

DELIBERA N. 194/19/CONS

**ORDINANZA INGIUNZIONE NEI CONFRONTI DELLA SOCIETÀ WIND
TRE S.P.A. PER L'INOTTEMPERANZA ALLA DIFFIDA IMPARTITA CON
DELIBERA N. 40/18/CONS
(CONTESTAZIONE N. 22/18/DTC)**

L'AUTORITÀ

NELLA riunione di Consiglio del 22 maggio 2019;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, recante “*Istituzione dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*”;

VISTO il decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante “*Codice delle comunicazioni elettroniche*”, di seguito anche solo “*Codice*”;

VISTA la legge 24 novembre 1981, n. 689, recante “*Modifiche al sistema penale*”;

VISTA la legge 7 agosto 1990, n. 241, recante “*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*”;

VISTO il decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104, recante “*Attuazione dell’articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo*”;

VISTO il decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7, recante “*Misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese*”, convertito con modificazioni in legge 2 aprile 2007, n. 40;

VISTA la legge 4 agosto 2017, n. 124, recante “*Legge annuale per il mercato e la concorrenza*”;

VISTO il decreto legge 16 ottobre 2017, n. 148, recante “*Disposizioni urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili*”, convertito con modificazioni in legge 4 dicembre 2017, n. 172;

VISTA la delibera n. 410/14/CONS, del 29 luglio 2014, ed il relativo Allegato A, recante “*Regolamento di procedura in materia di sanzioni amministrative e impegni e consultazione pubblica sul documento recante «Linee guida sulla quantificazione delle*

sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni»”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 581/15/CONS;

VISTA la delibera n. 265/15/CONS, del 28 aprile 2015, recante “*Linee guida sulla quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*”;

VISTA la delibera n. 223/12/CONS, del 27 aprile 2012, recante “*Adozione del nuovo Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 95/19/CONS;

VISTA la delibera n. 401/10/CONS, del 22 luglio 2010, recante “*Disciplina dei tempi dei procedimenti*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 118/14/CONS;

VISTA la delibera n. 519/15/CONS, del 25 settembre 2015, recante “*Approvazione del Regolamento recante disposizioni a tutela degli utenti in materia di contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche*”;

VISTA la delibera n. 40/18/CONS, del 30 gennaio 2018, recante “*Diffida alla società Wind Tre S.p.a., in relazione alle modifiche delle condizioni contrattuali previste a partire dal 24 marzo, 4 e 5 aprile 2018, al rispetto degli articoli 70 e 71 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259 e dell’articolo 1, commi 1-quater e 3-bis, del decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7, convertito in legge 2 aprile 2007, n. 40*”;

VISTA la decisione del Consiglio, del 29 novembre 2018, in merito all’avvio di un procedimento sanzionatorio nei confronti della società Wind Tre S.p.A. per l’inottemperanza alla diffida impartita con la delibera n. 40/18/CONS del 30 gennaio 2018;

VISTO l’atto del Direttore della Direzione tutela dei consumatori n. 22/18/DTC del 28 dicembre 2018, notificato in data 8 gennaio 2019;

VISTA la nota del 7 febbraio 2019 con cui la società Wind Tre S.p.A. ha trasmesso la propria memoria difensiva e ha chiesto di essere sentita in audizione;

SENTITA la società Wind Tre S.p.A. nel corso dell’audizione tenutasi in data 27 febbraio 2019;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Il fatto e la contestazione

La società Wind Tre S.p.A. (di seguito la “Società” o “Wind Tre”), al fine di rendere note le iniziative assunte in ottemperanza alla diffida impartita dall’Autorità con la delibera n. 40/18/CONS, con nota del 9 marzo 2018 ha dichiarato, tra l’altro, che:

- rispetto al primo punto della diffida n. 40/18/CONS, relativo all’informazione circa l’eventuale variazione del *bundle* di servizi offerti, la Società ha precisato che, nelle comunicazioni individuali alla clientela, ha indicato chiaramente l’incremento del *bundle* di servizi inclusi nell’offerta a fronte della corrispondente riduzione dei canoni di rinnovo su base mensile;
- per quanto riguarda la necessità di indicare in ogni comunicazione la variazione del prezzo da valore precedente alla modifica contrattuale a valore successivo, Wind Tre ha rappresentato di aver provveduto direttamente nell’SMS informativo, laddove fattibile, mentre nei casi in cui, per ragioni tecniche ovvero per il rispetto delle tempistiche di comunicazione dettate dalla legge, ciò non è stato possibile, ha messo a disposizione della clientela un *link* a un motore di calcolo attraverso il quale è possibile conoscere il nuovo prezzo mensile di tutte le offerte fisse e mobili;
- l’esercizio del diritto di recesso, anche tramite passaggio ad altro operatore, avviene senza costi e, nel caso di offerte che prevedono l’acquisto di un terminale, nelle informative è stato specificato che in presenza di pagamenti rateali il cliente potrà continuare a pagare le rate fino al termine naturale previsto o saldare le rate residue in unica soluzione;
- nelle informative rese ai clienti, sono stati correttamente indicati le modalità e i canali attraverso i quali è possibile esercitare il diritto di recesso.

