DELIBERA N. 535/09/CONS

Ordine alla società R.T.I. Reti Televisive Italiane S.p.A. ad adempiere agli obblighi previsti dell'articolo 1, comma 3, della legge 2 aprile 2007 n. 40 in tema di costi di recesso dalle offerte di listino e promozionali.

L'AUTORITA'

NELLA riunione del Consiglio del 23 settembre 2009;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n.249, "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo";

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante il Codice delle comunicazioni elettroniche;

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

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

VISTO il regolamento concernente l'organizzazione ed 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 legge n. 40/2007 di "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";

VISTO in particolare, l'articolo 1, comma 3, della predetta legge n. 40/2007 secondo cui *"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 (...)"*;

VISTE le Linee Guida della Direzione Tutela dei Consumatori, esplicative per l'attività di vigilanza da effettuare ai sensi dell'art. 1, comma 4, della legge n. 40/07, pubblicate in data 28 giugno 2007 sul sito dell'Autorità (www.agcom.it) e pubblicate in estratto nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 161 del 13 luglio 2007, p. 91;

VISTA la nota Prot. n. 80544 del 24 dicembre 2008 indirizzata alla Società R.T.I. S.p.A., con la quale la Direzione Tutela dei Consumatori dell’Autorità invitava la medesima Società a modificare le clausole sul recesso contenute nelle Condizioni Generali di fornitura del servizio Mediaset Premium, nella formula in abbonamento Easy Pay, sia in quanto venivano stabiliti costi di recesso non in linea con i principi previsti dalla norma richiamata (poiché non interamente generati dal recesso del cliente); sia in quanto, nell’ipotesi di recesso anticipato dalle offerte promozionali, veniva posta a carico degli utenti la restituzione degli “sconti” fruiti, che per definizione non possono essere annoverati tra i costi dell’operatore, contemplati dall’articolo 1, comma 3, citato;

VISTA la nota registrata al Prot. n. 8532 del 4 febbraio 2009 nella quale la predetta Società, successivamente alla ricezione all’invito di cui sopra, ha dichiarato di non condividere l’interpretazione ivi illustrata e di non intendere adempiere pienamente all’invito ricevuto nei termini indicati dalla Direzione, bensì più limitatamente;

VISTO pertanto l’atto n. 7/09/DIT del 24 marzo 2009, notificato in pari data, con il quale il Direttore della Direzione Tutela dei Consumatori ha contestato alla medesima Società, con riferimento ai costi di recesso applicati nelle Condizioni Generali di fornitura del servizio Mediaset Premium nella formula in abbonamento Easy Pay e nella formula via Alice Home TV, nonché ai regimi promozionali sopra descritti, l’inosservanza di quanto previsto dall’articolo 1, comma 3, della legge 2 aprile 2007, n. 40;

VISTA la memoria difensiva prodotta dalla società R.T.I. S.p.A., registrata al Prot. n. 33351 del 24 aprile 2009;

SENTITA la medesima società nel corso dell’audizione del 27 maggio 2009;

CONSIDERATO che nella riunione del 9 luglio 2009 il Consiglio dell’Autorità ha deciso di proporre appello avverso la sentenza del Tar del Lazio n. 5361, pubblicata il 1° giugno 2009, resa in tema di costi di recesso dalle offerte in promozione su ricorso di un altro operatore;

VISTA la nota di approfondimento istruttorio disposto dalla Direzione con Prot. n. 50868 del 26.06.2009 e la memoria di riscontro inviata dalla Società R.T.I. S.p.A., registrata al Prot. n. 65404 del 10 agosto 2009;

CONSIDERATO quanto segue:

I. Sui costi di recesso applicati da R.T.I. S.p.A.

Nelle Condizioni contrattuali dei servizi Mediaset Premium, nelle formule in abbonamento, R.T.I. S.p.A. pone a carico degli utenti il pagamento della somma di Euro 30,00

(trenta/00) Iva Inclusa, indicata come Costi dell'operatore, per il caso di recesso anticipato rispetto alla naturale scadenza dell'accordo.

