

Delibera n. 132/11/CIR

Definizione della controversia  
Carmeni / Vodafone Omnitel n.v.  
(gu14/1685/09)

l'Autorita'

NELLA sua riunione della Commissione per le Infrastrutture e le reti del 3 novembre 2011;

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, "*Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*";

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 a), n. 14;

VISTO l'articolo 84 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante "*Codice delle comunicazioni elettroniche*";

VISTA la delibera dell'Autorità n. 316/02/CONS, del 9 ottobre 2002, ed il relativo Allegato A, recante "*Adozione del nuovo regolamento concernente l'organizzazione ed il funzionamento dell'Autorità*", e successive modifiche ed integrazioni;

VISTA la delibera dell'Autorità n. 173/07/CONS, del 22 maggio 2007, recante "*Approvazione del regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione e utenti*", e successive modifiche ed integrazioni, ed il relativo Allegato A;

VISTA l'istanza del 1° settembre 2009, ricevuta al Prot. n. 68178/2009, con la quale il sig. Carmeni ha chiesto l'intervento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni per la definizione della controversia in essere con la società Vodafone Omnitel N.V. (di seguito, Vodafone);

VISTA la nota del 7 dicembre 2009 (Prot. n. 91298), con la quale la Direzione tutela dei consumatori ha comunicato alle parti, ai sensi dell'articolo 15 del regolamento, l'avvio di un procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della deferita controversia, invitando le parti stesse a presentarsi all'udienza di discussione del 18 gennaio 2010;

UDITE le parti nella predetta udienza;

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria e, in particolare, la memoria depositata dall'utente e ricevuta al prot. 1014 dell'11 gennaio 2010;

CONSIDERATO quanto segue:

### **I. Oggetto della controversia e risultanze istruttorie.**

L'utente, dall'anno 2005 cliente dell'operatore Vodafone (utenza n. 3407749xxx), ha contestato la modifica delle condizioni contrattuali del proprio piano tariffario operata dal medesimo gestore con decorrenza dal 1° ottobre 2008.

In particolare l'utente ritiene illegittima la predetta rimodulazione sotto vari profili, attinenti, in sintesi, alle modalità non trasparenti con le quali la stessa è stata comunicata agli utenti (un SMS ritenuto incompleto), al fatto che essa è stata rappresentata come una mera "semplificazione" pur avendo all'evidenza una portata modificativa (in *pejus*) delle originarie condizioni contrattuali, alla contrarietà alle norme del Codice del consumo (che permettono al professionista di modificare le clausole contrattuali soltanto al ricorrere di giustificati motivi indicati nel contratto), nonché, più in generale, alla contrarietà del comportamento del gestore rispetto alle norme di diritto comune in tema di doveri di correttezza, buona fede e diligenza professionale nell'esecuzione dei contratti.

L'istante, pertanto, con lettera del 26 settembre 2008, ricevuta da Vodafone il 2 ottobre 2008, ha segnalato all'operatore le criticità sopra riassunte, diffidandolo a non procedere ad alcuna modificazione contrattuale.

Successivamente, non avendo ricevuto i chiarimenti richiesti, ed avendo, per contro, il gestore proseguito nella preannunciata rimodulazione, il sig. Carmeni ha esperito il tentativo obbligatorio di conciliazione con esito negativo (poiché il gestore non ha aderito alla domanda nei termini previsti) e si è poi rivolto all'Autorità per la definizione della controversia.

L'utente ha richiamato, peraltro, la delibera n. 38/09/CONS, con cui l'Autorità ha sanzionato l'operatore Vodafone per violazione delle norme di cui alla delibera n. 96/07/CONS proprio in occasione della predetta rimodulazione, nonché la delibera resa dall'Autorità Antitrust nel procedimento PS 2077/2009, con la quale anche quest'ultima Autorità ha sanzionato il comportamento tenuto dal gestore in occasione della rimodulazione tariffaria.

In conclusione l'istante ha richiesto la liquidazione di un indennizzo per l'intervenuta illegittima modifica delle condizioni del piano tariffario e per la mancata risposta ai reclami inviati, oltre interessi e rimborso delle spese sostenute.