A partire dal mese di aprile 2018, l’Autorità ha ricevuto alcune segnalazioni da parte di utenti, i quali hanno lamentato l’illegittimo addebito, da parte di Wind Tre, di importi legati all’esercizio del diritto di recesso e imputati a titolo di costi di pagamento delle rate del *modem* fornito in vendita abbinata.

Nel corso dell’audizione tenutasi in data 6 aprile 2018, la Società ha comunicato, tra l’altro, che, per quanto riguardava l’applicazione dell’art. 3, comma 1-*bis*, del d.l. n. 7/2007, ai fini dell’esercizio del diritto di recesso, aveva implementato, per il *brand* “3” tutte le misure richieste dall’Autorità, mentre per il *brand* “Wind” erano state implementate le modalità di recesso speculari a quelle di attivazione fatto salvo quella tramite *web form* in corso di rilascio. Da ultimo, Wind Tre ha chiarito che, per i contratti collegati alla vendita abbinata di un *modem* in comodato d’uso, i clienti, in caso di recesso, non avrebbero dovuto corrispondere né costi né rate residue. Viceversa, per quanto atteneva ai clienti che hanno acquistato un *modem* in forma rateizzata, in caso di recesso essi erano tenuti a sostenere le rate mensili residue con la medesima periodicità.

La Società, tuttavia, ha manifestato l’intenzione di ottemperare alle richieste dell’Autorità tramite lo storno delle rate residue dei *modem* per i clienti impattati dalla rimodulazione attuata che lo avessero richiesto.

Sulla base di quanto segnalato dagli utenti, con nota del 7 maggio 2018, prot. n. 36921, l'Autorità ha formulato una richiesta di documenti e informazioni alla quale la Società ha fornito riscontro con nota dell'11 maggio 2018, acquisita con prot. n. 38557 del 14 maggio 2018, con cui ha dichiarato che:

- gli utenti coinvolti dalla manovra oggetto della delibera di diffida n. 40/18/CONS sono stati complessivamente (*omissis*) per la rete fissa, di cui (*omissis*) risulta titolare anche di un contratto di vendita abbinata di un *modem*, e circa (*omissis*) per la rete mobile;
- il numero di recessi è stato pari a (*omissis*) unità per il fisso e (*omissis*) per il mobile;
- per i *modem* forniti in comodato d'uso non sono previsti importi a scadere in caso di recesso ed eventuali addebiti vengono stornati interamente. Nel caso di *modem* in vendita abbinata, come anticipato nel corso dell'audizione del 6 aprile 2018, si è provveduto a non applicare il costo delle rate residue ai clienti che stanno esercitando il diritto di recesso a seguito della successiva modifica contrattuale attuata in esecuzione del provvedimento cautelare adottato dall'AGCM il 21 marzo 2018. Per clienti che invece già avevano esercitato il recesso, la Società ha deciso di gestire eventuali reclami ricevuti dai punti di contatto mediante il ristoro integrale degli importi. Inoltre, Wind Tre sta valutando la fattibilità di una campagna di ricontatto manuale degli *ex* clienti con *modem* FTTH in vendita abbinata, i quali hanno già esercitato il diritto di recesso, al fine di verificare la loro volontà in merito al pagamento rateale del *modem* e, nel caso, il non addebito del medesimo;
- non risultano pervenuti reclami per la contestazione degli addebiti collegati al pagamento di *modem* in caso di esercizio del diritto di recesso e le eventuali segnalazioni sono tutte gestite con ristoro degli importi applicati.

In data 24 agosto 2018, sono state svolte verifiche d'ufficio, mediante la consultazione dei documenti presenti sul sito www.wind.it, concernenti l'ulteriore modifica unilaterale delle condizioni economiche di alcune offerte di telefonia fissa, decorrente dal 5 ottobre 2018 e con l'aumento del costo mensile pari a euro 2,50.