Durante la fase pre-istruttoria del procedimento avviato con atto di contestazione n. 7/09/DIT, a richiesta della Direzione la Società ha dettagliato tale somma spiegando che era derivante da: *Commissioni canali di vendita* per un totale di Euro [xxx] oltre Iva (sottovoci: Dealer euro [xxx], Call center inbound euro [xxx] e Call center outbound euro [xxx]) e *Costi diretti gestione recesso* per un totale di Euro [xxx] oltre Iva (sottovoci: Spedizione lettera conferma euro [xxx], Lavorazione e archiviazione richieste euro [xxx], Costo operatore telefonico per chiusura contratto euro [xxx]).

Nell'invito di cui alla nota Prot. n. 80544/2008 citata, poi nuovamente notificato con l'atto di avvio del procedimento, la Direzione ha prospettato la necessità di riduzione dell'importo sopra indicato, in applicazione dei principi di pertinenza e causalità dei costi/ricavi alla fase di recesso sottesi alle disposizioni di cui all'articolo 1, comma 3, della legge n. 40/2007, già illustrati nelle Linee Guida della Direzione stessa.

R.T.I. S.p.A. ha allora precisato che i costi di recesso originariamente stimati e trasmessi alla Direzione erano derivati da studi previsionali, stante l'innovatività della formula in abbonamento per i servizi Mediaset Premium, e che quindi gli stessi ben avrebbero potuto essere rivisti. In ogni caso la Società, contestando l'interpretazione prospettata dall'Autorità, ha argomentato, in estrema sintesi, che la legge n. 40/2007, nel contemplare la ripetibilità dei costi giustificati in sede di recesso, non distingue fra quelli antecedenti e successivi al recesso stesso, bensì permette di ripetere tutti gli importi spesi dal fornitore, che diventano costi vivi per *effetto* dello scioglimento anticipato del rapporto.

Nel corso dell'audizione svolta durante il procedimento, comunque, "*in ottica propositiva, di rispetto ma non di condivisione dell'orientamento espresso dall'Autorità*", la Società si è dichiarata disposta a decurtare dai costi di recesso l'importo relativo ai costi iniziali e quindi, in sostanza, ad applicare costi dell'operatore pari a 15 euro Iva compresa, indicati come corrispondenti alle spese affrontate dalla società per la gestione della pratica di recesso e del Call center dedicato per chiusura contratto.

Maggiori dettagli e documentazione sulla composizione dell'importo indicato, come si dirà, sono poi stati forniti in riscontro all'approfondimento istruttorio disposto dalla Direzione.

II. Sulla disciplina dei costi di recesso prevista dalla legge n. 40/2007 con particolare riguardo alle offerte di listino.

Sul punto della esatta interpretazione della legge n. 40/2007 per individuare quali siano i costi giustificati ripetibili in sede di recesso, le argomentazioni societarie non sono condivisibili.

Quest'Autorità ha infatti già chiarito, su un piano concettuale generale (con la delibera 484/08/CONS, integralmente confermata dal Tar del Lazio con la sentenza n. 5360/2009), che la legge ha introdotto nei contratti per adesione un recesso agevole nei tempi e nelle modalità, e, soprattutto, *non gravato da oneri ad esso non pertinenti*, in linea con il contesto di liberalizzazione nel quale si è inserita e con la *ratio* di promuovere, contestualmente, la concorrenza e la tutela del consumatore.

Infatti, soltanto impedendo che il recesso diventi la sede di imputazione di costi non causati in via immediata e diretta dall'esercizio dello stesso, si evitano ostacoli o barriere alla mobilità e alla libertà di scelta del contraente debole e si realizzano, quindi, effettivamente, le finalità pro-concorrenziali della legge (testualmente citate nel suo titolo).

Se invece il diritto di recesso, dopo l'adozione della legge, potesse essere ancora vincolato con voci di costo eterogenee e dal perimetro, almeno potenzialmente, indefinito, la norma non avrebbe alcun motivo di esistere e si otterrebbe un esito chiaramente paradossale, conseguente ad un provvedimento che, invece, come notato, promuove un recesso agevole, in un'ottica volta a favorire la libertà del consumatore e la concorrenza.

Ne consegue che la necessità di riduzione dei costi di recesso, già prospettata dalla Direzione Tutela dei Consumatori nella fase pre-istruttoria e reiterata con l'avvio del procedimento, deve essere confermata con le precisazioni che seguono, derivanti dagli approfondimenti svolti nel corso del procedimento stesso, in contraddittorio con la parte, e dai consuntivi di costo trasmessi.

