornitura di cose (*ex art. 1559 c.c.*), si tratta di prestazioni consistenti essenzialmente in un *facere* (instradamento delle comunicazioni provenienti dall'utente od a lui destinate attraverso le connessioni alla rete) e, sotto il profilo dell'utilità acquisita dall'utente, di carattere fondamentale immateriale¹⁵.

Nel caso dei contratti concepiti in funzione della fornitura di connessione ad Internet, una particolarità è costituita dal fatto che, alla classica funzione di utilizzazione del servizio a fini di comunicazione interpersonale, qui costituita dall'accesso alla rete, si giustappone una caratteristica ulteriore relativa alle eventuali dif-

¹² Ad esempio, per l'incidenza della modalità di pagamento prepagata sui contorni della fattispecie, e forse anche sulla sua struttura, cfr., di recente, A. ROSENBERG, *Better Than Cash? Global Proliferation of Payment Cards and Consumer Protection Policy*, 44 *Colum. J. Transnat'l L.* 520, 543-552 (2006).

¹³ Cass. Civ. III Sez. 2 ottobre 1997, n. 9624, in *N.G.C.C.*, 1999, fasc. 1, 156 ss. con nota di G. UNCARI TRASATTI, *Sospensione della somministrazione di servizio telefonico e risarcimento del danno subito dal somministrato*; nonché Cass. sez. un. 16 febbraio 1978, n. 5613, in *Mass.*

for. it., 1978; G. ALPA, *Contratti di utenza pubblica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 1986, 107 ss.; E. DI FAZIO, *Sulla natura del contratto di abbonamento telefonico*, in *Temi rom.*, 1972, 622 ss.; G. COTTINO, *Del contratto estimatorio. Della somministrazione*, in *Comm. Cod. Civ. Scialoja-Branca*, artt. 1556-1570, Bologna-Roma, 1970.

¹⁴ Vedi nota 13.

¹⁵ In tal senso, S. KÖHLER, *Vertragstypologische Aspekte von Pre-Paid-Mobilfunkverträgen*, in *Juristische Rundschau*, 2006, 491; nonché, *Id.*, *Der Mobilfunkvertrag*, Düsseldorf, 2005.

ferenziazioni attuate nelle modalità di traffico, a seconda della tipologia di dati trattati dallo stesso operatore (*Internet service provider*).

Nonostante l'abrogazione della clausola di salvezza di cui all'ultimo comma dell'art. 70 nella versione previgente, non potrebbe *a priori* escludersi l'operatività dei rimedi a tutela dei consumatori¹⁶. In tal senso, possono menzionarsi le norme inerenti alle clausole abusive *ex artt.* 33-38 Cod. cons., nonché quelle in materia di contratti conclusi per via telematica e ancora, la disciplina in punto di pratiche commerciali scorrette (di cui agli artt. 18 ss. del Cod. cons.) e la relativa tutela giurisdizionale attraverso le azioni di classe¹⁷. Infine un ulteriore ed ineludibile punto di riferimento, per intendere appieno il contesto nel quale opera la nuova disciplina, è costituito dalla regolamentazione (di rango primario e secondario) in materia di trattamento dei dati personali.

A tal proposito, alcuni richiami impliciti possono essere rinvenuti rispettivamente:

— nel nuovo comma 3, dell'art. 70, secondo il quale « L'Autorità può richiedere che il contratto contenga ogni informazione che possa essere fornita a tal fine dalle autorità competenti sull'utilizzo delle reti e servizi di comunicazione elettronica per attività illegali e per la diffusione di contenuti dannosi, e sugli strumenti di tutela dai rischi per la sicurezza personale, la vita privata e i

¹⁶ Vedi tuttavia, la rilevanza attribuita dalla più alta giurisprudenza amministrativa alla clausola in questione, laddove si afferma: « Si tratta, ad avviso dell'Adunanza, di un rinvio dinamico ad ogni altra disposizione di tutela del consumatore, rinvio che garantisce la chiusura del sistema ed esclude a priori il rischio più volte paventato da Antitrust di possibili lacune della tutela stessa ». Si tratta delle sentenze Cons. Stato, Ad. Plen, sent. n. 16 (ma v. anche nn. 11, 12, 13, 14, 15) dell'11 maggio 2012 (in tutte concernenti l'*actio finium regundorum* tra competenze sanzionatorie dell'Autorità antitrust e dell'AGCOM con riferimento a diversi provvedimenti sanzionatori adottati dalla prima in materia di pratiche commerciali scorrette.

