

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

S. GIORDANO / TELECOM ITALIA XXX

(LAZIO/D/714/2016)

Registro Corecom n. 14/2017

IL DIRIGENTE

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, recante “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, recante “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 “Codice delle comunicazioni elettroniche”;

VISTO l’Accordo quadro tra l’Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, sottoscritto in data 4 dicembre 2008;

VISTA la Convenzione per l’esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni del 16.12.2009 e in particolare l’art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, recante “Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti”, di seguito “Regolamento”;

VISTA la delibera n. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori”;

VISTA l’istanza dell’utente S. Giordano presentata in data 29.09.2016 nei confronti dell’operatore Vodafone XXX;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante introduceva il presente contenzioso lamentando che in data 17.11.2015, l’operatore aveva illegittimamente variato il proprio piano tariffario da “Vodafone People Ric” a “Vodafone 19” nonostante lo avesse rassicurato del contrario mediante risposta ad apposito reclamo via sms.

Più diffusamente, dal testo del successivo reclamo del 21.8.2015 allegato all’istanza, emergeva quanto segue :

- che il 14.8.2015, alle ore 12.14, riceveva sulla propria utenza mobile, un sms del seguente tenore: *“dal 28 settembre il tuo piano tariffario entrerà nel mondo Exclusive: Hai il Servizio clienti dedicato per parlare direttamente con un operatore potrai andare al cinema in 2 al prezzo di 1 solo biglietto. Tutto incluso nel tuo piano che diventa Vodafone*

19 e costerà 1,9 euro in più al mese. Per informazioni complete o per recedere gratuitamente chiama il 42593”;

- inoltrava perciò reclamo compilando i campi del form dedicato attraverso la piattaforma dell’assistenza clienti e, riceveva il codice (18) assegnato alla pratica; il giorno seguente riceveva un sms con risposta : “*Ti confermiamo che hai rinunciato a Vodafone Exclusive; Vodafone Exclusive non farà più parte del tuo piano tariffario*”.
- che egli era cliente Vodafone con il piano tariffario “Vodafone People” poi trasformato in “Vodafone People Ric” e che il Piano “Vodafone 19” era largamente peggiorativo di quello vigente.

Nel diffidare il gestore dall’apportare “*qualsivoglia ulteriore variazione del piano tariffario Vodafone People*” senza esplicito consenso, auspicava una “*maggiore trasparenza nella denominazione delle tariffe*” contestando “*l’arbitrarietà con la quale senza giustificato motivo procedete a variazioni unilaterali* “ e auspicando altresì “*un intervento dell’Authority in merito a quanto da me segnalato*” .

Alla luce di quanto esposto, l’utente richiedeva:

- i. Ripristino immediato del profilo “Vodafone People Ric” ;
- ii. Penale per travisa risposta al reclamo, peraltro ingannevole rispetto alla successiva rimodulazione operata sulla proprio piano.
- iii. Indennizzo per attivazione di profilo tariffario a condizioni peggiorative;
- iv. Riconoscimento dell’illegittimità dell’Opzione Vodafone Exclusive in violazione degli art. 33 e 65 del Codice del Consumo
- v. Indennizzo per il tempo sottratto alla propria attività per la redazione dei ricorsi

2. La posizione dell’operatore Vodafone.

Vodafone, sebbene raggiunta dalla comunicazione di avvio, non si è costituita nel presente procedimento.

3. Motivazione della decisione.

In rito.

Preliminarmente, si osserva che l’istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità di cui all’art. 14, comma 3 del Regolamento, ed è pertanto proponibile ed ammissibile.

Sono tuttavia inammissibili le domande sub i) e sub v), entrambe estranee alla cognizione del Corecom come delimitata dall’art.19, comma 4 del Regolamento ex Del.173/07/CONS, che prevede la possibilità di disporre storni o rimborsi di somme e liquidazione di indennizzi in conseguenza dell’accertamento della sussistenza di eventuali inadempimenti contrattuali; peraltro la domanda sub v) è di evidente natura risarcitoria mentre l’accertamento del danno è rimesso alla cognizione esclusiva del giudice ordinario.

Sulla “Vodafone Exclusive”

Attesa l’impostazione data dall’utente alla presente controversia, non si rinviene alcuna attinenza, né incidenza della domanda di cui alla lett. iv) -illegittimità della rimodulazione Vodafone

Exclusive perché in violazione degli art. 33 e 65 del Codice del Consumo- sulla decisione del caso concreto cui, giova ribadire, è finalizzato il presente procedimento così come contemplato, a livello di fonte primaria, dall'art.84 del CCE; l'utilizzo improprio del ricorso per finalità ad esso estranee è peraltro confermata dalla precedente e atipica domanda formulata in sede di tentativo obbligatorio di conciliazione *“Risarcimento del tempo impiegato a far valere i propri diritti, visto che Vodafone, probabilmente non temendo particolarmente la sanzione conseguente, ritiene comunque economico operare illegittimamente tali variazioni, in quanto statisticamente, non tutti hanno tempo, né tanto meno voglia, di fare quello che sto cercando di fare io con questo ricorso, come tutti gli altri ricorsi che saranno necessari: DISSUADERLA DAL PERSEVERARE”*

Orbene, a differenza delle numerose, altre controversie intentate dal medesimo utente su fattispecie analoghe riguardanti operazioni massive di rimodulazione contrattuale, dove la valutazione sulla pratica commerciale era necessitata dalla propedeuticità della stessa alla risoluzione del caso singolo (posizione peraltro assunta sulla scorta di procedimenti istruttori condotti dalle Autorità di Regolazione, sotto diversi profili competenti per materia), in quanto concretamente ed attualmente lesiva della posizione giuridica soggettiva dell'utente, diversamente, dalla odierna rappresentazione dei fatti, non risulta alcun interesse concreto ed attuale dell'utente ad una declaratoria di illegittimità della manovra “Vodafone Exclusive” ai sensi dei citati artt. del Codice del Consumo, in quanto essa risulta oggettivamente scollegata dal dedotto fatto/inadempimento di variazione del p.t. dell'utente, non riconducibile a detta manovra se non in virtù di un nesso eziologico del tutto soggettivo introdotto dall'utente e perciò estraneo all'indagine fattuale dell'organo adito.

Peraltro, anche solo *ratione materiae*, si ricorda ancora una volta a favore dell'utente, che la conformità o meno di una pratica commerciale rispetto al Codice del Consumo, oltre a non poter essere fatta oggetto di un procedimento stragiudiziale di risoluzione delle controversie tra utente –*uti singuli*– e operatore di TLC, -se non *incidenter tantum* nel senso sopra ricordato- è di esclusiva competenza dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Venendo a quanto dedotto, è l'utente stesso a riferire di aver ricevuto un sms che lo preavvisava che dal 28 settembre 2015 gli sarebbe stata applicata l'offerta Vodafone Exclusive comprendente una serie di opzioni a fronte di un cambio del piano vigente e che aveva la possibilità di rifiutarla; è sempre l'utente a riferire di aver inoltrato un reclamo di contestazione dell'opzione attraverso compilazione automatica sulla piattaforma dedicata; ed è, infine, ancora l'utente a riferire che la contestazione è stata lavorata dall'operatore come rifiuto/rinuncia all'attivazione e l'offerta quindi non è stata attivata, come si evince dal testo del sms riportato in calce nel successivo reclamo del 21.8.2015: *“Vodafone: Ti confermiamo che hai rinunciato a Vodafone Exclusive. Vodafone Exclusive non farà parte del tuo piano tariffario”*

Pur non essendo affatto rilevante ai fini della decisione sul successivo, dedotto cambio del p.t. da Vodafone People Ric in Vodafone 19, né di competenza dell'organo la valutazione sulla condotta dell'operatore Vodafone in relazione alla manovra di cui trattasi, tuttavia non ci si sottrae dal richiamare alcune considerazioni sulla Vodafone Exclusive, unicamente in un'ottica di favore e chiarimento nei confronti dell'utente/consumatore che è parte debole nel vincolo contrattuale e soggetto dalla posizione non tecnicamente e giuridicamente strutturata rispetto alla controparte nel contenzioso; valutazioni svolte con salvaguardia di ogni economia procedimentale in quanto già giurisprudenza di questo Corecom.

L'odierno istante assume che la rimodulazione Vodafone Exclusive preavvisata con sms del 14.8.2015, violi l'art. 33, comma 2, lett. m, Codice del Consumo ed il successivo art. 65.

L'utente non coglie il punto di diritto.

La prospettazione offerta infatti, pare investire il profilo della legittimità delle clausole contrattuali che abilitano i gestori di telefonia ad operare variazioni unilaterali dei piani tariffari pur in assenza di un giustificato motivo, quando ormai da anni vi è consolidata giurisprudenza che avalla pienamente la facoltà dei professionisti (non solo di TLC) al legittimo esercizio del c.d. *jus variandi*, benché presidiato dal puntuale rispetto di obblighi informativi e modalità dell'esercizio del diritto di recesso senza oneri, a tutela del contraente debole.

Ciò premesso, come noto, l'art. 33, comma 2, lettera m) del Codice del Consumo prevede che "*si presumono vessatorie fino a prova contraria*" le pattuizioni che "*consentono al professionista di modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso*".

Orbene, l'analisi della suddetta clausola contrattuale porta ad escludere la sua riconducibilità al novero delle clausole che il citato art. 33, comma 2, lett. m) del Codice del Consumo presume vessatorie, in quanto la stessa non pare introdurre uno *jus variandi* suscettibile di spaziare sull'intero contenuto del programma negoziale. Il precetto negoziale esaurisce la sua efficacia nell'ammettere variazioni di costo del servizio pattuito, limitandosi cioè a consentire all'operatore di determinare unilateralmente un aumento di prezzo del servizio e riconosce, in siffatta evenienza, il diritto dell'utente di recedere dal contratto. Né si può ritenere, d'altronde, che il prezzo sia annoverabile tra quelle "*caratteristiche del prodotto o del servizio*" che sono prese in considerazione dal citato art. 33, comma 2, lett. m), che sancisce la presunta vessatorietà di tutte le clausole che abilitano a modificare unilateralmente tali elementi senza essere "accompagnate" dalla indicazione dell'apposito "giustificato motivo". All'elemento del prezzo è infatti dedicata la disposizione speciale della lettera o) dello stesso comma, che assume quindi valore prevalente e assorbente.

La circoscritta portata della clausola in argomento consente di propendere – in ossequio al principio di specialità - per il suo inquadramento nell'ambito del citato articolo 33, comma 2, lett. o) del Codice del Consumo, il quale richiede, al fine della presunzione di vessatorietà, due distinti elementi: la fissazione, da parte del professionista, di un prezzo finale "eccessivamente elevato" e la mancanza della previsione, per tale eventualità, di un diritto di recesso a favore del consumatore. Elementi, questi, che si ritiene non ricorrano nella fattispecie in esame, ove è esplicitamente riconosciuto agli utenti il diritto di recedere dal contratto, nonché un canone mensile adeguato all'accessorietà del servizio.

Ciò premesso sulla legittimità dello *jus variandi*, la condotta del gestore, andava semmai esaminata, *prima facie*, alla luce di tutt'altro profilo normativo, anch'esso di rango primario, quale il richiamato articolato disposto dagli artt. 70 e 71 del Codice delle Comunicazioni elettroniche e, in particolare il comma 4 dell'art.70 che così recita: "*Gli abbonati hanno il diritto di recedere dal contratto, senza penali, all'atto della notifica di proposte di modifiche delle condizioni contrattuali. Gli abbonati sono informati con adeguato preavviso, non inferiore a un mese, di tali eventuali modifiche e sono informati nel contempo del loro diritto di recedere dal contratto, senza penali, qualora non accettino le nuove condizioni.*"

Inoltre va precisato che, anche a voler tutto concedere all'interpretazione di parte istante circa la rispondenza della manovra all'uno o ad altro comma dell'art.33, appare viepiù contraddittoria la dedotta violazione anche dell'art.65 del Codice del Consumo che contempla fattispecie diversa, quale quella dell'attivazione di "servizi supplementari non richiesti", non oggetto di consenso espresso da parte del consumatore.

Ciò precisato, a fini di chiarezza per l'utente circa la delimitazione giuridica (e concettuale) delle fattispecie da questi contraddittoriamente evocate quali applicabili al medesimo fatto-inadempimento, pare quanto mai opportuna una ricostruzione fattuale della manovra e del successivo sviluppo in termini sanzionatori da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che sulla stessa ha svolto un procedimento sanzionatorio.

Il servizio Vodafone Exclusive, attuato da Vodafone a partire dal 31 agosto 2015 nei confronti degli utenti mobili non business prevedeva, a fronte di un addebito mensile pari a 1,90 euro, aggiuntivo rispetto ai costi previsti dal piano tariffario del consumatore: (a) navigazione sulla rete 4G; (b) promozione cinema nelle sale aderenti; (c) accesso al servizio clienti dedicato 193. A partire dalla seconda metà di luglio 2015, l'operatore comunicava, tramite sms o in fattura che avrebbe effettuato l'attivazione automatica di Vodafone Exclusive, trascorsi 30 giorni dall'invio della suddetta comunicazione, presentando tale operazione come una modifica contrattuale ai sensi dell'articolo 70 c.4 del Decreto Legislativo 259/2003 o (CCE). Il professionista ha, poi, automaticamente proceduto ad addebitare il costo mensile di 1,90 euro a partire dal 31 agosto 2016, nel caso in cui il consumatore non si fosse attivato per rifiutare Vodafone Exclusive imponendo così ai consumatori che non volessero accettare il pagamento aggiuntivo, l'obbligo di manifestare il proprio dissenso tramite due opzioni: - o esercitando il diritto di recesso dal contratto, ai sensi dell'articolo 70 comma 4 CCE, entro trenta giorni dalla data di ricevimento della comunicazione in fattura o via sms, accedendo alla pagina variazioni.vodafone.it oppure attraverso l'apposito modulo; - o comunicando la rinuncia al servizio Vodafone Exclusive per mantenere, così, le proprie attuali condizioni, rivolgendosi al numero gratuito 42593 oppure su voda.it/exclusive (modalità opt-out).

Nonostante la posizione difensiva assunta dal gestore circa l'ascrivibilità della manovra alla fattispecie delle modifiche unilaterali di contratto ex art. 70, co.4 CCE, l'Autorità formulava un convincimento opposto circa la configurabilità della Vodafone Exclusive quale "vero e proprio servizio accessorio aggiuntivo" rispetto al quale, dunque, il comportamento richiesto all'utente dell'opt-out, a fronte di un'attivazione prevista come automatica, non era adeguato e in palese violazione dell'art.65 del Codice del Consumo. Lo stesso infatti si presentava come un'unica offerta nuova, non scomponibile nei suoi elementi, in quanto costituita da un insieme di opzioni, presentate in un pacchetto unico, rispetto alla quale era consentito rifiutare solo l'intero, non le singole componenti: Qualora si fosse trattato di una mera modifica delle prestazioni base del contratto dati e voce, non sarebbe stato possibile rinunciarvi, -come invece è stato proposto- senza trovarsi nell'impossibilità di utilizzare il servizio base offerto, cioè l'oggetto stesso del contratto. La possibilità di mantenere le condizioni di base preesistenti metteva invece il consumatore, nella condizioni di scegliere tra due opzioni: attivare V.E. o non attivarlo, con tipico meccanismo di una nuova offerta. Tali offerte, concludeva pertanto l'Agcm, devono essere scelte e accettate dal consumatore, attraverso consenso espresso, prima dell'attivazione, attraverso il meccanismo dell'opt-in.

Ciò posto, si ribadisce, l'offerta non è stata attivata sull'utenza dell'utente, considerato il tenore delle sue stesse dichiarazioni nonché l'sms di conferma asseritamente ricevuto dal gestore. Non vi è dunque materia del contendere sul punto.

Nel merito.

Sull'attivazione di piano tariffario non richiesto.

Deduce l'utente di essersi avveduto, da un controllo sulla sim, che nonostante la risposta resa dal gestore al reclamo del 21.8.2015, laddove confermava la non attivazione di Vodafone Exclusive, risultava attivato il piano tariffario Vodafone 19, attinente proprio a quella offerta, già partire dal 17.11.2015.

In base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, si richiama il principio più volte affermato nella consolidata giurisprudenza di legittimità, secondo il quale il creditore che agisce per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte; sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto un inesatto adempimento dell'obbligazione, al creditore istante sarà sufficiente allegare tale inesattezza, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento o che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile ex art. 1218 cod. civ, ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta Servizi.

Ai sensi del richiamato criterio di riparto probatorio, l'utente è onerato di uno specifico obbligo di allegazione dei fatti a supporto della propria pretesa che in tale procedimento non sono supportati da documentazione idonea.

Nel contestare infatti l'applicazione non richiesta sulla propria sim del piano tariffario Vodafone 19, l'utente non ha provato la circostanza specifica del fatto lamentato, in quanto dalla schermata prodotta in atti non vi è alcuna prova che la Sezione "Servizi e Promozioni Attive" dove compare il piano Vodafone 19 si riferisca alla sim oggetto di controversia (che non risulta in alcun campo); la circostanza è quanto mai rilevante essendo l'utente intestatario di numerose utenze Vodafone, parimenti fatte oggetto di contenzioso presso questo Corecom); analoga considerazione deve farsi riguardo alla prova della fonte negoziale rispetto alla quale si configurerebbe il fatto/inadempimento (cambio piano), ovvero il piano tariffario previgente Vodafone People Ric riportato in calce nel reclamo, senza alcuna prova della sua riferibilità all'utenza.

Ma vi è di più. Richiamato quanto già diffusamente esposto in premessa in ordine alla non certa imputabilità del lamentato cambio piano all'offerta Vodafone Exclusive, il raffronto tra le condizioni tariffarie praticate in base al Vodafone 19 e quelle inerenti al precedente piano Vodafone People Ric, evidenzia ancora una volta la non pertinenza del cambio piano alla Vodafone Exclusive, che prevedeva un aumento di Euro 1,90 in più rispetto al piano vigente di ciascun utente (in calce al reclamo, la schermata Vodafone 19 riporta, peraltro, quale contributo mensile Euro 0 al mese) ; coerentemente infatti, l'utente non ha provato alcun esborso mensile aggiuntivo in relazione alla dedotta applicazione dell'opzione, -non chiedendo quindi alcun rimborso- costo mensile che stanti le condizioni più volte descritte della V.E. sarebbe dovuto risultare.

In conclusione, anche in ottica di estremo favore alle deduzioni dell'utente, la mancanza di prova in ordine alla fonte negoziale della pretesa con riferimento all'utenza in esame, non consente di valutarne la fondatezza e la domanda di indennizzo non può essere accolta.

4. Sulla ritardata risposta al reclamo.

L'utente si è lamentato per aver ricevuto con ritardo la risposta al reclamo inoltrato tramite PEC in data 21.8.2015, depositando in atti la risposta di Vodafone del 6.11.2015.

Sebbene non vi sia in atti la prova di consegna via pec del reclamo, l'invio può ritenersi provato mediante prova della risposta. La domanda di indennizzo da ritardo è accoglibile.

L'utente ha pertanto diritto, detratti i 45 giorni utili per la risposta come da Carta Servizi Vodafone, ad un indennizzo pari ad Euro 32,00, ai sensi dell'art.11 Allegato A alla Delibera n.73/11/CONS.

5. Sulle spese di procedura.

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è previsto dall'art. 19, comma 6, del Regolamento, che sancisce inoltre che nel determinare rimborsi ed indennizzi si tenga conto "del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione".

Nel caso di specie, considerata la pressoché totale soccombenza ed il modico valore della controversia, nonché le modalità di redazione degli atti ai sensi dell'art.16, 2bis del Regolamento e delle Linee Guida ex Delibera 273/13/CONS, si ritiene equa la compensazione totale delle spese tra le parti.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL DIRIGENTE

VISTO l'art.19 comma 7 della delibera Agcom 173/07/CONS che attribuisce al dirigente della struttura amministrativa del Corecom la definizione delle controversie di modesta entità, che hanno ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente l'importo di Euro 500,00;

DETERMINA

1. Accoglie parzialmente l'istanza del sig. S. Giordano nei confronti della società Vodafone Italia XXX.
2. La società Vodafone Italia XXX è tenuta a pagare in favore dell'istante l'importo di Euro 32,00= trentadue/00=) ai sensi dell'art. 11 allegato A alla Delibera 73/11/CONS, oltre interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza.
3. La società Vodafone Italia XXX è, altresì, tenuta a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.
4. Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259.
5. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.

6. Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, 07/03/2017

Il Dirigente
Aurelio Lo Fazio
Fto