

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 3 marzo 2015;

SENTITO il Relatore Dottoressa Gabriella Muscolo;

VISTE le Parti II e III del Titolo III del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante "*Codice del consumo*" e successive modificazioni (di seguito, Codice del consumo);

VISTO il proprio provvedimento del 4 settembre 2014, con il quale è stato disposto l'accertamento ispettivo, ai sensi dell'art. 27, commi 2 e 3, del Codice del consumo, presso le sedi di Vodafone Omnitel B.V.;

VISTO il proprio provvedimento del 28 novembre 2014, con il quale, ai sensi dell'art. 7, comma 3, del Regolamento, è stata disposta la proroga del termine di conclusione del procedimento, per la valutazione degli impegni proposti dal professionista in data 22 settembre 2014, ai sensi dell'art. 27, comma 7, del Codice del consumo;

VISTI gli atti del procedimento;

I. LE PARTI

1. Vodafone Omnitel B.V. (di seguito anche Vodafone), con sede legale in Amsterdam (Olanda), sede amministrativa e gestionale in Italia in Ivrea (TO), in qualità di professionista, ai sensi dell'art. 18, lettera *b*), del Codice del consumo. La società è attiva nei settori della telefonia fissa e mobile, nonché delle comunicazioni via internet. Il bilancio della società, relativo all'esercizio chiuso al 31 marzo 2014, presenta un valore della produzione

pari a quasi 7 miliardi di Euro e risultato in utile.

2. Domus consumatori e Centro di Ricerca e Tutela dei consumatori e degli utenti in qualità di associazione dei consumatori.

II. LE CONDOTTE OGGETTO DEL PROCEDIMENTO

3. Il procedimento concerne le condotte poste in essere dal professionista nell'ambito della commercializzazione dei servizi di reperibilità *Chiamami e Recall* divenuti a pagamento dal 21 luglio 2014 e consistenti:

a) nell'aver diffuso informazioni non rispondenti al vero e/o omesse informazioni rilevanti in merito alla natura facoltativa ed alle caratteristiche dei servizi *Chiamami e Recall* mediante l'invio ai propri clienti, tra il 6 e il 20 giugno 2014, del seguente sms: “*Dal 21/7 Vodafone modifica alcuni servizi accessori del tuo piano. Chiamami e Recall costeranno 6 cent al giorno solo quando li usi. Il costo del tuo pacchetto non cambia. In regalo FreeSunday per chiamare gratis chi vuoi la domenica per 3 mesi. Chiama 42593 per attivare FreeSunday, per info/recesso gratis*”;

b) nella pre-attivazione dei servizi di reperibilità *Chiamami e Recall* divenuti a pagamento dal 21 luglio 2014 e nello specifico:

1. nell'aver mantenuto attivi i servizi di reperibilità sulle SIM dei clienti contrattualizzati prima del 13 giugno 2014 anche a seguito della loro trasformazione da servizi a titolo gratuito a titolo oneroso;

2. nell'aver preattivato i servizi stessi sulle SIM acquistate dopo tale data.

III. LE RISULTANZE DEL PROCEDIMENTO

1) L'iter del procedimento

Attività preistruttoria

4. Il 28 luglio 2014 la Direzione ha acquisito agli atti le pagine del sito internet *www.Vodafone.it* volte a promuovere i due servizi (accessibili dal link “Segreteria e altri servizi”) nelle quali veniva evidenziato che l'adesione ai predetti servizi avviene automaticamente salva richiesta di disattivazione da parte del consumatore.

5. Nel dare riscontro ad una richiesta di informazioni dell’Autorità, il professionista, con comunicazione pervenuta il 29 luglio 2014, ha riferito di aver comunicato il passaggio dei servizi di reperibilità “Chiamami” e “Recall” (“Recall su occupato” e “Recall su spento o non raggiungibile”) da gratuiti a pagamento mediante l’invio ai propri clienti, tra il 6 e il 20 giugno 2014, di un sms del seguente tenore: “Dal 21/7 Vodafone modifica alcuni servizi accessori del tuo piano. Chiamami e Recall costeranno 6 cent al giorno solo quando li usi. Il costo del tuo pacchetto non cambia. In regalo FreeSunday per chiamare gratis chi vuoi la domenica per 3 mesi. Chiama 42593 per attivare FreeSunday, per info/recesso gratis”.

6. Nella medesima comunicazione il professionista ha riferito di aver esteso il termine per il recesso dal 21 luglio al 31 agosto 2014.

Attività istruttoria

7. In relazione alle condotte sopra descritte, in data 7 agosto 2014 è stato comunicato a Vodafone Omnitel B.V. l’avvio del procedimento istruttorio n. PS9696 per possibile violazione degli articoli 20, 21, 22, 24, 25 e 26, lettera f), del Codice del consumo. In tale sede, veniva ipotizzato, tra l’altro, quanto segue.

8. Rispetto alla condotta sub (a):

– il contrasto con le disposizioni di cui agli articoli 20, 21 e 22, del Codice del consumo in ragione della possibile ingannevolezza e/o della sussistenza di omissioni informative nel messaggio inviato da Vodafone ai propri clienti mobili in merito alla natura ed alle caratteristiche dei servizi *Chiamami* e *Recall* (*Recall su occupato* e *Recall su spento o non raggiungibile*). Infatti, l’adesione automatica ai servizi accessori e l’assenza di informazioni circa la possibilità di procedere alla loro disattivazione, potrebbero ingenerare nel consumatore un erroneo convincimento in merito alla natura (facoltativa e non obbligatoria) dei servizi e, conseguentemente, indurlo a una scelta che non avrebbe altrimenti effettuato;

– la possibile ingannevolezza dell’espressione “*costeranno 6 cent al giorno solo quando li usi*” rispetto ai servizi *Chiamami* e *Recall su spento o non raggiungibile*, nella misura il cui la stessa potrebbe far maturare nel consumatore l’idea che il corrispettivo sia dovuto solo a fronte di un comportamento di utilizzo attivo dei servizi da parte dell’utente. In realtà, i servizi *Chiamami* e *Recall su spento o non raggiungibile*, preattivati al momento della conclusione del contratto, verrebbero “utilizzati” dall’utente

ogniquale volta il gestore inoltra al consumatore un messaggio di avviso circa le chiamate ricevute quando il telefono è spento, in assenza di segnale o l'utente è impegnato in altra conversazione (*Chiamami*) ovvero circa la disponibilità del numero che, nel tentativo di chiamata da parte dell'utente, risultava essere spento o non raggiungibile (*“Recall su spento o non raggiungibile”*).

Rispetto alle **condotte sub (b)**:

– il contrasto con gli artt. 24 e 25 lettera *a*) Cod. cons. in quanto, la condotta contestata, in considerazione della sua natura e del contesto giuridico e di mercato in cui la stessa è stata realizzata potrebbe comportare un indebito condizionamento idoneo a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione all'attivazione di servizi accessori a pagamento, qualora risultasse accertato che il professionista non abbia previsto di richiedere il consenso espresso del consumatore ad aderire a tali servizi accessori a pagamento;

– la violazione dell'art. 26, lettera *f*), Cod. cons. ove risulti accertato che il professionista abbia preteso il pagamento immediato o differito dei predetti servizi senza che il consumatore li abbia richiesti.