¹⁷ Cfr. T.A.R. Lazio, sez. I, 22 giugno 2010, avente ad oggetto la comminatoria della sanzione, nel massimo dell'importo previsto dalla legge, per il caso delle variazioni dei piani tariffari caratterizzate da carenze informative e negligenza. Per una prima esperienza di *class actions* « all'italiana », v. Trib. Milano, VIII sez. civ., 13 marzo 2012, che ha sottolineato la natura extracontrattuale dell'azione finalizzata a dimostrare i danni derivanti da una prati-

ca commerciale scorretta, con la conseguenza che l'onere della prova è a carico dell'attore. La prova — prosegue il Tribunale — deve vertere proprio sulla natura ingannevole e scorretta della pratica « quale anello essenziale del nesso di causalità tra l'asserita illiceità del documento pubblicitario utilizzato da X ed il danno subito in proprio in conseguenza dell'invocato acquisto del prodotto *de quo* « secondo la sua naturale finalità », sull'implicito ma necessario presupposto che la libera formazione della volontà di acquistare il prodotto in parola sarebbe stata indebitamente coartata attraverso la condotta illecita ». Cfr., per una prima informazione, G. NEGRI, *Primo atto alla class action*, Il Sole 24 Ore - in <http://24o.it/YJdH4>, 17 marzo 2012. Ma vedi anche, la ricostruzione in punto di rispettive competenze tra Autorità antitrust e AGCOM operata dal Cons. Stato, Ad. Plen, cit., secondo cui: « a quest'ultima Autorità, quale istituzione preposta all'intero settore delle comunicazioni elettroniche, spettano poteri inibitori e conformativi, tra l'altro in fatto già più volte esercitati, che non consentono di ritenere che la tutela apprestata da AGCOM possa ritenersi nel complesso qualitativamente inferiore a quella attribuita ad Antitrust ».

dati personali di cui all'articolo 71, comma 2-*quater*, e relativi al servizio fornito »;

— nelle modifiche al comma 5 dell'art. 70, dove, alle ipotesi nelle quali l'utente è colpito da decadenza dal contratto di fornitura del servizio¹⁸, si aggiunge anche la utilizzazione del servizio, per mano sua o di terzi da lui autorizzati, potenzialmente dannosa ai minori, ovvero caratterizzata da finalità abusive o fraudolente;

— nell'obbligo di includere le informazioni circa i « tipi di azioni » che l'impresa può adottare in ordine a possibili incidenti, minacce per la sicurezza, integrità e vulnerabilità (art. 70, comma 1, lett. i) D.Lgs. 259/2003). Tali informazioni, oltre a costituire una garanzia per gli utenti avverso le minacce in discorso, sembrano funzionali a chiarire i limiti e le caratteristiche di tali procedure, al fine di rendere avvertito l'utente di possibili truffe o frodi che sfruttino la sua credulità in relazione a potenziali pericoli.

3. TRASPARENZA CONTRATTUALE E CONTENUTI INFORMATIVI MINIMI.

Il nuovo articolo, come evidente, introduce disposizioni sui contenuti informativi minimi del contratto ancor più dettagliate, rispetto a quanto già previsto nella previgente norma di cui all'art. 70 (Codice delle comunicazioni elettroniche) e dalla Delibera n. 179/03/CSP¹⁹.

