



# CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica  
<https://rivista.camminodiritto.it>



## **FACOLTÀ DI RECESSO E PERTINENZA DEL COSTO. IL TAR LAZIO CONFERMA LA SANZIONE INFLITTA DALL'AGCOM A SKY ITALIA**

*Il Tar Lazio - Roma, sez. IIIter, con sentenza n. 9643, depositata l'8 settembre 2017, ha respinto il ricorso presentato da Sky Italia per l'annullamento della delib. AGCOM n. 644 del 2008 di irrogazione della sanzione pecuniaria di euro 348.000, per violazione dell'art. 1, comma 3 della L. n. 40 del 2007.*

**di Valeria Lucia**

IUS/04 - DIRITTO COMMERCIALE

Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile

**Raffaele Giaquinto**

Publicato, Martedì 31 Ottobre 2017

**Sommario:** 1. Il quadro normativo e regolatorio di riferimento; 1.1. La legge 2 aprile 2007, n. 40; 1.2. Le Linee Guida AGCOM; 2. La questione affrontata dal Tar Lazio; 2.1. Le motivazioni di Sky Italia; 2.2. La posizione assunta da AGCOM con la delibera impugnata; 2.3. Le motivazioni del Collegio; 3. Considerazioni finali.

## 1. Il quadro normativo e regolatorio di riferimento.

### 1.1. La legge 2 aprile 2007, n. 40.

La Legge 2 aprile 2007, n. 40, **“Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, recante misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese”**, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 77 del 2 aprile 2007 - Supplemento ordinario n. 91, è stata adottata con la finalità di promuovere una maggiore ed effettiva concorrenza tra le offerte disponibili sul mercato, per rafforzare il diritto di scelta dei consumatori ed agevolare il passaggio fra i vari operatori, sancendo il divieto di previsioni contrattuali che, sostanzialmente, potrebbero rappresentare degli ostacoli per gli utenti al momento della scelta tra i vari operatori.

Per fare ciò, all’art. 1, comma 3 ha previsto 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”**, attribuendo, al **comma 4**, all’AGCOM la vigilanza sull’attuazione, tra le altre, della disposizione appena richiamata, con la precisazione che le eventuali violazioni riscontrate sono da **sanzionare ai sensi dell’art. 98 del codice delle comunicazioni elettroniche**, di cui al decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, come modificato dall’articolo 2, comma 136, del decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2006, n. 286.

### 1.2. Le Linee Guida AGCOM.

L’AGCOM ha pubblicato delle Linee Guida per una migliore applicazione ed interpretazione del testo normativo, espressione, peraltro, dell’orientamento adottato dalla

Direzione Tutela dei Consumatori.

**L'ambito di applicazione oggettivo** dell'art. 1, comma 3 della Legge n. 40/2007 è quello dei rapporti con gli operatori di telefonia e di reti televisive e di comunicazione elettronica, stipulati con la forma e le modalità proprie del Contratto per adesione, ovvero quei contratti che, a mente dell'art. 1341 c.c., anche in ragione del contenuto delle singole clausole, risultano predisposti unilateralmente da uno dei contraenti, essendo destinati a regolare una serie indefinita di rapporti sia da un punto di vista sostanziale, essendo predisposti da un contraente che svolge attività negoziale nei confronti di una pluralità indeterminata di soggetti, sia da un punto di vista formale, essendo predisposti mediante moduli o formulari. Ciò posto, è evidente che, rispetto al contratto di adesione, al contraente non resta che l'accettazione o il rifiuto integrale del contratto, essendo impedita ogni forma di trattazione delle singole clausole.

In particolare, la **facoltà di recedere deve essere prevista: "senza vincoli temporali"**, il punto 4 delle Linee Guida ha precisato che la facoltà di recesso o di trasferimento deve essere facilmente percepita da parte dall'utente, unitamente alla tutela normativa riconosciutagli. Inoltre, salvo l'obbligo di preavviso, tale facoltà deve poter essere esercitata liberamente, rimanendo vincolante solo per l'operatore la previsione di una durata minima contrattuale; **"senza ritardi non giustificati"**, il punto 5 delle Linee Guida ha precisato che, allo stesso modo, deve essere immediatamente percepibile per l'utente il lasso temporale che intercorre tra l'esercizio della facoltà di recesso o di trasferimento dell'utenza e il compimento da parte dell'operatore di tutti gli adempimenti obbligatori per la compiuta lavorazione della richiesta, in modo da poterne apprezzare la effettiva convenienza e che, in ogni caso, il lasso temporale non può superare i 30 giorni, coincidenti con il termine di preavviso massimo da richiedere agli utenti secondo le nuove disposizioni della Legge n. 40/2007; **"senza spese non giustificate da costi degli operatori"**, il punto 6 delle Linee Guida ha precisato che devono essere immediatamente percepibili per l'utente le eventuali spese richieste per l'esercizio della facoltà di recesso o di trasferimento, in modo tale da poter essere agevolato nell'esercizio di tali facoltà, potendone apprezzare tutte le possibili conseguenze. Fermo restando che, in ogni caso, è fatto divieto agli operatori di chiedere il pagamento di una "penale" a fronte dell'esercizio della facoltà di recesso o di trasferimento delle utenze, essendo ammessi solo gli importi richiesti a titolo di "costo" sostenuto dall'operatore per ottemperare alla richiesta dell'utente.

