

DELIBERA N. 161/08/CONS

Archiviazione per insussistenza del fatto nell'ambito del procedimento sanzionatorio n. 52/07/DIT avviato nei confronti della società Telecom Italia S.p.A. per la violazione dell'articolo 7, comma 3, dell'allegato a) alla delibera n.179/03/CSP in relazione all'applicazione degli interessi moratori in caso di ritardato pagamento

L'AUTORITA'

NELLA riunione del Consiglio del 9 aprile 2008;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n.249, "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo", ed in particolare l'articolo 1, comma 6, lettera c) n.14;

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante "Codice delle comunicazioni elettroniche" ed in particolare l'articolo 98, comma 9;

VISTA la legge 24 novembre 1981, n. 689, recante "Modifiche al sistema penale";

VISTA la delibera dell'Autorità n. 136/06/CONS del 15 marzo 2006, ed il relativo Allegato A, recante "Regolamento in materia di procedure sanzionatorie", e successive modifiche ed integrazioni;

VISTO il regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, approvato con delibera n. 316/02/CONS del 9 ottobre 2002, e successive modifiche ed integrazioni;

VISTA la delibera dell'Autorità n.179/03/CSP del 24 luglio 2003, recante "Approvazione della direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lettera b), numero 2, della legge 31 luglio 1997, n.249" ed in particolare l'articolo 7, comma 3, dell'allegato A;

VISTO l'atto del direttore della Direzione tutela dei consumatori n. 52/07/DIT dell'11 settembre 2007, con il quale veniva contestata alla società Telecom Italia S.p.A., con sede legale in Milano, alla Piazza Affari n.2 e sede secondaria in Roma, Corso d'Italia n.41, la violazione dell'articolo 7, comma 3, dell'allegato A alla delibera n.179/03/CSP, per avere previsto, in caso di ritardato pagamento, ai sensi dell'articolo 18, comma 1, delle condizioni generali di abbonamento, l'applicazione di un'indennità di mora, su base annua, in misura superiore ai tassi usurari di cui all'articolo 2, comma

4, della legge 27 marzo 1996, n. 108, condotta sanzionabile ai sensi dell'articolo 1, comma 31, della legge 31 luglio 1997, n.249;

VISTA la nota del 18 settembre 2007 acquisita al protocollo n.56645 di questa Autorità in data 25 settembre 2007, con la quale la società Telecom Italia S.p.A. richiedeva audizione ed accesso agli atti;

VISTA la successiva nota del 10 ottobre 2007 acquisita al protocollo n. 61231 di questa Autorità in data 17 ottobre 2007, con la quale la società Telecom Italia S.p.A. depositava la documentazione difensiva;

UDITA la Società interessata in data 8 ottobre 2007;

VISTA la nota del 9 gennaio 2008 prot. n. SGIUR/in/53/08, con la quale il Servizio Giuridico di questa Autorità ha espresso il proprio orientamento interpretativo in ordine alla conformità dell'articolo 18 delle condizioni generali di Telecom Italia S.p.A. a quanto disposto dall'articolo 7, comma 3, della delibera n.179/03/CSP, in risposta ai chiarimenti richiesti dalla Direzione Tutela dei Consumatori con nota del 15 novembre 2007 prot. n. 4856/07/DIT;

VISTA la nota del 23 gennaio 2008, acquisita al protocollo n. 3975 di questa Autorità in data 28 gennaio 2008, con la quale la società Telecom Italia S.p.A. richiedeva una nuova audizione e nel contempo la sospensione dei termini del procedimento, finalizzata alla produzione di ulteriori elementi utili al completamento dell'istruttoria;

UDITA la Società interessata in data 7 febbraio 2008;

VISTA la nota dell'8 febbraio 2008 prot. n. 6776/08/DIT, con la quale la Direzione Tutela dei consumatori di questa Autorità richiedeva, ai sensi dell'articolo 7, comma 1, della delibera n.136/06/CONS, ulteriore documentazione istruttoria in ordine alle procedure di affido alle società di recupero del credito, secondo le indicazioni impartite dal Servizio Giuridico di questa Autorità, disponendo, pertanto, la sospensione del procedimento;

VISTA la nota di risposta del 21 marzo 2008 prot. n. 192659, con la quale la società Telecom Italia S.p.A. trasmetteva la documentazione istruttoria richiesta;

VISTI gli atti del procedimento;

I) Deduzioni della società Telecom Italia S.p.A..

La società Telecom Italia S.p.A., a seguito della notifica dell'atto di contestazione n.52/07/DIT avvenuta in data 17 settembre 2007 e nei termini previsti dall'articolo 18 della legge n. 689/81, ha rappresentato la propria posizione in ordine alla fattispecie contestata, deducendo, in sede di audizione, quanto segue:

- 1) in via pregiudiziale, ha eccepito l'incompetenza dell'Autorità, asserendo che: *“la vicenda di cui trattasi appare estranea alle competenze assegnate all'AGCOM ai sensi della Legge n. 249/1997, che ha attribuito alla stessa il solo potere di valutare i rapporti economici e giuridici tra i diversi operatori, e fra questi e gli utenti, relativamente all'uso della rete. Tali poteri, anche se ampliati con il D.lgs. 1 agosto 2003, n. 259 (Codice delle Comunicazioni Elettroniche), che ha attribuito in via generale ad AGCOM la tutela dei diritti degli utenti, non valgono a configurare la competenza di tale organo a valutare la legittimità o a dirimere le eventuali controversie in ordine alla natura o eccessiva onerosità delle indennità richieste in caso di ritardo nell'adempimento o di inadempimento. Ciò risulta ancor più chiaro ove si consideri che il Governo ha ritenuto necessario un intervento legislativo (art. 37, DDL Bersani, AS1644) per precisamente regolare la corresponsione degli interessi dovuti dagli utenti in caso di mancato o ritardato pagamento, non ritenendo, all'evidenza, che tale prescrizione possa essere validamente fissata ed imposta da un organo amministrativo quale AGCOM”*.
- 2) in via sostanziale, ha eccepito l'inapplicabilità della legge n.108 della legge 27 marzo 1996, richiamata dall'articolo 7, comma 3 della delibera n.179/03/CSP, in considerazione della natura giuridica di clausola penale delle indennità di mora di cui all'articolo 18 delle condizioni generali di abbonamento.
- 3) in via subordinata, stante la natura indubbia di clausola penale e la conseguente inapplicabilità alla stessa della legge n.108/96, in relazione a quanto disposto nella prima parte della previsione di cui all'articolo 7, comma 3 della delibera 179/03/CSP *“Per i casi di inadempimento o ritardato adempimento, gli organismi di telecomunicazioni possono richiedere all'abbonato il pagamento di una somma di denaro purchè di importo non manifestamente eccessivo”* , la Telecom Italia S.p.A. ha evidenziato che il tema della manifesta eccessività è già stato oggetto di sindacato giurisdizionale da parte del Tribunale di Torino (sentenza del 12 aprile 2000), su impulso di un'associazione di consumatori in ordine alla vessatorietà della clausola penale contenuta nei contratti di abbonamento al servizio di telefonia mobile, ben più gravosa per l'utente, secondo la quale *“nel caso di ritardo nel pagamento delle bollette il cliente dovrà corrispondere una indennità di mora per ciascun mese pari all'1,2% del*

saldo originario non pagato” (quindi del 14,4% su base annua ben superiore al 6% applicato da Telecom a decorrere dal 31° giorno). Al riguardo, Il Tribunale ha ritenuto che la clausola non fosse vessatoria (né tanto meno usuraria) *“in quanto l’importo previsto in questa clausola penale come determinazione forfetaria del danno che il cliente deve risarcire non può infatti considerarsi manifestamente eccessivo”*. In sostanza il Tribunale non ha ravvisato un squilibrio significativo nella clausola che la potesse far configurare come vessatoria e quindi suscettibile di una riduzione ad equità. Ciò in quanto *“i criteri in base ai quali condurre l’indagine”* sulla sussistenza dello squilibrio significativo *“possono essere individuati nell’interesse del creditore all’adempimento, nel valore della prestazione rimasta inadempita, nel pregiudizio subito in conseguenza dell’inadempimento”*.

In ordine al punto 2) si riporta pedissequamente, per completezza espositiva, quanto argomentato dalla società Telecom Italia S.p.A.: *“dubbio non vi è sulla circostanza che si sia in presenza di una clausola penale. La clausola penale (ai sensi degli artt. 1382 ss. c.c.) è una pattuizione accessoria al contratto che, in caso di inadempimento o di ritardo nell’adempimento, permette al creditore di ottenere la prestazione specificata nella clausola, senza dover provare di avere subito un pregiudizio economico.*

Opera quindi come una liquidazione anticipata del danno precludendo al creditore, salvo diversa pattuizione delle parti, di poter agire per il risarcimento del maggior danno eventualmente subito.

E’ pertanto evidente che la clausola penale assolve ad una duplice funzione: facilita il creditore, che può ottenere il risarcimento del danno a seguito del semplice inadempimento del debitore; ma garantisce anche la posizione del debitore, che è in grado di conoscere in anticipo, già alla sottoscrizione del contratto, le pregiudizievoli conseguenze dell’inadempimento.

Il (duplice) scopo della clausola penale, fa sì che la sua legittimità non possa essere valutata in rapporto a elementi quantitativi o qualitativi, poiché essa è rimessa alla disponibilità delle parti, che valutano le conseguenze dell’eventuale inadempimento prima della sottoscrizione del contratto.

Ciò detto, si evidenzia che la ratio e la natura giuridica dell’art. 18 CGA, permettono di qualificare le indennità ivi indicate come clausola penale.

Le suddette indennità vengono, infatti, applicate in caso di inadempimento (ritardo nel pagamento della bolletta) del cliente Telecom, al fine di liquidare forfetariamente il danno subito dalla Società.

E’ poi precluso a Telecom di agire per il risarcimento del maggior danno, nel pieno rispetto della ratio e della disciplina civilistica relativi alla clausola penale. Il debitore è dunque adeguatamente tutelato poiché non solo conosce preventivamente l’entità degli importi dovuti in caso di

inadempimento, ma è anche messo al riparo da eventuali ulteriori azioni giudiziali di tipo risarcitorio nei suoi confronti.

La giurisprudenza è concorde nel ritenere che qualora per il ritardo nell'adempimento della prestazione contrattualmente dovuta sia previsto il pagamento di interessi in misura superiore al tasso legale, tali indennità devono essere qualificate come clausola penale.

Di seguito una breve rassegna giurisprudenziale:

- Cass. Civ., sez. III, 21 giugno 2001, n. 8481: *“La disposizione prevista nell'ultima parte del comma 2 dell'art. 1224 c.c., secondo la quale al creditore che dimostri di aver subito un danno maggiore non è dovuto l'ulteriore risarcimento se è stata convenuta la misura degli interessi moratori, configura la determinazione convenzionale degli interessi come una clausola penale...”*;
- Trib. Roma, 1 febbraio 2001: *“La clausola che in un contratto di mutuo preveda per il ritardo nella restituzione del capitale il pagamento di interessi moratori in misura superiore al tasso soglia previsto dalla legge sull'usura deve essere qualificata come clausola penale...”*;
- Cass. Civ., sez. I, 10 luglio 1996, n. 6298: *“La determinazione degli interessi moratori in misura inferiore al tasso legale, lungi dal configurarsi alla stregua di una convenzione atipica, si riconduce pienamente allo schema della clausola penale per il ritardo”*;
- Trib. Napoli, 12 febbraio 2004: *“La previsione di interessi moratori ad un tasso superiore a quello previsto per gli interessi convenzionali, integra una pattuizione qualificabile come clausola penale...”*;
- Pretura Macerata, 1° giugno 1999: *“la nuova disciplina degli interessi usurari si riferisce soltanto a quelli dati o promessi in corrispettivo e non trova, pertanto applicazione rispetto agli interessi moratori”* (in senso conforme Tribunale di Cagliari, 3 marzo 2000; Tribunale di Napoli, 5 maggio 2000)
- Tribunale di Catania 23 febbraio 2005: *“la pattuizione di interessi moratori relativi ad operazioni commerciali non inserite in alcuna delle categorie di operazioni con riferimento alle quali, in attuazione dell'art. 2, comma 1, della legge 7 marzo 1996, n. 108, vengono rilevati con D.M. i tassi effettivi globali medi di interesse, sono escluse dalla disciplina dell'usura”*.

In particolare la citata decisione del Tribunale di Roma ha affermato in modo inequivoco che *“il patto che prevede i cosiddetti interessi moratori non può che esser qualificato come clausola penale ex. Art. 1382. Ed infatti l'istituto degli interessi di mora è regolato dall'art. 1224 c.c., il quale...stabilisce l'an ed il quantum del danno da ritardo....Se i privati – intendendo stabilire una disciplina del danno da ritardo nelle obbligazioni pecuniarie diversa rispetto a quella dettata dalla legge – prevedono la liquidazione forfetaria di*

un risarcimento maggiore anche rispetto a quello che la seconda parte del primo comma dell'art. 1224 c.c. fissa nella misura degli interessi convenzionali regolanti l'adempimento tempestivo, la relativa clausola, anche se utilizza il sistema degli interessi sul capitale, in nulla si distingue dalla fattispecie di cui all'art. 1382 c.c.. Se ciò è vero la pattuizione in esame non è funzionale alla determinazione di un corrispettivo, neppure nel senso più lato e meno tecnico del termine, ma ha esclusivamente natura risarcitoria e, al più, funzione sanzionatoria e di deterrente dell'inadempimento.... Tale clausola, pertanto, assume rilevanza in relazione a fenomeni giuridici, economici e sociali completamente diversi da quelli che il legislatore ha inteso disciplinare con la legge n. 108/96. Quest'ultima, infatti,....ha lo scopo di esercitare una generale funzione di controllo del credito tramite la predeterminazione di un limite dinamico che non può essere superato dagli interessi dati o promessi quale corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità. Né può lamentarsi che l'inapplicabilità della legge 108 alla clausola in questione lasci il debitore inadempiente privo di tutela nel caso di iniquità della clausola medesima. Ed infatti, tutte le clausole penali, anche quelle che assumono la forma degli interessi sul capitale, sono assoggettate al potere di riduzione ad equità attribuito al giudice dall'art. 1384 c.c.".

Inoltre, da un punto di vista strettamente letterale, si osserva che non solo i commi 2 e 3 dell'art. 18 CGA, ma anche il comma 4, art. 17, CGA, fanno riferimento alla disposizione contrattuale di cui trattasi qualificandola come penale.

La caratterizzazione delle indennità di cui all'art. 18 CGA quale clausola penale, anche indipendentemente dalle esposte considerazioni giuridiche, emerge poi evidente ove si consideri la funzione economica del contratto in rapporto all'interesse delle parti.

Telecom non è un istituto di credito, non è una società finanziaria, non presta soldi, non intende lucrare interessi, né ha disciplinato un contratto di credito, che è l'unica classe di contratti alla quale, per giurisprudenza e dottrina costanti, è possibile applicare la normativa a cui fa riferimento la delibera di codesta Autorità. L'inadempimento dei suoi abbonati non dà luogo ad un'operazione di finanziamento (e ancor meno consegue alla stipula di un contratto di credito), che è l'unica tipologia di rapporti al quale si applica la disciplina sull'usura, ma è solo un evento dannoso, sia sotto il profilo civilistico che sotto quello economico. L'art. 18 non prefigura perciò interessi compensativi o corrispettivi, da determinare in relazione al rischio delle diverse operazioni di finanziamento, ma indica la predeterminata e sintetica quantificazione di un danno, con massima aderenza agli artt. 1382 ss. c.c.

Per quanto sopra esposto, la società Telecom Italia S.p.A. ha chiesto l'archiviazione del procedimento, sollevando le precisazioni di seguito riportate:

- i) l'indennità prevista, in caso di ritardato pagamento, dall'articolo 18 delle condizioni generali di abbonamento di Telecom ha la natura giuridica di clausola penale ed in quanto tale opera come liquidazione anticipata del danno precludendo al creditore, salvo diversa pattuizione delle parti, di poter agire per il risarcimento del maggior danno eventualmente subito;
- ii) tale clausola, sebbene non sia determinata in un preciso ammontare, ma in misura percentuale del 2%,4%,6%, rimane invariata e costante nel tetto massimo del 6% per i ritardati pagamenti a partire dal 31° giorno in poi, in quanto il saggio del 6% convenzionalmente pattuito ha natura annuale;
- iii) la percentuale annua del 6% viene applicata nelle procedure di recupero crediti gestite dalla società medesima sia in via diretta che in *outsourcing* mediante il ricorso ad apposite società esterne di recupero del credito (IRC).

CONSIDERATO, stante l'ampia competenza di questa Autorità, riconosciuta dalla normativa primaria vigente (in particolare, oltre alla legge n.481/95, alla legge n.249/1997, l'articolo 70 del codice delle comunicazioni elettroniche e la delibera n.179/03/CSP) a valutare la conformità di una clausola quale, nella fattispecie concreta, l'articolo 18 delle condizioni generali di abbonamento Telecom, alle prescrizioni della delibera n.179/03/CSP e a modificare le condizioni di contratto che risultino comunque illegittime o illecite, la qualificazione della clausola, in termini di clausola penale o di interessi moratori, di cui all'articolo 18 delle predette condizioni generali, non è rilevante in quanto la disposizione dell'articolo 7, comma 3, della delibera n.179/03/CSP, laddove consente "*il pagamento di una somma di denaro purchè di importo non manifestatamene eccessivo o comunque tale da non superare i tassi usurari*", ha, invero, l'ampio obiettivo di evitare che il cliente sia costretto a pagare somme sproporzionate rispetto all'oggetto del contratto, e comunque, oggettivamente eccessive;

RITENUTO, sulla base di quanto emerso dall'istruttoria, di poter accogliere le ulteriori argomentazioni della società Telecom Italia S.p.A. in ordine all'insussistenza della violazione, per le seguenti motivazioni:

