

PS12384 - TIM-AUMENTO GIGA

Provvedimento n. 30503

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 28 febbraio 2023;

SENTITA la Relatrice, Professoressa Elisabetta Iossa;

VISTA la Parte III, Titolo III del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante "Codice del Consumo" e successive modificazioni (di seguito, Codice del Consumo o anche CdC);

VISTO il "Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni e clausole vessatorie" (di seguito, Regolamento), adottato dall'Autorità con delibera del 1° aprile 2015, n. 25411;

VISTA la comunicazione del 5 agosto 2022, con cui è stato avviato il procedimento PS12384 nei confronti della società Telecom Italia S.p.A.;

VISTA la propria decisione del 13 dicembre 2022, con la quale, ai sensi dell'articolo 7, comma 3, del Regolamento, è stata disposta la proroga del termine di conclusione del procedimento, per particolari esigenze istruttorie;

VISTI gli atti del procedimento;

I. LE PARTI

1. Telecom Italia S.p.A. (di seguito anche "Telecom", la Società o il Professionista), in qualità di professionista, ai sensi del Codice del Consumo, avente sede legale a Milano e operante nel settore delle telecomunicazioni, con ricavi, al 31 dicembre 2021, pari a 12,4 miliardi di euro (risultante dall'ultimo bilancio certificato e pubblicato di Telecom).

II. LA CONDOTTA OGGETTO DEL PROCEDIMENTO

2. Il procedimento concerne la condotta posta in essere dal Professionista consistente nell'aver attivato automaticamente ai propri clienti titolari di scheda SIM telefonica ricaricabile 'voce, dati, sms' un servizio aggiuntivo a pagamento. In particolare, Telecom ha aumentato (fino a 2 euro) il costo mensile del piano tariffario con la contestuale offerta di Giga aggiuntivi, senza che gli utenti abbiano espresso alcun preventivo consenso al riguardo.

III. LE RISULTANZE DEL PROCEDIMENTO

III.1 L'iter del procedimento

3. In relazione alla condotta sopra descritta, in data 5 agosto 2022 è stato comunicato a Telecom l'avvio del procedimento istruttorio PS12384 per possibile violazione dell'articolo 65 del Codice del Consumo.

4. In data 19 settembre 2022 è pervenuta da Telecom la risposta alla richiesta di informazioni contenuta nella comunicazione di avvio del procedimento istruttorio con contestuale memoria difensiva e formulazione di impegni ai sensi dell'articolo 27, comma 7, del Codice del Consumo. Tali impegni, integrati in data 28 settembre e 21 ottobre 2022, sono stati rigettati dall'Autorità nella sua adunanza del 13 dicembre 2022 con comunicazione al Professionista nella stessa data.

5. Si sono svolte audizioni con Telecom in data 6 ottobre 2022 e 13 gennaio 2023.

6. In data 21 ottobre 2022 sono pervenute da Telecom un'integrazione delle informazioni fornite in data 19 settembre 2022 e la risposta alla richiesta di informazioni formulata nel corso dell'audizione tenutasi il 6 ottobre 2022.

7. In data 13 dicembre 2022 è stata comunicata a Telecom la proroga del termine di conclusione del procedimento.

8. In data 22 dicembre 2022 è stata comunicata a Telecom la data di conclusione della fase istruttoria ai sensi dell'articolo 16, comma 1, del Regolamento.

9. In data 26 gennaio 2023 è pervenuta la memoria conclusiva di Telecom.

10. In data 27 gennaio 2023, ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 27, comma 6, del Codice del Consumo, è stata inoltrata richiesta di parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni. Il parere dell'Autorità di settore è pervenuto in data 28 febbraio 2023.

III.2 Le evidenze acquisite

11. Nel corso del procedimento istruttorio è emerso che il Professionista, con una manovra iniziata a luglio 2022¹ ha comunicato via web e SMS - a circa [1-3]^{*} milioni di utenze di telefonia mobile con *bundle* di voce, dati, sms (offerte

¹ [La campagna comunicativa della manovra è stata avviata in data 1° luglio 2022 tramite sito web TIM, IVR dedicato, SMS (inviati ai clienti interessati dal 1° al 12 luglio 2022), servizio clienti 119 (dal 1° al 12 luglio 2022) (DOC 15 - Memoria del 19 settembre 2022).]

* [Nella presente versione alcuni dati sono omissi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.]

c.d. FULL) - un aumento (fino a 2 euro) del costo mensile dell'offerta mobile prepagata con contestuale offerta di Giga aggiuntivi, senza che gli utenti abbiano espresso alcun consenso al riguardo².