L'adempimento di tali prescrizioni è oggetto di **controllo da parte della Direzione Tutela dei Consumatori**, soprattutto in relazione alla **"pertinenza del costo"**, la cui sussistenza deve essere valutata in senso oggettivo e imparziale nei confronti di tutti gli operatori e secondo criteri di causalità/strumentalità dei costi/ricavi, tenuto conto che, secondo la prassi nazionale ed internazionale utilizzata dalle Società di Revisione

indipendenti, sono pertinenti “i ricavi e i costi attribuiti alle componenti e/o ai servizi in base all’analisi diretta della loro origine, cioè tenendo conto della causa che ha comportato il conseguimento del ricavo, il sostenimento del costo, l’acquisto di un’attività o l’insorgere di una passività”. Proseguono, poi, le Linee Guida individuando le attività della Direzione per il controllo dei costi, ovvero: richiedere agli operatori dettagliate informazioni in merito ad eventuali costi, ferma restando la necessità di fornire una prova; entrare nel merito dei singoli importi richiesti, al fine di valutarne la loro giustificazione ai sensi della L. n. 40/07; individuare delle “soglie di valore”, che esprimano un congruo livello di costi per il recesso e per il trasferimento delle utenze sostenuti dall’operatore; utilizzare le predette soglie per confrontare gli importi richiesti dagli operatori e orientare l’attività di verifica della giustificazione dei costi, soprattutto se maggiori rispetto alla soglia di valore individuata.

Pertanto, l’attività della Direzione consiste anche nel richiedere agli operatori dettagliate informazioni in merito ad eventuali “costi” (ossia solo ove la previsione di essi sia ritenuta indispensabile dall’operatore in vista delle attività da compiersi e ferma restando la necessità di fornirne comunque la prova) e nell’entrare nel merito dei singoli importi richiesti ai fini della valutazione della loro “giustificazione” ai sensi della Legge n. 40/2007.

Per ciascuna voce di costo potranno inoltre essere individuate delle “soglie” di valore, che esprimano un congruo livello di costi per il recesso e per il trasferimento delle utenze sostenuti dall’operatore. Le “soglie di allerta” così individuate potranno essere utilizzate anche allo scopo di confrontare gli importi richiesti dagli operatori ed orientare l’attività di verifica della “giustificazione” dei costi con specifico riguardo a quelli più elevati rispetto a tali soglie.

## 2. La questione affrontata dal Tar Lazio.

Sky Italia ha presentato ricorso innanzi al Tar Lazio, sede di Roma, nel 2009, relativamente al procedimento intrapreso dall’AGCOM il 27 marzo 2008, per l’accertamento della violazione dell’art. 1, comma 3 della L. 40/07, per effetto dell’inserimento nelle proprie condizioni generali di abbonamento, a partire dall’aprile 2007, di una disciplina del recesso anticipato basata su meccanismi ritenuti “deterrenti e penalizzanti”, avendo Sky Italia previsto delle politiche commerciali con previsione di costi decrescenti a seconda del periodo di pregressa durata dell’abbonamento e fermi i “costi operatore”. In particolare, Sky Italia ha impugnato dinanzi al Tar Lazio la **deliberazione n. 644/08/CONS, adottata dall’AGCOM all’esito del predetto procedimento, con cui l’Autorità ha irrogato alla Società ricorrente la sanzione pecuniaria di euro 348.000,00.**

La causa, quindi, ha ad oggetto le modalità applicative della disciplina del recesso ad nutum introdotta dall'art. 1, commi 3 e 4 della L. n. 40/07, rispetto all'adozione, da parte di Sky Italia nelle Condizioni Generali di Abbonamento, a partire da Aprile 2007, di una disciplina del recesso anticipato basata su meccanismi che, secondo la impugnata decisione AGCOM, producono effetti deterrenti e penalizzanti per l'utente rispetto all'esercizio della facoltà di recesso.

### 2.1. Le motivazioni di Sky Italia.

Secondo la ricorrente, l'AGCOM avrebbe adottato una lettura indebitamente restrittiva del principio di giustificazione dei costi di recesso, avendo escluso che all'operatore potessero essere riconosciuti "tutti i costi comunque sostenuti per il servizio"; inoltre, relativamente all'attività di vigilanza, sempre secondo la ricorrente, sarebbe erronea la metodologia dell'analisi svolta da AGCOM.

Senza considerare, la ricorrente lamenta i possibili conflitti tra l'art. 1, comma 3 della L. n. 40/07 e la direttiva europea 2005/29/CE e, a sua discolpa, l'assenza di orientamenti e interpretazioni della normativa, definita "ambigua".