- a) a prescindere dalla qualificazione giuridica della relativa clausola, non è ravvisabile il carattere usurario del saggio d'interesse ivi contemplato, nè la manifesta eccessività della relativa pattuizione, in quanto il "tasso d'interesse"

applicato dalla società Telecom Italia S.p.A. non può comunque eccedere, per lo meno su base annua, il 6% dell'importo non pagato indicato in fattura. In altri termini, il cliente moroso è tenuto a pagare il 6% d'interessi sulla somma capitale, sia che paghi il 31° giorno, sia che adempia al 365° giorno, a prescindere cioè dall'effettiva durata del suo ritardo, per il solo fatto che esso superi i 30 giorni. A riprova di tale assunto, la società Telecom Italia S.p.A. ha prodotto copia di documentazione riepilogativa, effettuata a titolo esemplificativo su un cliente, con verifica del corretto calcolo IRP 3° scaglione con applicazione della percentuale del 6%;

b) con riferimento ai tassi fissati nell'ultimo decreto del Ministero dell'economia e delle finanze del 20 dicembre 2007, in attuazione a quanto disposto dall'articolo 2, comma 4, della legge n.108/1996 che individua il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari nel tasso medio per la categoria di operazioni in cui il credito è compreso, aumentato della metà, si evince che il tasso del 6% non supera quello cd. effettivo globale medio fissato nel decreto (che è pari rispettivamente al 7,35%, per somme fino a 5000 Euro, e al 6,53% per somme oltre i 5000 Euro). La non usurarietà del tasso del 6% emerge, altresì, anche in considerazione di quanto disposto dall'articolo 3, comma 4, del decreto ministeriale, in vigore a partire dal 1 gennaio 2008, che, stabilendo che i tassi effettivi globali medi *“non sono comprensivi degli interessi di mora contrattualmente previsti per I casi di ritardato pagamento”* prevede, per questi ultimi interessi una maggiorazione, rispetto ai tassi soglia, pari al 2,1%. Sul punto, a sostegno della tesi in ordine alla non usurarietà del tasso contemplato nell'articolo 18 delle condizioni generali di abbonamento milita la seguente affermazione addotta nella propria memoria difensiva dalla società Telecom Italia S.p.A.: *“se si confronta il tasso d'interesse del 14,4% su base annua censurato dal Tribunale di Torino (con sentenza del 12 aprile 2000, relativa alle condizioni di contratto di Telecom Italia per la telefonia mobile) al tasso del 6%, il secondo si appalesa nettamente inferiore al primo (annullato appunto, dal giudice civile);*

c) da ultimo, si deve evidenziare che l'assenza di eccessiva onerosità e/o di usurarietà degli interessi applicati in caso di ritardato pagamento emerge, altresì, dalla documentazione prodotta dalla società Telecom Italia S.p.A. che, a conferma di quanto dichiarato nel corso dell'audizione del 7 febbraio 2008 in ordine alla natura “annuale” del saggio del 6% convenzionalmente pattuito e all'invariabilità della relativa misura percentuale, ha dimostrato che il tetto massimo del 6%, previsto dall'articolo 18 delle predette condizioni di abbonamento, è garantito non solo dalla società medesima, ma anche dalle società esterne dedicate al recupero dei crediti, in ragione di una apposita clausola di garanzia all'uopo preposta nell'articolo 9 del relativo contratto di affidamento dell'attività di recupero del credito, di cui la società ha prodotto copia.

RITENUTO, per quanto sopra esposto, di non doversi dare ulteriore corso al procedimento in epigrafe;

VISTA la relazione del responsabile del procedimento, avv. Alessandra de Nicolais, e le risultanze istruttorie;

VISTA la proposta formulata dalla Direzione tutela dei consumatori;

UDITA la relazione del Commissario Sebastiano Sortino, relatore ai sensi dell'articolo 29 del Regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Autorità;

DELIBERA

L'archiviazione del procedimento sanzionatorio n. 52/07/DIT avviato, in relazione all'applicazione degli interessi moratori in caso di ritardato pagamento, nei confronti della società Telecom Italia S.p.A. con sede legale in Milano, alla Piazza Affari n.2 e sede secondaria in Roma, Corso d'Italia n.41, ai sensi dell'articolo 1, comma 31, della legge 31 luglio 1997, n.249.

La presente delibera è pubblicata nel Bollettino Ufficiale dell'Autorità ed è resa disponibile nel sito web dell'Autorità: www.agcom.it.

Napoli, 9 aprile 2008

IL PRESIDENTE
Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE
Sebastiano Sortino

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE
Roberto Viola