12. Più in dettaglio, il Professionista, con comunicazione pubblicata sul proprio sito internet in data 1° luglio 2022, ha informato che i) a partire dal 1° settembre 2022, "per le mutate condizioni di mercato" avrebbe applicato un incremento, fino a 2€, del costo mensile di alcune offerte mobili per clienti ricaricabili; ii) per tali offerte i Giga sarebbero aumentati da un minimo di 30 Giga/mese fino a Giga illimitati sin dal momento della ricezione di un SMS informativo contenente tutti i dettagli delle variazioni; iii) i clienti destinatari della manovra avrebbero potuto mantenere invariata la loro offerta inviando un SMS gratuito al 40916 con testo INVAR ON entro il 31 luglio 2022 o avrebbero potuto recedere/cambiare operatore senza penali e costi entro il 30 settembre 2022³.

13. Si riporta, a titolo esemplificativo, uno dei messaggi SMS informativi cui la comunicazione via internet faceva rinvio. L'SMS è intitolato "Modifica contrattuale" e risulta ricevuto dall'utente interessato in data 1° luglio 2022⁴:

Modifica contrattuale:
per le mutate condizioni
di mercato, dal primo
rinnovo successivo
al 7/09 la tua offerta
costerà 1,99 euro in più
al mese ed avrà più Giga.
L'offerta avrà 100 Giga
al mese, che ti rendiamo
disponibili da subito, e
sarà ridenominata xTE
100 S. In alternativa, se
vuoi mantenere invariata
la tua offerta, invia un
SMS gratuito scrivendo
INVAR ON al 40916, entro
il 31/07. Recesso o cambio
operatore senza penali
né costi, mantenendo
eventuali rateizzazioni, su
tim.it, via PEC o nei negozi
TIM, entro il 30/09. Info su
on.tim.it/n00 o al 409164.

14. Telecom ha, dunque, aumentato i Giga disponibili e il costo mensile del piano tariffario di alcuni clienti 'mobili', dando preavviso e facoltà di recedere dal contratto/cambiare operatore. Al contempo Telecom ha previsto la possibilità per l'utente di mantenere l'originaria offerta con modalità c.d. *opt-out*, rifiutando la modifica contrattuale tramite invio di un SMS.

15. Telecom ha precisato che il su indicato aumento di Giga "è stato personalizzato in base alle offerte di partenza. L'aumento è stato, in particolare, effettuato in proporzione al quantitativo di Giga disponibili nell'offerta originaria senza ulteriori personalizzazioni connesse all'effettivo traffico personale del singolo cliente"⁵.

16. Nel corso del procedimento istruttorio Telecom ha rappresentato di aver esteso sino al 30 novembre 2022 il termine, inizialmente fissato al 30 settembre 2022, per recedere o cambiare operatore, senza penali né costi,

² [DOC 4 - Verbale acquisizione atti; DOC 15 - Memoria del 19 settembre 2022. La società ha specificato che la manovra ha interessato circa n. [1.000.000-3.000.000] utenze mobili per n. [60-150] offerte con bundle di voce, dati, sms, precisando che dal totale delle offerte c.d. FULL sono state, in particolare, escluse le offerte oggetto di repricing dal 2021 in poi e altre categorie di offerte in base anche a ragioni di natura commerciale (DOC 22 - Integrazione informativa e formulario impegni).]

³ [DOC 4 - Verbale acquisizione atti; DOC 15 - Memoria del 19 settembre 2022.]

⁴ [DOC 3 - Istanza di intervento.]

⁵ [DOC 20 - verbale audizione 6 ottobre 2022.]

mantenendo eventuali rateizzazioni⁶. La Società ha rappresentato di avere, altresì, consentito ai clienti interessati di poter optare per il mantenimento della propria offerta originaria oltre il termine inizialmente comunicato⁷.

17. La Società ha, quindi, precisato che "la base clienti originariamente coinvolta" nella manovra ([1-3 milioni] di clienti) "si è assottigliata al 30 novembre 2022 a circa [500.000-2.500.000] clienti per via delle cessazioni, ricollegabili ai recessi o passaggi ad altri operatori, ovvero per le richieste di INVAR", specificando che dal 1° luglio 2022 al 30 novembre 2022 si sono verificate circa [80.000-200.000] cessazioni (recessi o passaggi ad altri operatori) e circa [400.000-1.000.000] richieste di restare con l'offerta originaria (opzione "INVAR")⁸.

18. Telecom ha, poi, dichiarato di aver "garantito il rimborso degli importi addebitati a seguito della manovra di repricing a tutti i clienti interessati che ne hanno fatto richiesta nel periodo intercorrente dal 1° settembre [ossia con decorrenza degli aumenti di prezzo di cui alla citata manovra] al 30 novembre 2022"⁹. La società ha chiarito che non vi è un "automatismo del rimborso" e che il solo canale per richiederlo è quello telefonico (Servizio clienti 119)¹⁰.

Telecom ha, sul punto, specificato che sono stati rimborsati i clienti che hanno esercitato il recesso, nonché "quanti hanno manifestato la volontà di non aderire al repricing e mantenere l'offerta preesistente", e i clienti "che, contattando il servizio clienti 119, hanno manifestato un loro reclamo all'applicazione dell'aumento del prezzo e del contestuale aumento dei Giga, consentendo loro di rimanere con una situazione contrattuale invariata e restituendo gli importi addebitati"¹¹.