Al riguardo, è stata trasmessa alla Società, con nota del 26 settembre 2018, prot. n. 139457, una richiesta di documenti e informazioni alla quale Wind Tre ha fornito riscontro con nota dell'8 ottobre 2018, acquisita in pari data con prot. n. 151399, con la quale ha rappresentato, tra l'altro, che:

- la variazione ha riguardato circa (*omissis*) clienti, i quali sono stati informati mediante una comunicazione resa in più cicli di fatturazione, a partire dal 20 luglio e sino al 5 agosto 2018. Al contempo, sono stati inseriti specifici avvisi sul sito aziendale a partire dal 23 luglio 2018;
- i clienti hanno potuto esercitare il diritto di recesso senza costi entro il 4 ottobre 2018, ma per i clienti che hanno ricevuto la fattura del 5 settembre 2018 il recesso è stato esteso fino all'11 ottobre 2018. Il recesso può essere esercitato, secondo quanto indicato nelle informative e nelle condizioni generali di contratto, tramite

raccomandata A.R., PEC, punti vendita Wind di proprietà, *call center* al n. 155 o in modalità telematica con *web form* da Area clienti Wind;

- la manovra ha riguardato un gruppo di offerte non più sottoscrivibili e non ha coinvolto offerte o promozioni temporalmente vincolate;
- laddove il cliente abbia esercitato il diritto di recesso, non sono state addebitati penali o costi di disattivazione, né sono stati richiesti eventuali costi di attivazione inizialmente scontati. Le rate residue connesse all'acquisto di apparati (quali *modem*, telefono, *tablet* ecc...) sono state mantenute, ferma restando la facoltà del cliente di richiedere il pagamento in un'unica soluzione.

Sotto diverso profilo, sono state esaminate le Condizioni generali di abbonamento al servizio telefonico di tipo fisso e mobile del *brand* "Wind", nelle versioni aggiornate, rispettivamente, ai mesi di novembre e luglio 2018. In particolare, per la telefonia fissa il punto 15, rubricato "*Durata – Proroga tacita – Recesso e contributi*", prevede che la disdetta o il recesso dal contratto possa avvenire mediante una comunicazione scritta da inviarsi tramite raccomandata A/R o PEC, mentre per la telefonia mobile, il punto 6.3 consente l'esercizio del diritto di recesso anche presso i punti vendita, ma solo quelli di proprietà. Analogamente, le Condizioni generali di abbonamento al servizio telefonico di tipo fisso e mobile del *brand* "3", nella versione aggiornata al mese di novembre 2018, prevedono per la telefonia fissa, al punto 15, rubricato "*Durata – Proroga tacita – Recesso e contributi*", che la disdetta o il recesso dal contratto possa avvenire mediante una comunicazione scritta da inviarsi tramite raccomandata A/R o PEC, mentre per la telefonia mobile, il punto 21 consente l'esercizio del diritto di recesso anche presso i punti vendita, ma solo quelli di proprietà

Sulla base della documentazione acquisita, pertanto, si è potuto constatare che la Società non ha rispettato il complessivo quadro legislativo e regolamentare in materia di diritto di recesso, posto che, a fronte del legittimo esercizio del diritto di recesso in caso di modifiche unilaterali del contratto, ha continuato ad addebitare alla clientela di rete fissa i costi connessi a *modem* o altri apparecchi forniti per la fruizione dei servizi erogati e, tra le modalità indicate sul sito e nelle condizioni generali di contratto per esercitare il recesso, non ha elencato tutti i canali disponibili ovvero ha menzionato unicamente i "negozi di proprietà", escludendo tutti gli altri punti vendita ove è possibile aderire oppure attivare i contratti.

Tanto premesso, a seguito della decisione assunta dal Consiglio dell'Autorità nella riunione del 29 novembre 2018, è stato avviato, con atto di contestazione n. 22/18/DTC, un procedimento sanzionatorio per l'inottemperanza alla diffida impartita con delibera n. 40/18/CONS.