III. Criteri per la riduzione dei Costi dell'operatore applicati da R.T.I. S.p.A.

In base ai principi sopra riassunti, i costi inerenti alla fase iniziale del rapporto non possono essere ripetuti in sede di recesso, e pertanto è condivisa e apprezzata la decisione di R.T.I. S.p.A. di decurtarli integralmente dai cosiddetti Costi dell'operatore.

Le restanti voci relative ai *Costi diretti Gestione Recessi* sono state da ultimo dettagliate e documentate come segue, per un totale di Euro 12,20 Iva esclusa, a consuntivo del periodo luglio 2008 – giugno 2009, coincidente con il primo anno di commercializzazione della formula contrattuale Easy Pay nell'ambito del servizio Mediaset Premium:

- a) Contatto inbound per informazioni relative alle procedure di recesso: euro [xxx]
- b) Spedizione lettera di conferma del recesso: [xxx]
- c) Lavorazione e archiviazione della richiesta di recesso: euro [xxx]
- d) Quota formazione operatori dedicati gestione dei recessi: euro [xxx]
- e) Esecuzione e registrazione del recesso: euro [xxx]
- f) Call center outbound e chiusura contratto: euro [xxx]

Si noti che tutti gli importi sono stati calcolati con riferimento al 100% dei recedenti, tranne quello di cui alla lettera *a)*, poiché la relativa attività è necessitata per il 50% dei recedenti.

Al riguardo, alla luce delle argomentazioni svolte dalla Società e dall'esame della documentazione trasmessa, si conferma la pertinenza delle voci di cui alle lettere *b)*, *c)* ed *e)*, inerenti alla gestione materiale del recesso, nel rispetto della libertà con la quale ciascuna azienda può organizzare i propri processi (per esempio, prevedendo la spedizione di una lettera di conferma del recesso, che peraltro risponde anche ad un criterio di trasparenza per l'utente).

In parziale accoglimento delle difese societarie, poi, deve affermarsi la pertinenza della voce relativa ai contatti inbound (e alla collegata formazione: lettere *a)* e *d)*).

Qualora l'utente abbia un dubbio specifico sull'esercizio del diritto recesso, infatti, il servizio informativo è senz'altro dovuto, anche alla luce dei principi espressi nella delibera 278/04/CSP, richiamata dalla società R.T.I..

Si conferma, invece, che non è propedeutica né necessaria al recesso, perlomeno non nella sua interezza, l'attività di contatto outbound, indicata alla lettera *f*), che viene effettuata automaticamente sul 100% dei recedenti.

Infatti, sebbene possa condividersi la spiegazione della Società secondo cui tale attività è in parte determinata dalla necessità di verifica o correzione dei dati trasmessi dal cliente che ha esercitato il diritto di recesso, non può ritenersi che tale contatto sia necessario nella totalità dei casi, se non per rispondere ad un preciso interesse di R.T.I. di ricontattare il cliente recedente; si tratta quindi di un interesse che, pur essendo ragionevole, non può essere riversato a carico del cliente stesso.

Non è un caso, d'altro canto, che nella documentazione contrattuale con l'*outsourcer* che svolge tale attività, la relativa voce è significativamente definita "*retention*".

Ne consegue che la voce di costo è da ritenere pertinente e giustificata se riferita alla percentuale di recedenti che necessitano assistenza (per correzioni dati, verifiche, ecc.), nella fase successiva all'esercizio del recesso.

Tale percentuale può essere ragionevolmente individuata nel 25% del totale (con conseguente frazionamento del costo ripetibile in sede di recesso: euro [xxx] per 25% = euro [xxx]), se si considera che una percentuale già significativa di utenti recedenti ottiene assistenza tramite i contatti *inbound* di cui alla lettera *a*).

Alla luce di quanto sopra, dunque, si ritiene che R.T.I. S.p.A. possa prevedere costi di recesso fino al limite massimo di Euro 8,34 Iva inclusa (euro 6,95 I.e.), risultante dalla somma delle voci di costo sopra riportate, con la riduzione del 75% della voce di cui alla lettera *f*).

IV. In particolare: sui regimi promozionali previsti da R.T.I. S.p.A. e sui criteri per il rispetto dell'art. 1, comma 3, della legge n. 40/2007

R.T.I. S.p.A. ha inserito nelle Condizioni contrattuali clausole che, prevedendo la restituzione degli "sconti" usufruiti in caso di recesso anticipato dalle offerte promozionali, sono state oggetto di contestazione in quanto contrarie all'articolo 1, comma 3 della legge n. 40/2007, che permette di recuperare i "costi" giustificati dell'operatore e non certamente i "mancati ricavi", quali sono per definizione, almeno in parte, gli "sconti".