Anche alla luce del successivo art. 50 si trae conferma della centralità, in quest'ambito, del ruolo dell'Autorità di controllo che, tra l'altro, ha il potere di circostanziare ed imporre alcuni degli elementi informativi inclusi nel contenuto essenziale *ex art.* 49. In tal caso, però, rimane in facoltà della stessa AGCOM di imporre specifici obblighi di pubblicità, indipendentemente dalla conclusione di un contratto.

¹⁸ Il testo precedente recitava: « L'utente finale che utilizzi, o dia modo ad altri di utilizzare il servizio per effettuare comunicazioni o attività contro la morale o l'ordine pubblico o arrecare molestia o disturbo alla quiete privata, decade dal contratto di fornitura del servizio, fatta salva ogni altra responsabilità prevista dalle leggi vigenti ».

¹⁹ La tecnica della previsione di contenuti minimi essenziali costituisce da tempo il segno distintivo delle politiche comunitarie di tutela dei consumatori nei diversi settori interessati (dal credito al consumo, alle contrattazioni via Internet etc.) e si inquadra nell'ottica del c.d. neoformalismo negoziale. In base ad essa le prescrizioni di forma non trovano la pro-

pria giustificazione nella particolare rilevanza patrimoniale della singola operazione contrattuale, ma sono chiamate a soddisfare ulteriori finalità, quali tutela del contraente debole da scelte avventate, certezza dei rapporti contrattuali, funzione « certificativa » di uno specifico iter procedimentale previsto dalla legge etc. Cfr. S. SICA, *Atti che devono farsi per iscritto. Art. 1350*, in *Il Codice Civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2003, 29-30; R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente « non qualificato » nel mercato finanziario*, Milano, 1996, 7 ss.; D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 49 ss..

Tra gli elementi che il contratto deve indicare in modo chiaro, dettagliato e facilmente comprensibile e la cui carenza potrebbe integrare pratiche commerciali scorrette²⁰ figurano:

i) i livelli minimi di qualità del servizio, anche alla luce delle disposizioni tecniche impartite dall'autorità nazionale. In tal senso, può accadere che gli standard per la velocità di connessione indicati in molti contratti non siano effettivamente rispettati dagli operatori. Il successivo art. 61, comma 4-ter prevede specificamente che l'interruzione del servizio durante le operazioni di trasferimento dell'utenza non superi un giorno lavorativo e che l'Autorità provveda affinché siano previste sanzioni adeguate per le imprese, tra cui l'obbligo di risarcire i clienti in caso di ritardo nel trasferimento del numero o in caso di abuso di trasferimento da parte delle imprese²¹;

ii) le informazioni sugli strumenti e le tecniche adottate dal fornitore per evitare la saturazione del servizio, stante il fatto che quest'ultima spesso comporta errori di accesso o, ancora, una riduzione sensibile della velocità di connessione²²;

iii) l'aspetto della durata del contratto e delle condizioni di rinnovo e di cessazione dei servizi e del contratto²³, soprattutto in merito alla presenza effettiva di costi per la portabilità dei numeri²⁴ o per lo scioglimento del contratto;

iv) l'effettiva ottemperanza a quanto previsto nelle carte dei servizi e — dovrebbe aggiungersi — nei codici di condotta adottati dagli operatori, in merito ad indennizzi o rimborsi da garantire agli utenti in caso di disservizi;

v) l'eventuale accesso ai servizi di emergenza e alle informazioni sulla localizzazione del chiamante e, se esistono, eventuali restrizioni alla fornitura di servizi di emergenza;

²⁰ Cfr. sul punto, F. BASSAN (a cura di), *Diritto delle comunicazioni elettroniche, Telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, Milano, 2010, 30-31.

²¹ Cfr. per un caso di risarcimento da disservizio, G. Pace Avigliano, Potenza, Sentenza n. 88, 12 dicembre 2011, in *Casazione.net*.

²² Cfr. *infra*, a proposito di *network neutrality*.