2. Deduzioni della società

In via preliminare, la Società ha eccepito la tardività dell'atto di contestazione, in violazione dell'art. 14 della l. n. 689/1981, nonché dell'art. 5, comma 3, del *Regolamento* allegato alla delibera n. 581/15/CONS. Infatti, la notifica del citato atto è avvenuta

soltanto in data 8 gennaio 2019, ossia ben oltre i novanta giorni successivi all'accertamento, il quale si fonderebbe, come desumibile dalla stessa contestazione, su circostanze di cui l'Autorità era a conoscenza già dal mese di maggio 2018 o, al più, dal successivo mese di ottobre allorché ha ricevuto il riscontro di Wind Tre in merito alla richiesta di dati e informazioni concernenti la modifica contrattuale decorrente dal 5 ottobre 2018.

Per altro verso, la contestazione riguarderebbe una condotta che ha già formato oggetto del precedente procedimento sanzionatorio n. 13/18/DTC, concluso con il provvedimento sanzionatorio di cui alla delibera n. 522/18/CONS e, pertanto, nel caso in esame si configurerebbe anche la violazione del generale principio del *ne bis in idem*. In particolare, l'Autorità in quella sede, pur essendo consapevole che il diritto di recesso potesse esercitarsi solo presso i punti vendita di proprietà, non ha contestato tale profilo di violazione e, quindi, la Società ha riposto un legittimo affidamento circa la correttezza del proprio operato. A riprova di tale argomentazione, Wind Tre ha osservato che le segnalazioni presenti nel fascicolo del presente procedimento sono riferibili *ratione temporis* al citato procedimento 13/18/DTC e, quindi, non avrebbero potuto confluire nel presente procedimento.

In ordine alle specifiche violazioni contestate, la Società ha svolto un breve *excursus* delle vicende che hanno caratterizzato la modifica del ciclo di fatturazione su base mensile, introdotta dalla delibera dell'Autorità n. 121/17/CONS per il mercato fisso e convergente, ed estesa dalla l. n. 172/2017 anche al mercato mobile.

A tal proposito, Wind Tre ha evidenziato che, a seguito della diffida impartita dall'Autorità con la delibera n. 40/18/CONS, è stata sentita nell'audizione del 6 aprile 2018 nell'ambito della quale ha dichiarato che tutte le richieste di recesso pervenute sino a quel momento erano state gestite senza alcun onere per i clienti, precisando che, nel caso di contratti collegati alla vendita abbinata di un *modem*, i clienti sarebbero stati comunque tenuti a corrispondere le rate residue. In questi casi, tuttavia, Wind Tre, a fronte delle obiezioni dell'Autorità, si è mostrata disponibile, in via eccezionale e limitatamente alla rimodulazione collegata alla vicenda dei c.d. "28 giorni", a stornare le rate residue dovute per l'acquisto di un *modem*, pur trattandosi di costi non connessi al noleggio e al comodato – e dunque al servizio – bensì esclusivamente connessi alla compravendita di un bene. Inoltre, la Società ha rimarcato che, con nota dell'11 maggio 2018, aveva confermato di non applicare alcun importo nei casi di recesso da parte di utenti che avevano un apparato a disposizione, sebbene i *modem* ADSL e FTTC fossero utilizzabili, previa configurazione, con altri operatori per la navigazione in *internet*. La Società ha d'altra parte osservato che la vendita di un bene, come disciplinata dall'art. 1470 c.c., consiste in un contratto bilaterale avente a oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa verso il corrispettivo di un prezzo. Il cliente, quindi, nel corrispondere le rate mensili con cui viene dilazionato il prezzo del bene-*modem*, non sta pagando l'utilizzo dello stesso, bensì il suo già avvenuto acquisto in proprietà.

Per quanto concerne le informative relative ai canali utilizzabili ai fini dell'esercizio del diritto di recesso, e in particolare tutti i punti vendita, e non solo i c.d. "negozi di proprietà", Wind Tre ha ribadito di aver reso informative chiare e complete

attraverso tutti i consueti canali di comunicazione già a partire dall'entrata in vigore della l. n. 124/2017 e l'Autorità, nonostante le note trasmesse dalla Società, non ha mai prima d'ora sollevato alcuna obiezione. D'altra parte, un presunto obbligo di Wind Tre di consentire il recesso presso tutti i punti vendita significherebbe dover imporre ai propri *dealers* condizioni contrattuali in via unilaterale e coattiva, il che non è materialmente e giuridicamente possibile.

Tanto premesso, la Società ha ribadito la legittimità del proprio operato e, conseguentemente, l'assenza dei presupposti per un'eventuale sanzione amministrativa, chiedendo l'archiviazione del procedimento.