La Società, sul punto, non condivide l'interpretazione dell'Autorità, e ritiene che la richiesta di restituzione degli sconti trovi il proprio fondamento non nella legge citata, bensì nei principi generali sul sinallagma contrattuale, che permettono di riequilibrare la posizione delle parti (tramite la restituzione da parte dell'utente del vantaggio ricevuto, cioè lo sconto) quando viene meno il presupposto, o la condizione, della durata contrattuale predeterminata.

In difetto, secondo R.T.I. S.p.A., non vi sarebbe alcun modo di recuperare neanche pro quota gli ingenti investimenti sostenuti in un'ottica di regolare svolgimento del rapporto, e l'operatore non potrebbe sostenere le offerte promozionali sul mercato, con ogni conseguenza pregiudizievole per gli utenti.

Le argomentazioni societarie sono condivisibili soltanto parzialmente.

La legge n. 40/2007, infatti, non autorizza distinzioni di sorta, nell'ambito della disciplina del recesso, tra offerte di listino e offerte promozionali, con la conseguenza che il riferimento normativo in materia è il medesimo (articolo 1, comma 3), non essendo per contro pertinente il richiamo ai principi sul sinallagma contrattuale.

D'altro canto in questa disciplina, come già da tempo in altre che riguardano gli accordi conclusi tra una parte tipicamente più debole, il consumatore, ed una più strutturata ed organizzata, il professionista, l'equilibrio delle prestazioni (che R.T.I. invoca) è puntualmente disciplinato dal Legislatore, senza alcuno spazio per ritenere che la posizione di debolezza contrattuale dell'utente possa, al cospetto di un'offerta promozionale, e in virtù del suo prezzo più vantaggioso, essere "riequilibrata" secondo un metro rimesso all'arbitrio della parte contrattuale più forte.

Basti pensare alla disciplina in tema di clausole vessatorie prevista dal Codice del consumo, Decreto legislativo n. 206/2005, dove soltanto la "trattativa individuale" sul contenuto dell'accordo può escludere l'abusività di una clausola, e non certamente lo sconto promozionale; ai sensi dell'art. 35 del Codice citato "il corrispettivo" dei servizi è espressamente escluso dai criteri per l'accertamento di vessatorietà, non essendo, infatti, significativo per individuare un eventuale squilibrio tra le parti.

Ne consegue che, in applicazione di quanto stabilito dall'art. 1, comma 3 della Legge n. 40/2007 in materia di costi di recesso, all'utente che receda anticipatamente da un'offerta promozionale possono essere richiesti soltanto "costi" e non anche mancati guadagni, quali sono invece gli "sconti" di cui R.T.I. S.p.A. chiede "indistintamente" la restituzione.

Va considerato, peraltro, che (come evidenziato da R.T.I. nelle proprie difese) il lancio di offerte particolarmente vantaggiose per l'utente, in un ambito di confronto concorrenziale sempre più acceso, può risultare ai limiti della sostenibilità economica per l'operatore, onde per le offerte promozionali la regola applicabile all'ipotesi di recesso anticipato può essere interpretata in maniera ragionevolmente più flessibile rispetto a quanto illustrato al precedente paragrafo II, relativamente alle offerte di listino.

Segnatamente, l'utente che receda anticipatamente da un'offerta promozionale può farsi carico della parte di sconto eventualmente corrispondente a tutti i costi effettivamente sostenuti dall'operatore sino a quel momento, e non soltanto dei costi causati in via immediata e diretta dall'esercizio del recesso (come sopra ricalcolati al paragrafo III), ferma restando però l'esclusione della restituzione del "mancato guadagno";

Ciò allo scopo di consentire all'operatore di proseguire nell'attività di lanciare offerte promozionali comportanti prezzi più favorevoli ai consumatori, nell'esclusivo interesse e vantaggio dell'utente.

