

NICOLA BRUTTI

L'INTERFERENZA DELLE TUTELE NEI CONTRATTI DI COMUNICAZIONE ELETTRONICA

SOMMARIO: 1. Il Regolamento Agcom in materia di contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche e il concorso di altre norme (rinvio). — 2. Centralità del diritto di recesso e sue varianti. — 2.1. Il recesso tra funzione e tipo. — 2.2. Ascesa e limiti del recesso pro-concorrenziale: periodo d'impegno minimo e durata massima consentita. — 2.3. Disdetta e proroga tacita. — 2.4. Recesso anticipato e suoi costi: tra offerte promozionali e contratti "a pacchetto". — 2.5. Le sopravvenienze legittimanti il recesso straordinario: *ius variandi* e carenze nella qualità del servizio. — 3. Il *trade-off* dei fattori contrattuali rilevanti. — 4. Rilievi critici sull'interferenza dei piani di tutela. — 5. Riflessioni conclusive.

1. IL REGOLAMENTO AGCOM IN MATERIA DI CONTRATTI RELATIVI ALLA FORNITURA DI SERVIZI DI COMUNICAZIONI ELETTRONICHE E IL CONCORSO DI ALTRE NORME (RINVIO).

Nell'evolversi dei contratti di telecomunicazione, l'autonomia privata è passata dall'essere fortemente compressa sotto il peso del dirigismo statale — in un regime concessorio, contrassegnato da un unico monopolista — ad un panorama in cui liberalizzazione e promozione della concorrenza hanno comportato una febbrile, a volte bizantina, sovrapposizione di fonti legislative e regolatorie¹. L'adozione del Regolamento Agcom 307/23/CONS (di seguito il Regolamento) — recante disposizioni a tutela degli utenti finali in materia di contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche² — giunge a quasi trent'anni dalle

Cfr. L. PROSPERETTI, M. MERINI, *Dal vecchio al nuovo quadro regolatorio: la prospettiva economica*, in M. CLARICH, G.F. CARTEI, *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2004, 17 ss.; L. RADICATI DI BROZIOLO, *Il diritto comunitario delle telecomunicazioni: un modello di liberalizzazione di un servizio pubblico*, Torino, 1999; S. CASSESE, *Oltre lo stato*, Roma, 2006; V. ZENO ZENCOVICH, *La tutela costituzionale del-*

l'utente telefonico e i riflessi sui servizi telematici, in questa Rivista, 1989, 1, 189 ss.

² Allegato B alla delibera 307/23/CONS, *Conclusione del procedimento e della consultazione pubblica inerente alla modifica del regolamento recante disposizioni a tutela degli utenti in materia di contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche*.

disposizioni sulle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori³ e a quasi venti dalle norme sul diritto di recesso nei contratti di telefonia, televisione e comunicazione elettronica, varate nel D.L. 7/2007 (conv. con modif. nella L. 40/2007)⁴.

Il Regolamento ha il compito di chiarire ulteriormente la portata della disciplina del codice delle comunicazioni elettroniche (c.c.e.) del 2021⁵, cercando di tenere conto delle specifiche richieste manifestate dai vari *stakeholder* coinvolti⁶. Soprattutto per diversità d'impostazione e di presupposti del Regolamento rispetto alla L. 40/2007, che insiste sullo stesso oggetto, sembrano emergere non trascurabili problemi di coordinamento, potendo evidenziarsi il rischio che ne derivi una sorta di tutela a geometria variabile⁷.

Per poter comprendere in che rapporto si pongano le norme del Regolamento rispetto a quanto previsto dall'art. 1 della L. 40/2007, occorre ricordare che quest'ultimo viene fatto espressamente salvo dal comma 10 dello stesso articolo 98-*septies decies* del c.c.e. Dunque, come avviene per il richiamo al codice del consumo, non sembra potersene dedurre né un'abrogazione, né un assorbimento, ma andrebbe ricercata di volta in volta una reciproca integrazione, tenuto conto del rango di *lex specialis* del c.c.e. Mentre la L. 40/2007 (art. 1, comma 3) trova il suo fulcro nella rimozione di vincoli alla libertà di recesso, il c.c.e., introducendo una disciplina più organica, non abroga la legge suddetta, lasciandole uno spazio residuale di applicazione⁸.

³ Cfr. Legge 6 febbraio 1996, n. 52, attuativa della Dir. 93/13/CEE.

⁴ D.L. 31 gennaio 2007 n. 7, conv. con modif. dalla legge 2 aprile 2007 n. 40, e successivamente modif. dalla legge n. 124/2017 (mercato e concorrenza). Si tratta di misure dirette a disciplinare le modalità di esercizio del recesso dai "contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia e di reti televisive e di comunicazione elettronica", non introducendo, quindi, una nuova ipotesi di pratica commerciale sleale, ma intervenendo su un oggetto quale l'efficacia di un contratto, disciplinato dal diritto contrattuale e non riconducibile a una regola relativa ai servizi. Cfr. TAR Lazio, sez. III ter, sent. n. 9643/17, 8.09.2017.

⁵ D.lgs. 8 novembre 2021, n. 207, *Attuazione della direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che istituisce il Codice europeo delle comunicazioni elettroniche*.

⁶ Secondo indirizzo consolidato: "non è pensabile che l'attività di *regulation* venga svolta senza la necessaria partecipazione al procedimento dei soggetti interessati: nei settori regolati dalle Autorità, in assenza di

un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio [...]" Cfr. Consiglio di Stato sez. VI, 27/12/2006, n. 7972, citato da Consiglio di Stato sez. VI, 23/09/2020, n. 5555, par. 5.

⁷ Si pensi, in particolare, alle norme su: durata del contratto, proroga tacita, recesso anticipato, pacchetti e informazioni contrattuali. Forse, un cruccio ancora non pienamente risolto, proprio oggi che si plande all'irrobustimento dell'impianto sanzionatorio amministrativo, risiede nella persistente carenza di istituti processuali effettivamente funzionali ad un veloce ristoro dei soggetti patrimonialmente danneggiati.

⁸ Il legislatore, forse proprio per non aver voluto o saputo dirimere gli intrecci, non ha ritenuto di concentrare in un'unica fonte, cioè nell'alveo del solo c.c.e., i due tronconi (senza contare il codice del consumo e il codice civile), anche se ciò sarebbe parso, quantomeno, più coerente. Cfr. G.

L'ambito di applicazione del Regolamento in senso oggettivo, riguardando i contratti per la somministrazione di servizi di comunicazioni elettroniche accessibili al pubblico, coincide sostanzialmente con quello della L. 40/07, che menziona contratti per adesione ai servizi di telefonia, televisione, comunicazione elettronica.⁹

Nei servizi di comunicazione elettronica, si è soliti distinguere due macrotipologie contrattuali: quella in abbonamento, dove è prevista una modalità di pagamento del servizio scadenzata periodicamente, e quella 'prepagata' dove il cliente è libero di predeterminare la quantità dei servizi fruiti, pagando anticipatamente la somma necessaria a garantirne il consumo. In quest'ultimo caso, la somministrazione è possibile a richiesta del cliente che abbia anticipatamente versato una somma di denaro e nei limiti in cui tali servizi siano effettivamente desiderati, sino ad esaurimento della somma già corrisposta. Ne deriva che un vincolo di durata minima, che impedisca, per un certo periodo di tempo, il recesso del cliente o la sua migrazione verso altro operatore, è segno distintivo solo dell'abbonamento; nel prepagato, non vi sarà alcun ostacolo del genere, considerato che l'utente non si trova mai in posizione debitoria, rispetto al servizio fruito, ma semmai si tratterà di tutelare il suo credito residuo¹⁰.

Per quanto attiene ai presupposti soggettivi, invece, emergono alcune contraddizioni. La *condicio sine qua non* dell'operare

DE CRISTOFARO, *Legislazione italiana e contratti dei consumatori nel 2022: l'anno della svolta. Verso un diritto "pubblico" dei consumatori?*, in N.L.C.C., 2022, 1, 3-5; S. VANINI, *La nuova disciplina dei contratti per la prestazione di servizi di comunicazione elettronica*, in *Id.*, 2022, 2, 347 ss.

⁹ L'Agcom ha confermato quest'impostazione, precisando che il c.c.e. non esclude i "servizi radiotelevisivi a pagamento" dalla nozione di "servizi di comunicazione elettronica", visto che all'art. 2, comma 1, lett. fff), li definisce come "i servizi, forniti di norma a pagamento su reti di comunicazioni elettroniche, che comprendono, con l'eccezione dei servizi che forniscono contenuti trasmessi utilizzando reti e servizi di comunicazione elettronica o che esercitano un controllo editoriale su tali contenuti, i tipi di servizi seguenti...3) servizi consistenti esclusivamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali come i servizi di trasmissione utilizzati per la fornitura di servizi da macchina a macchina e per la diffusione circolare radiotelevisiva". Quindi ogni attività di fornitura di servizi di comunicazione elettronica, senza distinzione in base all'og-

getto, è soggetta alla disciplina dettata per il settore. Cfr. *Allegato A alla delibera n. 307/23/CONS*, 12.

¹⁰ Cfr. C. BISPING, T.J. DODSWORTH, *Consumer Protection and the Regulation of Mobile Phone Contracts: A Study of Automatically Renewable Long-Term Contracts Across Jurisdictions*, in *Journal of Consumer Policy* (2019) 42, 349 ss.; M. MONTANARI, *Capitolo IX. Il recesso nei contratti delle telecomunicazioni*, in AA.VV., *Il recesso*, Pacini, 2017, 311-327. Sulla vicenda della decisione di alcuni importanti operatori di tlc di abbreviare il termine di tariffazione mensile a 28 giorni con notevoli ripercussioni su trasparenza nella fissazione e comparazione di prezzi, esercizio dello *ius variandi* e garanzie del contrapposto diritto di recesso — il focus è caduto sui limiti dei poteri regolatori dell'Agcom, in particolare sulla competenza ad intervenire a proposito di cadenza minima della fatturazione. Sul punto, vi è la recentissima sentenza della CGUE, favorevole ad Agcom e contraria alle tesi degli operatori, sez. I, C-468/20, 8.06.2023 ("la fissazione di una cadenza uniforme consente agli utenti finali di com-

della L. 40/2007 atterrebbe al fatto che si tratti di ‘contratto per adesione’, mentre il Regolamento abbraccia una prospettiva diversa, basata sullo *status* della controparte, quale ‘consumatore’, incluse le altre figure a quest’ultimo di volta in volta equiparate (*rectius* microimprese, piccole imprese, organizzazioni senza scopo di lucro). Di conseguenza le norme protettive, in particolare le tutele sulla durata dei contratti e sul recesso, sono applicabili non in base al modello binario, ovvero adesione/negoiazione, come indica la L. 40/2007, bensì seguendo categorie soggettive, cioè consumatore (nonché micro-impresa etc.) e utente finale (cioè tutti, incluse le imprese che non siano microimprese, piccole imprese etc.). Insomma, per alcune materie assai rilevanti, il concetto di consumatore ricomprende microimprese, piccole imprese e organizzazioni senza scopo di lucro, salvo loro rinuncia espressa. Si tratta, in particolare, dell’art. 4 (●bbighi di informazione da applicare ai contratti), comma 4, che menziona le informazioni di cui ai commi 2, 3, 5, 7; art. 5 (Durata del contratto), comma 4, con riferimento ai commi 1 e 2; art. 8 (Cessazione del rapporto contrattuale), comma 3 (qui sembra assente la facoltà di rinuncia); art. 8-ter (Pacchetti), comma 4 che richiama i commi 1 e 3, quest’ultimo, tra l’altro, derogabile anche per il consumatore, tramite sottoscrizione di apposita clausola.

In tali fattispecie, la prova dell’avvenuta negoziazione, requisito necessario ad escludere l’ambito del ‘contratto per adesione’ (ex L. 40/2007), sembra, dunque, cedere il passo alla, più formalistica, rinuncia, sufficiente, di per sé, ad abdicare alla tutela rafforzata ¹¹. La *ratio* di tale paradigma risiede probabilmente nell’idea, già insita nella direttiva 1972/2018/Ue, di allentare il

parare le diverse offerte commerciali e di avere piena conoscenza degli oneri finanziari derivanti dai contratti loro proposti, di evitare di creare la parvenza di prezzi meno elevati derivante da un calcolo effettuato sulla base di un dato temporale inferiore a quello consolidato nella prassi, nonché di controllare la spesa generata dal servizio ricevuto, in particolare per quanto riguarda i servizi di telefonia mobile in Italia, i quali sono per la maggior parte servizi prepagati. La normativa nazionale di cui al procedimento principale appare quindi idonea a garantire il conseguimento dell’obiettivo perseguito.”); nonché Tribunale Milano sez. XI, 04/06/2018 (integrano pratica commerciale scorretta ed ingannevole le clausole che prevedono un periodo di fatturazione a otto settimane dei servizi di telefonia, in quanto rappresentano un periodo di fatturazione inconsueto, tale da ingenerare confusione in danno dei consumatori); Trib. Milano, sez. XI civ., sent. n. 8267, 1.10.2021

(sempre nello stesso senso, con esito nell’initioria all’adozione delle menzionate pratiche e clausole e condanna alla pubblicazione del dispositivo).