3. Valutazioni dell'Autorità

Per quanto concerne l'eccezione per il mancato rispetto del termine di notifica dell'atto di contestazione, che Wind Tre vorrebbe far decorrere al massimo dalla ricezione, in data 8 ottobre 2018, della nota di riscontro alla richiesta di informazioni formulata dall'Autorità, occorre chiarire che, in generale, i limiti temporali entro cui l'Amministrazione precedente deve provvedere alla notifica della contestazione, ai sensi dell'art. 14 della l. n. 689/1981, sono collegati alla conclusione del procedimento di accertamento, posto che l'acquisizione della notizia del fatto deve comprendere tanto gli elementi soggettivi quanto gli elementi oggettivi di esso onde riscontrare la sussistenza della infrazione e acquisire piena conoscenza della condotta illecita, sì da valutarne l'esatta consistenza agli effetti della formulazione della contestazione. Tale principio, trova piena conferma nel "*Regolamento di procedura in materia di sanzioni amministrative e impegni*", di cui all'Allegato A, alla delibera n. 581/15/CONS, il quale, all'art. 3, comma 2, prevede che "*gli Uffici acquisiscono ogni elemento necessario ai fini di un eventuale avvio di procedimento sanzionatorio, anche attraverso ispezioni, richieste di informazioni e documenti, audizioni, indagini conoscitive, istanze e segnalazioni*" mentre il successivo comma 4-bis chiarisce che "*qualora le verifiche di cui al comma 2 siano svolte con riferimento all'ottemperanza a un provvedimento di ordine o di diffida adottato dall'Autorità, all'esito delle relative attività il direttore propone all'organo collegiale competente l'avvio del procedimento sanzionatorio ovvero l'archiviazione della documentazione preistruttoria. Qualora l'organo collegiale deliberi l'avvio del procedimento, il direttore notifica al trasgressore l'atto di contestazione di cui all'art. 5*". Orbene, il termine a partire dal quale decorrono i novanta giorni di cui all'art. 14 della l. n. 689/81, così come richiamato dall'art. 5, comma 3, del "*Regolamento di procedura in materia di sanzioni amministrative e impegni*", non può che essere quello in cui, all'esito delle attività di verifica svolte dagli Uffici competenti, il Consiglio ha accertato la sussistenza di una condotta rilevante e deliberato l'avvio di un procedimento sanzionatorio, ossia all'esito della riunione del 29 novembre 2018.

In ordine alla obiezione attinente all'identità di una parte della condotta oggetto del presente procedimento rispetto a quella contemplata dal procedimento sanzionatorio n. 13/18/DTC, va rilevata l'insussistenza di una pretesa violazione del principio del *ne bis in idem*, atteso che nel presente caso viene contestata e sanzionata l'inottemperanza alla

diffida impartita con la delibera n. 40/18/CONS, mentre nel precedente richiamato è stata sanzionata la violazione degli obblighi in materia di trasparenza e completezza delle informazioni, nonché di termini e modalità per l'esercizio del diritto di recesso, con riferimento a una diversa manovra relativa a modifiche unilaterali di contratto attuate dalla Società dopo l'adozione del provvedimento cautelare dell'AGCM del 21 marzo 2018 e riferite alle offerte di telefonia mobile.

Nel merito di quanto contestato con l'atto di avvio del presente procedimento sanzionatorio, appare opportuno ripercorrere, seppur in maniera sintetica, le fasi salienti del processo di ripristino della cadenza di rinnovo e periodicità della fatturazione delle offerte - di telefonia fissa e mobile ovvero di *pay-tv* - su base mensile, le iniziative a tal fine assunte da Wind Tre e la connessa attività amministrativa svolta dall'Autorità.

Come noto, infatti, in attuazione dell'art. 19-*quinquiesdecies* del d.l. n. 148/2017, convertito in legge n. 172/2017, gli operatori hanno avuto centoventi giorni di tempo dalla sua entrata in vigore per ritornare alla predetta cadenza mensile (termine coincidente con la data del 5 aprile 2018). In previsione di tale adempimento, e nell'esercizio delle proprie funzioni istituzionali, l'Autorità ha emanato, con le delibere n. 495/17/CONS e n. 496/17/CONS, apposite Linee guida e Misure attuative volte a fornire a tutti gli operatori presenti nel mercato di riferimento precisi indirizzi da seguire soprattutto in merito agli obblighi normativi in tema di completezza e trasparenza delle informazioni, nonché ai termini e modalità di esercizio del diritto di recesso a fronte di eventuali modifiche unilaterali di contratto disposte dai medesimi operatori. In tale contesto, giova rammentare che l'Autorità, con le citate Linee guida, ha chiarito che *“una eventuale variazione del prezzo dei servizi e/o dei rinnovi delle offerte costituisce esercizio dello ius variandi di cui all'art. 70, comma 4, del d. l.vo 259/2003 e fa sorgere, dunque, in capo agli utenti il diritto a essere informati con adeguato preavviso, non inferiore a trenta giorni, in merito alle suddette modifiche nonché in ordine alla possibilità di esercitare il diritto di recesso senza penali né costi di disattivazione”*.