9. In sede di avvio è stato, inoltre, ipotizzato che la condotta *sub (b)* punto 2, possa integrare una violazione del Codice del consumo come modificato dal Decreto Legislativo 21/2014 e, nello specifico, una violazione dell'art. 65 Cod. Cons. qualora risulti accertato che per i contratti conclusi dopo il 13 giugno u.s. non venga richiesto il consenso espresso del consumatore ad aderire a tali servizi prima che lo stesso sia vincolato al contratto e/o all'offerta.

10. In data 9 settembre 2014 sono state effettuate ispezioni presso le sedi di Roma e di Milano di Vodafone Omnitel.

11. In data 19 settembre 2014 è pervenuta la risposta di Vodafone alla richiesta di informazioni formulata nel corso dell'ispezione.

12. In data 22 settembre 2014, ai sensi dell'art. 27, comma 7, del Codice del Consumo, Vodafone ha presentato impegni volti a rimuovere i profili di scorrettezza della pratica commerciale oggetto di contestazione.

13. Tali impegni sono stati rigettati dall'Autorità nella sua adunanza del 19 dicembre 2014 e la decisione è stata comunicata al professionista in data 22 dicembre 2014.

14. In data 21 ottobre 2014 Domus consumatori in qualità di associazione di consumatori ha presentato istanza di partecipazione al procedimento. L'istanza è stata accolta in data 23 dicembre 2014.

15. Il 6 dicembre 2014 presso i locali dell'Autorità si è svolta l' audizione dei rappresentanti di Vodafone Omnitel B.V.

16. In data 16 gennaio 2015 è stata comunicata alle Parti la data di conclusione della fase istruttoria ai sensi dell'art. 16, comma 1, del Regolamento.

17. In data 27 gennaio 2015 è pervenuta la memoria conclusiva di Vodafone Omnitel B.V..

2) *Le evidenze acquisite*

Segnalazioni pervenute

18. Due associazioni di consumatori con segnalazioni rispettivamente pervenute il 16 giugno e il 27 agosto 2014 hanno segnalato la scorrettezza della scelta di Vodafone di mantenere attivi sulle utenze dei propri clienti i servizi di reperibilità anche dopo la loro trasformazione da gratuiti a pagamento (c.d. manovra di *repricing*), prevedendo in capo al consumatore non interessato l'onere di disattivare i servizi o la possibilità di recedere dall'intero contratto.

19. Dalla documentazione acquisita in sede ispettiva, dalle memorie di Vodafone e dall'audizione del 6 dicembre 2014 è emerso, in sintesi, quanto segue.

20. I servizi di reperibilità *Chiamami* e *Recall* fanno storicamente parte dei c.d. servizi di gestione della chiamata (come la segreteria telefonica), e risultano attivi, in base alle condizioni di contratto, al momento dell'attivazione della SIM, salva la possibilità di disattivazione.

21. Il servizio "*Chiamami*" notifica al cliente di servizi di telefonia mobile Vodafone, mediante SMS, eventuali chiamate voce da rete fissa ovvero mobile, nazionale ovvero internazionale, ricevute nelle precedenti 48 ore, nelle ipotesi in cui: il cellulare del cliente sia risultato spento ovvero non raggiungibile al momento della chiamata; il cellulare del cliente sia risultato occupato ovvero non raggiungibile al momento della chiamata, nel caso in cui il cliente non disponga di un servizio di avviso di chiamata attivo; in presenza di trasferimento di chiamata alla segreteria telefonica, il chiamante non lasci alcun messaggio.

22. Il servizio "*Recall su occupato*" permette al cliente di servizi di telefonia mobile Vodafone di prenotare (per un periodo massimo di 45 minuti) una seconda chiamata verso un numero di rete fissa ovvero mobile che risulta

occupato ad un tentativo di chiamata, premendo il tasto 5 sull'apparecchio telefonico utilizzato.

23. Il servizio *"Recall su spento o non raggiungibile"* permette al cliente di servizi di telefonia mobile Vodafone di ricevere in automatico un SMS di notifica quando il numero di rete mobile verso cui si è tentata una chiamata e che risultava avere il cellulare spento ovvero non raggiungibile, torna ad essere disponibile. Il servizio funziona unicamente se attivo su entrambe le SIM, del chiamante e di chi riceve la chiamata. Il messaggio di notifica non viene inoltrato nelle seguenti ipotesi: il chiamante ha attivo il servizio che nasconde alla persona chiamata il numero del chiamante; la persona chiamata ha attivo il servizio di esclusione delle chiamate in entrata; e la persona chiamata ha attivo un servizio di trasferimento di chiamata su un numero diverso da quello della segreteria telefonica.

24. Fino al 21 luglio u.s., questi servizi erano forniti gratuitamente, mentre da quella data in poi vengono forniti a fronte di un corrispettivo di €/cent 6 al giorno, addebitati solo nel caso in cui il cliente ne usufruisca nell'arco della giornata, ferma restando la possibilità di chiederne la disattivazione (o di recedere dal contratto principale)¹.

25. Le modifiche comunicate alla clientela consumer ricaricabile rispetto ai servizi in discorso non riguardano il piano tariffario prescelto dal cliente e, non incidono sul bundle attivo sulla SIM sottoscritto dal cliente (comunemente conosciuto come pacchetto, di norma inclusivo di un certo numero di minuti di chiamate, di sms, e di traffico internet), le cui condizioni economiche restano pertanto invariate.

26. Tutti i clienti Vodafone, compresi i titolari dei piani tariffari coinvolti dall'iniziativa di modifica, possono disattivare gratuitamente i servizi *"Chiamami"* e *"Recall"*, senza dover esercitare il diritto di recesso né modificare il piano tariffario sottoscritto. In particolare, la disattivazione dei servizi richiamati può avvenire, anche selettivamente (scegliendo di tenere attivo uno dei due), con le seguenti modalità: chiamando il numero 42593²

¹ Dal 21 luglio 2014 il costo di tali servizi, prima resi gratuitamente, è pari a € 6/cent. al giorno. Tale importo viene addebitato una sola volta in un giorno, solo qualora il cliente di servizi di telefonia mobile Vodafone ne fruisca effettivamente nell'arco delle 24 ore. Per esempio, se nel corso della giornata il cliente di servizi di telefonia mobile Vodafone, privo del servizio di avviso di chiamata, non effettua telefonate verso numeri che risultano occupati/non raggiungibili e non utilizza il servizio "Recall", e non è raggiunto da sms di notifica del servizio Chiamami, non riceve alcun addebito. Viceversa, se nell'arco di una giornata il cliente effettua una o più chiamate verso numeri che risultano occupati/non raggiungibili a cui fa seguire la prenotazione, o riceve un sms di notifica che lo avvisa di una chiamata ricevuta mentre non era disponibile riceverà un unico addebito di € 6/cent.

² In particolare, tramite la digitazione del numero 42593, il cliente accede al seguente messaggio: "Benvenuto in Vodafone. Dal 21 luglio cambiano i costi di alcuni servizi inclusi nel tuo piano tariffario. Per avere tutti i dettagli invia un SMS gratis al 190 con scritto AGGIORNAMENTO, oppure prosegui

(numerazione comunicata nel testo del SMS inviato al cliente per comunicare l'iniziativa); chiamando il numero 42070 (numerazione comunemente utilizzata per attivazione/disattivazione di servizi e promozioni); nell'area *Fai da Te* del sito *www.vodafone.it*; e mediante la applicazione "My Vodafone".