IV. LE ARGOMENTAZIONI DIFENSIVE DEL PROFESSIONISTA

19. Telecom sostiene che, per le ragioni di seguito riportate, la condotta contestata non costituisca una violazione del Codice del Consumo ma sia invece riconducibile allo *ius variandi* disciplinato dall'articolo 98-septiesdecies, comma 5, D.lgs. 259/2003 (Codice Comunicazioni Elettroniche, di seguito anche CCE) - che ha novellato l'articolo 70 del medesimo Codice.

20. A parere della Società, la su indicata norma di settore consentirebbe, secondo anche l'interpretazione del giudice amministrativo¹², "le modifiche al rapporto contrattuale in corso salvo che queste non si traducano in una vera e propria novazione"¹³. Telecom ritiene, nello specifico, che l'incremento dei Giga, di cui alla manovra in esame, rappresenterebbe esclusivamente "una mera estensione quantitativa di una componente dell'offerta (Giga) non introducendo alcun *quid novi* visto che incide solo su obblighi preesistenti già regolati" e rimarrebbe, dunque, "nel contesto dell'originario rapporto, che resta invariato nei suoi elementi essenziali (volontà, causa e oggetto del negozio) e nella sua struttura economica (addebito a forfait), incidendo esclusivamente sul contenuto di prestazioni coeve". La modifica attuata rientrerebbe, conseguentemente, nell'ambito dello *ius variandi* disciplinato dal CCE secondo quanto delineato dalla sopra richiamata giurisprudenza¹⁴.

21. Telecom riferisce, inoltre, che l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (di seguito anche AGCOM) "non avrebbe posto alcuna obiezione rispetto a precedenti manovre di repricing attuate da Telecom, caratterizzate da modifiche del prezzo e contestuale modifica del quantitativo di servizi offerti (ad esempio aumento del canone mensile accompagnato da un aumento o riduzione di minuti o giga)"¹⁵. La Società richiama, a sostegno della propria argomentazione, una precedente manovra di repricing - attuata nel corso del 2021 e vagliata da AGCOM nell'aprile dello stesso anno¹⁶. Tuttavia, per espressa ammissione della stessa Telecom, in tale manovra, diversamente da quella oggetto del presente procedimento, "non era prevista la possibilità di rinunciare alla modifica mantenendo l'offerta originaria"¹⁷.

⁶ [DOC 35 – Memoria finale.]

⁷ [DOC 15 – Memoria del 19 settembre 2022.]

⁸ [DOC 35 – Memoria finale.]

⁹ [DOC 35 – Memoria finale.]

¹⁰ [DOC 22 – Integrazione informativa; DOC 20 – verbale audizione 6 ottobre 2022.]

¹¹ [DOC 35 – Memoria finale. Nel periodo tra il 1° luglio 2022 e il 30 settembre 2022 (data ultima originariamente prevista per esercitare il recesso) sono pervenuti, da parte dei clienti destinatari della citata manovra, circa [10.000-25.000] reclami contenenti richieste di mantenere invariata l'offerta preesistente (così DOC 22 – Integrazione informativa).]

¹² [La società evidenzia, in particolare che il Consiglio di Stato (di seguito anche CdS) con la sentenza n. 8024/2019 ha stabilito che "l'art. 70, comma 4, del Codice, non può applicarsi a qualsivoglia tipo di variazione del contenuto del contratto, dovendosi riconoscere in via ermeneutica due tipologie di limiti: in primo luogo, le modifiche unilaterali possono riguardare soltanto la variazione di condizioni già contemplate nel contratto; in secondo luogo, i mutamenti delle condizioni preesistenti non possono mai raggiungere il livello della novazione del preesistente rapporto obbligatorio".]

¹³ [DOC 15 – Memoria del 19 settembre 2022; DOC 35 – Memoria finale.]

¹⁴ [DOC 15 – Memoria del 19 settembre 2022; DOC 35 – Memoria finale.]

¹⁵ [DOC 34 – Verbale dell'audizione del 13 gennaio 2023; DOC 20 – Verbale dell'audizione del 6 ottobre 2022.]

¹⁶ [DOC 15 – Memoria del 19 settembre 2022; DOC 35 – Memoria finale.]

¹⁷ [DOC 20 – Verbale audizione del 6 ottobre 2022.]

22. Con riferimento all'aumento Giga, la società evidenzia, infine, l'assenza di "una simile offerta commerciale standard messa autonomamente a disposizione del pubblico" e la mancata previsione di "un'autonoma possibilità di disattivazione" della medesima¹⁸.

23. Con specifico riferimento all'opzione INVAR ON - che consente al cliente di mantenere le condizioni contrattuali di origine - la Società ritiene che essa sia compatibile con il regime dello *ius variandi* di cui al CCE e che essa non integri gli estremi di una violazione dell'articolo 65¹⁹ del Codice del Consumo.