Sulla base di tali provvedimenti, già a partire dalla fine del mese di dicembre 2017, l'Autorità ha avviato mirate verifiche d'ufficio, aventi ad oggetto le informative diffuse dai principali operatori, appurando che, per quel che rileva in questa sede, Wind Tre aveva pubblicato sul proprio sito aziendale, ovvero inviato ai propri clienti, una comunicazione con cui si annunciava che, in attuazione della citata l. n. 172/2017, il costo delle offerte relative ai servizi/ opzioni di telefonia fissa sarebbe stato addebitato su base mensile e la fatturazione sarebbe avvenuta con cadenza bimestrale, aggiungendo che *“in caso di modifica delle condizioni di offerta sarà inviata una comunicazione personalizzata”*.

Dall'esame del tenore di tali informative, sono emerse, a vario titolo, inadempienze relative sia alla chiarezza e completezza delle informazioni che alla corretta attuazione delle recenti novità legislative in materia di canali utilizzabili ai fini dell'esercizio del diritto di recesso.

L'Autorità, pertanto, con la delibera n. 40/18/CONS, ha diffidato la Società a rispettare il quadro legislativo e regolamentare vigente, precisando, altresì, gli elementi informativi da indicare agli utenti e ribadendo la necessità di garantire l'esercizio del

diritto di recesso senza penali né costi di disattivazione, nonché secondo le modalità previste dall'ordinamento.

In tale prospettiva, si rammenta che la *ratio* degli obblighi informativi previsti dagli artt. 70 e 71 del *Codice* consiste nel garantire agli utenti il diritto di ottenere informazioni chiare, complete e trasparenti al fine di poter meglio orientarsi in un mercato fortemente concorrenziale e operare scelte contrattuali consapevoli.

Sotto diverso profilo, in materia di modifiche contrattuali disciplinate dal comma 4 del citato art. 70, l'Autorità, con la delibera n. 519/15/CONS, ha adottato il "*Regolamento recante disposizioni a tutela degli utenti in materia di contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche*", il quale, all'art. 6, rubricato "*Modifica delle condizioni contrattuali*", fissa le modalità e il contenuto delle informative da rendere ai clienti (secondo quanto contenuto nell'Allegato 1 alla medesima delibera) con il precipuo intento di rendere edotti gli utenti delle concrete variazioni economiche e/o giuridiche dei propri profili tariffari e agevolare l'eventuale esercizio del diritto di recesso.

E proprio con riferimento al diritto di recesso, va menzionato l'art. 1, comma 3-*bis*, del d.l. n. 7/2007, il quale dispone che "*[l]e modalità utilizzabili dal soggetto contraente che intenda recedere da un contratto stipulato con operatori di telefonia e di reti televisive e di comunicazione elettronica, nonché in caso di cambio di gestore, devono essere semplici e di immediata attivazione e devono seguire le medesime forme utilizzabili al momento dell'attivazione o dell'adesione al contratto. In ogni caso, gli operatori di telefonia, di reti televisive e di comunicazioni elettroniche devono consentire la possibilità per consumatori e utenti di comunicare il recesso o il cambio di gestore con modalità telematiche*".

In ordine alla garanzia di un pieno diritto di recesso senza costi, preme evidenziare che l'Autorità, con la diffida impartita alla Società al pari di quelle adottate nei confronti di altri operatori, ha sottolineato tra l'altro che, qualora nell'offerta sottoscritta dagli utenti siano previsti canoni legati alla fornitura di un *modem* o decoder da parte dell'operatore per la fruizione dei servizi erogati, in caso di recesso per modifica unilaterale del contratto non possano continuare a vincolare l'utente.

Wind Tre, viceversa, ha continuato a pretendere il pagamento di canoni dovuti per il *modem* da essa fornito obbligatoriamente, provocando una illegittima compressione del diritto di recesso e addossando in capo all'utente i costi conseguenti a una scelta determinata unicamente dalla modifica unilaterale decisa dall'operatore.