27. L'iniziativa di Vodafone oltre ad essere stata comunicata personalmente ai singoli clienti con l'invio dell'SMS descritto è stata oggetto di comunicati stampa pubblicati sulle testate del *Corriere della Sera*, *La Repubblica* e *Sole 24 Ore* rispettivamente in data 2 giugno 2014 e 27 luglio 2014. Inoltre l'informazione della imminente modifica è stata presente sul sito di Vodafone nella sezione "*Per il consumatore*", dove ora sono riportate le condizioni vigenti, nonché nelle sezioni commerciali che riguardano detti servizi. Ulteriori informazioni sono inoltre presenti nelle pagine personali del sito.

nell'ascolto. Se hai un pacchetto con minuti, SMS o Internet inclusi questo invece non cambia. Per avere subito in regalo Free Sunday, per parlare con tutti ogni domenica per tre mesi, digita 1. Per conoscere tutti i dettagli sugli aggiornamenti previsti dal 21 luglio, digita 2. Per informazioni su come recedere gratuitamente dal tuo contratto e disattivare il numero telefonico digita 3. [...] Per informazioni sui servizi Chiamami e Recall, digita 3. Il Servizio Chiamami ti avvisa con un SMS quando qualcuno ha provato a chiamarti ma il tuo cellulare era occupato, spento o non raggiungibile. Il servizio Recall invece ti permette di essere avvisato quando il numero che hai chiamato e hai trovato spento o non raggiungibile torna nuovamente disponibile. Dal 21 luglio 2014 l'utilizzo di questi servizi costa 6 centesimi al giorno. I 6 centesimi vengono addebitati solo nei giorni in cui utilizzi Chiamami o Recall e solo al primo utilizzo che fa nell'arco della giornata. Per disattivare Chiamami e Recall, digita 1. Per attivare subito gratis Free Sunday, per parlare con tutti i numeri di rete fissa e mobile in Italia, ogni domenica per tre mesi, digita 9. Per tornare al menu precedente, digita 2. Per tornare al menu principale, digita 0. [Recesso]. Ti informiamo che hai diritto a recedere gratuitamente entro 30 giorni da quando ti abbiamo comunicato via SMS l'aggiornamento del tuo piano tariffario e dei servizi Recall e Chiamami. Questo diritto è regolato dall'articolo 70.4 del decreto legislativo 259 del 2003. Se decidi di recedere e hai un'offerta con telefono a rate pagherai la somma delle rate residue del telefono che cara' sempre inferiore, o pari, al valore del telefono al momento in cui l'hai acquistato". Informazioni del medesimo tenore sono contenute nel messaggio, ancora oggi attivo, cui il cliente accede chiamando il tradizionale numero di assistenza Vodafone (190). "Benvenuto in Vodafone. Per scoprire le novità; e le offerte ricaricabili, digita 1. Per attivare subito gratis Free Sunday, per parlare con tutti i numeri di rete fissa e mobile in Italia, ogni domenica per tre mesi, digita 2. Per conoscere tutti i dettagli sugli aggiornamento previsti dal 21 luglio, digita 3. Per le configurazioni, il codice PUK, la segreteria e altre informazioni sul tuo_ numero, digita 4. Per assistenza, digita 5. Dal 21 luglio cambiano i costi di alcuni servizi inclusi nel tuo piano tariffario. Se hai un pacchetto con minuti, SMS o internet inclusi questo invece non cambia. Per avere tutti i dettagli invia un SMS gratis al 190 con scritto AGGIORNAMENTO, oppure prosegui nell'ascolto. Dal 21 luglio cambiano i costi di alcuni servizi inclusi nel tuo piano tariffario. Se hai un pacchetto con minuti SMS o Internet inclusi questo invece non cambia. [...] il Servizio Chiamami ti avvisa con un SMS quando qualcuno ha provato a chiamarti ma il tuo cellulare era occupato, spento o non raggiungibile. 11 servizio Recall invece ti permette di essere avvisato quando il numero che hai chiamato e hai trovato spento o non raggiungibile torna nuovamente disponibile. Dal 21 luglio 2014 l'utilizzo di questi servizi costa 6 centesimi a; giorno. I 6 centesimi vengono addebitati solo nei giorni in cui utilizzi Chiamami o Recall e solo al primo utilizzo che fai nell'arco della giornata. Per disattivare Chiamami e Recall, digita 1. Per tornare al menu precedente, digita 2. Per tornare al menu principale, digita 0." [testo semplificato].

28. Alla data del 25 luglio 2014, la Società ha registrato [5.000-8.000]* richieste di restituzione del credito (che rappresenta tipicamente la modalità di interruzione del rapporto fra la Società ed il cliente nel caso di fornitura di servizi di telefonia mobile prepagati).

29. Nel periodo successivo all'invio degli sms Vodafone ha ricevuto [700.000-1.500.000] richieste di disattivazione dei servizi "Chiamami" e "Recall".

30. Le linee guida diffuse da Vodafone presso gli operatori del *customer care* prima del 21 luglio 2014 per la gestione dei reclami e delle chiamate dei consumatori relative ai due servizi, contengono indicazioni del tipo: "Il Cliente non vuole i servizi Recall e Chiamami e/o vuole disattivarli adesso. Cosa dire: *Signor x consideri che se li toglie poi non potrà sapere chi l'ha cercata. Se li utilizzasse 10 giorni al mese sarebbero 60 centesimi. In ogni caso le consiglio di verificare prima di decidere quanto effettivamente spende dal 21 luglio in avanti. Non deve disattivarli per forza adesso*" e di procedere a disattivarli solo nel caso di insistenza da parte del cliente.

31. Nei nuovi moduli contrattuali in uso dal 14 giugno 2014 i servizi di reperibilità sono contraddistinti da una casella prefleggiata accanto alla quale si legge: "La firma conferma l'accettazione dell'attivazione dei servizi di segreteria telefonica, connessione dati chiamami e Recall. Il Cliente potrà richiedere la disattivazione dei servizi indicati anche presso il rivenditore all'atto dell'attivazione della SIM"³.

32. In sede di audizione Vodafone ha precisato che in sede di conclusione del contratto non c'è modo di non aderire al servizio richiedendo il solo servizio principale e che una volta concluso il contratto comprensivo del servizio accessorio il consumatore può chiedere anche immediatamente di disattivare il servizio⁴.

3) Le argomentazioni difensive della Parte

33. In merito all'assenza di informazioni nell'SMS circa la possibilità di procedere alla disattivazione dei servizi, contrariamente a quanto ipotizzato nel provvedimento di avvio, tutti i consumatori (o, quanto meno, i consumatori medi che abbiano avuto un minimo di accortezza nella lettura del SMS ricevuto da ciascuno di essi) sarebbero stati sufficientemente e

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

³ Cfr. Doc. n. 61.

⁴ Cfr. Doc. n. 60.

reiteratamente informati delle caratteristiche e delle modalità di funzionamento dei servizi e, soprattutto, della possibilità di recedere dal contratto e/o di disattivare gratuitamente i singoli servizi oggetto della modifica tariffaria.

34. In primo luogo, il testo del messaggio SMS considerato indicherebbe chiaramente la possibilità di chiamare il numero 42593, non solo per attivare la promozione denominata "*FreeSunday*", ma anche "*per info/recesso gratis*".

35. La completezza e l'efficacia dell'informazione sarebbe dimostrata dal numero di clienti che hanno richiesto la disattivazione dei servizi pari a oltre [omissis] ossia un numero significativamente superiore alle richieste di disattivazione ricevute prima della loro trasformazione da gratuiti a pagamento.

36. La possibilità di recedere dal contratto e/o di disattivare i singoli servizi accessori, sarebbe menzionata con altrettanta chiarezza nel cd. albero di navigazione (IVR -. *Interactive Voice Response*), cui si accede gratuitamente digitando il predetto numero 42593 e nel messaggio, cui il cliente accede chiamando il tradizionale numero di assistenza Vodafone (190). Tramite questi canali, il cliente verrebbe reso edotto delle modifiche tariffarie e delle caratteristiche dei servizi "*Chiamami*" e "*Recall*", oltre che della possibilità di disattivarli (digitando il tasto 1) e della possibilità di recedere gratuitamente dal contratto entro 30 giorni dalla ricezione dell'SMS informativo, ai sensi dell'art. 70 del Codice delle comunicazioni elettroniche.

37. Infine, l'informativa sugli aspetti in parola, sarebbe stata oggetto degli annunci pubblicati sui quotidiani nazionali nonché mediante il canale *web*, diffondendo la società in svariate sezioni del proprio sito *Internet* tutti i dettagli sui servizi e sulle varie modalità per procedere gratuitamente al recesso/disattivazione.

38. Rispetto al secondo profilo concernente la presunta sussistenza di informazioni nell'SMS idonee a generare nel consumatore il convincimento che l'addebito sarebbe avvenuto solo a fronte di un suo comportamento attivo anziché a fronte del mero invio dell'SMS del servizio Richiama da parte di Vodafone, l'espressione "*solo quando li usa*" sarebbe idonea a lasciar intendere che l'addebito avviene nel momento in cui si usufruisce del servizio, ciò che per definizione avviene già nel momento in cui si riceve il messaggio di testo da Vodafone.

39. La decodifica del messaggio dovrebbe tenere conto del fatto che i servizi "*Chiamami*" e "*Recall*" non sono servizi nuovi, bensì servizi (al pari, ad

esempio, della segreteria telefonica) già disponibili al momento dell'attivazione della STM-card, dei quali il cliente consapevolmente usufruisce già al momento dell'attivazione del servizio principale di fonia mobile e il cui funzionamento (i.e.: l'invio automatico da parte di Vodafone di un SMS che lo informa delle chiamate ricevute e/o della disponibilità di un utente prima non raggiungibile) è ben noto al cliente fin dal momento in cui acquista il servizio principale.

40. Il cliente mediamente avveduto sarebbe, cioè, perfettamente edotto del fatto che il servizio, per sua natura, consiste nell'invio "*in automatico*" di un SMS da parte del gestore a fronte di una chiamata ricevuta (o della disponibilità di un utente prima non raggiungibile) e può, pertanto, agevolmente comprendere (semplicemente leggendo il messaggio nel suo complesso) che l'«*uso*» di cui si parla nel messaggio coincide con l'invio dell'SMS da parte di Vodafone.

41. Rispetto alla condotta *sub* (b), consistente nella pre-attivazione di servizi a pagamento, e nell'addebito dei relativi costi, Vodafone ha rilevato che l'utente interessato dal *repricing* avrebbe già consapevolmente scelto i servizi di reperibilità al momento dell'acquisto del servizio principale (di fonia mobile), pur avendone usufruito gratuitamente fino al 21 luglio 2014, nella misura in cui gli stessi risultano attivi come precisato nelle Condizioni Generali di Contratto al momento dell'attivazione della SIM e in considerazione del fatto che l'utente era al corrente della possibilità che questi servizi accessori potessero essere «...*gratuiti o a pagamento*».

42. Le modifiche tariffarie introdotte da Vodafone, dunque, non potrebbero essere assimilate ai casi di "*pre-attivazione di servizi a pagamento*" se non altro perché si tratta di servizi già consapevolmente attivati dal cliente.

43. Dalla stessa prassi applicativa delle norme che regolano le pratiche commerciali aggressive si evincerebbe che le stesse sono applicabili a fattispecie in cui il professionista, senza il consenso del cliente, attiva nuovi servizi (i.e.: servizi mai precedentemente acquistati, seppur gratuitamente, dal cliente ed a questo spesso sconosciuti), pretendendo il pagamento (immediato o differito) del corrispettivo e, talvolta, ostacolando l'esercizio del diritto di disattivazione da parte del cliente.

44. Analogamente, l'art. 65 del Codice del consumo, recentemente introdotto per effetto delle modifiche apportate dal Decreto Legislativo. n. 21/2014, nell'imporre al professionista di richiedere il consenso espresso (*opt-in*) per qualsiasi pagamento supplementare oltre quello concordato per la prestazione principale, sembrerebbe riferirsi al momento della conclusione di

un nuovo contratto ma non anche - come è avvenuto nel caso di Vodafone qui in esame - alle mere variazioni tariffarie di un contratto già concluso.

45. Per queste ultime, proprio perché si tratterebbe di variazioni (sebbene di carattere economico) di prestazioni già espressamente e consapevolmente acquisite dal cliente al momento della stipula del contratto principale (acquisto/attivazione della SIM), rimarrebbe applicabile il principio dell'*opt-out* di cui all'art. 70, comma 4, del Codice delle comunicazioni elettroniche, secondo il quale il contraente che non accetti le modifiche (sottinteso: ai contratti già in corso) delle condizioni contrattuali apportate dall'operatore di telecomunicazioni, e che devono da quest'ultimo essere comunicate con un preavviso di almeno 30 giorni, può recedere dal contratto senza costi di disattivazione né penali.

46. La differenza del regime applicabile alle due fattispecie (*opt-in* per i nuovi servizi/rapporti contrattuali e *opt-out* per i servizi/rapporti contrattuali in corso) si spiega agevolmente alla luce del fatto che solo nel primo caso (cioè all'atto dell'offerta di un nuovo servizio e dell'instaurazione di un nuovo rapporto contrattuale) è particolarmente sentita l'esigenza di informare il cliente su tutte le componenti contrattuali ed economiche dell'offerta, ed è dunque richiesto il più stringente consenso espresso, laddove nel secondo caso, in cui il cliente è già parte di un rapporto contrattuale di cui si presume ben conosca termini e condizioni, e deve quindi solamente scegliere se proseguire un determinato rapporto, è sufficiente assicurargli la possibilità di recedere dal rapporto stesso o di disattivare successivamente il servizio secondo il meccanismo dell'*opt-out*, anche alla luce dell'esigenza di assicurare al cliente medesimo la continuità di un servizio già scelto.

47. In ogni caso, nei nuovi contratti Vodafone avrebbe previsto l'acquisizione del consenso espresso del cliente per l'adesione ai servizi (oggi a pagamento) "*Chiamami*" e "*Recall*" in quanto i servizi in questione sono contraddistinti da un apposito "*flag*" che richiamerebbe espressamente l'attenzione del cliente sulle caratteristiche e sulle condizioni economiche degli stessi.

48. Una ulteriore conferma della legittimità delle condotte di Vodafone è rappresentata dal fatto che le stesse sono state scrutinate da AGCOM anche alla luce delle disposizioni settoriali che prevedono il regime dell'*opt-in* per l'attivazione di nuovi servizi ma il regolatore di settore le ha pacificamente qualificate come modifiche contrattuali e le avrebbe inquadrate nell'ambito di applicazione dell'art. 70, comma 4, Codice delle com. elettroniche.

49. Peraltro, la presenza delle norme settoriali citate e l'effettiva indagine

svolta da AGCOM sui comportamenti esaminati, oltre all'art. 70, comma 4, Codice delle com. elettroniche, inducono a ritenere che l'AGCM non sia competente all'analisi della fattispecie.

IV. PARERE DELL'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI

50. Poiché la pratica commerciale oggetto del presente provvedimento è stata diffusa mediante sms e riguarda il settore delle comunicazioni, in data 28 gennaio 2015 è stato richiesto il parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ai sensi dell'art. 27, comma 6, nonché ai sensi e per gli effetti di cui all'art.27, comma 1-bis, del Codice del consumo, introdotto dall'art. 1, comma 6, lettera a), del Decreto Legislativo n. 21/2014.

51. L'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni non ha comunicato il proprio parere entro il termine di trenta giorni dal ricevimento della richiesta e non ha rappresentato ulteriori esigenze istruttorie.

V. VALUTAZIONI CONCLUSIVE

Il potere di accertamento dell'Autorità

52. In via preliminare va affrontata l'eccezione di incompetenza dell'Autorità sollevata dal professionista nelle proprie memorie difensive, eccezione che non merita accoglimento per le ragioni che seguono.

53. Come noto, il quadro normativo è stato recentemente integrato con l'introduzione nel Codice del consumo dell'articolo 27, comma 1 bis, entrato in vigore il 26 marzo 2014, secondo cui *“anche nei settori regolati, ai sensi dell'articolo 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente. Resta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta (...)”*.

54. La novella legislativa individua un criterio generale di ripartizione preventiva delle competenze che assegna in via esclusiva all'AGCM l'*enforcement* rispetto a tutte le condotte che danno luogo a una pratica commerciale scorretta, comprese quelle realizzate nell'ambito di «*settori regolati, ai sensi dell'articolo 19, comma 3*». La competenza delle Autorità di settore resta ferma nelle ipotesi in cui il comportamento contrario alle norme di settore non costituisca pratica commerciale scorretta.

55. Conseguenza da quanto sopra la chiara competenza dell'Autorità *ex art. 27, comma 1-bis*, del Codice del consumo a conoscere della fattispecie qui in considerazione, in quanto relativa a “*condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta*”.

56. Ciò posto, non appare pertinente né fondato rispetto al caso di specie quanto rilevato dalla Parte in merito alla sussistenza di un limite all'accertamento in materia di pratiche commerciali scorrette nel caso in cui il comportamento risulti, così come dalla stessa asserito, conforme alla regolazione di settore.

57. Difatti, il vincolo posto dalla norma alla valutazione del canone di diligenza professionale esigibile dal professionista nei settori regolati sulla base delle disposizioni generali in materia di pratiche commerciali scorrette contenute negli art. 18 e ss. Cod. cons., opera a condizione che la condotta concreta ricada nell'ambito di operatività dell'articolo 19, comma 3, Cod. cons., che costituisce trasposizione nell'ordinamento interno della disposizione comunitaria contenuta nell'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva n. 2005/29/CE, in virtù della quale la normativa speciale di rango comunitario potrà prevalere su quella generale solo in caso di contrasto e solo limitatamente agli aspetti specifici cui essa puntualmente si riferisce.

Nel caso di specie, tuttavia, non ricorre alcun contrasto tra la normativa speciale e quella generale, poiché la condotta del professionista non rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 70, comma 4, del Codice delle comunicazioni elettroniche, integrando piuttosto gli estremi di una pratica commerciale di per sé aggressiva, ed in particolare di una fornitura non richiesta *ex* articolo 26, comma 1, lettera *f*), del Codice del consumo. Argomento in sé idoneo a fondare la competenza esclusiva dell'Autorità ad intervenire nei confronti della condotta del professionista, a prescindere dal fatto che, trattandosi di una fattispecie di per sé aggressiva da *black list*, nessuna norma potrebbe in ogni caso prevalere su quella del Codice del consumo.

Valutazioni di merito

58. Il provvedimento concerne, in primo luogo, una pratica posta in essere dal professionista – nell’ambito della commercializzazione dei servizi di reperibilità *Chiamami e Recall* divenuti a pagamento dal 21 luglio 2014 – nei confronti dei clienti ricaricabili contrattualizzati prima del 13 giugno 2014 consistente nella diffusione di informazioni non rispondenti al vero e di omissioni informative in merito alla natura facoltativa ed alle caratteristiche dei servizi *Chiamami e Recall* e nella pre-attivazione dei servizi stessi.

59. Il provvedimento concerne, altresì, la condotta posta in essere dal professionista nei confronti dei clienti ricaricabili contrattualizzati dopo il 13 giugno 2014 consistente nella mancata acquisizione del consenso espresso al pagamento di un costo supplementare per la fruizione dei servizi di reperibilità.

La pratica commerciale posta in essere nei confronti dei clienti contrattualizzati prima del 13 giugno 2014

60. Il messaggio con il quale il professionista ha comunicato ai propri clienti la trasformazione dei servizi di reperibilità *Chiamami e Recall* da gratuiti a pagamento presenta due profili di ingannevolezza.

61. Il primo dei profili contestati, descritto al punto II lettera a) del presente provvedimento, consiste nell’omissione di informazioni circa la natura e le caratteristiche dei servizi e nello specifico circa la possibilità di procedere alla loro disattivazione che, stante l’adesione automatica ai servizi stessi, può ingenerare nel consumatore un erroneo convincimento in merito alla loro natura (facoltativa e non obbligatoria) e, conseguentemente, indurlo a una scelta che non avrebbe altrimenti effettuato.

62. In proposito, Vodafone ha argomentato la propria difesa evidenziando innanzitutto, che il testo del messaggio SMS inviato indicherebbe chiaramente la possibilità di chiamare il numero 42593 non solo per attivare la promozione denominata "*FreeSunday*", ma anche "*per info/recesso gratis*".

63. Al riguardo, deve rilevarsi che lo stesso tenore letterale dell’espressione utilizzata dall’operatore, riferita al solo “recesso” senza che venga in alcun modo esplicitata la possibilità di disattivare i servizi rimanendo vincolati al contratto, e, in ogni caso, la posizione dell’espressione “*per info/recesso gratis*”, collocata alla fine dell’SMS accanto alla diversa e distinta promozione denominata "*FreeSunday*", non appaiono idonee a porre il consumatore nella condizione di comprendere chiaramente di poter

procedere alla disattivazione dei servizi senza dover recedere dall'intero piano tariffario e, conseguentemente, in merito alla natura facoltativa e non obbligatoria dei servizi.

64. Né la decettività del messaggio e gli effetti fuorvianti da esso potenzialmente prodotti nei suoi destinatari appaiono suscettibili di essere sanati dalle informazioni diffuse nel c.d. albero di navigazione, digitando il numero 42593 o sul sito *web* dell'operatore.

65. Difatti, da un lato, l'espressione "*Chiama 42593 per attivare FreeSunday, per info/recesso gratis*" non immediatamente riconducibile ai servizi *Chiamami* e *Recall*, ma piuttosto alla sola offerta *FreeSunday*, non appare idonea a garantire l'effettivo ricorso al numero 42593 da parte del consumatore al fine di acquisire informazioni in merito ai servizi *de quibus*, dall'altro, la consultazione del sito *web*, al quale, peraltro, il messaggio neppure rinvia, rappresenta una mera eventualità.

66. Il secondo dei profili di ingannevolezza contestati consiste nell'utilizzo dell'espressione "*costeranno 6 cent al giorno solo quando li usi*" che appare idonea a far maturare nel consumatore la falsa idea che il corrispettivo sia dovuto solo a fronte di un comportamento di utilizzo attivo dei servizi da parte dell'utente. In realtà, come ipotizzato in avvio e confermato dallo stesso professionista, i servizi *Chiamami* e *Recall* *su spento o non raggiungibile*, preattivati al momento della conclusione del contratto, vengono addebitati nel momento in cui il cliente riceve il messaggio di testo da parte di Vodafone.

67. Al riguardo, non valgono ad escludere l'ingannevolezza delle informazioni in questione le circostanze evidenziate da Vodafone secondo cui il cliente mediamente avveduto sarebbe perfettamente edotto del fatto che il servizio, per sua natura, consiste nell'invio "in automatico" di un SMS che lo informa delle chiamate ricevute e/o della disponibilità di un utente prima non raggiungibile in quanto i servizi "*Chiamami*" e "*Recall*" non sono servizi nuovi, ma servizi (al pari, ad esempio, della segreteria telefonica) già disponibili al momento dell'attivazione della sim-card.

68. In proposito basti evidenziare che, da un lato, le modifiche e l'invio del relativo messaggio hanno interessato l'intera *customer base* e dunque non solo i clienti avvezzi a tale tipo di servizi ma anche coloro che avevano acquistato la sim in tempi più recenti; dall'altro, che nella percezione dei destinatari del messaggio l'addebito, che costituisce una novità per il cliente, avrebbe potuto essere previsto dal professionista in un momento diverso rispetto a quello dell'invio del messaggio da parte dell'operatore, come ad

esempio in occasione di un comportamento attivo da parte del consumatore.

69. Le circostanze evidenziate dimostrano, pertanto, la sussistenza di omissioni informative rilevanti e di informazioni false o comunque veicolate in maniera ambigua in violazione degli artt. 21 e 22, commi 1 e 2, del Codice del consumo circa la natura facoltativa e non obbligatoria dei servizi di reperibilità e circa le loro caratteristiche e, nello specifico, in merito alla circostanza che l'addebito dei servizi avviene al momento dell'invio del messaggio da parte dell'operatore e non quando essi vengono "usati" dall'utente.

70. L'ulteriore condotta posta in essere dal professionista nei confronti dei propri clienti, descritta al punto II, lettera b.1, del presente provvedimento, consiste nell'aver mantenuto attivi sulle sim vendute prima del 13 giugno 2014 (c.d. vecchi clienti) i servizi di reperibilità dell'utenza a seguito dell'operazione con la quale gli stessi sono stati trasformati da servizi a titolo gratuito a titolo oneroso a partire dal 21 luglio 2014.

71. Vodafone ha adottato un meccanismo di *opt-out* nell'acquisizione del consenso del consumatore alla fruizione dei servizi a pagamento, cui consegue il prelevamento automatico sul credito del cliente di 6 cent al giorno addebitati solo nel caso in cui il cliente usufruisca del servizio durante la giornata e alla ricezione del primo messaggio.

72. Al riguardo, in linea generale deve osservarsi che nel settore della telefonia mobile - caratterizzato dalla eterogeneità di servizi associati all'utilizzo di una sim che non sono più circoscritti al servizio voce tradizionale - la previsione di adeguati strumenti volti a garantire l'adozione da parte del consumatore di scelte economiche e di comportamenti in relazione al prodotto pienamente consapevoli che non siano condizionati da tecniche di negoziazione unilateralmente predisposte dall'offerente, si caratterizza come un onere minimo del professionista. Ciò al fine di consentire la percezione delle caratteristiche dei servizi utilizzati e attenuare, per quanto ragionevolmente possibile, gli effetti associati all'asimmetria contrattuale e informativa del consumatore medio particolarmente evidente nella contrattazione di massa e standardizzata in un settore complesso come quello qui in esame.

73. Nel caso di specie, mediante la scelta di mantenere attivi i servizi sulle sim dei clienti a seguito della loro trasformazione da gratuiti a onerosi autonomamente e unilateralmente imposta dal professionista, sfruttando la propria posizione di supremazia, quest'ultimo ha esercitato una pressione idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta e di comportamento

del consumatore medio in relazione alla fruizione di servizi per i quali è stato richiesto, in corso di rapporto, un costo autonomo non compreso nella tariffa pattuita.

74. Tale circostanza si riflette evidentemente sulla decisione di natura commerciale dello stesso consumatore, esposto in conseguenza della coercizione perpetrata dal professionista a scelte economiche e/o contrattuali, come quella di mantenere attivo il servizio o di doversi attivare entro termini e con forme stabilite da Vodafone per potersi sottrarre alla fruizione dei servizi e al correlato maggior prelievo sul proprio credito telefonico, che non avrebbe altrimenti assunto.

75. Il carattere aggressivo della pratica oggetto di valutazione discende inoltre dalla circostanza che il meccanismo di acquisizione implicita del consenso ha riguardato l'imposizione a carico del consumatore di una nuova e non concordata prestazione: l'introduzione di un costo supplementare riferito a servizi di cui il consumatore ha sino ad allora goduto in modalità gratuita.

76. Difatti, nel caso di specie, quello che in sede di conclusione del negozio era stato qualificato come un vero e proprio servizio "omaggio", a seguito delle modifiche unilateralmente predisposte dal professionista, viene trasformato in una prestazione a pagamento che, proprio in ragione del meccanismo predisposto dalla società Telecom, si configura come una nuova offerta che il consumatore può rifiutare mediante *opt-out*. Per cui, già da queste prime considerazioni appare evidente come la condotta imputata alla società Telecom integri gli estremi di una pratica commerciale di per sé aggressiva consistente, ai sensi dell'articolo 26, comma 1, lettera f), nella fornitura di un servizio non richiesto, non rientrante in quanto tale nell'ambito coperto dall'articolo 70, comma 4, del Codice delle comunicazioni elettroniche.

77. Nel caso di specie, peraltro, dalle evidenze istruttorie emerge che la disattivazione dei servizi da parte del cliente, almeno fino al 21 luglio 2014, è stata disincentivata dagli operatori dei call center.

78. Dalle linee guida *customer care* diffuse presso i *call center* fino al 21 luglio 2014 si evince che il cliente che contattava il numero 190 non veniva informato della possibilità di disattivare i servizi nel caso in cui chiamava per chiedere chiarimenti e, nell'ipotesi in cui manifestava chiaramente di non volere i servizi in questione, veniva incoraggiato a mantenerli attivi facendo leva sulla loro convenienza e a verificare la spesa effettiva dal 21 luglio in poi.