24. Telecom sostiene, al riguardo, che la *ratio* della norma regolamentare sullo *ius variandi* non vieti di integrare la proposta di variazione con una rinuncia del professionista alle variazioni stesse ove, come nel caso di specie, le stesse non siano di interesse del cliente. L'opzione INVAR ON assegnerebbe di fatto al cliente una terza scelta, da esercitare, secondo Telecom, con una volontà espressa, a completamento delle altre opzioni a disposizione (accettazione delle variazioni o recesso)²⁰. La Società sottolinea, al proposito, "la chiarezza e completezza dell'informazione fornita da TIM alla clientela nel contesto di quello che si ritiene essere stato un legittimo esercizio di *ius variandi*"²¹.

25. Telecom specifica che la possibilità concessa al cliente di inviare alla società il messaggio 'INVAR ON' non costituirebbe, dunque, "il rifiuto di un'opzione preattivata bensì una possibilità, messa a disposizione del consumatore, di scegliere di proseguire con la vecchia offerta, tramite invio di uno specifico SMS"²². Tale opzione rappresenterebbe, a parere della Società, "un obiettivo vantaggio per il consumatore che non è messo di fronte a una scelta 'obbligata' di accettare l'aumento o recedere dal contratto"²³, potendo altresì mantenere l'offerta preesistente. Telecom ritiene che una tale possibilità non determini, in ogni caso, "la perdita per il repricing della connotazione di *ius variandi*"²⁴.

26. La Società specifica altresì che il giustificato motivo alla base della manovra in esame sarebbe "riconducibile alle mutate esigenze di mercato, in conformità a quanto previsto nella specifica clausola del contratto Telecom dedicata allo *ius variandi*"²⁵. Telecom osserva che un tale giustificato motivo "non può risultare inficiato dalla libertà del Professionista di proporre contestualmente al consumatore una scelta economica alternativa rispetto a quanto previsto nella modifica unilaterale. In questo specifico caso la proposta alternativa, come noto, consisteva nella facoltà di rimanere nell'offerta attiva [...]"²⁶. Nell'attuare la manovra oggetto del procedimento, la Società afferma di aver rinunciato "in un'ottica di mediazione dei propri interessi economici, all'aumento dei prezzi con riferimento a quella parte di consumatori che preferiscono l'alternativa del mantenimento delle condizioni di partenza della propria offerta"²⁷.

V. PARERE DELL'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI

27. Poiché le condotte oggetto del presente provvedimento sono state diffuse attraverso mezzi di telecomunicazione (in particolare tramite rete mobile e internet), in data 27 gennaio 2023 è stato richiesto il parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, del Codice del Consumo.

28. Con parere pervenuto in data 28 febbraio 2023, l'AGCOM rappresenta di aver valutato "la condotta tenuta da Telecom a partire dal mese di settembre 2022 sulla base della disciplina prevista dalla normativa di settore e concernente, in particolare, le modifiche unilaterali disciplinate dall'articolo 98 septies decies, comma 5, del Codice delle comunicazioni elettroniche".

L'AGCOM, quindi, ha rilevato che "le modifiche apportate dalla Società riguardano le condizioni contrattuali di offerte di telefonia mobile prepagata, che prevedono un determinato plafond di traffico voce, SMS e dati e sono consistite in un incremento del prezzo mensile delle offerte originarie e un ampliamento del plafond di Giga già incluso in quelle offerte" e considerato che "in relazione alle predette modifiche, la Società ha provveduto a informare la clientela con apposite comunicazioni individuali rese con il preavviso previsto dall'articolo 98 septies decies del Codice delle comunicazioni elettroniche, garantendo il diritto di recesso, ovvero passaggio ad altro operatore, senza penali né costi di disattivazione e che la facoltà concessa da Telecom ai clienti di 'mantenere invariati il costo e i contenuti della propria offerta' in alternativa al predetto diritto di recesso non ha pregiudicato l'esercizio di tale diritto da parte dei clienti". Secondo quanto si legge nel parere "la modifica contrattuale in esame risulta conforme - per i profili attinenti alla chiarezza e comprensibilità delle informazioni da fornire, nonché alle tempistiche e modalità di esercizio del diritto di recesso concesso ai clienti - al quadro normativo vigente per il settore delle comunicazioni elettroniche e,

¹⁸ [DOC 35 – Memoria finale; DOC 20 – Verbale audizione del 6 ottobre 2022.]

¹⁹ [DOC 15 – Memoria del 19 settembre 2022; DOC 35 – Memoria finale.]

²⁰ [DOC 15 – Memoria del 19 settembre 2022; DOC 35 – Memoria finale.]

²¹ [DOC 15 – Memoria del 19 settembre 2022.]

²² [DOC 20 – Verbale audizione del 6 ottobre 2022.]

²³ [DOC 15 – Memoria del 19 settembre 2022.]

²⁴ [DOC 35 – Memoria finale.]

²⁵ [DOC 20 – Verbale audizione 6 ottobre 2022.]

²⁶ [DOC 35 – Memoria finale.]