Al riguardo, giova ricordare che, nel periodo oggetto della diffida, le offerte di servizi di rete fissa di Wind Tre erano fruibili esclusivamente utilizzando il *modem* fornito dalla Società. Non era, pertanto, possibile all'utente utilizzare un *modem* già nella propria disponibilità né sceglierne uno alternativo a quello fornito da Wind Tre.

Analoghe politiche commerciali, peraltro, all'epoca dei fatti contestati erano applicate anche dai principali operatori di rete fissa, escludendo così che l'utente, al momento del passaggio da un operatore ad un altro, potesse utilizzare per fruire dei servizi del nuovo operatore il *modem* fornito dal precedente operatore.

Tale contesto, inoltre, ha reso necessario un intervento dell'Autorità finalizzato ad assicurare il rispetto della libertà di scelta del terminale, concretizzato il 18 luglio 2018

con la delibera 348/18/CONS, recante “*Misure attuative per la corretta applicazione dell’articolo 3, commi 1, 2, 3, del Regolamento (UE) n. 2015/2120 che stabilisce misure riguardanti l’accesso a un’internet aperta, con specifico riferimento alla libertà di scelta delle apparecchiature terminali*”

Solo a partire dall’anno 2019, quindi, agli utenti è consentito scegliere – per fruire dei servizi di comunicazioni elettroniche acquistati- se utilizzare un proprio modem oppure quello fornito dall’operatore.

Nella fattispecie odierna, quindi, contrariamente a quanto sostenuto dalla Società, va considerato che la causa del contratto a cui hanno aderito gli utenti deve essere ravvisata nella possibilità di fruire dei servizi previsti da una determinata offerta e non nella vendita del *modem*. Tale bene, infatti, come sopra rappresentato, non è stato liberamente scelto dagli utenti, ma imposto in vendita abbinata all’offerta principale, quale elemento necessario per poter fruire dei servizi voce e dati. Ne discende che, nel momento in cui la Società ha deciso, successivamente all’adozione della diffida in questione, di mutare le originarie condizioni giuridiche ed economiche dei contratti sottoscritti, gli utenti che avessero voluto esercitare il previsto diritto di recesso sono stati frenati dalla sussistenza di un obbligo di dover continuare a corrispondere i canoni di detto bene e, nell’eventuale passaggio ad altro operatore, avrebbero dovuto sostenere, dato il contesto di mercato, i costi per la fornitura di un altro *modem* specifico per poter fruire dei servizi della nuova offerta prescelta.

Sotto diverso profilo, vanno parimenti respinte le eccezioni relative alla portata applicativa dell’art. 1, comma 3-*bis*, del d.l. n. 7/2007, posto che secondo tale disposizione le modalità utilizzabili dall’utente per recedere o cambiare operatore devono essere semplici e di immediata attivazione e devono seguire le medesime forme utilizzabili al momento dell’attivazione o dell’adesione al contratto. Nel caso di specie e come dichiarato dalla stessa Società, per l’attivazione e l’adesione al contratto sono utilizzabili il sito *web*, il *call center* e i punti vendita senza restrizioni di sorta. Considerato il numero estremamente esiguo dei punti vendita “di proprietà” di Wind Tre presenti sull’intero territorio nazionale e abilitati a gestire le richieste di recesso contrattuale, gli utenti sono costretti, di fatto, ad avvalersi delle altre forme.

Non può, infine, tralasciarsi che Wind Tre, rispetto a quanto rilevato nell’atto di contestazione, non ha provveduto ad aggiornare le condizioni generali di contratto riferite alla telefonia fissa, le quali formano parte integrante e sostanziale del contratto, non includendo i punti vendita e limitandosi a sostenere di aver già fornito tutte le informazioni utili per il corretto esercizio del diritto di recesso attraverso il sito aziendale, le *app* e il *call center*.

Tanto premesso, non può che confermarsi quanto contestato in sede di avvio del procedimento sanzionatorio, non avendo la Società addotto alcuna giustificazione idonea a escludere la propria responsabilità.

RITENUTA, pertanto, la sussistenza dei presupposti per l’applicazione della sanzione amministrativa da euro 240.000,00 ad euro 5.000.000,00 ai sensi dell’art. 98, comma 11, del *Codice*;

CONSIDERATO che, ai sensi dell'art. 98, comma 17-*bis*, del *Codice*, nel caso di specie non si applicano le disposizioni sul pagamento in misura ridotta di cui all'art. 16, della legge n. 689/1981;

RITENUTO, quindi, di dover determinare la sanzione pecuniaria nella misura del quintuplo del minimo edittale, pari a euro 1.200.000,00 (unmilione duecentomila/00), e che in tale commisurazione rilevano altresì i seguenti criteri, di cui all'art. 11, della l. n. 689/1981:

A. Gravità della violazione

Il mancato rispetto degli obblighi previsti in caso di esercizio del diritto di recesso senza costi e secondo le modalità previste dalla normativa di settore, ha leso il diritto di una vasta platea di utenti di operare scelte contrattuali consapevoli all'interno di un mercato fortemente concorrenziale. In particolare, la Società, mediante l'ingiustificata previsione di addebiti di importi non dovuti e imputati al *modem* fornito obbligatoriamente dall'operatore per poter fruire dei propri servizi di comunicazioni elettroniche, ha compresso la libertà negoziale degli utenti, impedendo loro di beneficiare, anche tramite la portabilità verso altro operatore, di altre offerte più aderenti alle proprie esigenze. Per altro verso, la Società non ha neppure agevolato il medesimo esercizio del diritto di recesso presso tutti i punti vendita dove è possibile attivare o aderire al contratto, ma solo presso un esiguo numero di "negozi di proprietà". La violazione, pertanto, può ritenersi di durata media e entità media;

B. Opera svolta dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione delle conseguenze della violazione

La Società, dopo l'avvio del procedimento sanzionatorio, si è limitata a ribadire la correttezza del proprio operato;

C. Personalità dell'agente

La Società è dotata di una organizzazione interna idonea a garantire una puntuale osservanza degli obblighi previsti dall'art. 70 del *Codice* in combinato disposto con l'art. 6, dell'Allegato A, alla delibera n. 519/15/CONS, e dell'art. 1, comma 3-*bis*, del d. l. n. 7/2007;

D. Condizioni economiche dell'agente

In considerazione del fatturato netto realizzato dalla Società nell'esercizio di bilancio 2018, pari a 5.555 mln di euro, si ritiene congrua e proporzionata l'applicazione della sanzione come sopra determinata;

UDITA la relazione del Commissario Francesco Posteraro, relatore ai sensi dell'art. 31 del *Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità*;

ACCERTA

che la società Wind Tre S.p.A. – codice fiscale: 02517580920, con sede legale in Via Leonardo da Vinci, 1, 20090–Trezzano sul Naviglio (MI), non ha adottato misure adeguate a garantire l'esercizio del diritto di recesso senza penali né costi di disattivazione, ivi compresi ulteriori addebiti connessi ai *modem*, senza peraltro consentire il recesso presso tutti i punti vendita ove è possibile aderire ovvero attivare i contratti e, pertanto, per tali profili non ha ottemperato alla diffida di cui alla delibera n. 40/18/CONS;

ORDINA

alla predetta società, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, di pagare, per ciascuna condotta, la sanzione amministrativa pecuniaria di euro 1.200.000,00 (unmilione duecentomila/00), ai sensi dell'art. 98, comma 11, del *Codice*;

INGIUNGE

alla società Wind Tre S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, di versare entro 30 giorni dalla notificazione del presente provvedimento, sotto pena dei conseguenti atti esecutivi a norma dell'articolo 27, della citata legge n. 689/1981, la somma di euro 1.200.000,00 (unmilione duecentomila/00) alla Sezione di Tesoreria Provinciale dello Stato, avente sede a Roma, utilizzando il bollettino c/c n. 871012 con imputazione al capitolo 2379 capo X bilancio di previsione dello Stato, evidenziando nella causale "*Sanzione amministrativa irrogata dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ai sensi dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, con delibera n. 194/19/CONS*" ovvero, in alternativa, indicando la medesima causale, utilizzando il codice IBAN: IT5400100003245348010237900 per l'imputazione della medesima somma al capitolo 2379, capo X mediante bonifico sul conto corrente bancario dei servizi di Tesoreria Provinciale dello Stato.

Entro il termine di giorni dieci dal versamento, dovrà essere inviata in originale, o in copia autenticata, a quest'Autorità quietanza dell'avvenuto versamento, indicando come riferimento "*delibera n. 194/19/CONS*".

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

La presente delibera è notificata alla parte ed è pubblicata sul sito *web* dell'Autorità.

Roma, 22 maggio 2019

IL PRESIDENTE
Angelo Marcello Cardani

IL COMMISSARIO RELATORE
Francesco Posteraro

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE
Riccardo Capecchi