79. In proposito, Vodafone ha argomentato la propria difesa rilevando di aver esercitato nei confronti dei propri clienti, senza alcuna obiezione da parte dell'Autorità di settore, il c.d. *ius variandi* ai sensi dell'art. 70, comma 4, C.C.E. concedendo loro il termine previsto dalla norma di settore per avvalersi, senza costi, del diritto di recesso dal contratto di telefonia mobile con conseguente acquisizione del consenso dei clienti, che non hanno esercitato il diritto nel termine concesso, alla modifica contrattuale proposta.

80. Al riguardo basti rilevare che la tutela del recesso accordata dalla norma settoriale in caso di esercizio dello *ius variandi* e l'applicazione del meccanismo di acquisizione del consenso ad essa sotteso (*opt-out*) invocata dal professionista a propria difesa implicano che il consumatore non possa rifiutare la modifica contrattuale unilateralmente imposta se non mediante lo scioglimento dell'intero rapporto contrattuale.

81. Diversamente, nel caso che ci occupa, il professionista trattandosi di una nuova offerta ha contemplato la possibilità per il consumatore di acconsentire alla fruizione del servizio mediante la mancata disattivazione dello stesso, dimostrando in tal modo di non considerare tale operazione come una mera rimodulazione soggetta al meccanismo del recesso di cui all'articolo 70, comma 4, del Codice delle comunicazioni elettroniche.

82. In altri termini, poiché nel caso di specie, sia pure attraverso il meccanismo dell'*opt-out*, è stata richiesta una nuova manifestazione del consenso, la condotta oggetto di contestazione non può ricadere nell'ambito di applicazione dell'art. 70, comma 4, cod. com. elettroniche e, dunque, non risulta coperta da alcuna norma settoriale. Né potrebbe essere altrimenti non essendo ammessa dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (sentenza del 23 aprile 2009, cause C-261/07 e C-299/07, *VTB-VAB NV/Total Belgium NV* e *Galatea BVBA/ Sanoma Magazines Belgium NV*) la previsione di fattispecie di per sé aggressive ulteriori rispetto a quelle contenute nella direttiva 2005/29/Ce e nel Codice del consumo, con cui tale normativa è stata trasportata nell'ordinamento interno.

82. Del resto, l'acquisizione implicita del consenso oggetto di contestazione non discende dal mancato recesso ma dalla mancata disattivazione del servizio e, dunque, da un diverso meccanismo di *opt-out* autonomamente scelto dal professionista che non ricade, in ogni caso, nell'ambito di applicazione dell'art. 70, comma 4, del Codice delle comunicazioni elettroniche.

83.In conclusione, in forza delle considerazioni che precedono, a prescindere da valutazioni circa la presenza e/o assenza di eventuali specifici interventi

regolatori, l'adozione di una modalità implicita di acquisizione del consenso a mantenere attivi i servizi nonostante la previsione di un nuovo e non concordato onere economico a carico del cliente in considerazione della natura stessa della condotta e del contesto di mercato e giuridico nella quale è stata realizzata e delle informazioni veicolate dai call center - che, come evidenziato, tendono a disincentivare i consumatori dalla disattivazione dei servizi – appare idonea ad integrare una pratica commerciale aggressiva in violazione degli artt. 24 e 25, lettera a), Cod. cons. Concretandosi la condotta nella fornitura di servizi non richiesti consapevolmente dagli utenti, sussiste altresì la violazione dell'art. 26, comma 1, lettera f), Cod. cons. avendo Vodafone iniziato ad addebitare il relativo costo sul credito telefonico dei clienti ricaricabili dal 21 luglio 2014.

84. Quanto, infine, alla contrarietà alla diligenza professionale, non si riscontra da parte di Vodafone il normale grado di competenza ed attenzione che ragionevolmente ci si può attendere, avuto riguardo alla qualità del professionista ed alle caratteristiche dell'attività svolta, rispetto alla modalità di imposizione del servizio e all'onere richiesto al consumatore.

85. In particolare, la contrarietà alla diligenza professionale si riscontra nella misura in cui il professionista risulta da un lato, aver diffuso informazioni non rispondenti al vero e omesso informazioni circa la natura e le caratteristiche dei servizi e dall'altro, aver imposto ai clienti contrattualizzati prima del 14 giugno 2014 una modalità implicita di acquisizione del consenso a mantenere attivi i servizi nonostante la previsione di un nuovo onere economico a carico del cliente limitando la libertà di scelta e di comportamento del consumatore medio in relazione ai servizi stessi e inducendo lo stesso a soggiacere ad un onere sproporzionato: la necessità di doversi attivare entro termini e con forme stabilite da Vodafone per potersi sottrarre alla fruizione dei servizi e al correlato maggior prelievo sul proprio credito telefonico.

La condotta posta in essere dopo il 13 giugno 2014

86. La condotta posta in essere da Vodafone nell'ambito della commercializzazione dei servizi di reperibilità dopo il 13 giugno 2014, descritta al punto II lettera b.2 del presente provvedimento, consiste nella mancata acquisizione del preventivo consenso espresso dei nuovi clienti a sostenere il costo supplementare dei servizi, gravando gli stessi di un onere successivo alla conclusione del contratto per poter eventualmente rinunciare

al servizio ed al pagamento del relativo importo.

87. Al riguardo, dalle evidenze istruttorie emerge che nei moduli contrattuali per ricaricabili in uso da tale data i servizi di reperibilità sono contraddistinti da una casella prefleggiata, accanto alla quale si legge: *“La firma conferma l’attivazione dell’attivazione dei servizi di segreteria telefonica, connessione dati chiamami e Recall. Il Cliente potrà richiedere la disattivazione dei servizi indicati anche presso il rivenditore all’atto dell’attivazione della sim”*⁵. Il consumatore non può, secondo quanto dichiarato dallo stesso professionista, rifiutare il servizio di reperibilità a pagamento prima di concludere il contratto, ma può richiederne la disattivazione solo una volta concluso il contratto comprensivo del servizio accessorio.

88. Come noto, a seguito dell’entrata in vigore dell’art. 65 del Codice del consumo nella sua formulazione attuale, il professionista è tenuto a chiedere il consenso espresso del consumatore per qualsiasi pagamento supplementare, oltre alla remunerazione concordata per l’obbligo contrattuale principale. Per il caso in cui il professionista deduca il consenso attraverso modalità prestabilite, che il consumatore deve rifiutare per evitare il pagamento, il consumatore ha diritto al rimborso del pagamento così effettuato.

89. Lo scopo della disposizione è di evitare che i professionisti adottino pratiche che possono indurre il consumatore ad aderire inconsapevolmente ad obblighi di pagamento supplementari rispetto alla remunerazione principale del servizio richiesto. Ciò appare particolarmente vero nel settore della telefonia, dove le offerte commerciali risultano spesso complesse e non consentono al consumatore di comprendere fino in fondo il contenuto degli obblighi che assume con il contratto e di effettuare una scelta mirata su ciascuno di essi.

90. Nel caso di specie, diversamente da quanto sostenuto dall’operatore nelle proprie difese, la modulistica utilizzata non appare idonea a garantire l’adesione espressa del cliente ai servizi di reperibilità per i quali è richiesto un costo supplementare, adesione che piuttosto deriva da un’opzione prestabilita che il consumatore non può neppure rifiutare, se non dopo aver concluso il contratto.

91. A ciò si aggiunga che, l’acquisizione di un consenso implicito, e dunque non sempre perfettamente consapevole, grava il consumatore dell’assolvimento di un onere successivo alla conclusione del contratto,

⁵ Cfr. Doc. n. 61.

consistente nell'attivarsi tramite le modalità previste dal professionista per rifiutare eventualmente il servizio e il pagamento del suo costo. Circostanza che spesso non si verifica perché il consumatore tende a subire il servizio, piuttosto che attivare le procedure previste per il rimborso.

92. Per le considerazioni che precedono, pertanto, la condotta di Vodafone posta in essere nei confronti dei clienti ricaricabili acquisiti dopo il 13 giugno 2014 integra una violazione dell'art. 65 del Codice del consumo.

VI. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

93. Ai sensi dell'art. 27, comma 9, del Codice del consumo, con il provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta, 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.

In caso di procedimento che abbia ad oggetto una pluralità di illeciti amministrativi accertati, la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire come in presenza di una pluralità di condotte dotate di autonomia strutturale e funzionale, ascritte alla responsabilità dei professionisti, si applica il criterio del cumulo materiale delle sanzioni, in luogo del cumulo giuridico (cfr. tra le altre, Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza n. 209 del 19 gennaio 2012).

94. In ordine alla quantificazione della sanzione deve tenersi conto, in quanto applicabili, dei criteri individuati dall'art. 11 della legge n. 689/81, in virtù del richiamo previsto all'art. 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.

95. Rispetto alla pratica commerciale descritta al punto II lettera (a) e (b.1) con riguardo alla gravità della violazione, si tiene conto nella fattispecie in esame della rilevante dimensione economica del professionista che presenta un fatturato pari a circa 7 miliardi e rappresenta uno dei principali operatori di telefonia, nonché della natura dei profili di scorrettezza che ricomprendono anche comportamenti aggressivi di particolare impatto sull'autodeterminazione del consumatore nelle proprie scelte commerciali. Inoltre, si tiene conto dell'ampia diffusione e penetrazione della pratica che ha interessato l'intera *customer base* dei consumatori titolari di utenza mobile ricaricabile. Si deve rilevare, infine, la particolare insidiosità della condotta che espone i consumatori all'attivazione unilaterale dei servizi e al

prelievo unilaterale di somme da parte dell'operatore sul credito dei clienti.

96. Per quanto riguarda la durata della violazione, dagli elementi disponibili in atti risulta che la pratica commerciale è stata posta in essere dal 21 luglio 2014 ad oggi ed è ancora in corso, in quanto Vodafone continua ancora oggi ad addebitare il costo dei servizi di reperibilità.

97. Sulla base di tali elementi, si ritiene dunque di determinare l'importo base della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a Vodafone Omnitel per la pratica commerciale descritta nella misura di 400.000 (*quattrocentomila*) euro.

98. In considerazione del fatto che sussiste, nel caso di specie, una circostanza aggravante, in quanto il professionista risulta già destinatario di provvedimenti sanzionatori da parte dell'Autorità in materia di pratiche commerciali scorrette⁶, si ritiene di determinare l'importo della sanzione nella misura di 500.000 € (*cinquecentomila* euro).

99. Rispetto alla condotta descritta al punto II lettera (b.2) con riguardo alla gravità della violazione si tiene conto nella fattispecie in esame della rilevante dimensione economica del professionista che presenta un fatturato pari a circa 7 miliardi e rappresenta uno dei principali operatori di telefonia e dell'ampia diffusione e penetrazione della condotta che ha interessato l'intera *customer base* dei consumatori ricaricabili titolari di utenza mobile acquisita dal 14 giugno 2014.

100. Per quanto riguarda la durata della violazione, dagli elementi disponibili in atti risulta che la condotta è stata posta in essere dal 14 giugno 2014 ad oggi, in quanto sussiste tuttora la modalità di attivazione automatica dei servizi in analisi all'atto della conclusione del contratto.

101. Sulla base di tali elementi, si ritiene dunque di determinare l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a Vodafone Omnitel per la condotta descritta nella misura di 150.000 € (*centocinquantamila* euro);

RITENUTO, pertanto, sulla base delle considerazioni suesposte, che la pratica commerciale posta in essere nei confronti dei clienti di telefonia mobile contrattualizzati prima del 13 giugno 2014 risulta scorretta ai sensi degli artt. 20, 21, 22, 24, 25 e 26, comma 1, lettera *f*), del Codice del consumo in quanto contraria alla diligenza professionale e idonea, mediante la diffusione di informazioni ingannevoli e omissioni informative rilevanti circa la natura facoltativa e le caratteristiche dei servizi di reperibilità nonché

⁶ Cfr., tra gli altri, PS9311 – Vodafone - Disponibilità prodotti, n. 25109, adottato in data 24 settembre 2014; nonché PS7732 - Vodafone-Durata Contratto IPAD2, n. 23538, adottato in data 3 maggio 2012.

mediante l'imposizione di tipo coercitivo di un servizio a pagamento e non richiesto, ponendo in capo al consumatore l'onere di sottrarsi all'attivazione dello stesso entro termini e con modalità stabilite dal professionista, ad incidere in misura apprezzabile sul comportamento economico del consumatore medio;

RITENUTO, inoltre, sulla base delle considerazioni suesposte, che la condotta posta in essere nei confronti dei clienti di telefonia mobile contrattualizzati dopo il 13 giugno 2014, risulta posta in essere in violazione dell'art. 65 del Codice del consumo in quanto consistente nella mancata acquisizione del consenso espresso al pagamento di un costo supplementare per la fruizione dei servizi di reperibilità;

DELIBERA

a) che la pratica commerciale descritta al punto II, lettere (a) e (b.1), del presente provvedimento, posta in essere dalla società Vodafone Omnitel B.V., costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, 21, 22, 24, 25 e 26, comma 1, lettera *f*), del Codice del consumo, e ne vieta la diffusione o continuazione;

b) che la condotta descritta al punto II, lettera b.2., posta in essere dalla società Vodafone Omnitel B.V., costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una violazione dell'art. 65 del Codice del consumo e ne vieta la diffusione o continuazione;

c) di irrogare a Vodafone Omnitel B.V. una sanzione amministrativa pecuniaria di 500.000 € (cinquecentomila euro) per la violazione di cui al punto a);

d) di irrogare a Vodafone Omnitel B.V. una sanzione amministrativa pecuniaria di 150.000 € (centocinquantamila euro) per la violazione di cui al punto b).

e) che il professionista comunichi all'Autorità, entro il termine di sessanta giorni dalla notifica del presente provvedimento, le iniziative assunte in ottemperanza alle diffide di cui ai punti a) e b).

Le sanzioni amministrative di cui alle precedenti lettere c) e d) devono essere pagate entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando l'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997. Tale modello può essere presentato in formato cartaceo presso gli sportelli delle banche, di Poste Italiane S.p.A. e degli Agenti della Riscossione. In alternativa, il modello può essere presentato 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.

Ai sensi dell'art. 37, comma 49, del decreto-legge n. 223/2006, i soggetti titolari di partita IVA, sono obbligati a presentare il modello F24 con modalità telematiche.

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'art. 27, comma 6, della legge n. 689/81, 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 di copia del modello 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'art. 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'art. 135, comma 1, lettera *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'art. 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 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

Roberto Chieppa

IL PRESIDENTE

Giovanni Pitruzzella