²⁷ [DOC 34 – Verbale dell'audizione del 13 gennaio 2023.]

segnatamente, a quanto previsto dalla direttiva n. 2018/1972 e dall'articolo 98 septies decies, comma 5, del Codice delle comunicazioni elettroniche, oltre che dalla delibera n. 519/15/CONS, fatti salvi, invece, gli eventuali profili di violazione del Codice del consumo". L'AGCOM, considerato infine che, "con riferimento al caso di specie, i mezzi di comunicazione utilizzati, in relazione al servizio offerto dal Professionista, risultano complessivamente idonei a sviluppare un significativo impatto sui consumatori che sulla base delle informazioni nel Sito del Professionista, o ricevute tramite SMS, potrebbero essere indotti ad assumere una decisione commerciale che altrimenti non avrebbero preso, così sviluppando in concreto la piena potenzialità promozionale delle comunicazioni su citate", ritiene, pertanto, che, "nel caso di specie, Internet e la rete mobile siano strumenti idonei a influenzare significativamente la realizzazione della pratica commerciale rispetto alla quale è richiesto parere a questa Autorità".

VI. VALUTAZIONI

29. La condotta oggetto del presente provvedimento consiste nell'attivazione automatica di un servizio aggiuntivo a pagamento da parte di Telecom ai propri clienti titolari di scheda SIM prepagata 'voce, dati, sms'. In particolare, Telecom ha aumentato fino a 2 euro il costo mensile del piano tariffario degli utenti con contestuale offerta di Giga aggiuntivi, senza che questi abbiano espresso alcun preventivo consenso al riguardo.

30. La Società, con la manovra sopra descritta (comunicata a partire da luglio 2022) ha offerto ai propri utenti un servizio aggiuntivo a pagamento (i Giga aggiuntivi), accessorio rispetto alla prestazione principale, con modalità di acquisizione del consenso implicito, ossia senza la manifestazione del preventivo ed espresso consenso da parte dell'utente consumatore, in violazione, pertanto, dell'articolo 65, CdC.

31. Di conseguenza, i clienti intenzionati a mantenere invariata la loro offerta originaria (rinunciando ai Giga aggiuntivi a pagamento) devono manifestare espressamente e nei termini indicati il proprio rifiuto, attivandosi in *opt-out*, tramite l'invio di un SMS. In assenza di tale SMS, Telecom procede automaticamente ai relativi addebiti.

32. La possibilità per l'utenza di rifiutare l'offerta di Giga supplementari dimostra che quest'ultima sia tecnicamente e commercialmente scindibile dall'offerta originaria, risultando, pertanto, una distinta e autonoma componente aggiuntiva dell'offerta preesistente.

33. La manovra è dunque finalizzata a fornire un servizio aggiuntivo a pagamento tramite l'utilizzo di un meccanismo poco trasparente di acquisizione del 'silenzio assenso' dell'utente, piuttosto che a seguito di una sua esplicita libera manifestazione di volontà. Viceversa, poiché la Società gestisce l'offerta originaria e i Giga aggiuntivi come due componenti distinte e separabili, la componente aggiuntiva dovrebbe essere proposta all'utente come una nuova offerta, ed erogata solo ove questi, qualora interessato, la accetti espressamente e preventivamente.

L'automatismo generato dall'*opt-out* consente, inoltre, alla Società di avvantaggiarsi della mera distrazione o errore di quei clienti che, ad esempio, non abbiano letto il messaggio informativo o abbiano digitato male il testo previsto per rifiutare la variazione.

34. Telecom, nelle sue difese, riconduce la manovra in esame a una modifica contrattuale unilaterale dell'offerta originaria. Tuttavia, la tesi dell'esercizio dello *ius variandi* sostenuta dal Professionista non può essere accolta in quanto proprio l'introduzione della 'terza scelta' (possibilità per l'utente, tramite specifica attivazione, di rifiutare la variazione), oltre a non essere espressamente contemplata nel quadro normativo e regolamentare che disciplina le modifiche contrattuali unilaterali, risulta chiaramente strumentale al tentativo di eludere le disposizioni di cui all'articolo 65 CdC. Ciò in quanto la Società, accordando al cliente la possibilità di mantenere l'offerta originaria, attesta, nei fatti, l'insussistenza dei requisiti di necessità ed eccezionalità che, come più avanti evidenziato, costituiscono il presupposto applicativo dello *ius variandi* previsto dalla disciplina regolatoria. Più precisamente, la Società adotta una politica commerciale in cui, attraverso la manovra oggetto del presente procedimento, mette in conto di avere in portafoglio sia chi non si attivi per rifiutare l'opzione prestabilita dei Giga aggiuntivi a pagamento, sia pure chi rifiuti la variazione per mantenere il precedente piano tariffario, in proporzione variabile e preventivamente ignota in base alla scelta discrezionale operata da ciascun cliente.