²³ Si pensi a servizi a valore aggiunto pubblicizzati come gratuiti, quando in realtà non lo sono, avendo costi che il consumatore scoprirà solamente dopo l'ordinazione. Alcuni di essi legano il consumatore per lunghi periodi senza chiarire le modalità in cui il consenso viene dato o revocato (recesso) e sono diretti ad un *target* di minori e giovanissimi molto vulnerabile,

incapace di riconoscere una tecnica di vendita fuorviante ed ingannevole come potrebbe farlo un adulto. Cfr. *EU crack-down of ringtone scams. Frequently asked questions*, EMO/08/516, Bruxelles, 17 July 2008; nonché per un caso deciso: AGCM, Prov. 18346, *PI6489 - Quiz Caliente*, in *Boll. N. 17*, del 16 giugno 2008, 106-107.

²⁴ Come affermato da C.G.C.E., sez. II, 13 luglio 2006, n. 438 in *Serv. Pubbl. app.*, 2006, 673: « la portabilità dei numeri, che consiste nella possibilità per un abbonato di mantenere il medesimo numero di telefono nell'ipotesi di cambiamento di operatore, ha l'obiettivo di eliminare gli ostacoli alla libera scelta dei consumatori tra gli operatori di telefonia mobile e di garantire, in tal modo, lo sviluppo di una concorrenza effettiva sul mercato dei servizi telefonici ».

vi) i tipi di servizi di manutenzione offerti e i servizi di assistenza alla clientela forniti, nonché le modalità per contattare tali servizi;

vii) eventuali restrizioni imposte dal fornitore all'utilizzo delle apparecchiature terminali fornite.

Non è esplicitato se, al di là delle specifiche sanzioni di carattere amministrativo comminabili dall'AGCOM, la violazione del contenuto minimo possa comportare altro genere di rimedi, in particolare quelli previsti per le pratiche commerciali scorrette, nonché la nullità del contratto per violazione di norma imperativa. Si è tuttavia, portati a ritenere, specie in merito alla prima delle due ipotesi, che, in presenza dei requisiti indicati ai fini della qualificazione della pratica commerciale come scorretta, possano trovare applicazione, salva la specialità delle funzioni repressive attribuite all'AGCOM²⁵, i relativi rimedi previsti dal Codice del consumo²⁶.

4. FLESSIBILITÀ CONTRATTUALE E DIRITTO DI RECESSO.

4.1. *Diritto all'informazione dell'utente e network neutrality.*

Come già accennato, la caratteristica di tali rapporti contrattuali è quella di fornire prestazioni continuative o periodiche, quindi di vincolare tendenzialmente l'utente per un certo periodo di tempo. Altra caratteristica complementare è, tuttavia, che le scelte da parte dell'utente, in merito ai dettagli ed alle condizioni dei servizi prestati, non si esauriscono, quasi mai, nella fase della conclusione del contratto. Il momento modificativo è, quindi, fisiologico rispetto al momento costitutivo in un tal genere di contratti. Quest'ultima fase non è neppure intesa in modo tradizionale, come incontro contestuale di proposta ed accettazione, ma sovente coincide con la stessa fornitura del servizio²⁷.

²⁵ In tal senso, v. Cons. Stato, Ad. Plen., cit. che richiama i puntuali ed organici poteri conformativi, inibitori e sanzionatori ormai attribuiti alla competenza dell'AGCOM in merito alla tutela del consumatore rispetto ai « servizi di comunicazione elettronica » nel loro complesso. L'orientamento è favorevole alla prevalenza dell'intervento dell'AGCOM, laddove si ravvisi specialità della normativa e dei poteri conformativi e inibitori spettanti all'Autorità di settore, rispetto alla normativa generale delle pratiche commerciali scorrette, stante anche il dettato di cui all'art. 19 Cod. cons. che tale specialità settoriale fa espressamente salva. Per l'analogo

principio in materia di esclusività dei poteri della Consob sul contrasto alle pratiche commerciali scorrette in materia finanziaria, v. Cons. Stato, sez. I, Parere n. 3999/2008.

²⁶ In realtà, la tecnica utilizzata pone al centro una serie di doveri positivi di informazione diretti a contenere quei comportamenti abusivi tradizionalmente basati sulla reticenza, in termini di dolo o inganno. Tuttavia, non sembra che la nullità contrattuale, in caso di violazione della norma, possa costituire il rimedio ottimale.

²⁷ Cfr. in generale, V. ZENO-ZENCOVICH, *La nuova disciplina del commercio elettronico alla luce del d.lg. 70/03: que-*

Le stesse modalità di fruizione del servizio (limiti massimi per il traffico dati) e, dunque, aspetti della prestazione sono sovente oggetto di successive scelte da parte dell'utente e possono subire variazioni da parte dello stesso professionista, che non sempre sono adeguatamente rese note all'utente.

Ma è importante, anche qui, consentire all'utente di scegliere, informandolo preventivamente²⁸.

Il nuovo testo di legge conosce, in tal senso, prescrizioni ulteriori, come l'indicazione di eventuali restrizioni previste per l'uso dei servizi (art. 70, comma 1, n. 4)). Il caso tipico è quello dei limiti tecnici predisposti dall'operatore per evitare la saturazione delle reti che dunque comporta rallentamenti nei tempi di connessione²⁹. Come è intuibile dalla costante ascesa di Internet, infatti, la domanda di connettività cresce progressivamente, ciò che può comportare anche una sovra-utilizzazione delle infrastrutture esistenti ed una conseguente diminuzione della complessiva qualità dei servizi³⁰. Una delle possibili misure per rispondere a questo genere di problematica è proprio differenziare il trattamento dei dati veicolati attraverso le infrastrutture esistenti.

Le possibili metodologie o tecniche per classificare i dati trasmessi al fine di trattarli in modo differenziato sono essenzialmente le seguenti³¹:

— far transitare alcuni dati più velocemente di altri o, addirittura, limitare l'accesso alla rete solo ad alcuni dispositivi;

— differenziare in base all'indirizzo del dispositivo emittente o ricevente, al tipo di applicazione che usufruisce di tali dati, al profilo contrattuale dell'utente che origina la connessione.

Soprattutto in quest'ultima ipotesi, si pone la questione se i criteri applicati non incidano sulle nuove libertà di informazione e i diritti di ultima generazione legati all'accesso e all'uso di Internet, ovvero alla salvaguardia dell'autodeterminazione in materia di trattamento dei dati personali. La nuova disciplina sembra tenere conto di tali esigenze, mostrandosi sensibile alle preoccupazioni che gli operatori possano abusare delle proprie facoltà per tutelare interessi privati in conflitto con quelli dei consumatori. Si pensi alle limitazioni al traffico VoiP su rete mobile per proteggere

zioni generali e ambito di applicazione, in AA.VV., *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, Milano, 2003, 35 ss.

²⁸ Anche la Commissione UE sottolinea come « I consumatori hanno diritto a scegliere il proprio fornitore di servizi internet basandosi su informazioni adeguate riguardo le possibili restrizioni all'accesso a determinati servizi, le velocità di connessione effettive e i possibili limiti delle velocità di internet ». Cfr. *Agenda digitale: la Commissione rafforza il proprio impegno*

per garantire l'applicazione reale di internet aperta, IP/11/486, Bruxelles, 19 aprile 2011. Cfr. AGCOM, *Trasparenza dell'offerta Internet*, https://www.misurainternet.it/offerte_adsl.php.

²⁹ Cfr. C. S. Yoo, *Network Neutrality and the Economics of Congestion*, 94 *Geo. L.J.* 1847 (2006).

³⁰ Cfr. A. GLORIOSO, V. VITKOV, *Accesso ad Internet e contratti di connettività business to consumer di quattordici fornitori italiani*, in *questa Rivista*, 2009, 101 ss.

³¹ Cfr. *Ibidem*.

il *business* della telefonia, ovvero alle limitazioni al *download* di dati *peer to peer* in accordo con gli interessi delle grandi *major* cinematografiche e musicali.

Il tema è quello della *network neutrality*, ovvero il principio secondo il quale il traffico via Internet non dovrebbe subire alterazioni basate su ragioni discriminatorie o interessi economici occulti³², ma sarebbe giustificabile solo da ragioni di buon funzionamento delle reti e di tutela dei diritti degli utenti³³. Le pratiche sotto osservazione sono soprattutto le barriere al cambio di operatore, il blocco o lo « strozzamento del traffico » via Internet, l'insufficiente trasparenza e qualità dei servizi³⁴.

Il problema delle policy adottate dagli operatori, come evidente, è di estrema importanza e strettamente collegato al diritto dell'utente di scegliere liberamente in un mercato concorrenziale, essendo informato preventivamente sulle condizioni di erogazione del servizio. Le eventuali violazioni non possono non chiamare in causa strumenti di tutela *ad hoc*, ad esempio l'esercizio del diritto di recesso immediato, senza alcuna penalizzazione³⁵.

Gli studi condotti dalla Commissione UE confermano che è di cruciale importanza garantire che i consumatori possano cambiare facilmente operatore. Le nuove norme sulle telecomunicazioni concernenti la portabilità del numero, che prevedono che i consumatori possano cambiare operatore, conservando i propri numeri entro un giorno lavorativo, dovrebbero costituire al riguardo un aiuto. Inoltre, le nuove norme garantiscono che la risoluzione del contratto non rappresenti un ostacolo al cambio di operatore. La Commissione e il BEREC studieranno quali soluzioni apportare³⁶.

³² Cfr. Y. BENKLER, *The Wealth of Networks* (Yale Press 2006), 61-65, nel quale si portano esempi di comunicazioni via Internet con importanti funzioni di informazione su temi sociali e politici a rischio di compromissione.

³³ Cfr. il considerando n. 23 della dir. 146/2009 cit. Cfr., di recente, C.T. MARSDEN, *Net Neutrality: Towards a Coregulatory Solution*, London: Bloomsbury Academic, 2010. Ma una simile impostazione non è condivisa ovunque. Nonostante una recente regolamentazione emanata dalla FCC (*Federal Communication Commission*) più simile al modello europeo, nel contesto statunitense tende a prevalere una prospettiva che pone al centro l'autoregolamentazione dei mercati e la libertà dei vari *providers* di raggiungere accordi con i *network operator* finalizzati a concedere condizioni di accesso diverse, a seconda della tipologia di dati trattati. Nell'ottica di analizzare Internet quale « bill and

keep system », cfr. P. DE GRABA, *Bill and Keep and the Central Office*, OPP Working Paper No. 33 (2000); J. ATKINSON, C. ARNEKOY, *A Competitively Neutral Approach to Network Interconnection*, OPP Working Paper No. 34 (2000). Di recente si vedano, in prospettiva critica, L. LESSIG, R.W. MCCHESENEY, *No Tolls on The Internet*, Washington Post, Thursday, June 8, 2006; B. E.L. BOLIEK, *Wireless Net Neutrality Regulation and the Problem with Pricing: An Empirical, Cautionary Tale*, 16 *Mich. Telecomm. Tech. L. Rev.* 1 (2009), available at <http://www.mtlr.org/volsixteen/boliek.pdf>. Cfr. A. LONGO, *La Commissione UE vigila sulla neutralità della rete*, Il Sole 24 Ore - leggi su <http://24o.it/6S7h4>.

³⁴ Cfr. Comm. UE, *Agenda digitale*, cit.

³⁵ Vedi *infra*.

³⁶ Cfr. *Agenda digitale*: la Commissione rafforza il proprio impegno per garantire

La soluzione apprestata dall'AGCOM, al momento, prevede l'attivazione da parte dell'utente di una procedura di diffida verso gli operatori risultati inadempienti, ed eventualmente il diritto di recesso senza penali dal contratto sottoscritto per la sola parte relativa al servizio di accesso ad Internet, se entro 30 giorni dalla ricezione del reclamo corredato dal PDF, l'operatore non ripristini i livelli di qualità del servizio garantiti³⁷.

4.2. Diritto di recesso e ius variandi.

D'altra parte, fermo restando il principio della libertà di recesso in funzione pro-concorrenziale, già sancito dal decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, un'attenzione apposita è dedicata a garantire una piena informazione su eventuali condizioni e restrizioni allo scioglimento del rapporto contrattuale.

A questo proposito, il contratto deve indicare la durata del contratto, le condizioni di rinnovo e di cessazione dei servizi e del contratto. Il tema del diritto di recedere dai contratti di telecomunicazione senza eccessive restrizioni temporali o economiche trova ampi riscontri anche in prospettiva comparatistica, come confermato dal recente contenzioso in Germania, in Inghilterra e negli Stati Uniti³⁸.

l'applicazione reale di internet aperta, cit.; *Comunicazione della Commissione UE sulla neutralità della rete Internet*, Bruxelles, 19 aprile 2011 COM(2011) 222 def.

³⁷ AGCOM, *Trasparenza dell'offerta Internet*, cit. In merito ai poteri dell'AGCOM, il Consiglio di Stato (cit.) ha osservato: « occorre evidenziare che le sanzioni editali attribuite alla competenza di Antitrust non sono superiori a quelle irrogabili da AGCOM. Inoltre, a quest'ultima Autorità, quale istituzione preposta all'intero settore delle comunicazioni elettroniche, spettano poteri inibitori e conformativi, tra l'altro in fatto già più volte esercitati, che non consentono di ritenere che la tutela apprestata da AGCOM possa ritenersi nel complesso qualitativamente inferiore a quella attribuita ad Antitrust. »

³⁸ In Germania, v. *OLG München I, Urt. Vom 26/1/2006 Az. 12 O 16098/05*. Per i due procedimenti chiusi in via stragiudiziale dall'Ofcom inglese, Caso CW/00820/03/05, in <http://www.ofcom.org.uk>; Caso CW/00779/08/04, in www.ofcom.org.uk; negli Stati Uniti, il 2008 è stato l'anno in cui la battaglia dei consumatori contro le *early termination fees* ha condotto ad accordi transattivi (*settlements*) e condanne di decine di milioni di dollari, a carico

delle più grandi società telefoniche, per violazione del *Federal Communication Act*. Cfr. M. REARDON, *California judge rules Sprint's early termination fees illegal*, in *cnet news*, July, 31 2008. Nell'esperienza applicativa della legislazione sugli *unfair terms* del Regno Unito, non si deve essere tratti in inganno dalla scarsità di pronunce giurisprudenziali, considerato il massiccio lavoro preventivo svolto dall'Ofcom. Cfr. S. BRIGHT, *Winning the battle against unfair contract terms*, in *Legal Studies*, 2006, 20, 3, 331-352; nello stesso senso, v. I. RAMSAY, *Consumer Law, Regulatory Capitalism and the 'New Learning' in Regulation*, in *Sydn. L. Rev.*, 2006, 2: « Informal negotiation with individual firms or trade associations dominates the work of the OFT in addressing unfair terms. Almost all investigations are settled by advice or undertakings by business with only one case resulting in court action ». Cfr. *Ofcom review of additional charges. Including non direct charges and early termination fees*, Ofcom, 19 December 2008. Negli Stati Uniti spicca di recente, in merito alla nullità di una clausola arbitrare: *Shroyer v. New Cingular Wireless Services, Inc.*, 498 F.3d 976 (9th Cir. 2007).

In particolare, la disciplina si riferisce alle clausole predisposte dagli operatori dirette a richiedere una durata minima, quale contropartita per l'offerta di condizioni promozionali, e di riflesso ad incidere sul diritto di recesso *ad nutum* del consumatore.