DATO ATTO che in data odierna, nell'ambito del procedimento sanzionatorio avviato con l'atto di contestazione n. 7/09/DIT, è stato disposto un approfondimento ai sensi dell'art. 10, comma 3, del regolamento, in merito al trattamento sanzionatorio concretamente applicabile alla fattispecie oggetto di contestazione, che peraltro determina la proroga del termine prescritto per la sua conclusione e per il quale, comunque, si formula ogni più ampia riserva rispetto alle varie questioni esaminate;

RAVVISATA, peraltro, la necessità di intervenire sin d'ora sul piano prescrittivo, a tutela dei consumatori, affinché R.T.I. S.p.A. si attivi concretamente per l'adempimento degli obblighi previsti dall'art. 1, comma 3, della legge n. 40/2007, rimuovendo i costi e le voci attualmente addebitati agli utenti, in caso di recesso anticipato, che risultino ingiustificati alla luce delle considerazioni sopra svolte, oppure integralmente corrispondenti agli sconti applicati, e dunque comprensivi anche del mancato guadagno, sì da consentire l'effettiva applicazione dell'intervento legislativo in materia di recesso e la piena attuazione dei diritti ivi riconosciuti agli utenti;

RITENUTO al riguardo congruo prevedere per l'adempimento prescritto un termine di 60 giorni dalla notifica della presente delibera, tenuto conto della effettiva entità delle attività da compiere e del fatto che la stessa Società, nel trasmettere alla Direzione i consuntivi di costo, ha ipotizzato la rapida applicabilità di nuove condizioni, ferma restando la necessità dell'Autorità di conoscere con adeguato anticipo come la società intende adempiere al presente ordine;

VISTA la proposta della Direzione tutela dei consumatori;

SENTITA la relazione dei Commissari Gianluigi Magri e Sebastiano Sortino, relatori ai sensi dell'articolo 29 del Regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Autorità;

ORDINA

alla società R.T.I. Reti Televisive Italiane S.p.A., con sede legale in Roma, Largo del Nazareno n. 8, di adempiere entro il termine di 60 giorni dalla notificazione del presente provvedimento agli obblighi previsti dall'art. 1, comma 3, della legge n. 40/2007, con particolare riferimento al regime dei Costi dell'operatore posti a carico degli utenti in caso di recesso anticipato rispetto alla naturale scadenza contrattuale nonché al regime del recesso dalle offerte promozionali, stabiliti nelle Condizioni generali di fornitura dei servizi Mediaset Premium in abbonamento, e, in particolare:

- a) di addebitare all'utente che esercita il recesso anticipatamente rispetto alla naturale scadenza contrattuale di un'offerta di listino un importo complessivo non superiore all'importo di euro 8,34 (otto/34) Iva inclusa, come sopra determinato;
- b) di addebitare all'utente che esercita il recesso anticipatamente rispetto alla durata di un'offerta promozionale un importo sostanzialmente inferiore allo sconto fruito, ovvero la sola parte eventualmente corrispondente ai costi effettivamente sostenuti dall'operatore sino a quel momento, con esclusione dunque della restituzione del mancato guadagno;
- c) di non addebitare all'utente recedente alcun ulteriore importo oltre a quelli di cui ai precedenti punti a) e b);

- d) di adeguare le previsioni delle proprie Condizioni generali di fornitura in abbonamento dei servizi Mediaset Premium e della Carta dei servizi alle indicazioni contenute nel presente ordine;
- e) di fare ricorso ai più efficaci mezzi di comunicazione pubblicitaria per rendere edotta l'utenza circa l'attuazione degli adempimenti di cui al presente ordine;
- f) di dare comunicazione all'Autorità, entro il più breve termine di 30 giorni dalla notificazione della presente delibera, di come si procederà per ottemperare alle precedenti prescrizioni.

L'inosservanza del presente ordine entro il termine indicato sarà sanzionata ai sensi dell'articolo 98, comma 11, del 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.

Ai sensi dell'articolo 9, del decreto legislativo 259/2003, i ricorsi avverso i provvedimenti dell'Autorità rientrano nella giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo.

La competenza di primo grado è attribuita in via esclusiva ed inderogabile al Tribunale Amministrativo del Lazio.

Ai sensi dell'articolo 23 bis, comma 2, della legge 6 dicembre 1971 n. 1034 e successive modificazioni ed integrazioni, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica del medesimo.

Roma, 23 settembre 2009

IL PRESIDENTE

Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE

Gianluigi Magri

IL COMMISSARIO RELATORE

Sebastiano Sortino

Per attestazione di conformità a quanto deliberato

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Viola