

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
S. GIORDANO / TELECOM ITALIA XXX
(LAZIO/D/650/2016)

Registro Corecom n. 15/2017

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 06.09.2016 nei confronti dell’operatore Telecom Italia XXX;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante introduceva il presente contenzioso lamentando che in data 17/05/2016 riceveva un sms che lo informava che dal 16/06/2016, sarebbero cambiate le condizioni economiche del piano tariffario base che avrebbe fatto parte dei piani tariffari Prime Go al costo di 49 cent a settimana. Lo stesso giorno l’utente provvedeva a comunicare tramite pec all’operatore la diffida dal procedere a tali addebiti non avendo nessuna intenzione di recedere da qualcosa che non aveva mai richiesto, né cambiare operatore, ma non riceveva nessuna risposta.

Alla luce di quanto esposto, l’utente richiedeva:

- Indennizzo per comportamento dell’operatore in violazione dell’art. 33, comma 2, lett. m del Codice del Consumo per vessatorietà della modifica unilaterale in assenza di

“giustificato motivo”;

- Indennizzo per mancato rispetto dell'art. 65 Cod. Consumo in base al quale se il professionista non ottiene il consenso espresso del consumatore per qualsiasi pagamento supplementare ma l'ha dedotto utilizzando opzioni prestabilite che il consumatore deve rifiutare per evitare tale pagamento, il consumatore ha diritto al rimborso di tale pagamento;
- Indennizzo per il mancato riscontro scritto alla diffida del 17/05/2016;
- Indennizzo per modifica unilaterale del piano tariffario di base in Prime Go.

2. La posizione dell'operatore Telecom.

Con memoria difensiva depositata in data 12/10/2016, l'operatore eccepiva l'infondatezza di tutti gli addebiti mossi nella vicenda narrata dall'istante: Telecom ha esercitato il proprio *ius variandi* in totale rispetto della normativa vigente, in particolare il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, il cui art. 70 comma 4 prevede espressamente che le aziende possano modificare le proprie offerte informando il cliente con un preavviso di almeno un mese, obbligo a cui Telecom ha ottemperato attraverso l'invio di appositi sms informativi, come peraltro ammesso dall'utente.

Precisava che, una volta adempiuto a quanto disposto dal sopramenzionato articolo, la rimodulazione è da ritenersi legittima e lo strumento di tutela a disposizione dell'utente è quello del recesso senza penali.

Dichiarava di aver dato ampia visibilità a tale manovra tariffaria, ricorrendo sia ad una campagna informativa all'interno del proprio sito web, sia sui principali quotidiani a diffusione nazionale, nonché tramite invio di comunicazione del 21/03/2016, anticipata via email in data 02/03/2016.

3. La replica dell'utente

L'istante, in replica alla memoria di Telecom, contestava quanto segue.

In prima analisi contestava l'interpretazione da parte del gestore, del comma 4 dell'art. 70 del Codice delle Comunicazioni elettroniche, poiché in assenza di “giustificati motivi”, ogni rimodulazione contrattuale è da ritenersi illegittima.

In forza di tale principio, richiamava stralcio del comunicato stampa diffuso da Agcom il 25 marzo 2016, dove l'Autorità diffidava l'operatore all'applicazione di tale variazione contrattuale.

Contestava inoltre la dichiarazione del gestore in ordine all'ampia visibilità della manovra tariffaria attraverso il sito web per la farraginosità delle procedure di accesso all'informazione. Precisava, dunque, che la propria censura su tale manovra si incentrava sull'assenza di un giustificato motivo e non sulla tempistica del preavviso.

Seguono poi considerazioni inconferenti con gli atti e i fatti di causa e irrilevanti per la decisione, che per economia procedimentale si omettono.

4. Inammissibilità delle repliche successive

La replica del gestore depositata successivamente alle repliche dell'utente, è inammissibile e stralciata al pari della replica successiva dell'utente.

5. 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.

Nel merito.

Sulla modifica unilaterale del contratto

L'odierno istante deduce, alla data del 17/05/2016, la ricezione di un sms che lo informava del cambiamento delle condizioni tariffarie del suo profilo base, che avrebbe fatto parte dei piani Prime Go, in violazione, nella propria ricostruzione, dell'art. 33, comma 2, lett. m, Codice del Consumo.

L'impostazione data alla controversia dall'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, 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 *ius 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 esaminata semmai, *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.”*

Peraltro, sull’ascrivibilità all’art.70 di altre, note manovre di modifica contrattuale, questo Corecom, sulla scorta di posizioni già espresse dalle Autorità di regolazione competenti (Agcom e Agcm) ha avuto già modo di pronunciarsi .

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 richiesta di indennizzo per presunta violazione dell’art.65 del Codice del Consumo che contempla fattispecie diversa, quale quella dell’attivazione di “servizi supplementari non richiesti” perchè non oggetto di consenso espresso da parte del consumatore condotta che, nell’accezione codicistica, attiene alla fase precontrattuale; peraltro è la norma stessa che, nel sanzionare col mero rimborso di addebiti non dovuti la condotta pre contrattuale tenuta dal gestore, esclude eventuale ristoro mediante indennizzo.

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 delle vicende alternativamente richiamate dalle parti in controversia, il cui oggetto è esclusivamente, la modifica contrattuale denominata “TIM PRIME GO”.

Orbene tale rimodulazione, operata da Telecom il 15.7.2016, è ascrivibile alla fattispecie delle modifiche unilaterali del condizioni contrattuali consentite dall’art.70, comma 4 CCE e, come tale legittima, previo rispetto nella comunicazione all’utenza, dei requisiti normativi previsti sotto il profilo sia temporale che contenutistico.

Diversamente, la precedente rimodulazione denominata “TIM PRIME” avviata nel mese di aprile 2016 e preavvertita nel mese di marzo, aveva suscitato dubbi di legittimità per le caratteristiche del contenuto, delle modalità di recesso mediante comportamento attivo dell’utente e relativi profili informativi, tanto da indurre l’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni a procedere nei confronti di Telecom mediante diffida all’attivazione e l’Autorità Garante per la Concorrenza ed il mercato, ad aprire un procedimento istruttorio sulla pratica commerciale posta in essere (P.S. 10397)

Il procedimento è stato impostato per violazione, tra gli altri profili, dell'art.65 del Codice del Consumo che vieta, come già citato, al professionista di vincolare il consumatore ad un'offerta che comporti un pagamento supplementare alla numerazione concordata con il contratto principale, senza che ne sia stato preventivamente acquisito il consenso espresso (c.d. opt-in) .

Nell'ambito del medesimo procedimento, l'Agcom , chiamata a rendere il parere di rito trattandosi di TLC, si è chiaramente espressa nel qualificare l'operazione TIM PRIME un comportamento non conforme alle disposizioni dell'articolo 70 CCE in considerazione del fatto che, nella fattispecie in esame, *“la manovra non rappresentava una legittima modifica delle condizioni contrattuali, bensì l'introduzione di prestazioni e costi nuovi e mai richiesti dagli utenti”*. Agcom specifica che *“l'operatore, alterando sostanzialmente la natura del contratto originario, “con innesto di un quid novi nel quadro negoziale inizialmente concordato tra le parti, ossia l'attivazione di un servizio aggiuntivo[...].”*

Nei fatti, Telecom sospendeva l'operazione “Tim Prime” senza incidenza alcuna sui contratti vigenti, né per modalità di fruizione, né per costi, provocando pertanto l'archiviazione del procedimento da parte dell'Agcm, che prendeva atto della rinuncia di Telecom alla rimodulazione e non muoveva alcuna censura alla successiva rimodulazione “TIM PRIME GO”, della quale qui si controverte, pure esaminata nello stesso procedimento e sulla quale si esprimeva come segue: *“La nuova manovra, denominata TIM PRIME GO, avviata dal 15 giugno 2016, diversamente dalla manovra originaria (...) presenta le caratteristiche di una rimodulazione tariffaria riconducibile alla fattispecie disciplinata dall'articolo 70, comma 4, CCE”*

Dalle evidenze fattuali riportate nell'istruttoria condotta, è emerso infatti che il gestore ha intrapreso una campagna di informazione massiva alla clientela, tramite SMS del 17 maggio 2016, che la informava che dal 15/06 in poi, cambiavano le condizioni di alcuni costi e servizi (l'introduzione di un costo fisso di 0,49 euro a settimana che si aggiunge alle tariffe a consumo di alcuni piani base; l'attivazione in forma gratuita, su richiesta, del cliente (opt-in), di ulteriori servizi tra cui la possibilità di effettuare chiamate e inviare messaggi senza limiti verso un numero TIM preferito, la possibilità di scegliere gratuitamente un altro piano tariffario base, recedere dal contratto Telecom o passare ad altro operatore, ex articolo 70, comma 4, Codice Comunicazioni Elettroniche e articolo 6, del Regolamento adottato da AGCOM con Del. 519/15/CONS.

Tali caratteristiche sono state pertanto ritenute aderenti ed ascrivibili alla tipologia delle modifiche contrattuali apportate in attuazione dello jus variandi.

Calando doverosamente le illustrate enunciazioni di principio sul caso concreto sottoposto dall'utente al procedimento di definizione, e raffrontando pertanto la condotta tenuta dal gestore alle previsioni del comma 4 dell'art.70, emerge quanto segue.

Il gestore ha documentato prova dell'informativa resa specificamente all'utente mediante risposta al reclamo unicamente con riferimento all'operazione TIM PRIME e perciò la stessa è inconferente rispetto al caso concreto.

Quanto alla modifica successiva TIM PRIME GO della quale si controverte, è stata fornita unicamente la schermata della pagina web dell'assistenza clienti dedicata alla modifica, ma dalla stringa di accesso rinvenibile in calce alla pagina, si evince che la stessa non fosse stata posta in evidenza, anche per es. mediante semplice banner. L'utente inoltre riporta il testo dell'sms di preavviso ricevuto che non pare rispecchiare i criteri di esaustività dell'informativa prevista

all'art.70 comma 4 del CCE, mentre risulta rispettato il profilo temporale dell'avviso. Stante pertanto l'inadeguatezza dell'avviso/i all'utente circa la modifica contrattuale unilaterale "TIM PRIME GO", può ritenersi che l'utente non sia stato messo nelle condizioni di recedere/disattivare consapevolmente l'opzione ed evitare così ipotetici addebiti indesiderati, che in quanto tali andrebbero rimborsati.

Non risulta però, agli atti del presente procedimento, alcuna prova riguardante addebiti relativi all'introduzione di tale modifica, né l'utente ha avanzato richiesta, ragione per cui nessun rimborso può essere disposto a favore dell'utente e sugli addebiti è cessata la materia del contendere.

Nessun indennizzo può essere ovviamente riconosciuto per le ragioni diffusamente esposte in motivazione.

6. Sulla mancata risposta al reclamo.

L'utente si è lamentato per non aver mai ricevuto risposta al reclamo inoltrato tramite PEC in data 18/05/2016 per diffidare l'operatore dall'attivare la modifica contrattuale.

Rileva il disposto dell'articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera), secondo cui la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto.

Ed invero, l'Operatore deve fornire adeguata risposta al reclamo dell'utente al fine di dare un riscontro chiaro ed esaustivo, univoco e agevolmente dimostrabile, idoneo quindi a riequilibrare le posizioni delle parti in un dialogo che, tipicamente, non nasce paritario a causa della qualità dell'operatore come soggetto strutturalmente e numericamente superiore, organizzato e diversificato.

Nel caso in esame il Gestore non ha fornito prova alcuna dei chiarimenti forniti richiesti dall'utente in ordine alla imminente modifica del profilo tariffario.

L'utente ha pertanto diritto, detratti i 30 giorni utili per la risposta come da Carta Servizi Telecom, dal 17.6.2015 al 6.9.2016 (data dell'udienza di conciliazione) ad un indennizzo pari ad Euro 81,00, ai sensi dell'art.11 Allegato A alla Delibera n.73/11/CONS.

7. 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 l'istanza del sig. S. Giordano nei confronti della società Telecom Italia XXX.
2. La società Telecom Italia XXX è tenuta a pagare in favore dell'istante i seguenti importi:
 - Euro 81,00= (ottantuno/00=) ai sensi dell'art. 11.1 e 2 allegato A alla Delibera 73/11/CONS, oltre interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza.
3. La società Telecom 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