35. Giova ricordare che sia il legislatore nazionale ed europeo sia la giurisprudenza hanno stabilito specifiche limitazioni all'esercizio dello *ius variandi* proprio per evitare che i professionisti possano abusare del proprio potere contrattuale a danno dei consumatori. Tali limiti sono stati introdotti, ad esempio, con riferimento al contenuto delle modifiche unilaterali²⁸, al testo dei messaggi informativi inviati ai clienti, alle modalità e termini per esercitare il recesso²⁹, alla sussistenza di un 'giustificato motivo' indicato nel contratto³⁰. Su tale ultimo punto, il Consiglio di Stato ha ribadito che "[i]l potere di modificazione unilaterale riconosciuto al professionista si considera non abusivo e, dunque, valido soltanto se è rispettato il limite legale costituito dall'accertata sussistenza di un «giustificato motivo» indicato nel contratto. Ne consegue che il contratto che contempla la clausola di *ius variandi* deve indicare i motivi che

²⁸ [l'art. 70, comma 4, del Codice [nella versione vigente si tratta dell'art. 98 septiesdecies CCE], non può applicarsi a qualsivoglia tipo di variazione del contenuto del contratto, dovendosi riconoscere in via ermeneutica due tipologie di limiti: in primo luogo, le modifiche unilaterali possono riguardare soltanto la variazione di condizioni già contemplate nel contratto; in secondo luogo, i mutamenti delle condizioni preesistenti non possono mai raggiungere il livello della novazione del preesistente rapporto obbligatorio", cfr. CdS sentenze nn. 08024/2019 e 1529/2020.]

²⁹ [CCE, art. 98 septiesdecies e Delibere AGCOM (Ex multis delibera AGCOM 519/15/CONS, allegato 1 dell'allegato A).]

³⁰ [CdC, art. 33, comma 2, lett.m).]

giustificano l'esercizio di tale potere, da parte del professionista, nella fase di attuazione del rapporto. Si deve trattare di condizioni oggettive da valutare alla luce del principio di buona fede e connesse, normalmente, all'esigenza di gestire eventuali sopravvenienze. [...] l'operatore di telefonia mobile, nella fase di esercizio del diritto potestativo di modificazione del rapporto contrattuale, è obbligato ad indicare le ragioni oggettive, connesse, normalmente, alla gestione di sopravvenienze rilevanti, che giustificano in modo oggettivo lo *ius variandi*"³¹.

36. Nel caso di specie, il Professionista adduce quale giustificato motivo della manovra in esame necessità economiche discendenti dalle "mutate esigenze di mercato". Tuttavia, in contraddizione con ciò, tali esigenze diventano, invece, per espressa ammissione della Società, oggetto di una "mediazione dei propri interessi", tant'è che Telecom mette in conto di rinunciare all'aumento dei prezzi "con riferimento a quella parte di consumatori che preferiscono l'alternativa del mantenimento delle condizioni di partenza della propria offerta". L'alternativa data ai consumatori ha il chiaro obiettivo di mitigare il rischio di un elevato tasso di recessi, che altrimenti si determinerebbe a seguito della comunicazione di variazione. Le stesse esigenze economiche addotte dal professionista perdono dunque quel carattere di necessità e oggettività che solo giustificerebbe lo *ius variandi*. Inoltre, le esigenze oggettive alla base delle modifiche unilaterali devono essere collegate a situazioni facenti capo al professionista, e non alla clientela, senza che il professionista si sostituisca a quest'ultima con variazioni attivate senza un consenso esplicito.

37. Tanto premesso, una manovra che, in assenza dell'acquisizione di un previo consenso esplicito, preveda un pagamento supplementare che possa essere evitato dal consumatore unicamente in *opt-out* rientra chiaramente nel campo d'applicazione dell'articolo 65 CdC piuttosto che nel quadro dello *ius variandi* sopra individuato, a prescindere dal rispetto formale delle prescrizioni in materia di preavviso e di recesso previste dalla regolazione di settore. La modifica contrattuale unilaterale consistente nell'offerta di Giga aggiuntivi a pagamento è attuata infatti da Telecom con una modalità di acquisizione del consenso del consumatore implicita, costringendo quest'ultimo a specificamente attivarsi per rifiutarla e rimanere al piano tariffario originario.

38. Ai sensi del Codice del Consumo³² e della giurisprudenza di riferimento³³, la giustificazione oggettiva che legittimerebbe l'esercizio dello *ius variandi*, pretesa da Telecom nelle sue difese, è in contraddizione con la facoltà dalla stessa concessa all'utente di mantenere l'offerta originaria. Se, al contrario, ricorresse una esigenza economica oggettiva ed eccezionale a giustificazione della variazione commerciale prospettata, il professionista non proporrebbe al cliente di mantenere l'offerta originaria.

39. Quanto al parere fornito da AGCOM, si rileva che il regolatore di settore ha effettuato una valutazione di conformità della condotta di Telecom a quanto previsto dall'articolo 98 *septiesdecies*, comma 5, del Codice delle Comunicazioni Elettroniche "fatti salvi, invece, gli eventuali profili di violazione del Codice del consumo".