L'operatore, sentito in udienza, si è limitato a dichiarare di aver già fornito ogni chiarimento sulla rimodulazione in questione nel corso del procedimento istruttorio che ha poi condotto alla emanazione del provvedimento sanzionatorio n. 38/09/CONS, ed ha inoltre precisato che il rispetto delle norme del Codice del consumo è garantito dall'art. 18.1 delle Condizioni contrattuali, nel quale sono indicati i motivi al ricorrere

dei quali il gestore può procedere alla modifica delle clausole contrattuali e dei piani tariffari. Vodafone ha, dunque, concluso nel senso che alcun indennizzo deve essere riconosciuto al sig. Carmeni.

## **II. Motivi della decisione**

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le istanze formulate dall'utente possono essere parzialmente accolte.

In primo luogo, la domanda relativa al riconoscimento di un indennizzo per l'intervenuta rimodulazione, considerata dall'utente illegittima per tutti i motivi sopra esposti, è infondata.

Ed invero, è noto che ai sensi dell'articolo 70, comma 4, del Codice delle comunicazioni elettroniche (CCE), gli operatori hanno la facoltà di modificare le proprie offerte sul mercato, purché rispettino, di volta in volta (vale a dire in occasione di ogni rimodulazione, a prescindere dai giustificati motivi generali indicati "a monte" nella contrattualistica, in ottemperanza a quanto previsto dal Codice del consumo), gli adempimenti stabiliti nella predetta norma speciale (comunicazione all'utente del contenuto delle modifiche con preavviso di almeno 30 giorni rispetto alla loro efficacia e riconoscimento del diritto di recedere senza penali qualora l'utente non accetti le nuove condizioni).

Pertanto, una volta che l'operatore abbia adempiuto al disposto dell'articolo 70, comma 4, CCE, la rimodulazione è da ritenersi legittima (nonché espressione di uno *ius variandi* attribuito per legge) e lo strumento di tutela a disposizione dell'utente è quello del recesso senza penali, per permettergli una agevole migrazione verso offerte di altri operatori ormai ritenute più convenienti.

Va allora evidenziato che rispetto alla specifica rimodulazione qui in esame, l'Autorità, nell'emanare il provvedimento sanzionatorio n. 38/09/CONS, citato dallo stesso utente, ha già affermato che Vodafone, nel corso del procedimento, era divenuta adempiente alle disposizioni dell'art. 70, comma 4, CCE (ed infatti ha sanzionato l'operatore soltanto per il pregresso e, peraltro, per la violazione di una norma diversa).

Si legge, infatti, nel penultimo "Ritenuto" della delibera predetta "... *che le misure poste in essere dall'operatore Vodafone Omnitel successivamente alla notifica dell'atto di contestazione n. 19/08/DIT possano ritenersi idonee a garantire il rispetto della disciplina di cui all'articolo 70, comma 4, del decreto legislativo 269/2003, in ottemperanza alla diffida di cui al summenzionato atto di contestazione*".

Ne consegue che nessun indennizzo deve essere riconosciuto all'utente per la predetta rimodulazione, poiché lo stesso, ove insoddisfatto delle nuove condizioni, ben poteva migrare verso un altro operatore (ciò che peraltro ha fatto); d'altro canto, nonostante la carenza di trasparenza che il sig. Carmeni ha denunciato (perché la rimodulazione è stata presentata come una mera semplificazione e aggregazione dei piani) non vi è alcun dubbio che il medesimo ha perfettamente compreso che si trattava di una modifica tariffaria, perché su questo punto la sua missiva del 26 settembre 2008 (inviata ancor prima che scadesse il termine per l'esercizio del diritto di recesso) è chiarissima.

Ciò premesso, per ciò che concerne la richiesta di un indennizzo per la mancata risposta ai reclami del 26 settembre 2008 e del 9 marzo 2009, deve affermarsi che con riferimento alla prima missiva non è possibile accogliere la domanda per due ordini di motivi.

In primo luogo, appare infatti impossibile ricondurre la fattispecie concreta, oggetto di disamina, alla ipotesi disciplinata dall'articolo 8, comma 4, allegato A, della delibera 179/03/CSP in combinato disposto con l'articolo 11 comma 2, allegato A, della medesima delibera, che prevede l'obbligatorietà della risposta in forma scritta entro quarantacinque giorni in caso di rigetto del reclamo, e il cui mancato rispetto è idoneo a far sorgere, in capo all'utente, il diritto al riconoscimento di un indennizzo.

Si deve ricordare, difatti, che l'articolo 1, comma 1, lettera d), allegato A, della delibera 179/03/CSP, definisce il "reclamo" come "*l'istanza con cui l'utente si rivolge direttamente all'organismo di telecomunicazioni per segnalare un disservizio, ovvero una questione attinente l'oggetto, le modalità o i costi della prestazione erogata*" e che le norme definitorie, come noto, hanno la funzione di individuare l'ambito di riferimento della disciplina, limitandone altresì l'ambito di applicazione, con la conseguenza che deve ritenersi esclusa l'applicabilità della citata Direttiva a tutte le comunicazioni che non siano riconducibili alla nozione di reclamo ivi contenuta.

Al riguardo, si osserva che nella missiva del 26 settembre 2008, acquisita in atti, il sig. Carmeni non ha segnalato un disservizio ovvero una problematica attinente all'oggetto, alle modalità o ai costi della prestazione erogata, ai sensi di quanto previsto dal citato articolo 1, comma 1, lettera d), allegato A, della delibera 179/03/CSP, ma si è limitato, per contro, a diffidare la società Vodafone dall'effettuare la preannunciata rimodulazione e dall'applicare condizioni tariffarie peggiorative, contestandone la legittimità per tutti i motivi sopra esposti.

Fermo quanto sopra, in secondo luogo va anche osservato che la domanda dell'utente relativa ad un indennizzo per la mancata risposta al reclamo non avrebbe comunque potuto essere accolta, in quanto lo stesso utente, nella successiva lettera del marzo 2009, ammette che, in verità, l'operatore gli ha fornito nel mese di ottobre 2008 una risposta scritta alla missiva del 26 settembre 2008 (risposta ritenuta, tuttavia, "inconsistente" ed "evasiva" dall'utente).

Al riguardo si ricorda che, per casi simili, l'Autorità ha già chiarito che il fatto che l'utente rimanga insoddisfatto della risposta ricevuta non implica necessariamente l'illegittimità del comportamento dell'operatore sotto il profilo della "mancanza di dialogo" con il proprio cliente, da cui scaturisce, ai sensi della citata delibera 179/03/CSP, il diritto all'indennizzo da mancata risposta al reclamo (si veda la delibera 42/11/CIR).

Ciò premesso in ordine alla missiva del 26 settembre 2008, resta comunque da rilevare che, a seguito della ormai intervenuta rimodulazione, con la lettera del 9 marzo 2009, l'utente, illustrando quanto sofferto, ha formulato una precisa richiesta di risarcimento dei danni nei confronti dell'operatore, che è però rimasta totalmente disattesa.

Ne consegue che in questo caso l'utente ha diritto, ai sensi delle norme sopra citate, alla liquidazione di un indennizzo per la mancata risposta al reclamo come sopra

inviato, poiché l'operatore ha completamente ignorato le sue richieste, violando così quel dovere di dialogo che – pur lasciando libere le parti di mantenere le proprie posizioni – impone comunque di comunicare con la clientela.

Per quanto concerne la determinazione della misura dell'indennizzo, può farsi riferimento alla Carta dei servizi dell'operatore Vodafone, che (per il caso analogo di reclami in materia di addebiti) si impegna a rispondere entro 45 giorni dalla richiesta ed a riconoscere un indennizzo di 5 euro *pro die* per ogni giorno di ritardo nella risposta.

Tale indennizzo *pro die* deve essere moltiplicato per il periodo di ritardo intercorrente tra la data del reclamo che fu inviato via fax (9 marzo 2009, alla quale vanno aggiunti i 45 giorni utili per fornire la risposta), e dunque dal 23 aprile 2009, fino alla data dell'istanza dinanzi a quest'Autorità, 1° settembre 2009, posto che, da un lato, non avendo il gestore partecipato all'udienza per il tentativo obbligatorio di conciliazione, il dovuto dialogo non si è avuto neanche in quella sede e che, dall'altro, non possono comunque condividersi le argomentazioni dell'utente rispetto alla necessità di calcolare l'indennizzo fino all'attualità perché il ritardo ancora persisterebbe.

Su quest'ultimo punto è infatti ragionevole ritenere che una volta che la parte che si ritiene lesa, fallito il tentativo di conciliazione, decida di deferire la controversia ad un terzo arbitro che abbia il potere di emanare un atto vincolante, la fase di possibile dialogo e contraddittorio con l'operatore, finalizzata alla ricerca di una soluzione aziendale delle questioni (vale a dire la fase che l'indennizzo da mancata risposta al reclamo ha lo scopo di tutelare), può considerarsi terminata. La soluzione della lite, invero, ormai compete ad un terzo e non alle parti, a meno che queste ultime vogliano ancora trovarla in pendenza della definizione (ma non vi sono più certamente obbligate ai sensi delle norme della delibera 179/03/CSP sopra citate).

L'indennizzo di 5 euro deve quindi essere moltiplicato per un totale di 131 giorni, e l'importo da riconoscere è pari a euro 655,00 (seicentocinquantacinque/00).

RITENUTO, per quanto sopra esposto, che la domanda proposta dall'utente Carmeni sia da accogliere parzialmente nel senso spiegato;

RITENUTO, inoltre, per quanto concerne le spese di procedura, che ai sensi dell'art. 19, comma 7, del regolamento, sia equo liquidare in favore dell'istante l'importo onnicomprensivo di euro 50,00 (cinquanta/00), in considerazione del fatto che il tentativo di conciliazione si è svolto nella sua città di residenza e che l'udienza di discussione nell'ambito del procedimento di definizione si è svolta a distanza;

RITENUTO che gli indennizzi e/o i rimborsi riconosciuti dall'Autorità all'esito della procedura devono soddisfare, ai sensi dell'articolo 84 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche, il requisito dell'equità, e pertanto tenere indenne l'istante dal decorso del tempo necessario alla definizione della procedura;

VISTA la proposta della Direzione tutela dei consumatori;

UDITA la relazione del Commissario Roberto Napoli, relatore ai sensi dell'articolo 29 del Regolamento per l'organizzazione ed il funzionamento;

### **DELIBERA**

1. In parziale accoglimento dell'istanza presentata dall'utente Carmeni in data 1° settembre 2009, la società Vodafone Omnitel N.V. è tenuta a riconoscere in favore dell'istante, tramite assegno bancario o bonifico, le seguenti somme, determinate e calcolate come in motivazione:

- i. euro 655,00 (seicentocinquantacinque/00) a titolo di indennizzo per la mancata risposta al reclamo;
- ii. euro 50,00 (cinquanta/00) a titolo di rimborso delle spese di procedura, con la precisazione che le somme riconosciute a titolo di rimborso o indennizzo dovranno essere maggiorate della misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia.

2. La Società è tenuta, altresì, a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

E' fatta salva la possibilità per gli utenti di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito, come previsto dall'articolo 11, comma 4, della delibera n. 179/03/CSP.

Ai sensi dell'articolo 19, comma 3, del Regolamento di cui alla delibera n. 173/07/CONS, il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell'articolo 119 del medesimo Codice, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sul sito web dell'Autorità [www.agcom.it](http://www.agcom.it).

Roma, 3 novembre 2011,

**IL PRESIDENTE**

Corrado Calabrò

**IL COMMISSARIO RELATORE**

Roberto Napoli

Per visto di conformità a quanto deliberato

IL SEGRETARIO GENERALE  
Roberto Viola