¹¹ Dopo la fase di consultazione nella quale l’Agcom prospettava di configurare la rinuncia negoziata come clausola di un modulo precompilato, si è successivamente rimosso tale riferimento, ammettendone, comunque, l’astratta idoneità allo scopo: “il modulo precompilato intercetta solo una delle modalità attraverso cui esercitare la rinuncia” (307/23/C●NS, cit., p. 35 e anche 87). Ma, a parte la già rilevata discrasia tra “negoiazione” necessaria a derogare ad un contratto per adesione e semplice sottoscrizione di una clausola di rinuncia, l’impossibilità di rendere “negoziato” un contratto tramite la sottoscrizione di un modulo precompilato era già stata colta da un operatore, il quale aveva correttamente osservato in fase di consultazione che “Se il modulo è precompilato è evidente che si tratti di un

vincolo paternalistico sull'autonomia contrattuale dei soggetti non consumatori, lasciandoli, ad esempio, liberi di optare per una minor flessibilità in uscita, a fronte di eventuali sconti su prodotti e servizi ¹²

2. CENTRALITÀ DEL DIRITTO DI RECESSO E SUE VARIANTI.

2.1. *Il recesso tra funzione e tipo.*

Le obbligazioni di durata sono caratterizzate dalla tensione tra istanze di continuità e interesse alla flessibilità. Sin dalla fase genetica del contratto, vi è una prospettiva decisamente orientata al futuro, ma si può solo parzialmente prevedere come si evolveranno le circostanze che incidono sul sinallagma contrattuale. Vi è quindi una fisiologica lacuna nella decisione razionale dei contraenti, che richiederebbe una conoscenza basata su tutte le informazioni rilevanti. Nei contratti di durata, quindi, gli obblighi derivanti dalla conclusione del contratto possono dirsi razionali solo in misura limitata. Questa decisione basata su una conoscenza deficitaria pone i presupposti per introdurre strumenti di protezione specifici del diritto all'autodeterminazione individuale del soggetto obbligato, come il recesso unilaterale. Tale interesse a riconsiderare il vincolo contrattuale nel tempo va bilanciato con il contrapposto principio *pacta sunt servanda* accompagnandolo con opportuni correttivi ¹³. La dottrina ha indagato a fondo la figura del recesso nell'ambito della categoria dei contratti di durata, cogliendone la quintessenza nel principio di non perpetuità dei rapporti giuridici (recesso ordinario) ¹⁴. Inoltre, vi sono state ricondotte ulteriori funzioni, come la pro-

contratto per adesione." (All. A alla delibera n. 307/23/CONS, *Esiti della consultazione pubblica di cui alla delibera n. 89/23/CONS*, p. 28).

¹² Cfr. già W. ENDERLEIN, *Rechtspaternalismus und Vertragsrecht*, München, C.H. Beck, 1996, 361, che pensa a una soluzione derogatoria dei vincoli posti all'autonomia privata, attraverso un'esclusione pattizia del *Kündigungsrecht*, nei casi in cui lo stesso soggetto che avrebbe diritto di avvalersene sia disposto a sacrificare tale libertà, secondo una valutazione ragionevole sulle opportunità di guadagno a lungo termine ed una più mirata strategia di investimenti.

¹³ V. KIRZ, *Fristlose Kündigung aus nicht erforderlichem Grund: Der aufhaltsame Aufstieg eines systemwidrigen Vertragsbeendigungstatbestands*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2006, 6, 183-187, specif. 184-185, che osserva come il recesso, quale istituto protettivo contro la

perpetuità dei vincoli obbligatori, sia necessario nei rapporti a tempo indeterminato, mentre pare contraddittorio quando l'obbligazione continuativa abbia già una durata definita. Per il recesso di pentimento, vi è però la peculiarità di un periodo di riflessione iniziale, trascorso il quale il contraente acquista la certezza del rapporto e il diritto non può essere più esercitato (cit. 186).

¹⁴ Pressoché unanime, nella dottrina, il rilievo secondo il quale il « recesso ordinario » nei contratti senza vincolo di durata esprimerebbe un principio di libertà, contrapposto ad un'aspettativa di continuità e stabilità del rapporto contrattuale, che riposa sulla decisione di investire sulla prosecuzione del contratto e che troverebbe, appunto, il proprio *ubi consistam* nella determinazione di una durata minima, con esclusione implicita del recesso. Cfr. R.A. HILLMAN, *An Analysis of the Cessation of Contractual Relations*, in 68 *Cornell L.*

tezione da particolari vulnerabilità nella contrattazione (*ius poenitendi*), ovvero rispetto a elementi sopravvenuti di turbativa del sinallagma contrattuale (c.d. recesso straordinario o impugnativo). Più di recente, si è rilevato che un limite di tale impostazione risiede nell'astrarre dalle caratteristiche dei tipi legali, la cui considerazione sarebbe necessaria per una compiuta analisi dell'istituto e delle sue implicazioni ¹⁵.

In tal senso, ragionando sui contratti a tempo determinato, già la dottrina più avvertita aveva evidenziato che, in una serie di tipi contrattuali, l'esercizio del recesso discrezionale non equivale ad un vero e proprio scioglimento del rapporto, bensì comporta una modificazione del suo contenuto. Infatti, esso si accompagna, non solo al dovere di buona fede e di congruo preavviso, ma, in maniera più pregnante, ad un obbligo risarcitorio, per i costi già sostenuti dal receduto e per il guadagno che si poteva attendere dall'esecuzione, così come originariamente convenuta ¹⁶. Nel contratto d'opera professionale (2237 c.c.), vi è una deroga ancora più forte al principio di vincolatività contrattuale, perché il recesso *ad nutum* contempla solo un obbligo di rimborso per spese sostenute ed opera (già) svolta ¹⁷. Il che, in altre parole, comporta la prevalenza di un interesse diverso, di ripensamento unilaterale,

Rev., 1983, 617; H. OETKER, *Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung*, Tübingen, 1994, 249 ss. (per la significativa contrapposizione tra *Kontinuitätserwartung* e *Kündigungsfreiheit*, cit., 279); O. von GIERKE, *Dauernde Schuldverhältnisse*, in *Jherings Jahrbücher* 1914, 64, 355; F. GSCHNITZER, *Die Kündigung nach deutschen und österreichischem Recht*, in *Jherings Jahrbücher*, 1926, 76, 317, trad. in *Riv. Dir. Comm.*, 1939, I, 523; A. LENER, *Il rapporto di rendita perpetua*, Milano, 1967, 149 ss.; G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, p. 147-155; E. MOLITOR, *Problemi della disdetta*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1956, 9 ss.; S. SANCIORGI, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Milano, 1962; G.F. MANCINI, *Prime osservazioni sul recesso straordinario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 80 ss.; il recesso costituirebbe strumento d'integrazione nei contratti di durata privi del termine finale (F. CARNELUTTI, *Del licenziamento nella locazione d'opere a tempo indeterminato*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, 389 ss.); Cfr. A. DI MAIO, *Recesso unilaterale e principio di esecuzione*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, II, 112-113 ss.

¹⁵ Cfr. G. DE NOVA, *Sezione XVIII: Il recesso*, in *Trattato di Diritto privato diretto da Pietro Rescigno*, 10, *Obbligazioni e contratti*, t. II, III ed., Torino, Utet, 2002, 687-698, dove, inoltre, si osserva "Anche

l'affermazione corrente, secondo cui il recesso avrebbe per sua natura efficacia *ex nunc*, non resiste alla verifica delle singole ipotesi di recesso legale." (cit., 698).

¹⁶ Si citano gli esempi di: appalto e prestazione d'opera (artt. 1671 e 2227 c.c.), mandato oneroso (1725 c.c.), commissione e spedizione (1734, 1738 c.c.). Cfr. G. GABRIELLI - F. PADOVINI, voce « *Recesso (diritto privato)* », in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 36-37, che, a proposito delle ipotesi di recesso legale anticipato previsto da alcune tipologie contrattuali, sottolineano come il fondamento ultimo della loro disciplina risieda nella tutela di esigenze che travalicano gli interessi dei singoli: "l'ordinamento mira, infatti, ad evitare, attraverso tale strumento, che vengano compiute opere o servizi dei quali lo stesso soggetto che li ha commissionati non ritiene di potersi più giovare; tende quindi a prevenire sprechi veri e propri di risorse, che certamente non possono essere favoriti da un sistema giuridico tendenzialmente rispettoso delle regole di mercato" (cit., 37).

¹⁷ Cfr. R. CONTI, *Il potere di recesso del consumatore fra normativa comunitaria speciale e disciplina codicistica*, in *Corr. giur.*, 2003, 4, 487-490 (sulla riespansione dello *ius poenitendi* ex art. 2237 c.c. nei contratti di prestazione d'opera professionale ed appalto, previa declaratoria di abusività di clausola contraria, fermo l'obbligo

su quello, più generale ed astratto, espresso dalla regola di vincolatività del contratto; con la sopportazione però, da parte del committente, “dell’onere economico derivante dall’errore di scelta compiuto”.¹⁸

Una sempre più marcata deroga al principio *pacta sunt servanda* emerge nella figura del recesso anticipato (*ad nutum*). In questo caso, l’atto unilaterale dismissivo non giungerebbe né *re adhuc integra*, come previsto dall’art. 1373 comma 1, c.c. — infatti, l’esecuzione del contratto è in corso — né quale specificazione unilaterale della durata per il caso in cui non sia stata predeterminata consensualmente. Servirebbe, invece, a rideterminare una durata già stabilita, incidendo sulla prestazione già convenuta, senza che tale rilevante potere sia condizionato dal ricorrere di alcuna circostanza particolare, né tanto meno da una giusta causa. Tale paradigma, rinvenibile in diversi comparti rilevanti per l’approvvigionamento di beni e servizi della vita quotidiana, risulta caratteristico anche nello specifico settore dei contratti per i servizi di comunicazione¹⁹.

Qui il diritto di recesso si è andato configurando quale risultante della sovrapposizione di diverse norme. La mente va alle previsioni del codice civile in punto di contratti in generale (art. 1373, comma 2, c.c.) e di contratto di somministrazione a tempo indeterminato (art. 1569 c.c.)²⁰, ma anche al codice del consumo, per quanto riguarda il profilo delle clausole vessatorie, nonché all’art.

di rimborso delle spese sostenute dal professionista). Secondo Cass., Sez. lav., 6 novembre 1996, n. 9701, in *Giust. civ.*, 1997, I, 972: «L’instaurazione di un rapporto a termine invece che a tempo indeterminato non avrebbe senso (art. 1367 c.c.) se non inteso come deroga alla facoltà di recesso», mentre, per la nullità della clausola che attribuisca il diritto di recesso anticipato, si pronuncia Cass., 17 giugno 1992, n. 7426, in *Rep. Foro it.*, 1992, voce «Agenzia», n. 32. Nel senso, invece, che «il combinarsi del recesso volontario con il termine di durata, sta a significare che nella previsione delle parti si è voluto sostanzialmente dare vita ad un rapporto a tempo indeterminato, derogando rispetto alla regolamentazione legale (che prevede appunto il recesso *ad nutum*) solo nel fissare un termine finale, che potrebbe qualificarsi «di massima», trascorso il quale il rapporto cessa in ogni caso, indipendentemente dall’esercizio del recesso», S. SANGIORGI, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Milano, 1962, 154-155. Nella giurisprudenza di merito si afferma, ad esempio: «La modifica unilaterale del termine finale del contratto di agenzia (dal 31 marzo 2001 al 31 dicembre 2000) deter-

mina, dunque, un recesso *ante tempus* della preponente non giustificato» (Trib. Nola, 20 giugno 2005, in *www.iussit.it*).

¹⁸ Cfr. G. GABRIELLI-F. PADOVINI, *cit.*, 37. Nel senso che si tratterebbe pur sempre di manifestazioni dello *ius poenitendi*, tra gli altri, V. CUFFARO, *Codice del consumo*, 2008, 331 (“Il fondamento teleologico che accomuna le diverse ipotesi di ripensamento si rinviene nell’esigenza di contemperare le esigenze di celerità e sicurezza degli scambi con la libertà contrattuale in senso stretto del consumatore”).

¹⁹ Eloquenti, in tal senso, ancor prima delle fattispecie introdotte dalla L. 40/2007, l’art. 125, comma 2, D. lgs. 385/1993 (TUB), sull’adempimento anticipato nel contratto di credito al consumo ed il diritto di recesso dal contratto senza penalità, che spettano unicamente al consumatore, senza possibilità di patto contrario.

²⁰ Per la centralità di questa prospettiva, tra gli altri, R. BOCCHINI, *Il recesso nei contratti di durata*, in AA.VV., *Il recesso*, Pacini, 2017, 245 ss.; ID., *Il contratto di somministrazione del servizio telefonico*, in R. BOCCHINI, A. M. GAMBINO (a cura di), *I contratti di somministrazione e di distribuzione*, Utet Giuridica, 2011, 389 ss.

1, comma 3, della legge 40/2007 sul cosiddetto recesso pro-concorrenziale²¹, ed infine alla direttiva 1972 del 2018, le cui disposizioni sono recepite nel c.c.e. e da ultimo trasfuse nel regolamento Agcom.

Dunque, per quanto ci interessa, il settore dei contratti (non prepagati) per i servizi di comunicazione elettronica è fortemente caratterizzato dalla regolamentazione dell'*exit*. Il potenziamento del relativo diritto consente al consumatore di liberarsi con un breve preavviso e senza costi aggiuntivi. Ciò, assecondando un'ampia discrezione nel cambiare operatore, stimola la concorrenza e favorisce un'asta continua tra le offerte dei diversi contendenti di quel mercato, traducendosi in maggiori benefici per il cliente²². Per l'utente dei servizi di comunicazione elettronica è, inoltre, arduo sostenere l'onere probatorio dell'inadempimento dell'operatore consistente nel progressivo peggioramento della qualità del servizio. Tale profilo potrebbe essere meglio gestito garantendo una più ampia facoltà di riponderazione dell'impegno contrattuale. Insomma, si pone al centro una valutazione soggettiva sull'utilità del servizio, passibile di essere di volta in volta aggior-

²¹ La norma prevede che « I contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia e di reti televisive e di comunicazione elettronica, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata, 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. Le clausole difformi sono nulle, fatta salva la facoltà degli operatori di adeguare alle disposizioni del presente comma i rapporti contrattuali già stipulati alla data di entrata in vigore del presente decreto entro i successivi sessanta giorni ». Per la nozione di recesso in funzione "pro-concorrenziale", sia consentito rinviare a N. BRUTTI, *La telefonia mobile. Profili giuridici*, Torino, Giappichelli, 2009, 63. In riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia CE (C-481/99, *Heiminger/Bayrische Hypo und Vereinsbank*, Slg. 2001, I 9955), si è osservato: « With the help of the ECJ, a differentiated European legal protection system has been established. The contractual factor of European consumer contract law is no longer *pacta sunt servanda*, but the simplified termination of a concluded contract in order to enter into a new contract offering better conditions. » (H.W. MICKLITZ, *The Necessity of a New Concept for the Further Development of the Consumer Law in the EU*, in *German Law Journal*, 2003, 4, 42-43). Nel senso che la L. 40/2007

mirasse a promuovere un'effettiva concorrenza, consentendo agli utenti di liberarsi dal vincolo contrattuale in modo semplice e gratuito, cfr. anche G. CAPALDO, *Il contratto di abbonamento alla pay tv*, in R. BOCCHINI, A. M. GAMBINO (a cura di), *I contratti di somministrazione e di distribuzione*, Utet Giuridica, 2011, 429-464; D. FAUCEGLIA, *I contratti di utenza telefonica*, Cedam, 2020, 80; E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche*, in *Riv. reg. merc.*, 2014, 2, 91-92; in senso critico, A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai "codici di settore" (lo ius variandi nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1, 150-152, che sembra avvicinare, nel segno della medesima funzione pro-concorrenziale, due figure abbastanza diverse, come il recesso ordinario con preavviso dell'utente, di cui all'art. 1, comma 3, della L. 40/2007, che preclude vincoli e costi all'*exit*, e il recesso ex art. 70, comma 4, c.c.e., previsto e giustificato in funzione di una sopravvenienza, quale è appunto l'esercizio dello *ius variandi* dell'operatore.

²² Si veda, a proposito dell'art. 70, comma 4, c.c.e. (versione prec.), A. ZOPPINI, cit., 151, secondo il quale « il recesso favorisce un'asta continua tra le offerte del mercato e quindi tra gli operatori di comunicazione, stimolando la concorrenza e consentendo al consumatore di tutelarsi mediante il cambio di operatore e l'adesione a offerte alternative ».

nata dal lato dell'utente, senza doverne rendere conto alla controparte, proprio per riequilibrare un'asimmetria sul piano non solamente informativo, ma anche probatorio, riguardo alle condizioni effettivamente applicate, in un mercato fortemente dinamico e mutevole ²³.

2.2. *Ascesa e limiti del recesso pro-concorrenziale: periodo d'impegno minimo e durata massima consentita.*

Nella prospettiva di favorire l'elasticità e rapidità della capacità del cliente di optare tra più offerte, la preoccupazione del legislatore si è appuntata sulle pratiche di *lock-in*, in cui l'autonomia privata veniva utilizzata sapientemente proprio per ostacolare la possibilità di *exit*. In questo senso, le clausole penali (*exit penalties*) in caso di recesso anticipato sono state oggetto di un crescente sfavore in molti ordinamenti, non ultimo quello statunitense, proprio in funzione della tutela della libertà di scelta del consumatore e della finalità pro-concorrenziale cui quest'ultima è naturalmente preordinata ²⁴. Ciò ha contribuito a sovvertire lo stesso concetto tradizionale di contratto, caratterizzato dalla sacralità del vincolo posto dall'autonomia privata, a vantaggio di un'idea più flessibile, che quasi provocatoriamente è resa con l'espressione *no-contract* per la possibilità di mantenere sempre aperta la via d'uscita, senza condizionamenti di sorta ²⁵. Proprio il servizio prepagato, la cui ascesa è in tal senso paradigmatica, risulta caratterizzato da estrema flessibilità tanto in entrata, quanto in uscita ed impalpabilità del regolamento contrattuale,

²³ Cfr. V. ZENO ZENCOVICI, *Prefazione* al volume di A. STAZI, *Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e concorrenza. Il caso della televisione in mobilità*, Milano, 2006, XV.

²⁴ Negli Stati Uniti, la *vexata quaestio* mai definitivamente risolta è se le famigerate *early termination fees* (somme dovute in caso di recesso anticipato dal contratto a tempo determinato) nei contratti di abbonamento della telefonia mobile possano essere qualificate quale parte integrante del corrispettivo dovuto in base al contratto stesso, e quindi lecite e sottratte, attraverso *preemption* federale, alla legislazione protettiva dei consumatori di matrice statale. Quest'ultima le colpirebbe, in quanto vessatorie, qualora le si ritenesse, invece, *penalty clauses*. L'assimilazione ad un corrispettivo e la *preemption* sarebbero precluse qualora la somma sia a *forfait*, cioè non proporzionata alla durata residua del rapporto al momento del recesso anticipato, e, così, neppure inerente all'esigenza di recuperare in-

troiti effettivamente attesi dall'operatore — anche relativi al noleggio o vendita di un dispositivo abbinato — in relazione alla durata contrattuale originariamente stabilita. Cfr. *In re Cellphone Termination Fee Cases*, 193 Cal App 4th 298, 306 (2011); D.A. HOFFMANN, *Relational Contracts of Adhesion*, in *The University of Chicago Law Review*, 2018, 85, 1395-1461 (spec. 1415); B. EVERARD, *Early Termination Fees: Fair Game or Federally Preempted?*, in *The George Washington Law Review*, 2009, Vol. 77, 1033-1043.

²⁵ O. BAR-GIL, O. BEN-SHAHAR, *No Contract?*, Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 636, 2013, 1-43. Per una riflessione sulla crisi del momento consensuale e la supplenza sempre più capillare della legislazione protettiva dell'utente-consumatore nei contratti telematici di massa, N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 347 ss.; C.M. BIANCA, *Acontrattualità dei contratti di massa?*, in *Vita not.*, 2001, 1120 ss.

tendenzialmente sconosciuto al cliente, che si preoccupa solo di un rapido *benchmarking* tra le tariffe.

Questo favore verso la flessibilità del rapporto si sviluppa proprio per contrastare l'interesse a trattenere il cliente da parte dell'impresa, che mette in campo tutta una serie di tecniche volte a scoraggiare l'esercizio del diritto di recesso. Tra questi strumenti di *customer retention* si sono sovente riscontrate pratiche dilatorie, clausole penali per recesso anticipato, pattuizioni di tacita proroga con termini di disdetta eccessivamente anticipati, ovvero redatte in caratteri minuscoli ed affette da illeggibilità (*fine print*)²⁶, sino alle più recenti barriere cognitive tecnologiche consistenti nella difficoltà o carenza di informazione relativamente ai passi da effettuare per recedere telematicamente da un abbonamento (disattivazione).

Nel Reg. Agcom, ciò che appariva la regola *ex art. 1*, comma 3, L. 40/2007, cioè il recesso pro-concorrenziale libero e gratuito (salvo preavviso di un mese, da un contratto fisiologicamente concepito come a tempo indeterminato), sembra diventare l'eccezione. Per il contratto concluso con il *consumatore*, la norma sulla durata (art. 5, comma 1) prevede innanzitutto il periodo di impegno massimo di 24 mesi, con obbligo degli operatori di garantire, comunque, che tra le offerte commerciali almeno una abbia la durata massima iniziale di 12 mesi. Ma, qualora il contratto preveda la proroga tacita, l'*utente finale*, almeno dopo il ventiquattresimo mese dalla stipula, ha il diritto di recesso gratuito in qualsiasi momento, con un mese di preavviso (art. 5, comma 5). La norma, volta a contemperare l'interesse dell'impresa a fissare un periodo minimo d'impegno e quello dell'utente a prevenire un abuso della proroga tacita — quale comodo *escamotage* per prolungare oltremodo la durata dei contratti — specifica che il diritto di recesso è accordato "almeno dopo il ventiquattresimo mese dalla stipula". Tenuto conto che, per il consumatore, sono previsti il limite massimo di 24 mesi, ma anche l'opzione di 12 mesi, se ne dovrebbe dedurre che tale diritto di recesso non scatti alla prima proroga tacita del contratto di durata iniziale di soli 12 mesi. Tale linea non si riscontra, ad esempio, nel modello tedesco, dove il § 56 *Telekommunikationsgesetz* (TKG), comma 3, in tutto simile anche nel garantire l'offerta di 12 mesi per il consumatore, non contempla il riferimento ai 24 mesi, quale requisito minimo per poter esercitare il recesso post-proroga.

Per quanto attiene alla possibilità di deroga consensuale alla durata massima di 24 mesi, con suo aumento ad esempio a 36

²⁶ Cfr. già C. DONISI, *Sulla tempestività della disdetta nelle assicurazioni*, in *Ricerche di diritto civile*, Napoli, 1991, 237

ss.; P. STANZIONE, *Le clausole onerose nelle assicurazioni private*, Milano, 1970, *passim*.

mesi, l'art. 5, comma 5 del Regolamento sembra comportare che il recesso in parola opererà dopo la proroga tacita fissata in relazione a tale ulteriore durata. Questa interpretazione, infatti, è l'unica che salvaguardi la possibilità di prevedere per le microimprese un periodo d'impegno iniziale superiore a 24 mesi, garantita dall'art. 5, comma 4.

2.3. *Disdetta e proroga tacita.*

La disdetta costituisce una variante del recesso perché, da un lato, va comunicata con un termine di anticipo rispetto alla scadenza del contratto, onde impedirne la proroga tacita, dall'altro presuppone l'obbligo di informazione, a carico dell'operatore, circa la fine dell'impegno contrattuale. Tale obbligo va esteso anche alle modalità di comunicazione della disdetta e alle migliori tariffe disponibili, relative ai suoi servizi (entro due mesi dalla proroga automatica, art. 5, comma 5). Inoltre, la disdetta, a differenza del recesso garantito dopo il periodo di proroga, contempla l'addebito dei costi relativi alla cessazione (art. 8, comma 1).

Nella prospettiva della comparazione giuridica, giova sottolineare la portata uniformante della direttiva 2018/1972/UE il cui art. 106, par. 3 richiede che, in caso di proroga tacita, l'utente sia abilitato a recedere dal contratto in qualsiasi momento con un preavviso di massimo un mese. Questa previsione sembra già radicata in alcuni ordinamenti tra cui quello inglese. Infatti, secondo la normativa varata dall'Ofcom, l'estensione per un periodo di tempo ulteriore ai 24 mesi iniziali presuppone un consenso esplicito del consumatore, mentre se questo consenso manca il contratto si converte a tempo indeterminato e può essere sciolto attraverso un recesso con preavviso di un mese (ovviamente senza costi aggiuntivi) ²⁷.

Da tale modello si discostava significativamente l'ordinamento tedesco, in cui il § 309, n. 9, lett. b del BGB consentiva, anche nei contratti per adesione, la possibilità di una proroga tacita vincolante ²⁸. Prima della modifica del 1° marzo 2022, il § 309 n. 9 BGB rendeva possibile un periodo d'impegno iniziale di massimo 24 mesi, con proroga tacita e termine di disdetta anticipato di 3

²⁷ Cfr. Ofcom, *Consolidated version of general conditions*, 2015a, s. 9.6, su cui i rilievi di C. BISPING, T.J. DODSWORTH, *op. cit.*, 359.

²⁸ Cfr. AG München, 25.02.2016 - 213 C-23672/15 in *MultiMedia und Recht* 2017, 62. Per una più ampia disamina, cfr. C. BISPING, T.J. DODSWORTH, *op. cit.*, 358-359. Da sottolineare che la dottrina tedesca prevalente non considera le clausole di proroga

tacita — per le quali il contratto continua a sussistere nel caso di mancata disdetta — come fondate su una dichiarazione fittizia. Si presume, invece, che la prosecuzione del contratto per un ulteriore periodo sia già stata convenuta al momento della conclusione del contratto, salvo l'esercizio del diritto di disdetta. In base a tale interpretazione, il controllo giudiziale su queste clausole, invece che essere riconducibile al § 308

mesi ²⁹. Inoltre, mancava uno specifico obbligo di avvisare l'utente in tempo utile ³⁰, sul modello dell'ordinamento francese, che già prevedeva un obbligo di rammentare la scadenza al consumatore per permettergli di esercitare la disdetta tempestivamente ³¹.

Stando alla soluzione tedesca, era frequente per il consumatore trovarsi vincolato fino a 36 mesi, senza poter disdettare in modo avvertito ed efficace. Con la nuova versione del § 309 n. 9 del BGB, pur rimanendo il limite dei 24 mesi, si introduce l'obbligo di poter optare per un altro contratto di 12 mesi, seppur normalmente più oneroso. Inoltre, si abbrevia il termine di disdetta ad un mese e si introduce l'obbligo di avvisare in tempo utile, riconoscendo, a proroga tacita avvenuta, il diritto di recesso con preavviso di un mese e senza costi aggiuntivi ³². Vale la pena ricordare che, dall'1.12.2021, i contratti di telefonia fissa, internet e mobile sono soggetti a una disposizione di legge speciale (§ 56, TKG), che, recependo, seppur tardivamente, la Direttiva 1972/2018/UE corrisponde in gran parte alla disposizione del BGB appena descritta ³³. Di conseguenza, l'utente finale può recedere dal contratto, che sia stato tacitamente prorogato, in qualsiasi momento, dando preavviso di un mese e naturalmente senza costi aggiuntivi.

Da notare le similitudini del nuovo modello tedesco rispetto alle soluzioni prospettate dal Reg. Agcom, anche quando, a differenza del BGB (§ 309), il TKG estende il diritto di recesso, accordato dopo l'eventuale proroga anche alle imprese, limitando, per converso, il raggio d'azione del limite massimo di 24 mesi ai soli contratti dei consumatori.

Un effetto impeditivo, ovvero la predisposizione di condizioni

n. 5 (dichiarazione fittizia), si fonda sul § 309 n. 9 (termine dei contratti di durata) del BGB. Cfr., in generale, M. MARTINEK, *Moderne Vertragstypen*, II, 1992, München, 87, 119 ss.

²⁹ Sulla durata massima di 24 mesi, nella previgente disciplina, OLG Düsseldorf, sentenza del 31.03.2022 - 20 U 71/21, secondo cui, dal momento che si è sottoscritto un nuovo contratto, in sostituzione (upgrade) di quello precedente, deve applicarsi il termine massimo di 24 mesi, non potendosi contemplare una durata superiore sul presupposto della fattuale prosecuzione del contratto precedente per un ulteriore periodo di tempo. Cfr. anche il commento di G. KIPARSKY, *OLG Düsseldorf: Verlängerung der 24monatigen Vertragslaufzeit bei Mobilfunkverträgen*, in *Computer und Recht*, 2022, 8, 537 ss.

³⁰ Vi era solo un obbligo di comunicazione in bolletta, meno efficace, perché generico.

³¹ Sulla legislazione francese (*loi Chatel* e art. 136-1 *Code de la Consommation*)) sia consentito rinviare al mio contributo *Durata del contratto e recesso unilaterale*, in *I Contratti*, 2008, 5, 516-517.

³² In generale, cfr. W. WURMNEST, *Kommentierung der §§ 307-309 BGB (ohne AGB der Kreditwirtschaft)*, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil: §§ 241-432*, C.H.Beck, 9th edition, München, 2022, 385.

³³ Sulla disciplina in discorso, cfr. G. KIPARSKY, *OLG Düsseldorf: Verlängerung der 24monatigen Vertragslaufzeit bei Mobilfunkverträgen*, cit., 540 ss., che sottolinea anche la continuità dell'intenzione del legislatore (su riforma del BGB e del TKG) nel voler fissare un limite assoluto alla durata del contratto, non superabile neppure attraverso la previsione di un ulteriore periodo d'impegno tramite proroga tacita.

che rendono oggettivamente laborioso fuoriuscire dal contratto, può ottenersi tanto tramite opportuni accorgimenti interni al dispositivo contrattuale, quanto attraverso pratiche esterne ad esso, come la carenza di informazioni o di canali di comunicazione univoci, la farraginosità delle procedure apprestate dal sito internet istituzionale (*dark pattern*): si può parlare in questo senso di barriere tecnologiche al recesso. In questa prospettiva emerge una serie di norme dirette a favorire una più chiara ed univoca identificazione delle modalità di recesso, anche attraverso una maggior visibilità e intuitività sul mezzo di Internet.

Si pensi alle pionieristiche riforme francesi ed europee sull'obbligo di informare più accuratamente circa i termini di disdetta, all'esperienza tedesca più recente sul pulsante di recesso (*Kündigungsbutton*), dapprima introdotto nel settore dei contratti di telecomunicazioni, poi esteso a tutti i contratti dei consumatori offerti online (§ 312k, BGB *Kündigung von Verbraucherverträgen im elektronischen Geschäftsverkehr*)³⁴. Si tratta di una modalità semplificata per esercitare il recesso online sul sito dell'operatore che è obbligato ad impostare un agevole e diretto canale di notifica, dispositivo che va accompagnato dalla puntuale indicazione dei costi connessi al potenziale recesso. Tali aspetti sono, da noi, appannaggio dell'art. 1, L. 40/2007, il cui comma 3-bis recita: "Le modalità utilizzabili dal soggetto contraente che intenda recedere da un contratto stipulato con operatori di telefonia e di reti televisive e di comunicazione elettronica, nonché in caso di cambio di gestore, devono essere semplici e di immediata attivazione e devono seguire le medesime forme utilizzabili al momento dell'attivazione o dell'adesione al contratto. In ogni caso, gli operatori di telefonia, di reti televisive e di comunicazioni elettroniche devono consentire la possibilità per consumatori e utenti di comunicare il recesso o il cambio di gestore con modalità telematiche".

³⁴ LG München I, *Endurteil* v. 16.11.2023 - 12 O 4127/23: il pulsante di recesso deve essere facilmente visibile da parte dell'utente, non potendo essere nascosto da altro avviso (recante "mostra altri collegamenti"): va presentato con uguale rilievo rispetto a quello inerente alla conclusione del contratto. Vedi anche LG Koblenz (Urt. v. 7.3.2023 - 11 O 21/22) che, nel descrivere le tre fasi in cui necessariamente deve articolarsi il recesso telematico, ha ammesso la possibilità di aggiungere moda-

lità alternative, come quella di un assistente virtuale alla procedura. Inoltre, il pulsante di recesso deve essere accessibile in modo facile e senza richiedere alcuna previa registrazione sul sito web. In dottrina: U. KULKE, *Der Kündigungsbutton gem. § 312k BGB im elektronischen Geschäftsverkehr*, in MDR, 2022, 17, 1069-1076; G. RING, *Schuldrechtsreform 2022*, §1 Rn 1, 27-37; S. STIEGLER, *Der Kündigungsbutton*, in *VuR* 2021, 443 (443); F. GÜSTER, C. BOOKE, *Kündigungsbutton-Pflicht bei Dauerschuldverhältnissen*, in MMR, 2022, 450.

2.4. *Recesso anticipato e suoi costi: tra offerte promozionali e contratti "a pacchetto".*

Non necessariamente il divieto di vincolare il cliente per un certo periodo di tempo, con sottrazione di spazio all'autonomia privata, si tradurrà in un vantaggio per quest'ultimo; ciò dipende essenzialmente dalla struttura del mercato di riferimento e dalla possibilità che vi siano valide alternative concorrenziali nel medio termine³⁵. Per esempio, si è osservato che i prezzi sarebbero mediamente più bassi in corrispondenza della clausola che programmi vincoli di durata maggiori più prolungati, mentre tenderebbero ad aumentare se il business dovesse adeguarsi a norme che precludono tale possibilità, rendendo il rapporto contrattuale più precario³⁶. Certo il dato della tendenziale convenienza delle offerte in caso di durata prefissata è osservabile in contesti già sufficientemente concorrenziali e con un mercato stabilizzato, ma va temperato con l'esigenza di maggior flessibilità recata dalla velocità di evoluzione/obsolescenza tecnologica nel settore.

Il punto di svolta si è avuto con il passaggio dai cellulari classici agli *smartphone* incentrati sul *touchscreen* e sull'uso delle app. Ciò ha indotto i consumatori a ricercare modelli sempre più aggiornati, per essere al passo con i tempi, dovendo affrontare un aumento complessivo della spesa. In altre parole, la parte più rilevante dell'investimento del cliente non è stata più il servizio, ma l'acquisto del dispositivo. Quindi è cresciuto il numero di clienti che hanno fatto ricorso all'acquisto a rate del telefono cellulare in abbinamento al contratto di utenza³⁷. Tale osservazione sembra confermare l'assunto secondo cui l'aumento del

³⁵ Cfr. il lavoro di W. ENDERLEIN, *Rechtspaternalismus und Vertragsrecht*, cit., 17 ss. in cui si sostiene l'opportunità di allentare l'interventismo paternalistico del legislatore per garantire spazi di deroga ai limiti massimi di durata del contratto, consentendo così maggiori spazi all'autonomia privata, soprattutto nella contrattazione tra imprese. Più di recente, si veda F. SCHAAI, *Individueller Verbraucherschutz im Mobilfunk*, Nomos, 2017, passim, ad avviso del quale i contratti tra le società di telefonia mobile e i consumatori sono soggetti a requisiti di protezione dei consumatori sempre più severi e ciò non sempre permetterebbe al giudice di poter distinguere le ipotesi in cui la presunta posizione di debolezza del consumatore sussista realmente da quelle in cui, in contrasto con la clausola generale di buona fede, si risolve in mera negligenza o disinteresse.

³⁶ Cfr. C. BISPING, T.J. DODSWORTH, *op. cit.*, 349-375, dove si sottolinea, tra l'altro, la stretta interdipendenza tra costo

mensile medio e possibilità di stabilire una durata minima più estesa rispetto a 12 o 24 mesi (es. 3 anni). Secondo alcuni il termine di 24 mesi costituisce un equo bilanciamento tra gli interessi delle parti (Y. M. ATAMER, *Why judicial control of price terms in consumer contracts might not always be the right answer*, cit., 628), mentre altri rilevano che sicuramente è un fattore determinante nel livellare tutti i contratti a quel limite, a discapito di altre opzioni. Infatti, i mercati dove si usava praticare termini più lunghi (Canada) si sono trovati a doverli giocoforza abbreviare, mentre laddove si adottavano opzioni di più esiguo termine (Inghilterra), la concorrenza ha trainato verso contratti di durata maggiore (cfr. C. BISPING, T.J. DODSWORTH, cit., 355).

³⁷ Come puntualizzato dalla Cassazione, la conclusione dei contratti da parte dell'utente, relativi ai servizi resi dall'operatore e all'acquisto rateale dei terminali, deve considerarsi quale operazione negoziale unica, in cui vi è collegamento nego-

costo del telefono cellulare attraverso l'introduzione degli *smartphone* abbia contribuito all'aumento della durata minima contrattuale, per la presenza più massiccia di contratti a pacchetto. Ulteriori aspetti che influiscono sull'aumento dei costi sono la crescita degli investimenti nelle infrastrutture tecnologiche, in continuo aggiornamento, e l'influenza delle caratteristiche geografiche di un determinato paese (a fronte della minore o maggiore densità) sui costi di gestione della rete³⁸.

Nonostante l'apparente cambio di paradigma delle menzionate politiche *no-contract*, la naturale propensione degli operatori a trattenere quanti più clienti possibile è rimasta sotto altre spoglie; sono emerse modalità alternative e meno traumatiche volte a scoraggiare l'eventuale recesso (e migrazione contrattuale), rendendolo, comunque, oneroso. Si tratta di pacchetti ed offerte promozionali che funzionano come veri e propri programmi di fidelizzazione, o sconti fedeltà, per il cliente; essi concedono vantaggi economici a fronte di una prolungata permanenza nel vincolo. In sostanza, applicano ugualmente una penalizzazione all'*exit* anticipato, seppure, come evidenziato dall'analisi di *behavioral economics*, quest'ultima sia meno percepibile in termini di imposizione *ex post* e più come premio per una permanente lealtà del consumatore (*loyalty rewards*)³⁹.

Come già illustrato, l'avversione alle pratiche di *lock-in* si manifesta attraverso un favore spiccato per il recesso, non solo nel contratto a tempo indeterminato, ma anche nei contratti con durata minima definita (recesso anticipato). Anche per dare riconoscimento legislativo agli orientamenti giurisprudenziali che avevano avallato la possibilità di pattuire una durata minima, la riforma (2017) della L. 40/2007 citata (art. 1, comma 3-ter) aveva introdotto un limite di 24 mesi alla durata, disciplinando un correlativo diritto di recesso anticipato⁴⁰. Ma tale figura sembrava costituire un'eccezione, perché operava soltanto qualora il vincolo di durata fosse giustificabile in base all'applicazione di

ziale tra i contratti sottoscritti, in quanto anche se gli stessi conservano una loro individualità, la loro conclusione è subordinata ad una sola finalità, quella di raggiungere un risultato economico unitario e complesso (cfr. Cass. civ., 01/10/2014, n. 20726). Cfr. Delib. Agcom, N. 96/17/CIR, 24 marzo 2021, 3.

³⁸ C. BISPING, T.J. DODSWORTH, *op. cit.*, 357.

³⁹ Cfr. O. BAR-GILL, O. BEN-SHAHAR, *Exit from contract*, in *Journal of Legal Analysis*, 2014, 6, 1, 156 che osservano come le "loyalty rewards lead to many of the same distortions that penalty-based lock-ins create."

⁴⁰ Cfr. la decisione del Consiglio di Stato, sez. VI, n. 1442 dell'11.03.2010, secondo cui "4.2. Il contratto, in questione, in altri termini ha una sua intrinseca e sostanziale natura sinallagmatica, nel senso che l'impegno di non recedere prima di una certa data è il "prezzo" che, di fatto, l'utente paga al fine di godere del vantaggio rappresentato dallo sconto sui servizi acquistati. La soluzione prospettata dall'Autorità nel provvedimento impugnato travolge l'equilibrio sinallagmatico su cui si basa l'offerta promozionale, finendo, in definitiva, per mortificare l'autonomia negoziale delle parti in nome di una iperprotezione dell'utente — da tutelare sempre e comunque, anche in

sconti o promozioni rispetto ad offerte ordinarie. Anche nel Regolamento Agcom, sembrerebbe comunque consentito recedere anticipatamente durante il periodo d'impegno, che di massima sarà di 24 mesi e nonostante il diritto del consumatore di optare per i soli 12 mesi. Quanto alla predisposizione di clausole penali per il recesso anticipato, pare che queste ultime, seppur ammissibili in base ad un'interpretazione *a contrario* dell'art. 5, comma 5 del Regolamento⁴¹, non siano immuni dalla disciplina conformativa di cui alla L. 40/2007⁴². Quest'ultima, senza mai utilizzare l'espressione "penale", prevede di limitare tali corrispettivi ai costi sostenuti per la dismissione della linea, al valore del contratto e agli sconti precedentemente attribuiti. In ciò è dato cogliere uno spiccato *favor* per una funzione indennitaria delle norme sulle conseguenze economiche del recesso *ante tempus*, in luogo di quella finalità risarcitorio-deterrente, propria delle clausole penali per recesso anticipato⁴³. Tanto è vero che la giurisprudenza, nell'attuare il criterio indicato dal legislatore, ha ammesso tali importi, non in misura fissa, ma in proporzione agli sconti ed alle promozioni contrattualmente programmate sino alla scadenza⁴⁴. Si pensi a una penale di importo fisso, che operi cioè invariabilmente in caso di recesso nei primi o negli ultimi mesi di un contratto biennale: in quest'ultimo caso la somma in parola

assenza di profili di possibile abuso — che certamente trascende gli obiettivi perseguiti dal legislatore. Il risultato sarebbe quello di impedire ogni tipo di offerta promozionale subordinata all'accettazione da parte dell'utente di una durata minima (che l'operatore non avrebbe evidentemente alcun interesse a praticare senza avere la certezza di un arco temporale di vigenza). Verrebbe così cancellata dal mercato una pratica commerciale che, in sé considerata, non presenta, come si accennava profili di abusività, ma che, anzi, può in molti casi soddisfare le esigenze dell'utente."

⁴¹ "[...] l'utente finale, almeno dopo il ventiquattresimo mese dalla stipula, ha il diritto di recedere dal contratto in qualsiasi momento con un preavviso di massimo un mese e senza incorrere in alcuna penale [...]" (corsivo aggiunto).

⁴² L'art. 1, comma 3, terzo periodo, della L. 40/2007, resterebbe, infatti, applicabile ai contratti per adesione, laddove recita: "In ogni caso, le spese relative al recesso o al trasferimento dell'utenza ad altro operatore sono commisurate al valore del contratto e ai costi reali sopportati dall'azienda, ovvero ai costi sostenuti per dismettere la linea telefonica o trasferire il servizio, e comunque rese note al consumatore al momento della pubblicizzazione dell'offerta e in fase di sottoscrizione del con-

tratto, nonché comunicate, in via generale, all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, esplicitando analiticamente la composizione di ciascuna voce e la rispettiva giustificazione economica." (corsivo aggiunto). Per l'applicazione del criterio da parte della giurisprudenza, vedi infra nota 44.

⁴³ O. BAR-GILL, R. STONE, *Mobile Misperceptions*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 2009, vol. 23, n. 1, 51-118; O. BAR-GILL, O. BEN-SHAHAR, *Exit from contract*, cit., 151 ss.

⁴⁴ Cfr. Trib. Milano, sez. XI civ, sent. n. 6889, 4.09.2023: « l'art. 1, D.L. 31.01.2007, n. 7, rubricato "### urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche", conv. con mod. dalla L. 2.04.2007 n. 40, cd "### Bersani", vieta pattuizioni che impediscano il recesso anticipato, stabilendo che "i contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia. [...] devono prevedere la facoltà del contraente di recedere dal contratto [...] senza spese non giustificate da costi dell'operatore...Le clausole difforni sono nulle", facendo tuttavia espressamente salve le ipotesi di penali previste per recesso anticipato in relazione a vincoli di durata connessi a offerte promozionali comportanti prezzi più favorevoli per l'utente.[...] nel testo di legge

non può che risultare ultra-compensativa. Il fatto di abbinare il contratto di vendita dei terminali al contratto di abbonamento ai servizi costituisce un forte disincentivo al recesso anticipato,

non vi è alcun richiamo al solo consumatore, bensì un mero riferimento a “contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia”, così potendosi comprendere nel novero dei contraenti anche gli utenti che non siano persone fisiche. Inoltre, se è vero che l’art. 1 si colloca nel capo primo, rubricato con esplicito richiamo alla tutela del consumatore, deve osservarsi che il D.L. n. 7 del 2007 reca espressamente misure urgenti anche per la promozione della concorrenza, rispetto a cui il corrispettivo per il recesso anticipato — spesso commisurato all’intero importo dovuto all’operatore telefonico per il caso di regolare e pieno compimento del rapporto negoziale — si pone come evidente limitazione, onde non vi è ragione alcuna per non estendere i benefici della concorrenza nel mercato delle offerte di telefonia anche a soggetti diversi dalle persone fisiche. Ciò posto, l’art. 3 della delibera n. 252/16/CONS, nel ribadire l’obbligo di carattere generale di formulare condizioni economiche trasparenti, ha prescritto che siano evidenziate “tutte le voci che compongono l’effettivo costo dei servizi di comunicazione elettronica” (comma 1) e che, in caso di promozioni, siano illustrati “in modo chiaro e inequivocabile lo sconto o il ribasso effettuato, il prezzo normale di vendita del servizio allo scadere della promozione e l’eventuale costo da sostenere in caso di risoluzione anticipata del contratto” (comma 3). Restano, poi, sempre validi i criteri generali che improntano la diffusione delle informazioni tariffarie richiamati espressamente dalla delibera n. 179/03/CSP, nel rispetto dei principi di buona fede e tutela del diritto degli utenti ad un’informazione completa in ordine alle modalità giuridiche ed economiche dei servizi (art. 4, comma 1) in modo che siano chiaramente indicati tra l’altro, oltre ai prezzi, anche le condizioni per il rinnovo e il recesso (art. 4, comma 3) e “qualsiasi altra informazione concernente il pagamento, quali pagamenti anticipati, rateali, e disattivazioni”». Cfr. inoltre Delib. Agcom, N. 96/17/CIR, 24 marzo 2021, 4: l’ambito di applicazione della norma è esteso a tutti i soggetti coinvolti nella sottoscrizione di contratti per adesione, siano essi professionisti o consumatori, come chiarito dalle “Linee guida della direzione tutela dei consumatori esplicative per l’attività di vigilanza da effettuare ai sensi dell’articolo 1, comma 4, della legge n. 40/2007, con particolare riferimento alle previsioni di cui all’articolo 1, commi 1 e 3, della medesima

legge”. Pertanto, l’articolo 1, comma 3, si applica anche al caso di specie, relativo alle utenze business in quanto trattasi di contratti per adesione, la cui definizione è rinvenibile negli articoli 1341 e 1342 c.c. In ordine al disposto di cui all’articolo 1, comma 3, della predetta legge, l’addebito in fattura dell’intero valore di mercato dei terminali a seguito di recesso da parte dell’utente, senza tener conto dell’importo già ammortizzato dall’operatore durante la vigenza del contratto, risulta ingiustificato, in quanto non si è provato che si trattasse di spese necessitate, sostenute dall’operatore all’atto del recesso stesso. Di contro, la previsione contrattuale secondo cui all’atto del recesso anticipato l’utente decade dagli sconti di cui ha usufruito durante la vigenza del contratto, appare legittima in ordine alla perdita del cliente da parte dell’operatore, grazie al quale, nei trenta mesi previsti contrattualmente, avrebbe potuto ammortizzare il prezzo anticipato dei terminali, anche attraverso i servizi da erogare almeno fino alla data di scadenza naturale del contratto.”. Cfr., inoltre, Corecom Umbria, Delib. n. 2 del 26 febbraio 2016: “in materia di costi per recesso anticipato, la disciplina generale di cui al c.d. Decreto Bersani, e quindi la regola del recesso senza spese “non giustificate da costi dell’operatore” (art. 1, comma 3), si applica nel caso di recesso anticipato dai contratti “a prezzo pieno”, ma non ai casi in cui il contratto abbia ad oggetto un’offerta promozionale, per la cui fruizione le parti accettano un periodo minimo di vigenza del contratto: in tal caso, fermo il diritto del cliente di recedere in qualunque momento dal contratto, si ritiene legittimo un “vincolo economico” nel caso di recesso antecedente il decorso del pattuito periodo minimo, a garanzia del mantenimento dell’equilibrio contrattuale tra le parti. In questo senso, si è espresso il Consiglio di Stato il quale ha sostenuto che « Il contratto [...] ha una sua intrinseca e sostanziale natura sinallagmatica, nel senso che l’impegno di non recedere prima di una certa data è il “prezzo” che, di fatto, l’utente paga al fine di godere del vantaggio rappresentato dallo sconto sui servizi acquistati » (Cons. Stato, n. 1442/2010, cit.); Delib. Agcom n. 63/12/CIR, n. 54/15/CIR; Corecom Lombardia, del. n. 25 del 2014; Corecom Liguria, del. n. 2 del 2015; Corecom Emilia Romagna, del. n. 51 del 2014 e n. 61 del 2015; Corecom Toscana, del. n. 147 del 2 ottobre 2015.

laddove gli operatori usavano addebitare, oltre ai costi di disattivazione del servizio, l'intero importo rimanente per l'acquisto del terminale in un'unica soluzione. In ottica di *nudging* — potremmo dire, mutuando un'espressione di *behavioral economics* — il Regolamento Agcom prospetta, in automatico, la prosecuzione degli addebiti periodici delle rate residue, e, solo su richiesta espressa dell'utente, la corresponsione dell'intera somma in unica soluzione⁴⁵. Interessanti risvolti si colgono nella recente e discussa riforma francese sul potere di acquisto⁴⁶. L'impegno vincolante è fissato per i consumatori al massimo a 12 mesi e si è intervenuti per rivedere anche il limite dei costi da recesso anticipato (*frais de résiliation*) nei contratti a pacchetto che prevedono l'acquisto di un terminale. Rispetto alla proposta di circoscrivere tale addebito al 15% dell'importo dovuto per il secondo anno di abbonamento, il *cap* è stato portato al 20%. Tale rigidità rischia, tuttavia, di indurre gli operatori a rincarare i prezzi per il periodo iniziale di *commitment*, al fine di ammortizzare il costo del terminale, non più rimborsabile integralmente, in caso di recesso troppo anticipato dell'utente⁴⁷. Nell'esperienza tedesca, l'eventuale recesso anticipato non esimerebbe dal pagamento dei canoni residui, salvo che si ricada in un'ipotesi in cui vi sia il diritto di esercitarlo (recesso con preavviso di un mese da contratto prorogato tacitamente e recesso speciale di cui al par. seguente). In tal caso, rimane unicamente il problema del pagamento delle rate del terminale eventualmente abbinato, per cui si prevede un criterio di addebito non penalizzante⁴⁸.

⁴⁵ Cfr. art. 5, comma 6, Reg. Agcom e, in generale, Y.M. ATAMER, *Why Judicial Control of Price Terms in Consumer Contracts Might Not Always Be the Right Answer - Insights from Behavioural Law and Economics*, in *The Modern Law Review*, Vol. 80, No. 4 (JULY 2017), 624-660 (che evidenzia come l'obiettivo dei regolatori debba essere quello di ampliare il loro focus dalla censura contenutistica delle clausole alla disciplina delle pratiche che sfruttano condizionamenti cognitivi a discapito dei consumatori, in modo da ridurre gli interventi *ex post* dei giudici in merito ai prezzi e alle loro modalità di determinazione).

⁴⁶ *Loi n° 2022-1158 du 16 août 2022 portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat* che ha modificato l'art. L. 224-28 del *code de la consommation*.

⁴⁷ Cfr. D. ECHELARD, *Forfaits mobiles avec téléphone: SFR, Orange et Bouygues épargnés par le Parlement*, in *Challenges*, 5.08.2022. In generale, cfr. G. MAIRE, *Clause de résiliation anticipée et indemnité de rupture*, in *La lettre juridique*, n. 832, 16.07.2020.

⁴⁸ Secondo il § 56(4) TKG, l'indennizzo non può essere superiore all'importo più basso tra valore proporzionale del terminale concordato al momento della conclusione del contratto e canoni residui che sarebbero stati comunque addebitati per il servizio se il contratto non fosse stato risolto anticipatamente. Inoltre, al momento del pagamento dell'indennizzo, il fornitore deve rinunciare gratuitamente a tutte le condizioni restrittive per l'utilizzo dei terminali presso altri operatori di telecomunicazione (interoperabilità).

2.5. *Le sopravvenienze legittimanti il recesso straordinario: ius variandi e carenze nella qualità del servizio.*

Se la legge favorisce una compressione del principio *pacta sunt servanda* proprio per garantire estrema flessibilità in uscita al cliente, dal lato dell'impresa risalta l'attribuzione di un fisiologico *ius variandi*, funzionale all'esigenza del *provider* di poter adeguare i prezzi nel tempo all'aumento dei costi o ad altre circostanze⁴⁹. Proprio nel contemperamento di tale prerogativa con il contropotere dell'utente di recedere, si gioca la peculiarità della regolazione di settore rispetto tanto alla disciplina generale del c.c., quanto all'art. 33, comma 2, lett. m) del codice del consumo, che impone un giustificato motivo da indicare nel contratto stesso⁵⁰. *Ius singulare*, dunque, che ormai si presenta garanzia di

⁴⁹ Mentre la variazione unilaterale in un contratto a tempo indeterminato non desterebbe particolari perplessità, facendo naturalmente salva la libertà della controparte di non aderirvi, abbandonando il vincolo con il recesso protettivo, maggiori dubbi suscita la sua applicazione nel contratto a durata predeterminata (che equivale a misura della prestazione), in quanto il recesso non sembra qui rimedio sufficiente a tutelare l'affidamento della parte rispetto all'impegno già assunto di esecuzione della prestazione. Di qui, sembra rafforzarsi l'idea che la disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori andrebbe interpretata cumulando sia il giustificato motivo, che il diritto di recesso. Cfr. F. DI MARZIO, *Ius variandi e nuovo diritto dei contratti*, in *Dir. giur. agr. amb.*, 2017, 1, 4, e, più in generale, L. A. SCARANO, *Ius variandi del rapporto contrattuale nei contratti a tempo indeterminato con il consumatore*, in *N.L.C.C.*, 1997, n. 4-5, 1029. Nel senso che la possibilità di recedere dal contratto di durata renderebbe abusivo il rifiuto di aderire ad una proposta di modifica unilaterale, P. SIMLER, *L'article 1134 du Code civil et la résiliation unilatérale anticipée des contrats à durée déterminée*, in *J.C.P.* 1971. I. 2413; G. ROHUETTE, *La révision conventionnelle du contrat*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1986, 2, 375.

⁵⁰ L'opinione prevalente ritiene che la previsione contrattuale di un giustificato motivo per l'esercizio dello *ius variandi* non sia operativa anche per la determinazione e la variazione sul prezzo di cui alla lett. o), attesa la specialità di quest'ultima norma

rispetto a quella della lett. m). Cfr. G. LERNER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, n. 4, 172; contra F. DI MARZIO, *Ius variandi e nuovo diritto dei contratti*, in *Dir. giur. agr. amb.*, 2017, 1, 4, che trova irragionevole la diminuzione di tutela del consumatore su un aspetto, quello del corrispettivo da lui dovuto, che è senz'altro tra i determinanti del consenso. Inoltre, nota che la regola generale non appare derogata, e potrebbe ritenersi implicitamente richiamata. Anche perché una clausola che riservi di stabilire o variare il prezzo al momento della consegna senza indicarne i parametri di determinabilità o di variazione, e dunque senza riferirsi, tramite essi, a un giustificato motivo che influisca sulla decisione finale sul prezzo, rischierebbe di risultare affetta da nullità per indeterminabilità dell'oggetto (artt. 1346 e 1418, comma 2, codice civile). Nel senso dell'applicabilità ai contratti di telefonia mobile dell'art. 33, comma 2, lett. m), che condiziona l'esercizio dello *ius variandi* alla sussistenza di un giustificato motivo, Cons. Stato, sez. VI, 2.03.2020, n. 1529 che osserva: "[...] anche in assenza di tale puntuale prescrizione, un limite legale è desumibile dal principio generale di buona fede nella fase di esecuzione del contratto, che impedisce alla parte forte di incidere in via unilaterale sul contenuto del contratto con modalità esecutive contrastanti con le regole di correttezza [...] l'operatore di telefonia mobile, nella fase di esercizio del diritto potestativo di modificazione del rapporto contrattuale, è obbligato ad indicare le ragioni oggettive connesse, nor-

costante rimodulazione dei prezzi nel tempo, seppure assistita da diritti di congruo preavviso e di *exit* a vantaggio del cliente ⁵¹.

Nei casi di modificazioni unilaterali del contratto non vantaggiose per l'utente ⁵² o di gravi carenze nella qualità del servizio ⁵³ che integrino ipotesi di inadempimento contrattuale dell'operatore (artt. 6 e 6-bis Reg. Agcom), è assicurato un diritto di *exit* che potremmo definire speciale e che, secondo l'esperienza tedesca, parrebbe riconducibile alla figura del recesso straordinario (*außerordentliche Kündigung*). Qui è assente l'obbligo di preavviso (*fristlose Kündigung*), naturalmente non è dovuto "alcun corrispettivo, a qualsiasi titolo, a eccezione di quanto previsto per le apparecchiature terminali abbinate al contratto al momento della stipula e fornite dall'operatore che l'utente ha acquistato a rate o ha utilizzato ad altro titolo e che sceglie di mantenere ove il contratto lo preveda. In tale ipotesi l'importo eventualmente dovuto per il terminale, in un'unica soluzione, non supera il valore corrispondente alle rate residue" ⁵⁴. Resta ferma la facoltà del cliente di continuare il pagamento secondo il piano di rateizzazione sottoscritto. Si pone, dunque, unicamente il problema di dare speditamente attuazione al recesso, fatto salvo il diritto agli indennizzi previsti dal contratto o dalla regolamentazione di settore per i disservizi subiti. Nel caso della modifica delle condizioni contrattuali, si prevedono termini di decadenza per l'esercizio del recesso (entro 60 giorni dall'avvenuta comunicazione di modifica), mentre le precedenti condizioni contrattuali continuano ad applicarsi fino alla data della disattivazione della linea e solo se il recesso sia completato entro 30 giorni. Per recesso "completato entro 30 giorni dalla comunicazione di modifica delle condizioni contrattuali" dovrebbe intendersi "recesso comunicato entro 30 giorni".

Il § 57 TKG — trattando di recesso straordinario (*außerordentliche Kündigung*) — si muove allo stesso modo, riconoscendo un

malmente, alla gestione di sopravvenienze rilevanti, che giustificano in modo oggettivo lo *ius variandi*".

⁵¹ Cfr. in generale, F. MORLANDO, *Ius variandi e tutela dell'utente tra Codice del consumo e Codice delle comunicazioni elettroniche*, nota a T.A.R. Lazio, sez. III, 13 dicembre 2016, n. 12421, in *Giur. it.*, Maggio 2017, 1079-1083.

⁵² Si eccettuano i casi in cui "le modifiche proposte siano esclusivamente a vantaggio dell'utente finale, siano di carattere puramente amministrativo e non abbiano alcun effetto negativo sull'utente finale o siano imposte direttamente dal diritto dell'Unione o nazionale" (art. 6, comma 2).

⁵³ Deve, cioè, verificarsi una "discre-

panza significativa, continuativa o frequentemente ricorrente, rispetto agli effettivi valori delle velocità minime della connessione a Internet in download e upload, del ritardo massimo di trasmissione dati o del tasso massimo di perdita dei pacchetti e la prestazione indicata nel contratto". (art. 6-bis, comma 1).

⁵⁴ Art. 6-bis, comma 2. La giurisprudenza ha ribadito che, in caso di *ius variandi* dell'impresa, l'utente va correttamente informato della possibilità di recedere senza alcun costo, neppure quello inerente a disattivazione dell'utenza o ad eventuali sconti e promozioni già conferiti. Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 23/09/2020, n. 5555, par.10.

diritto di recesso senza costi aggiuntivi, né obbligo di preavviso. Nel caso di discrepanze nel servizio, è contemplato, in alternativa, il rimedio della riduzione del prezzo. La disciplina sulla clausola di adeguamento all'indice dei prezzi al consumo ("clausola di indicizzazione"), di cui all'art. 8-*quater* rappresenta forse l'unico "corpo estraneo" nel Regolamento, perché non contemplata nel c.c.e., ed ammessa dal codice del consumo solamente in quanto consentita dalla legge e a condizione che le modalità di variazione siano espressamente descritte (art. 33, comma 6), con inapplicabilità delle lett. *n*) ed *o*) di cui all'art. 33, comma 2, cod. cons. In quanto ancorate ad un criterio oggettivo *ex ante*, le clausole di protezione del valore (*Wertsicherungsklauseln*) costituiscono istituto a sé rispetto al più generico *ius variandi*, perché capaci di comportare l'adeguamento automatico del prezzo (previa informazione all'utente). Di conseguenza, escludono la tutela del recesso protettivo, tipica delle modificazioni unilaterali, lasciando all'utente l'unica via d'uscita del recesso anticipato⁵⁵, ovviamente eccettuati i contratti privi di impegno minimo che potranno essere risolti in modo ordinario. Ciò, tuttavia, richiede che le clausole di indicizzazione siano già presenti nel contratto, altrimenti andrebbero sottoposte ad espressa accettazione dell'utente finale (*opt-in*), che potrebbe anche rifiutare la proposta di modifica, mantenendo intatto il rapporto contrattuale preesistente. Insomma, non si può procedere ad inserire tali clausole attraverso una modificazione unilaterale del contratto: si tratta di uno di quei casi nei quali l'intervento sull'assetto contrattuale, dando ingresso a un criterio di adeguamento nel rapporto tra le prestazioni, comporta effetti novativi, e non è quindi ricompreso nel raggio d'azione dello *ius variandi*. A tal proposito, già il Consiglio di Stato con riferimento all'art. 70, comma 4, del c.c.e. (previgente), aveva osservato che il meccanismo *ius variandi*-recesso protettivo non può applicarsi a qualsivoglia tipo di modificazione del contenuto del contratto, "dovendosi riconoscere in via ermeneutica due tipologie di limiti: in primo luogo, le modifiche unilaterali possono riguardare soltanto la variazione di condizioni già contemplate nel contratto; in secondo luogo, i mutamenti delle condizioni preesistenti non possono mai raggiungere il livello della

⁵⁵ CGUE, sez. IV, 26 novembre 2015 (causa C-326/14), in *NGCC*, 2016, 5, 697-704 (con nota di G. GABASSI, "*Ius variandi*", *clausole di indicizzazione e recesso nel settore delle comunicazioni elettroniche*): "una modifica delle tariffe di una prestazione di servizi relativi alle reti o di servizi di comunicazione elettronica, derivante dall'applicazione di una clausola di adeguamento delle tariffe contenuta nelle condizioni generali di

contratto applicate da un'impresa che fornisce tali servizi, clausola che prevede un tale adeguamento in base a un indice oggettivo dei prezzi al consumo stabilito da un istituto pubblico, non costituisce una « modifica delle condizioni contrattuali » che, ai sensi di tale disposizione, conferisce all'abbonato il diritto di recedere dal contratto senza penali."

novazione del preesistente rapporto obbligatorio.”⁵⁶. Mentre l’ordinamento tedesco è apparso tradizionalmente restrittivo sulle clausole di adeguamento dei prezzi⁵⁷, il modello inglese si è mostrato più liberale nel legittimarne l’adozione. Più di recente, tuttavia, si registrano ripensamenti (Ofcom e *authority* portoghese) legati al fatto che le clausole in parola possano non riflettere fedelmente i criteri di calcolo di istituti pubblici, e che i consumatori non vengano adeguatamente informati, penalizzando libertà di scelta e potere di acquisto⁵⁸. Ciò darebbe adito all’ipotesi di correggere tali carenze della disciplina, estendendovi

⁵⁶ Cons. Stato, sez. VI, n. 8024 del 25.11.2019 (in *DeJure*) che considera fuorviante, quantomeno nel quadro dei rapporti contrattuali caratterizzati da una forte asimmetria tra i contraenti, la ricostruzione in termini di bilateralità del meccanismo modifica-recesso. « Il contegno dell’utente che ometta di esercitare il recesso non è sufficiente a ricondurre la variazione disposta unilateralmente dall’operatore professionale ad un accordo. Il cliente “subisce” la modifica apportata *ex uno latere* e che egli non ha voluto. Ad impedire di riconoscere al silenzio il significato di accettazione delle nuove condizioni contrattuali sta una fondamentale considerazione: il recesso permette al titolare, non la conservazione delle condizioni contrattuali originariamente convenute, ma soltanto l’uscita dal rapporto; la difficoltà per gli utenti più vulnerabili di destreggiarsi sul mercato costituisce per essi un disincentivo significativo ad avvalersi della facoltà di *exit* ». Si pensi all’introduzione di un “servizio aggiuntivo” che permetta la non interruzione del servizio per 48 ore dall’esaurimento del credito, introducendo l’addebito anticipato di un costo fisso (da recuperare sulla ricarica successiva).

⁵⁷ Per le condizioni generali di contratto, il § 308 n. 4 del BGB preclude le clausole di modifica unilaterale, a meno che tale previsione non appaia ragionevole per la controparte, tenuto conto degli interessi del predisponente. La giurisprudenza ha individuato alcuni limiti di ammissibilità della *Preisanpassungsklauseln*: i) il potere del professionista di aumentare il prezzo deve essere subordinato a un aumento dei costi della prestazione e gli specifici elementi di costo, nonché la loro rispettiva ponderazione, debbono essere chiaramente individuabili ai fini del calcolo del prezzo totale; ii) all’aderente deve essere riconosciuto il diritto di recedere dal contratto, in caso di aumento dei prezzi superiore all’aumento del costo della vita (BGH (1984), 01/02/1984 - VIII ZR 54/83, BGHZ 90, 69). Cfr. F. MACARIO, *L’efficacia delle clausole di modi-*

ficazione del prezzo (Preisanpassungsklauseln) nella recente giurisprudenza del Bundesgerichtshof, in *Foro it.*, 1986, IV, 333 ss. Considera scoraggianti per gli operatori del mercato i filtri applicati dal BGH, Y.M. ATAMER, *Why Judicial Control of Price Terms in Consumer Contracts Might Not Always Be the Right Answer - Insights from Behavioural Law and Economics*, cit., 626. Con riferimento alla valutazione della *Preisanpassungsklauseln* alla luce del generale criterio di cui al § 307 (1), BGB, si veda la recente pronuncia di KG Berlin 23. Zivilsenat, 15.11.2023 (23 U 112/22) per cui le clausole di adeguamento dei prezzi costituiscono una deroga al principio fondamentale del mutuo consenso nel diritto contrattuale, in quanto permettono al predisponente di intervenire unilateralmente sul contratto stipulato. Il recesso straordinario non sarebbe, quindi, rimedio sufficiente a compensare tale rilevante squilibrio, essendo indispensabile verificare se sussistano parametri ulteriori: i costi cui parametrare l’adeguamento debbono essere chiaramente individuati ed è necessario un interesse legittimo del predisponente (ad esempio, il breve termine del contratto non autorizzerebbe la clausola, permettendo agevolmente di introdurre tali adeguamenti al momento del rinnovo). Inoltre, l’adeguamento del prezzo dovrebbe poter avvantaggiare anche l’utente, tramite l’effetto della diminuzione tariffaria in connessione con l’eventuale diminuzione dei costi (reciprocità).

⁵⁸ OFCOM, *Ofcom to review inflation-linked telecoms price rises, February 9th 2023* (<https://www.ofcom.org.uk/news-centrel/2022/ofcom-probes-transparency-of-telecoms-price-rises>). Nel senso della oscurità della clausola di adeguamento del prezzo che, non menzionando esattamente i tempi in cui effettuare l’adeguamento, comporti l’applicazione ritardata di variazioni intervenute prima della stipulazione del contratto stesso, cfr. *Oberlandesgericht Wien*, 15.09.2023, 33 R 57/23d (e dottrina ivi citata).

il recesso protettivo, o diminuendo la durata del periodo d'impegno minimo (es. a 12 o 6 mesi) ⁵⁹.

3. IL TRADE-OFF DEI FATTORI CONTRATTUALI RILEVANTI.

La già ricordata erosione della *sanctity of contract* sembra incarnata dalle particolari garanzie di *free exit* disposte *ex lege* e, per converso, dallo *ius variandi* dell'impresa (specie sul prezzo), quali manifestazioni delle politiche pro-concorrenziali e di liberalizzazione ⁶⁰. Si è osservato, infatti, che un rapporto contrattuale di durata (*long-term*) sarebbe contrassegnato essenzialmente da una forte interconnessione, e reciproco condizionamento, di tre elementi-chiave: il vincolo di durata (restrizione del diritto di recesso per un periodo iniziale), le condizioni di proroga e quelle di modifica ⁶¹. Tale correlazione, soprattutto riguardo ai livelli di tutela apprestati, diverrebbe determinante nel valutare lo squilibrio tra diritti ed obblighi delle parti. Su questa interrelazione, con i suoi riflessi regolatori, incide una pluralità di variabili che vanno dalle condizioni specificamente legate a quel mercato (in un dato momento), al progresso tecnologico, incluse convinzioni culturali e decisioni politiche ⁶². In tal senso, si può parlare di un *trade-off* dei diversi fattori-chiave, dove il potenziamento di alcune tutele nel contratto potrebbe essere tendenzialmente controbalanciato da un minor rigore delle altre ⁶³. Ne derivano livelli di tutela spesso differenziati per ogni fattore-chiave considerato e ciò emerge soprattutto da un'osservazione di carattere comparatistico.

Se, riguardati nel loro risultato complessivo, i divari citati tendono ad attutirsi, come confermato anche dall'armonizzazione recata dalla direttiva 1972/2018/UE. Ciò accade, ad esempio, quando una giurisdizione lascia all'operatore maggiore libertà nell'adottare un termine più ampio di durata, ma, correlativamente, tende a restringere, a vantaggio del consumatore, i margini di discrezionalità in relazione alla proroga tacita e alle modificazioni unilaterali. Il legislatore, insomma, opererebbe una sorta di bilanciamento. La decisione di permettere all'operatore di prevedere una proroga del contratto per un successivo periodo pari a quello iniziale (restringendo conseguentemente il diritto di *exit* del

⁵⁹ Dà conto delle recenti posizioni critiche di Ofcom e dell'Anacom portoghese, l'Agcom, *Allegato A alla delibera n. 307/23/CONS*, 153 ss.

⁶⁰ Cfr., in una prospettiva di complementarità delle due figure, tra gli altri, A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai "codici di settore" (lo ius variandi nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche)*, cit., 150 ss.

⁶¹ C. BISPING, T.J. DODSWORTH, *op. cit.*, 366-367; O. BAR-GILL, K. DAVIS, *Empty promises*, in *South. Calif. L. Rev.*, 2010, 84, 1, 12 ss..

⁶² Cfr. nota precedente.

⁶³ Per questo approccio, vedi C. BISPING, T.J. DODSWORTH, *op. cit.*, 366 ss.

cliente) potrebbe verosimilmente trovare una compensazione in una restrizione dei poteri di modificazione al rialzo dei prezzi per quel lasso di tempo (*ius variandi*). Il modello tedesco si è tradizionalmente orientato in tal senso, mentre quello inglese ha preferito la soluzione opposta, garantendo il diritto di *exit* in maniera più ampia, anche in ipotesi di proroga tacita del contratto, a fronte di una maggiore libertà di modificazione dei prezzi da parte degli operatori ⁶⁴.

4. RILIEVI CRITICI SULL'INTERFERENZA DEI PIANI DI TUTELA.

Come già accennato, la protezione apprestata dalla L. 40/2007 all'ambito dei contratti per adesione pare interferire con quanto disposto nel Regolamento, secondo cui l'eventuale rinuncia alle tutele rafforzate sarebbe possibile grazie alla sottoscrizione di una clausola unilateralmente predisposta. Vale la pena rimarcare che una siffatta clausola di rinuncia non sembra ricomprendere il concetto di "negoiazione", necessario ad escludere la presenza di un contratto per adesione *ex art.* 1341 c.c., né tantomeno potrebbe superare la presunzione di abusività di cui all'art. 33 del Codice del consumo. D'altra parte, la stessa L. 40/2007, apprestando un vero e proprio controllo di contenuto, ha stabilito inflessibilmente la nullità delle clausole difformi rispetto ai vincoli posti, mentre non ha percorso soluzioni di carattere formalistico, come quella di cui all'art. 1341 c. 2 c.c., che mantiene integre le clausole vessatorie poste all'interno dei contratti per adesione, se espressamente approvate per iscritto ⁶⁵. Diversamente, parrebbe orientato il Regolamento Agcom, convinto di poter celebrare, proprio nella parte introduttiva, la fine della distinzione tra contratti per adesione e contratti negoziati ⁶⁶. L'Agcom sembra ridimensionare, e forse sottovalutare, lo scarto tra i due ambiti di tutela, quando sottolinea una loro sostanziale equivalenza, quanto ad estensione delle posizioni protette.

Occorre rimarcare che le norme della L. 40/2007 sono state spesso invocate, e con un certo successo, proprio da piccole imprese, che avevano aderito a contratti comprendenti clausole giugulatorie sulla fine del rapporto contrattuale (limitazioni all'esercizio del recesso, penali per il recesso anticipato). Normalmente, tale disciplina viene applicata in modo tale da tutelare la

⁶⁴ *Id.*, *op. cit.*, 368-369.

⁶⁵ Di recente, nel senso che la "specificità e particolareggiata trattativa su ciascuna clausola contrattuale", la cui prova è a carico del professionista, costituisca elemento necessario ad escludere che si tratti di contratto per adesione (*ex art.* 1341, comma 1, c.c.), mentre, rappresentando un

posterius rispetto a tale accertamento, solo in caso di suo esito negativo si potrebbe procedere a valutare la sottoscrizione e specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie *ex art.* 1341, comma 2, c.c., C. App. Milano, sent. n. 2049 del 21.06.2023, inedita.

⁶⁶ Delib. 307/23/CONS, p. 6.

trasparenza e conoscibilità delle condizioni generali di contratto, in punto di costi per l'esercizio del diritto di recesso da parte dell'utente, nonché per impedire l'utilizzo di meccanismi deterrenti e penalizzanti per il diritto di *exit* ⁶⁷. *Rectius* svolge la funzione di contenere gli addebiti, in caso di recesso anticipato, entro le spese giustificate da costi dell'operatore e dalla considerazione della durata residua del contratto e, quindi, dell'eventuale loro ammortizzazione durante il periodo di vigenza dello stesso ⁶⁸. In tale prospettiva, non è da escludere che, nonostante formale rinuncia dei soggetti non consumatori (microimprese etc.) ad una parte delle tutele, prevista dal c.c.e., possa applicarsi loro, proprio in qualità di aderenti, la normativa recata dall'art. 1, L. n. 40/2007. Segnatamente, la mancanza di effettiva negoziazione delle clausole in parola ne renderebbe attaccabile il contenuto. Solo quest'ultimo requisito, e non quello della rinuncia, presupporrebbe un onere della prova di trattativa individuale ben più oneroso e complesso a carico del predisponente ⁶⁹. L'alternativa sarebbe l'interpretazione del Reg. Agcom conforme alla L. n. 40/2007, con la necessità del requisito della negoziazione effettiva accompagnato, ma non sostituito, da formale rinuncia, o, in mancanza di ciò, la disapplicazione del suddetto Regolamento (ai sensi della L. 20 marzo 1865, n. 2248, art. 5, All. E) ⁷⁰, perché in contrasto con la L. 40/07, pur sempre in vigore.

Divergenze potenzialmente significative nei livelli di tutela di-

⁶⁷ Cfr. Cass. civ. Ord. Sez. VI, n. 10039 del 29.03.2022; Cons. Stato, sez. III, 16/10/2015, (nd. 07/05/2015, dep. 16/10/2015), n. 4773: l'art. 1, comma 3, della legge n. 40 del 2007, nell'autorizzare l'operatore a richiedere all'utente che recede anticipatamente dal contratto il rimborso dei "costi sostenuti", intende riferirsi, anche secondo questa Sezione, alle (sole) spese effettivamente affrontate dal fornitore del servizio per la disattivazione dell'impianto ed in funzione della stessa (richiamato anche da TAR Lazio, sez. III-ter, sent. n. 9643 dell'8.09.2017).

⁶⁸ Vedi *supra*, nota 44.

⁶⁹ Cfr. in generale, G. LEENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, cit., 145 ss.; A. LA TORRE, *Contratti di assicurazione e tutela del consumatore*, in *Assicurazioni*, 1996, 3, I, 129 ss.; M. NUZZO, *1469-ter, comma 4°*, in *N.L.C.C.*, 1997, n. 4-5, 1169, che ricorda come "la necessità di specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie ex art. 1341 c.c. è esclusa in caso di previa trattativa sulle clausole medesime che abbia portato ad una cooperazione effettiva dell'aderente alla loro determinazione"; Cass. Sez. III civ., ord. 26 settembre 2008, n. 24262,

in *Foro it.*, 131, 12, 3527 ss. con nota critica di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Clausole vessatorie, negoziazione individuale, onere probatorio: di terre promesse ed imperialismo del "consumer law"*; Trib. Bologna, 14.06.2000, in *Corr. giur.*, 2001, 4, 527 ss. (nota di R. CONTI, *Lo status di consumatore alla ricerca di un foro esclusivo e di una stabile identificazione*).

⁷⁰ Cfr. Cass. Civ., sez. III, sent. 14.12.2016, n. 25611: "3.3 Le coordinate assegnate dalle norme di legge all'AGCOM definiscono i limiti del potere legittimamente esercitabile da tale Autorità, con la conseguenza che, indipendentemente dalla esatta qualificazione giuridica del potere esercitato, di natura regolamentare [...], la disposizione — sopra richiamata — dell'art. 2, comma 2, del "regolamento" approvato con delibera n. 173/2007, deve ritenersi in contrasto con la norma di legge attributiva della competenza, ed in quanto tale deve essere disapplicata ai sensi della L. 20 marzo 1865, n. 2248, art. 5, All. E.)". In dottrina, per tutti, F. CINTIOLI, *Disapplicazione (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir. Annali*, Milano, 2010, vol. III, 269. Per il controllo di contenuto e il potere di inibitoria sulle clausole riproduttive di un regolamento ammi-

scendono dal preferire il criterio delle categorie di utenti (proprio del Regolamento), rispetto a quello basato sull'alternativa contratti per adesione-contratti negoziati (di cui alla L. 40/2007), come emerge da alcuni esempi.

i) Microimprese, piccole imprese ed organizzazioni senza scopo di lucro potrebbero rinunciare al limite di 24 mesi, di cui all'art. 5 (Durata del contratto), comma 1, del Reg. Agcom⁷¹, in virtù della previsione di cui al successivo comma 4⁷². Ciò significa che potrebbero vincolarsi, per esempio a 36 mesi, semplicemente aderendo alla clausola di rinuncia al limite suddetto, che, tra l'altro, non opererebbe mai per gli altri utenti finali. Invece, l'art. 1, comma 3-ter della L. 40/2007, concedendo di predeterminare la durata nel contratto stipulato con operatori di telefonia e di reti televisive e di comunicazione elettronica, ove comprenda offerte promozionali aventi ad oggetto la fornitura sia di servizi che di beni, pone per chiunque, un limite massimo d'impegno di 24 mesi⁷³.

ii) ● Oltre a prevedere il limite di 24 mesi, l'art. 1, comma 3-ter appena citato aggiunge che, nel caso di risoluzione anticipata, si applicano i medesimi obblighi informativi e i medesimi limiti agli oneri per il consumatore di cui al comma 3, terzo periodo, e comunque gli eventuali relativi costi devono essere equi e proporzionati al valore del contratto e alla durata residua della promozione offerta. Il Reg. Agcom introduce la possibilità per microimprese etc. ed anche, più limitatamente, per lo stesso consumatore, di derogare *in pejus* a tale disciplina. Infatti, tramite espressa previsione dell'art. 8-ter (Pacchetti), comma 4 (che richiama i commi 1 e 3), in caso di offerta di pacchetto di servizi o di servizi e apparecchiature terminali, che comprenda almeno un servizio di accesso a Internet o un servizio di comunicazione interpersonale basato sul numero accessibile al pubblico, le micro-imprese (etc.) potranno rinunciare all'estensione a tutti gli elementi del pacchetto delle seguenti tutele di cui gode il consumatore: a.

nistrativo, con potere del giudice ordinario di disapplicazione dello stesso, in caso di riscontrata contrarietà di dette clausole alla legge, Trib. Torino 12 aprile 2000 Dott.ssa Aragno est., in *Giur. it.*, 2001, I, 3, 506 ss., con nota di R. ZUCCARO, *Brevi note in tema di tutela del consumatore e clausole abusive*.

⁷¹ “I contratti conclusi tra consumatori e operatori che forniscono servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico [...] non impongano un periodo di impegno iniziale superiore a 24 mesi”.

⁷² “Le disposizioni di cui al comma 1 e 2 si applicano anche agli utenti finali che sono microimprese, piccole imprese o orga-

nizzazioni senza scopo di lucro, a meno che non abbiano espressamente acconsentito, in fase di conclusione del contratto, a non applicare la totalità o parti di tali disposizioni. Il contratto per i suddetti utenti finali prevede le specifiche clausole che ne consentono la espressa rinuncia.”.

⁷³ Art. 1, comma 3-ter: “Il contratto stipulato con operatori di telefonia e di reti televisive e di comunicazione elettronica, ove comprenda offerte promozionali aventi ad oggetto la fornitura sia di servizi che di beni, non può avere durata superiore a ventiquattro mesi”. Si tratta di comma aggiunto dalla Legge annuale per il mercato e la concorrenza, n. 124, 4.08.2017, art. 1, comma 41, lett. b).

sintesi contrattuale di cui all'art. 4, comma 5; b. durata del contratto e diritto di recesso (artt. 5, 6 e 6-*bis*); c. passaggio ad altro operatore e portabilità del numero (art. 8-*bis*). Inoltre, lasciando libera scelta anche al consumatore (art. 8-*ter*, comma 3), è possibile prolungare la durata originaria dei contratti in questione, al momento della sottoscrizione di servizi o apparecchiature terminali supplementari forniti o distribuiti dal medesimo fornitore di servizi di accesso a Internet o di servizi di comunicazione interpersonale basati sul numero accessibili al pubblico.

iii) L'opportunità di rinunciare al livello più elevato di tutela non è invece riproposta nel comma 5 dell'art. 5 (Durata del contratto), che, anzi, garantisce per tutti gli utenti finali il diritto di recedere liberamente dopo la prima proroga automatica, se siano passati almeno ventiquattro mesi dalla stipula⁷⁴. Questa norma di derivazione europea, già recepita nell'art. 98-*septies-decies*, comma 4, c.c.e., applicandosi all'utente finale indipendentemente dal fatto che il contratto sia per adesione o negoziato, vieterebbe ciò che la legge 40/2007, pur prevedendo il limite massimo di 24 mesi per la durata del contratto, pareva consentire⁷⁵. In base a quest'ultima norma, chiunque — di solito microimprese — poteva pattuire una clausola di proroga tacita (es. di 12, o 24 mesi, etc.), senza che l'operatore, a contratto prorogato, fosse esposto al diritto di recesso di cui sopra. Tuttavia, secondo il Reg. dell'Agcom, tale soluzione risulterebbe preclusa, dal momento che il diritto di recesso “post-proroga” opera, indipendentemente dalle modalità di contrattazione adottate, per qualsiasi “utente finale” (art. 5, comma 5)⁷⁶.

5. RIFLESSIONI CONCLUSIVE.

La crisi del principio consensualistico rispetto alla strutturale asimmetria di potere contrattuale nella società dei consumi di massa è stata oggetto di risalenti ed acute riflessioni sulle prospettive ed i limiti di una funzionalizzazione in senso sociale anche

⁷⁴ L'art. 5, comma 5, del Reg. Agcom recita: “Se il contratto prevede la sua proroga automatica per servizi di comunicazione elettronica [...], l'utente finale, almeno dopo il ventiquattresimo mese dalla stipula, ha il diritto di recedere dal contratto in qualsiasi momento (...)”. Cfr. l'analogia previsione di cui all'art. 5, comma 3, della Dir. 2018/1972, lettura confermata nello stesso Considerando n. 274.

⁷⁵ Vedi *supra* nota 73.

⁷⁶ L'Agcom, nell'illustrare il provvedimento, ha confermato che: “Come previsto, il citato comma si applica all'utente

finale indipendentemente dal fatto che il contratto sia per adesione o negoziato, anche laddove analoga previsione del decreto Bersani è funzionale a tutelare i contratti per adesione.” (Delib. 307/23/CONS, cit., p. 10). La stessa Autorità ha, d'altra parte, sostenuto che “il richiamo al decreto Bersani operato ai sensi del comma 10 dell'art. 98 *septies-decies* del Codice opera nella misura in cui tale decreto sia compatibile con le disposizioni della direttiva.”. Cfr. *Allegato A alla delibera n. 307/23/CONS*, 70.

dell'istituto contrattuale⁷⁷. Quest'ultima opportunità era stata vagliata indicando nelle clausole generali — buona fede, correttezza, equità — uno strumento di controllo ed integrazione dei contenuti. Determinante, a tal fine, risultava il collegamento strutturale dei menzionati istituti ai principi costituzionali di solidarietà e di eguaglianza. Con l'avvento di legislazioni consumeristiche e codici di settore d'afflato europeo, e poi con le normative di dettaglio dettate dalle autorità indipendenti, vero e proprio diaframma tra legislatori e giudici, si percorre un tratto ulteriore, decisivo, di strada⁷⁸. Quei compiti di funzionalizzazione, prima demandati direttamente alla legge od all'opera di costituzionalizzazione del diritto civile da parte dei giudici, attraverso l'uso delle clausole generali⁷⁹, si trasformeranno e saranno affidati, in crescente misura, ad un intervento più tecnico e specializzato per comparti economico-produttivi, diretto a promuovere la dinamica concorrenziale anche attraverso una fitta conformazione regolamentare del dispositivo negoziale.

Nell'analizzare l'essenza delle norme a tutela dei consumatori, anche nel settore delle comunicazioni elettroniche, si è tentati di contrapporre una lettura sociologica (una “nuova” classe debole da proteggere) ad un'altra essenzialmente economicistica (la centralità dei mercati e la loro integrità)⁸⁰. Il fenomeno presenta aspetti controversi e tuttavia, per non passare da una postura ideologica all'altra, conviene dubitare di formule che ne esclu-

⁷⁷ Si fa riferimento all'indagine di S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, 1969, 15 ss.). L'istituto, da cui si prendevano necessariamente le mosse, era evidentemente quello proprietario. Cfr. Id., 47 e 174 ss.

⁷⁸ Un esempio paradigmatico del mandato in discorso si ha proprio nell'*incipit* dell'art. 98-septies decies, c.c.e. (Durata dei contratti e diritto di recesso): “L'Autorità provvede affinché le condizioni e le procedure di recesso dei contratti non fungano da disincentivo (...)”. Sulla valenza conformativa del contratto ormai attribuibile anche alle fonti sub-legislative, tramite interpretazione degli artt. 1339 e 1375 c.c. in senso estensivo (termine “legge”), P. PERLINCIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2011, 90 ss.; più in generale, sulla riserva di legge (ex art. 41 Cost.) che legittimerebbe la delega a tali fonti, V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato a cura di G. Iudica - P. Zatti*, I, Milano, 2001, 498 ss.; G. GABRIELLI, *Norme imperative e integrazione del contratto*, in *Scritti in onore di R. Sacco*, II, Milano, 1994, 481 ss.; M. ORIANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in

G. CITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, 74; 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». Sul fenomeno del “policentrismo normativo”, si veda la voce di F. MODUCNO, *Fonti del diritto*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. IV, Utet, Torino, 2010, 192 ss.

⁷⁹ Risalta, proprio nel lavoro sopra citato di Rodotà, la preferenza accordata dall'ordinamento giuridico alla funzione svolta dalle clausole generali, che “vengono introdotte al fine specifico di ovviare agli inconvenienti tipici della normazione analitica o regolamentare” (Id., cit., 190) e appaiono, così, “gli strumenti più adeguati a regolare una realtà del dinamismo crescente, e quindi irriducibile alla tipizzazione di ipotesi già definite” (*Ibidem*).

⁸⁰ Per uno spiccato favore verso quest'ultimo approccio, A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai “codici di settore”* (lo ius variandi nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche), cit., 139 ss. e letteratura ivi citata.

dano la possibile eterogeneità delle chiavi di lettura. Che l'obiettivo di privilegiare il potenziamento della concorrenza si risolva in un positivo apporto agli interessi dei consumatori, o soggetti assimilabili, è, ad esempio, plausibile, ma ciò andrebbe verificato caso per caso, non potendosi ipostatizzare una conclusione che concerne i singoli provvedimenti adottati. Tanto che l'assetto normativo in discorso andrebbe considerato, più realisticamente, in quanto diretto a comporre diversi interessi socialmente rilevanti, secondo soluzioni che non sempre assegnano priorità assoluta all'efficienza dei mercati e che, a volte, potrebbero prediligere, politicamente, anche funzioni promozionali del diritto⁸¹. Proprio grazie alla liberazione dei contratti da vincoli di matrice dirigistica, tra cui va annoverata l'amministrazione dei prezzi, il recesso diventa il più importante strumento, non solo della libertà di autodeterminazione individuale e di tutela da disservizi ed inadempimenti, ma anche di segnalazione (*signaling*) ai mercati della propensione ad abbandonare quel rapporto contrattuale (*churn*) e dunque del livello di gradimento verso l'operatore e le sue qualità. Ecco perché barriere contrattuali e costi associati all'esercizio del recesso (*switching costs*), come termini di durata minimi o clausole penali, vanno considerati attentamente nei loro impatti potenzialmente negativi sui diritti dell'utente e sulla promozione della concorrenza⁸².

Abstract

The article analyses the potential conflicts in remedial procedures for users of telecom services with the overlapping of sectorial regulations and of general consumer protection. The article also analyses in depth the approach of the German telecommunications law (TKG) in this area.

⁸¹ Sulla tutela del *consumer welfare* in termini di autonomia, e persino, in alcune circostanze, di contrasto rispetto alla finalità di protezione dell'integrità del mercato e della concorrenza, si veda, tra gli altri, G. AMATO, *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori. Due fini confliggenti?*, in *Mercato Concorrenza Regole* (sezione Discussioni), 2009, 2, 382 ss.. Prospettive, queste, che sembrano trovare conferma anche in E. BRUTTI LIBERATI, *Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche*, cit., 52, secondo cui: "Non si può tuttavia non notare che tale assetto è in realtà ispirato anche a finalità di carattere sociale — di

tutela dell'universalità e della sicurezza del servizio e di protezione degli utenti, oltre che di garanzia della libertà di comunicazione — che si concretano in misure verosimilmente destinate a durare nel tempo, anche al di là della realizzazione dell'obiettivo della piena concorrenzialità dei relativi mercati."

⁸² Cfr. O. BAR-GILL, O. BEN-SHAHAR, *Exit from contract*, cit., 155; Ö. BEDRE-DEFOLE, G. BIGLAISER, *Contracts as a Barrier to Entry in Markets with Nonpivotal Buyers*, in *American Economic Review*, 2017, 107(7): 1-32.