40. Del resto, secondo la giurisprudenza, la normativa relativa al settore delle comunicazioni elettroniche "non contiene profili di disciplina che si pongono in contrasto con la regolazione della pratica commerciale scorretta [...]. Il decreto legislativo n. 259 del 2003 [...] disciplina gli obblighi di informazione che gli operatori del settore devono fornire all'utente al momento della stipulazione del singolo contratto [...]. Non risultando profili di oggettiva incompatibilità, si applicano le norme contenute nel Codice del consumo con competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato"³⁴.

41. Tutto ciò considerato, mediante la manovra descritta Telecom prospetta all'utenza un servizio opzionale aggiuntivo a pagamento, a fronte del quale l'articolo 65 del CdC esige l'adesione del consumatore tramite un preventivo consenso espresso. La condotta attuata dal Professionista viola quindi il richiamato articolo 65 non consentendo all'utenza di aderire alla variazione dell'offerta secondo uno schema di *opt-in*, bensì esigendone la specifica attivazione in *opt-out* per rimanere al piano tariffario originario, e sfruttandone pertanto l'inerzia per incrementare gli introiti.

42. In conclusione, è di tutta evidenza che l'AGCOM ha svolto la valutazione di conformità della pratica all'articolo 98 *septiesdecies* del Codice delle Comunicazioni Elettroniche, tenendo conto a tal fine del solo rispetto del preavviso e della garanzia del recesso, mentre elemento determinante della valutazione svolta nel presente provvedimento è la specifica violazione del Codice del Consumo, connessa alla particolare struttura della manovra tariffaria, comprensiva di elementi ulteriori rispetto al mero preavviso e alla garanzie del recesso.

43. Alla luce di quanto sopra, si ritiene che l'aumento di Giga a pagamento, per come configurato nella manovra oggetto del presente procedimento, rappresenti un servizio aggiuntivo opzionale con un suo costo specifico, come dimostrato dal fatto che il consumatore ha la possibilità di rinunciare a tale opzione e mantenere le condizioni contrattuali, anche economiche, precedenti. L'attivazione di tale servizio aggiuntivo e il correlato addebito supplementare rispetto al piano tariffario originario avvengono automaticamente, senza il preventivo ed espresso consenso da parte di quest'ultimo. Di conseguenza, Telecom obbliga i clienti a manifestare espressamente, nelle modalità e nei termini indicati, anziché il proprio consenso all'attivazione, il proprio eventuale rifiuto ad essa, in assenza del quale Telecom procede automaticamente al relativo addebito. Il consumatore che non intende utilizzare il nuovo servizio è quindi costretto, per evitare l'addebito, ad attivarsi per mantenere invariato il contratto in essere.

³¹ [CdS, sentenza n. 1529/2020.]

³² [Art. 33, comma 2, lettera m), CdC.]

³³ [CdS, sentenza n. 1529/2020.]

³⁴ [CdS, sentenza n. 7699/2019]

44. In conclusione, alla luce delle risultanze istruttorie e delle considerazioni che precedono, la condotta in esame risulta violare l'articolo 65 del Codice del Consumo, che esige "il consenso espresso del consumatore per qualsiasi pagamento supplementare oltre alla remunerazione concordata per l'obbligo contrattuale principale del Professionista" e vieta di dedurre il consenso del consumatore "utilizzando opzioni prestabilite che il consumatore deve rifiutare per evitare il pagamento supplementare".

Pertanto, Telecom - anziché attivare di *default* il servizio aggiuntivo a pagamento, obbligando così il consumatore a manifestare il proprio rifiuto - avrebbe dovuto, in conformità al dettato normativo di cui all'articolo 65 del Codice del Consumo, subordinare l'attivazione del servizio aggiuntivo all'acquisizione del consenso espresso dell'utente, in mancanza del quale quest'ultimo rimarrà al piano tariffario precedente.

VII. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

45. Ai sensi dell'articolo 27, comma 9, del Codice del Consumo, richiamato dall'articolo 66 del medesimo Codice, con il provvedimento che accerta l'illiceità della condotta in violazione degli articoli 45 e ss. del Codice del Consumo, l'Autorità dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 5.000.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione.

46. In ordine alla quantificazione della sanzione deve tenersi conto, in quanto applicabili, dei criteri individuati dall'articolo 11 della legge n. 689/81, in virtù del richiamo previsto all'articolo 27, comma 13, del Codice del Consumo: in particolare, della gravità della violazione, dell'opera svolta dall'impresa per eliminare o attenuare l'infrazione, della personalità dell'agente, nonché delle condizioni economiche dell'impresa stessa.

47. Con riguardo alla gravità della violazione, si tiene conto, nella fattispecie in esame, della particolare natura della violazione consistente nell'attivazione automatica di un servizio a pagamento con un impatto finanziario immediato sull'utente consumatore.

48. La gravità discende anche dalla posizione di grave asimmetria informativa e, quindi, di vulnerabilità del consumatore di fronte alle diverse manovre con cui l'operatore di telecomunicazioni modifica nel tempo le offerte di servizi dei propri utenti.