In Italia, la soluzione adottata dalla legge 1° febbraio 2007, n. 40 ha privilegiato l'interesse del consumatore a sciogliersi unilateralmente dal vincolo, indipendentemente da qualsiasi termine di durata non giustificato. L'art. 1, comma 1, ha introdotto, infatti, il divieto di prevedere termini minimi, sancendo altresì la nullità per le clausole difformi alle due previsioni sopra citate. La norma deve essere letta in stretta correlazione con il successivo comma 3: i contratti devono prevedere la facoltà del contraente di recedere dal contratto o di trasferire le utenze presso altro operatore senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e senza spese non giustificate da costi dell'operatore e non possono imporre un obbligo di preavviso superiore a trenta giorni. Anche in tal caso, si prevede la nullità delle clausole difformi, concedendosi sessanta giorni di tempo per l'adeguamento dei rapporti contrattuali già stipulati alla data di entrata in vigore del decreto.

La norma, tuttavia, è stata interpretata, seppur con qualche forzatura, nel senso di lasciare spazio alla previsione di durata minima in caso di necessità per gli operatori di ammortizzare gli investimenti in offerte promozionali, considerati quali costi dell'operatore. Di fatto, l'eventuale recesso anticipato, di solito durante i primi dodici mesi, comporta costi di *termination* (*termination fees*) che la lettera della norma sembrava vietare³⁹.

La nuova disciplina contribuisce a chiarire questi dubbi, delimitando anche le ipotesi in cui sono ammissibili le deroghe e i termini minimi (con relative penali).

Il nuovo art. 80, comma 4-*quater*, del D.Lgs. 259/2003 a sua volta, stabilisce che l'Autorità provvede affinché i contratti conclusi tra consumatori e imprese che forniscono servizi di comunicazione elettronica non impongano un primo periodo di impegno iniziale superiore a 24 mesi. L'autorità provvede altresì affinché le imprese offrano agli utenti la possibilità di sottoscrivere un contratto della durata massima di dodici mesi. Dunque, la rilevanza del *commitment* dell'operatore sembra ormai essere pienamente riconosciuta, ma ne andrà vagliata l'effettiva consistenza nel singolo caso concreto.

Il comma 4 dell'art. 70 è stato, poi, sostituito dal seguente: « 4. Il contraente, qualora non accetti le modifiche delle condizioni contrattuali da parte delle imprese che forniscono reti o servizi

³⁹ Cfr. AGCOM, *Comunicazione del 2 luglio 2007. Linee guida della direzione tutela dei consumatori esplicative per l'attività di vigilanza da effettuare ai sensi del-*

l'art. 1, comma 4, legge n. 40/2007, con particolare riferimento alle previsioni di cui all'art. 1, commi 1 e 3, della medesima legge, par. 3.1-bis.

di comunicazione elettronica, ha diritto di recedere dal contratto senza penali né costi di disattivazione. Le modifiche sono comunicate al contraente con adeguato preavviso, non inferiore a trenta giorni, e contengono le informazioni complete circa l'esercizio del diritto di recesso. L'Autorità può specificare la forma di tali comunicazioni ».

La norma tiene conto della necessità di un costante monitoraggio da parte dell'Autorità su dette pratiche, confermando la necessità di obblighi stringenti in merito alla notifica delle variazioni contrattuali. A tal proposito, la giurisprudenza — seppur nel precedente assetto normativo e di competenza sanzionatoria — ha confermato provvedimenti comminati dall'AGCM circa l'insufficienza delle informazioni fornite con il mezzo dell'SMS. Le violazioni sono state riscontrate indipendentemente dalla circostanza che maggiori informazioni fossero acquisibili *aliunde* dall'utente con una sorta di rinvio eterointegrativo⁴⁰.

⁴⁰ Cfr. T.A.R., Lazio, cit., 1.2.2.: « non può riconoscersi che una sorta di attitudine "eterointegrativa", costituita dal rinvio ad altri mezzi informativi, pos-

sa valere ad elidere la violazione degli obblighi del professionista in relazione ad un'informazione strutturalmente carente ».