### 2.2. La posizione assunta da AGCOM con la delibera impugnata.

L'Autorità ha riscontrato la violazione del menzionato art. 1, comma 3 L. n. 40/07 in ragione della previsione di una disciplina del recesso contraria alla ratio della legge in questione, che ricordiamo essere quella di favorire, nei contratti per adesione, l'abbattimento di barriere all'uscita del contraente debole, mediante l'introduzione di fatto di "vincoli temporali" ed "oneri" estranei al recesso anticipato che hanno finito per sussidiare le infrastrutture di accesso a favore dei soli abbonati non recedenti o recedenti alla scadenza contrattuale. **Tale modello di pricing, sempre secondo l'Autorità, avrebbe fatto del recesso uno strumento con effetti fidelizzanti**, risultando quindi in tal modo non solo violata, ma, altresì, "strumentalizzata e piegata ai meri interessi dell'azienda, in sede applicativa, una norma volta ad ottenere l'effetto contrario, e cioè quello di neutralizzare l'effetto lock-in dell'abbonato che sarebbe stato prodotto da un recesso ingiustificatamente oneroso."

### 2.3. Le motivazioni del Collegio.

Il Collegio, in primis, ha ribadito la **condivisione da parte della giurisprudenza amministrativa**, come peraltro evidenziato anche dalla stessa ricorrente, **dell'interpretazione restrittiva dell'art. 1, comma 3 della L. n. 40/07 adottata**

**dall'AGCOM**, per cui “[l'AGCOM] nell'autorizzare l'operatore a richiedere all'utente che recede anticipatamente dal contratto il rimborso dei 'costi sostenuti', intende riferirsi alle (sole) spese effettivamente affrontate dal fornitore del servizio per la disattivazione dell'impianto ed in funzione della stessa, escludendo invece il recupero di voci di costo causalmente e temporalmente estranee al recesso anticipato”.

Prosegue poi il Tar adito rilevando la inconferenza dei riferimenti svolti dalla ricorrente Sky Italia **in merito alla applicabilità della direttiva 2005/29/CE**, dal momento che l'art. 1, comma 3 della Legge 40/07 non introduce una nuova ipotesi di “pratica commerciale scorretta” ma, diversamente, si limita 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”, per cui l'intervento della norma è indirizzato all'oggetto del contratto, in termini di efficacia del contratto, disciplinato dal diritto contrattuale e, pertanto, espressamente escluso dal campo applicativo della richiamata direttiva ex art. 3, paragrafo 2 dir. 2005/29/CE.

**Relativamente all'entità della sanzione inflitta da AGCOM** per la violazione dell'art. 1, comma 3 della L. n. 40/07, nel richiamare il successivo comma 4, per cui “la violazione delle disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 3 è sanzionata ... applicando l'art. 98 del codice delle comunicazioni elettroniche”, il Tar ha rilevato la corretta applicazione, da parte dell'AGCOM, del comma 16 del predetto articolo, per la individuazione delle sanzioni applicabili, unitamente ai criteri di cui all'art. 11 della Legge n. 689/1981, ritenendo pienamente integrata la “gravità” della condotta, avendo “portata fortemente lesiva dei beni tutelati dalla norma violata” derivante dalla previsione di una “disciplina disincentivante e penalizzante l'esercizio del recesso ad nutum, che addebitava oneri non giustificati di recesso solo all'abbonato che recedeva anticipatamente”.

### 3. Considerazioni finali.

Come evidenziato dalla disamina della normativa e dei fatti che hanno dato luogo alla pronuncia in commento, il Tar è stato chiamato a valutare la legittimità di una delibera con cui l'AGCOM ha sanzionato Sky Italia per la violazione dell'art. 1, comma 3 della L. n. 40/07, avendo adottato una disciplina di recesso anticipato basata su meccanismi ritenuti “deterrenti e penalizzanti”.

Di fondamentale importanza in materia è, come confermato dal Collegio, **individuare in maniera quanto più puntuale la definizione del concetto di “pertinenza del costo”**, ritenendo correttamente che in essi possano intendersi esclusivamente i costi logistici per il ritiro e la successiva gestione dei decoder utilizzati dagli utenti, escludendo tutti gli importi estranei e, pertanto, “deterrenti e penalizzanti”.

Altrettanto pregevole è, infine, la ricostruzione del Collegio in merito alla **determinazione della sanzione** da parte di AGCOM con la delibera impugnata, per cui, nell'applicare i criteri normativi di riferimento, deve considerarsi anche la posizione di Sky Italia nel mercato di riferimento, quale “principale operatore attivo sul mercato dei servizi televisivi a pagamento, con sedi stabilite in diversi Paesi”, per cui le asserite “ambiguità” presenti nell’art. 1, comma 3 della L. n. 40/07 non potrebbero certamente ingenerare la necessità di precedenti o orientamenti interpretativi specifici per la determinazione dei costi di recesso.

---