49. Sempre avuto riguardo alla gravità della condotta, si considera la rilevanza economica del Professionista, un operatore di elevata notorietà, *leader* del mercato italiano di riferimento, che presenta ricavi pari a 12,4 miliardi di euro, un margine operativo lordo pari a 2,6 miliardi e una perdita d'esercizio pari a 8,3 miliardi di euro³⁵.

50. Rileva, inoltre, ai fini della gravità, il grado di diffusione della condotta, che ha coinvolto circa [0,5-2,5] milioni di utenti.

51. Va altresì considerato il ricavo ottenuto da Telecom relativo alla manovra in questione, che può essere ad oggi stimato in circa [8-20] milioni di euro³⁶.

52. Per quanto riguarda la durata della violazione, dagli elementi disponibili in atti si evince che la condotta oggetto del presente procedimento è stata posta in essere almeno dal 1° settembre 2022 - data di prima applicazione dell'incremento del costo mensile delle offerte interessate dalla manovra -³⁷ e risulta tuttora in corso in quanto proseguono gli addebiti relativi al servizio aggiuntivo.

53. Sulla base di tali elementi, si ritiene di fissare l'importo base della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a Telecom, nella misura di 3.000.000 € (tre milioni di euro).

54. Nel caso di specie risulta integrata la circostanza aggravante della recidiva, in quanto il Professionista risulta essere stato già destinatario di provvedimenti di accertamento di violazioni del Codice del Consumo³⁸. Tuttavia, deve essere considerata altresì la circostanza attenuante costituita dai rimborsi riconosciuti da Telecom ai consumatori interessati dalla pratica che ne abbiano fatto richiesta (cfr. *supra*, §18). Pertanto, si ritiene di determinare l'importo della sanzione nella misura di 2.100.000 € (duemilioncentomila euro).

RITENUTO, pertanto, tenuto conto del parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, sulla base delle considerazioni suesposte, che la condotta oggetto del presente procedimento, consistente nell'aver attivato automaticamente da parte di Telecom Italia S.p.A. ai propri clienti titolari di scheda SIM prepagata 'voce, dati, sms' un servizio aggiuntivo a pagamento, senza averne acquisito preventivamente il consenso espresso, risulta in violazione dell'articolo 65 del Codice del Consumo;

³⁵ [Dati bilancio al 31 dicembre 2021, ultimo approvato.]

³⁶ [La stima è stata effettuata nel seguente modo: le utenze interessate dalla manovra sono state circa n. [1.000.000-3.000.000], di cui circa n. [400.000-1.000.000] hanno scelto di rimanere con il precedente piano tariffario e circa n. [80.000-200.000] hanno esercitato il recesso. In relazione alle circa [0,5-2,5] milioni utenze residue, Telecom ha, approssimativamente, ricavato, tramite la manovra oggetto del procedimento, da settembre 2022 - primo mese di applicazione dei rincari - a febbraio 2023: euro 1,5 (aumento fino a 2 euro/mese, ipotizzando una media di 1,5 euro/mese) x [0,5-2,5] milioni di utenze x 6 mesi = [8-20] milioni di euro.]

³⁷ [Tale data risulta dalla già citata informativa ai clienti pubblicata da Telecom in data 1° luglio 2022 (cfr. *supra* par. 12). DOC 4 - Verbale acquisizione atti; DOC 15 - Memoria del 19 settembre 2022.]

³⁸ [Da ultimo: PS11044, PS11379, PS11532, PS12231.]

DELIBERA

- a) che la condotta descritta al punto II del presente provvedimento, posta in essere dalla società Telecom Italia S.p.A., costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una condotta in violazione dell'articolo 65 del Codice del Consumo, e ne vieta la continuazione;
- b) di irrogare alla società Telecom Italia S.p.A. una sanzione amministrativa pecuniaria di 2.100.000 € (duemilionicentomila euro);
- c) che il Professionista comunichi all'Autorità, entro il termine di novanta giorni dalla notifica del presente provvedimento, le iniziative assunte in ottemperanza alla diffida di cui alla lettera a).

La sanzione amministrativa irrogata deve essere pagata entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando i codici tributo indicati nell'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997.

Il pagamento deve essere effettuato telematicamente con addebito sul proprio conto corrente bancario o postale, attraverso i servizi di *home-banking* e CBI messi a disposizione dalle banche o da Poste Italiane S.p.A., ovvero utilizzando i servizi telematici dell'Agenzia delle Entrate, disponibili sul sito *internet www.agenziaentrate.gov.it*.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore a un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, della legge n. 689/1981, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

Dell'avvenuto pagamento deve essere data immediata comunicazione all'Autorità attraverso l'invio della documentazione attestante il versamento effettuato.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Ai sensi dell'articolo 27, comma 12, del Codice del Consumo, in caso di inottemperanza al provvedimento, l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 5.000.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. b), del Codice del processo amministrativo (decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'articolo 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'articolo 8 del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE
Guido Stazi

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli