

DELIBERA N. 78/20/CONS

**ORDINANZA INGIUNZIONE NEI CONFRONTI DELLA SOCIETÀ WIND
TRE S.P.A. PER L'INOTTEMPERANZA ALLA DIFFIDA IMPARTITA CON
LE DELIBERE NN. 115/18/CONS E 269/18/CONS
(CONTESTAZIONE N. 15/19/DTC)**

L'AUTORITÀ

NELLA riunione di Consiglio del 27 febbraio 2020;

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 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. 252/16/CONS del 16 giugno 2016, recante “*Misure a tutela degli utenti per favorire la trasparenza e la comparazione delle condizioni economiche dell’offerta dei servizi di comunicazione elettronica*”;

VISTA la delibera n. 121/17/CONS del 15 marzo 2017, recante “*Modifiche alla delibera n. 252/16/CONS recante Misure a tutela degli utenti per favorire la trasparenza e la comparazione delle condizioni economiche dell’offerta dei servizi di comunicazione elettronica*”, con cui l’Autorità, nel modificare l’art. 3, comma 10, della delibera n. 252/16/CONS, ha previsto che “*per la telefonia fissa la cadenza di rinnovo delle offerte e della fatturazione deve essere su base mensile o suoi multipli. Per la telefonia mobile la cadenza non può essere inferiore a quattro settimane. In caso di offerte convergenti con la telefonia fissa, prevale la cadenza relativa a quest’ultima*”;

VISTA la delibera n. 497/17/CONS del 19 dicembre 2017, recante “*Ordinanza ingiunzione nei confronti della società Wind Tre S.p.A. per la violazione dell’art. 3, comma 10, della delibera n. 252/16/CONS, come modificata dalla delibera n. 121/17/CONS*”, come modificata dalla delibera n. 219/19/CONS per la rideterminazione all’importo della sanzione irrogata;

VISTA l’ordinanza del TAR del Lazio n. 791/2018, pronunciata sul ricorso recante n. di R.G. 631/2018, proposto da Wind Tre S.p.A. per l’annullamento, previa sospensiva, della delibera n. 497/17/CONS, con cui il giudice amministrativo ha disposto la sospensione dell’efficacia del provvedimento impugnato nella parte in cui «*ha ad oggetto il pagamento “degli importi corrispondenti al corrispettivo per il numero di giorni che, a partire dal 23 giugno 2017, non sono stati fruiti dagli utenti in termini di erogazione del servizio a causa del disallineamento fra ciclo di fatturazione quadrisettimanale e ciclo di fatturazione mensile*”»;

VISTA la delibera n. 115/18/CONS del 1° marzo 2018, recante “*Diffida alla società Wind Tre S.p.a. a eliminare gli effetti della illegittima anticipazione della decorrenza delle fatture emesse successivamente al termine di cui all’articolo 2, comma 3, della delibera n. 121/17/CONS e revoca in parte qua della delibera n. 497/17/CONS*”;

VISTO il decreto cautelare n. 1782/18 del 24 marzo 2018, con cui il TAR del Lazio ha sospeso la delibera n. 115/18/CONS “*limitatamente all’imposta coincidenza del periodo di fatturazione prolungato con la prima fase di ripristino del ciclo di fatturazione con cadenza mensile*” (coincidente con il mese di aprile), precisando che “*l’emissione di fatture, con cadenza inferiore a quella mensile, era stata inibita dall’AGCOM con delibera n. 121/17/CONS del 15 marzo 2017, pubblicata il successivo 24 marzo (con decorrenza applicativa iniziale dal 23 giugno 2017)*”, che pertanto, a un primo sommario esame, “*debba ritenersi riconducibile a detta delibera, allo stato confermata in sede giurisdizionale, un obbligo di restitutio in integrum nei confronti degli utenti*” e ha altresì ritenuto “*che la disposta posticipazione della fatturazione costituisca misura ragionevole*”

e di più facile applicazione (oltre che di non impossibile reversibilità) rispetto allo “storno” di somme”, di cui alla sospesa delibera n. 497/17/CONS;

VISTO il provvedimento presidenziale n. 9/18/PRES del 9 aprile 2018, ratificato con delibera n. 187/18/CONS, dell’11 aprile 2018, recante “*Fissazione di nuovi termini per l’adempimento agli obblighi di cui alle delibere nn. 112/18/CONS, 113/18/CONS, 114/18/CONS e 115/18/CONS adottate, rispettivamente, nei confronti degli operatori TIM S.p.A., Fastweb S.p.A., Vodafone Italia S.p.A. e Wind Tre S.p.A.*”;

VISTA la delibera n. 269/18/CONS del 6 giugno 2018, recante “*Fissazione di nuovi termini per l’adempimento agli obblighi di cui alle delibere nn. 112/18/CONS, 113/18/CONS, 114/18/CONS e 115/18/CONS adottate, rispettivamente, nei confronti degli operatori TIM S.p.A., Fastweb S.p.A., Vodafone Italia S.p.A. e Wind Tre S.p.A.*”, con cui è stato fissato al 31 dicembre 2018 il nuovo termine per procedere alla completa restituzione dei giorni erosi, restando ferma “*la possibilità per gli operatori di proporre ai singoli interessati soluzioni di compensazione alternative, soddisfattive del diritto di ristoro degli utenti, dandone idonea comunicazione a quest’Autorità nel termine sopra indicato*”;

VISTA la sentenza n. 11303/2018, con cui il TAR del Lazio ha in parte accolto il ricorso principale, annullando la delibera n. 497/17/CONS limitatamente all’importo della sanzione ivi irrogata, e respinto i ricorsi per motivi aggiunti inerenti all’annullamento delle delibere nn. 115/18/CONS e 269/18/CONS;

VISTA l’ordinanza cautelare n. 6180/2018 del 18 dicembre 2018, con cui il Consiglio di Stato, nelle more del deposito delle motivazioni della sentenza resa dal TAR del Lazio, ha sospeso l’esecutività dell’impugnato dispositivo di sentenza, lasciando la controversia *re adhuc integra* fino al termine del 31 marzo 2019, reputato congruo in attesa del predetto deposito;

VISTA la sentenza del TAR del Lazio n. 231/2019;

VISTA l’ulteriore ordinanza n. 1453/2019 del 19 marzo 2019, con la quale il Consiglio di Stato ha prorogato fino all’udienza camerale del 21 maggio 2019 la misura cautelare già disposta a favore della società Wind Tre S.p.A. con la precedente ordinanza n. 6180/2018;

VISTA l’ordinanza n. 2507/2019 del 21 maggio 2019, con cui il Consiglio di Stato non ha accolto l’istanza di sospensione cautelare della citata sentenza n. 231/19 del TAR del Lazio;

VISTA la sentenza n. 4913/2019, con cui il Consiglio di Stato ha definitivamente respinto il ricorso in appello presentato dalla società Wind Tre S.p.A. per la riforma dei citati provvedimenti del TAR del Lazio;

VISTA la decisione del Consiglio del 23 luglio 2019, in merito all'avvio di un procedimento sanzionatorio nei confronti della società Wind Tre S.p.A. per l'inottemperanza alle diffide impartite con le delibere nn. 115/18/CONS e 269/18/CONS;

VISTO l'atto della Direzione tutela dei consumatori n. 15/19/DTC del 13 agosto 2019, notificato in pari data;

VISTA la nota del 13 settembre 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 8 ottobre 2019;

VISTA la nota del 10 dicembre 2019, prot. n. 0532535, con cui è stato disposto un supplemento istruttorio nei confronti della società Wind Tre S.p.A. al fine di acquisire ulteriori documenti e informazioni utili all'istruttoria e contenente la contestuale comunicazione di sospensione dei termini procedurali;

VISTA la nota di riscontro alla richiesta di dati e informazioni trasmessa dalla società Wind Tre S.p.A. in data 10 gennaio 2020 e acquisita in pari data con prot. n. 0009605;

VISTA la nota del 27 gennaio 2020, prot. n. 0037693, con cui è stato disposto un ulteriore supplemento istruttorio nei confronti della società Wind Tre S.p.A. al fine di acquisire documenti e informazioni utili all'istruttoria e contenente la contestuale comunicazione di sospensione dei termini procedurali;

VISTA la nota di riscontro alla richiesta di dati e informazioni trasmessa dalla società Wind Tre S.p.A. in data 4 febbraio 2020 e acquisita in pari data con prot. n. 0051233;

VISTA la decisione del Consiglio, all'esito della riunione del 13 febbraio 2020, di svolgere ulteriori approfondimenti ai sensi dell'art. 11 del Regolamento, con proroga del termine di conclusione del procedimento;

VISTA la nota del 14 febbraio 2020, prot. n. 68675, con cui è stata comunicata alla società Wind Tre S.p.A. la proroga dei termini del procedimento;

VISTA la sentenza n. 1368/2020 con cui il Consiglio di Stato ha reso note le motivazioni del dispositivo di sentenza n. 4913/19 del 4 luglio 2019;

VISTO l'articolo 2 del decreto legge 30 dicembre 2019, n. 162, recante *“Disposizioni urgenti in materia di proroga di termini legislativi, di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, nonché di innovazione tecnologica”*, ai sensi del quale *“All'articolo 7, comma 1, del decreto-legge 21 settembre 2019, n. 104, convertito, con*

modificazioni, dalla legge 18 novembre 2019, n. 132, le parole «fino a non oltre il 31 dicembre 2019» sono sostituite dalle seguenti: «fino a non oltre il 31 marzo 2020»»;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Il fatto e la contestazione

Con delibera n. 115/18/CONS l’Autorità ha diffidato la società Wind Tre S.p.A. (di seguito la “Società” o “Wind Tre”) a *“far venir meno in sede di ripristino del ciclo di fatturazione con cadenza mensile o di multipli del mese gli effetti dell’illegittima anticipazione della decorrenza delle fatture emesse successivamente alla data del 23 giugno 2017. La data di decorrenza delle fatture emesse dopo il ripristino della fatturazione con cadenza mensile o di multipli del mese dovrà pertanto essere posticipata per un numero di giorni pari a quelli erosi in violazione della delibera n. 121/17/CONS, in modo da non gravare gli utenti dei costi derivanti dalla abbreviazione del ciclo di fatturazione”*. A seguito del ricorso amministrativo proposto dalla Società avverso tale provvedimento, il TAR del Lazio, con ordinanza del 24 marzo 2018, ne ha sospeso l’esecutività per la sola parte concernente l’imposta *“coincidenza del periodo di fatturazione prolungato con la prima fase di ripristino del ciclo di fatturazione con cadenza mensile”* e, pertanto, l’Autorità, con la successiva delibera n. 269/18/CONS ha individuato le nuove tempistiche di adeguamento alla citata delibera n. 115/18/CONS, disponendo che la Società dovesse adempiere alla diffida contenuta nella delibera n. 115/18/CONS *“tramite la completa restituzione dei giorni erosi entro il 31 dicembre 2018”*, ferma restando *“la possibilità per gli operatori di proporre ai singoli interessati soluzioni di compensazione alternative, soddisfattive del diritto di ristoro degli utenti, dandone idonea comunicazione a quest’Autorità nel termine sopra indicato”*.

I ricorsi proposti avverso entrambe le delibere sono stati rigettati dal TAR del Lazio con dispositivo di sentenza del 14 novembre 2018, a sua volta impugnato e sospeso in via cautelare dal Consiglio di Stato fino all’udienza del 21 maggio 2019 all’esito della quale non è stata accolta l’istanza di sospensione riferita anche alla sentenza del TAR del Lazio nel frattempo intervenuta in data 8 gennaio 2019.

A questo punto, Wind Tre, al fine di rendere note le iniziative assunte in ottemperanza alle diffide impartite dall’Autorità con le delibere nn. 115/18/CONS e 269/18/CONS, con nota del 23 maggio 2019 (pur non rinunciando al giudizio di merito di fronte al Consiglio di Stato) ha dichiarato che avrebbe esclusivamente posto in essere una soluzione compensativa, alternativa alla restituzione dei giorni erosi, da mettere a disposizione dei clienti ed ex clienti di rete fissa impattati dalla violazione della predetta delibera. In particolare, Wind Tre ha comunicato di essere pronta a ottemperare alle delibere nn. 115/18/CONS e 269/18/CONS attraverso la pubblicazione, sul proprio sito aziendale, di un elenco di proposte soddisfattive cui la base clienti di offerte di telefonia fissa e convergente avrebbe potuto accedere per scegliere la tipologia di ristoro preferita.

In data 29 maggio 2019, la Società è stata sentita in apposita audizione nell'ambito della quale ha fornito ulteriori chiarimenti rispetto al contenuto della predetta proposta, dichiarando, tra l'altro, che:

- gli utenti interessati avrebbero avuto la possibilità di scegliere, nell'ambito di un *menu* di proposte, anche servizi alternativi non qualificabili come servizi di comunicazione elettronica;
- il termine previsto per poter aderire alla misura alternativa sarebbe coinciso con l'ordinario termine di prescrizione, il quale, a seconda dell'interpretazione seguita, avrebbe avuto durata quinquennale o decennale;
- qualora l'Autorità lo avesse richiesto, Wind Tre sarebbe stata disponibile ad inserire (accanto alle soluzioni compensative in forma specifica) la facoltà per gli utenti di richiedere lo storno in più rate di una cifra pari ai giorni erosi spettanti;
- in caso di mancata adesione degli utenti alle misure di compensazione alternativa, Wind Tre non avrebbe previsto l'automatica restituzione dei giorni erosi spettanti, che avrebbero dovuto essere richiesti espressamente dagli utenti;
- l'offerta delle modalità soddisfattive, eventualmente integrata con lo storno citato, costituiva a suo avviso adempimento, in quanto la messa a disposizione di una molteplicità di fattispecie alternative senza oneri per il creditore doveva ritenersi equivalente ad adempimento;
- anche gli *ex* clienti aventi diritto al ristoro avrebbero potuto ottenerlo, previa (*omissis*) identificazione da effettuare tramite esibizione di copia del documento di identità con raccomandata A.R. o con PEC.

Con nota del 12 giugno 2019, prot. n. 257269, l'Autorità ha comunicato alla Società, dopo aver citato le intervenute pronunce del TAR del Lazio e del Consiglio di Stato, che la descritta misura di compensazione alternativa alla restituzione dei gironi erosi “*non è idonea a ottemperare al combinato disposto della delibera n. 269/18/CONS e della delibera n.115/18/CONS, in quanto:*

- *la procedura di adesione alla soluzione alternativa, non rispetta gli obblighi di trasparenza, chiarezza e completezza delle informazioni rese e non garantisce agli utenti il rispetto rigoroso della loro libertà di scelta; in particolare non è previsto un meccanismo di tipo opt-in che preveda l'esplicita, consapevole e inequivoca rinuncia alla restituzione dei giorni erosi;*
- *la durata delle proposte presenti nel menu non soddisfa le esigenze di immediatezza e sollecita estinzione dell'obbligazione nei confronti degli utenti;*
- *non sono previste modalità di restituzione dei giorni illegittimamente erosi che non presuppongano richieste da parte degli utenti interessati”.*

L'Autorità, inoltre, ha rilevato che “*alla luce di quanto statuito con le citate pronunce del Consiglio di Stato, tenuto conto del lungo periodo di tempo trascorso dalle violazioni accertate, essendo scaduto il termine di cui alla delibera n. 269/18/CONS e in assenza di sospensione cautelare del provvedimento, codesta Società è tenuta a procedere tempestivamente all'adempimento nei confronti della clientela interessata delle disposizioni di cui al combinato disposto delle delibere nn. 115/18/CONS e 269/18/CONS”.*

Con la successiva nota del 14 giugno 2019, prot. n. 260927, l’Autorità ha chiesto alla società Wind Tre S.p.A. “*di comunicare, entro il 25 giugno 2019, gli adempimenti posti in essere per ottemperare al combinato disposto delle delibere nn. 115/18/CONS e 269/18/CONS*”. La Società, con la nota di riscontro trasmessa il 17 giugno 2019, acquisita in data 18 giugno 2019 con prot. n. 265788, ha comunicato di aver modificato la misura di compensazione alternativa alla restituzione dei giorni erosi in modo da includere:

- un meccanismo di tipo *opt-in* che richiedeva l’esplicita, consapevole e inequivoca rinuncia alla restituzione dei giorni erosi a fronte della adesione alle soluzioni alternative proposte;
- la possibilità per il cliente di scegliere la restituzione dei giorni erosi a rate dalla successiva fattura.

A parere della Società, pertanto, la messa a disposizione di un paniere di offerte alternative inclusive della restituzione dei giorni erosi, anche alla luce della agevole modalità di scelta offerta, costituisce valida attuazione delle previsioni dell’ordinanza del Consiglio di Stato in merito all’avvio di un piano di storno “scaglionato” o “parziale”.

A partire dal mese di luglio 2019, l’Autorità ha ricevuto diverse segnalazioni da parte di utenti, i quali lamentavano la mancata restituzione dei giorni erosi spettanti, neanche a seguito di espressa richiesta formulata per iscritto o tramite *call center*.

Sulla base della documentazione acquisita, pertanto, si è potuto constatare che la Società, in difformità dai provvedimenti assunti e dalle pronunce giurisdizionali, non ha provveduto nelle modalità indicate dalla delibera dell’Agcom alla completa restituzione dei giorni illegittimamente erosi in relazione all’intera platea degli utenti che non avevano optato consapevolmente per soluzioni compensative alternative. Peraltro, la previsione di una richiesta inoltrata tramite l’Area riservata del sito aziendale ha ulteriormente procrastinato l’adempimento dell’obbligazione restitutoria al di là dei termini indicati dall’Autorità. Tanto premesso, a seguito della decisione del Consiglio del 23 luglio 2019, con atto di contestazione n. 15/19/DTC del 13 agosto 2019 è stato avviato un procedimento sanzionatorio per l’inottemperanza alla diffida impartita con le delibere nn. 115/18/CONS e 269/18/CONS.

2. Deduzioni della società

In via preliminare, la Società, in merito al mancato rispetto del termine fissato dalla delibera n. 269/18/CONS per ottemperare alla diffida impartita con delibera n. 115/18/CONS, ha eccepito l’infondatezza della contestazione, in considerazione delle note vicende giurisdizionali.

In ordine al rilievo secondo cui la restituzione dei giorni erosi doveva essere automatica a favore degli utenti che, avendone diritto, non avessero optato per soluzioni di compensazione alternativa, la Società ha evidenziato che la delibera n. 115/18/CONS revoca e sostituisce la delibera n. 497/17/CONS in relazione alle modalità di restituzione dei giorni erosi. In particolare, mentre in quest’ultima delibera si prevedeva che “*nella prima fattura emessa con cadenza mensile l’operatore è tenuto a comunicare con adeguato risalto che lo storno è avvenuto in ottemperanza al presente provvedimento*”, la delibera n. 115/18/CONS ha disposto, invece, di differire la decorrenza della prima fattura emessa secondo la periodicità su base mensile o di multipli del mese di un numero

di giorni pari a quelli erosi. Detta delibera, a sua volta, è stata integrata dalla delibera n. 269/18/CONS, la quale, da un lato, ha indicato al 31 dicembre 2018 il nuovo termine per eliminare, in favore degli utenti coinvolti, gli effetti della illegittima anticipazione della decorrenza della fatture di rete fissa e convergente emesse successivamente al 23 giugno 2017 e, dall'altro, ha previsto che la restituzione dei giorni erosi potesse avvenire attraverso la proposta agli interessati di soluzioni di compensazione alternative soddisfattive del diritto di ristoro.

Wind Tre, quindi, a differenza dei propri *competitors*, ha messo a disposizione della propria clientela sia la restituzione monetaria, sia un paniere di soluzioni a essa alternative, permettendo di scegliere in piena libertà la tipologia di compensazione preferita. Di tale possibilità ha dato ampia comunicazione sul proprio sito *internet*, in fattura e, in data 25 giugno 2019, su tre quotidiani a tiratura nazionale.

Secondo l'operatore, l'onere della scelta, tuttavia, è in capo al cliente, per cui Wind Tre, in assenza di detta attività, non può essere considerata inadempiente, avendo provveduto alla materiale messa a disposizione del rimborso al cliente, nella duplicità delle formule individuate dalla delibera n. 269/18/CONS. Il cliente può esprimere la propria scelta durante tutto il periodo di prescrizione previsto dal codice civile, senza che la Società sia obbligata a sostituirsi a esso in tale determinazione, visto il tenore letterale delle predetta delibera e la mancata indicazione espressa di un termine entro il quale dover rimborsare il cliente a prescindere da qualsivoglia sua richiesta.

Wind Tre, d'altronde, sostiene di essersi attenuta anche alla nota esplicativa pubblicata dall'Autorità sul proprio sito istituzionale: infatti, non è stata impedita la possibilità dell'utente di richiedere la restituzione dei giorni erosi, (*omissis*) entro l'ordinario termine di prescrizione.

Da ultimo, con riferimento alle denunce trasmesse all'Autorità da alcuni utenti che hanno lamentato la mancata restituzione dei giorni erosi a seguito di richieste scritte o rivolte al *call center*, la Società ha dichiarato che, ferma restando la gestione di tutte le segnalazioni di restituzione dei giorni erosi con accoglimento delle richieste nei confronti di clienti ed *ex* clienti aventi diritto, il riscontro, ai sensi dell'art. 8, comma 3, dell'Allegato A, alla delibera n. 179/03/CSP, va effettuato entro il termine di 45 giorni dalla richiesta medesima.

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

Con la delibera n. 115/18/CONS, l'Autorità ha indicato in dettaglio le modalità di calcolo per la determinazione del *quantum* delle restituzioni in favore degli utenti - utilizzando il più semplice criterio dei "giorni erosi" a causa della illegittima anticipazione delle fatture - e ha diffidato Wind Tre "*a far venir meno in sede di ripristino del ciclo di fatturazione con cadenza mensile o di multipli del mese gli effetti dell'illegittima anticipazione della decorrenza delle fatture emesse successivamente alla data del 23 giugno 2017. La data di decorrenza delle fatture emesse dopo il ripristino della fatturazione con cadenza mensile o di multipli del mese dovrà pertanto essere*

posticipata per un numero di giorni pari a quelli erosi in violazione della delibera n. 121/17/CONS, in modo da non gravare gli utenti dei costi derivanti dalla abbreviazione del ciclo di fatturazione”.

Con la successiva delibera n. 269/18/CONS, l’Autorità ha ribadito che *“l’entità dell’onere restitutorio posto a carico di ciascun operatore corrisponde esattamente all’onere che lo stesso operatore ha indebitamente posto a carico della propria clientela per tutto il periodo in cui ha illegittimamente mantenuto l’anticipazione della decorrenza delle fatture”* e ha fissato al 31 dicembre 2018 il termine entro cui l’operatore doveva adempiere alla completa restituzione dei giorni erosi, con le modalità già contemplate dalla delibera n. 115/18/CONS.

Entrambi i provvedimenti sono stati impugnati dinanzi agli organi di giustizia amministrativa, che ne hanno sospeso l’efficacia fino al 21 maggio 2019, e sono stati poi definitivamente confermati dal Consiglio di Stato il 4 luglio 2019.

A tal proposito, giova rimarcare che già con la sentenza n. 231/2019, pubblicata l’8 gennaio 2019, il TAR del Lazio, in ordine alle diffide impartite con le citate delibere, ha statuito che *“premesso che non si tratta più di rimborso di somme, vista la revoca disposta sul punto, e specificato quindi che non occorre un’istanza dei privati, trattandosi di iniziativa che poteva essere intrapresa d’ufficio, la misura latu sensu ripristinatoria, assunta dall’Autorità mediante la delibera n.115 del 2018, può ben essere ricondotta alla previsione di cui all’art. 2, comma 20, lett. d della Legge n. 481 del 1995, laddove è attribuito il potere di ordinare al soggetto esercente il servizio la cessazione di comportamenti lesivi dei diritti degli utenti, con correlativa imposizione dell’obbligo di corrispondere un indennizzo”* e inoltre che *“la misura assunta con la predetta delibera n. 115 del 2018, nella parte in cui dispone la posticipazione della decorrenza delle fatture, appare adottata sulla base di valutazioni tipicamente tecnico-discrezionali, all’evidenza non irragionevoli...omissis...considerando le esigenze da un lato degli operatori e dall’altro degli utenti, mediante revoca del rimborso e contestuale postergazione della decorrenza delle fatture, rendendo così meno onerosi gli adempimenti per gli operatori, di più agevole esecuzione, definiti e delimitati in modo congruo e adeguato”.*

Tale restituzione, quindi, andava effettuata dagli operatori con le modalità dettagliatamente previste dalle richiamate delibere, che non presupponevano, pena l’inottemperanza alle diffide suddette, alcuna richiesta da parte degli utenti interessati.

Sul punto, il Consiglio di Stato in una recentissima pronuncia (n. 1368/2020) resa proprio su ricorso presentato da Wind Tre, ha chiarito che *“[i]l public enforcement serve ad assicurare un’effettiva e concreta tutela a favore degli utenti, quali soggetti deboli del rapporto negoziale (e senza più necessità, dunque, d’una loro istanza di “rimborso”) e per dissuadere (su un piano general preventivo) gli operatori da condotte illegittime e pregiudizievoli...omissis...l’indennizzo quindi non impone a questi ultimi (i.e. gli operatori) alcuna erogazione patrimoniale né in denaro, né in servizi, né in alcunché d’altro che non sia, da un lato, il mero riallineamento (ovviamente, d’ufficio) della cadenza mensile di fatturazione e, dall’altro, il conseguente conguaglio (sempre d’ufficio) a fronte delle distonie cagionate da una fatturazione a cadenza diversa”.*

In tale contesto, Wind Tre ha comunicato all’Autorità di voler ottemperare alle diffide impartite con le delibere nn. 115/18/CONS e 269/18/CONS non già mediante la disposta posticipazione delle fatture per un numero di giorni pari a quelli illegittimamente

erosi, bensì esclusivamente mediante la messa a disposizione della clientela di una serie di misure di compensazione alternativa alla restituzione dei giorni erosi, prevedendo, in caso di mancata adesione alle predette misure, che gli utenti dovessero chiedere la restituzione dei giorni erosi tramite la propria Area riservata, sotto forma di “storno in fattura” e fino a un massimo di ventiquattro accrediti.

Tale scelta, resa operativa a partire dal mese di giugno 2019, è stata effettuata nonostante l’Autorità avesse già rappresentato alla Società, con nota del 12 giugno 2019, l’inidoneità di quanto proposto ai fini dell’ottemperanza alle delibere n. 115/18/CONS e n. 269/18/CONS, in quanto non era prevista la restituzione dei giorni illegittimamente erosi a prescindere dalla richiesta degli utenti, facendo altresì presente che le misure di compensazione alternativa, oltre a presentare una durata incompatibile con le esigenze di celerità e sollecita estinzione dell’obbligazione nei confronti degli utenti, non rispettavano gli obblighi di chiarezza e completezza informativa tali da garantire una consapevole rinuncia al diritto di restituzione dei giorni erosi.

A tal proposito, la Società ha sostenuto che le delibere in esame consentivano di adempiere l’obbligo di restituzione dei giorni erosi tramite rimborsi alla clientela ovvero mediante misure di compensazione alternative alla restituzione medesima. Contrariamente a quanto affermato dalla Società, il provvedimento dell’Autorità ha fatto sorgere in capo agli operatori un’obbligazione avente a oggetto la restituzione dei giorni illegittimamente erosi, consentendo loro di liberarsi da tale obbligazione mediante accordi con gli utenti creditori aventi ad oggetto misure di compensazione alternative soddisfattive del diritto di questi ultimi al ristoro. La fattispecie è pertanto del tutto diversa da quella disciplinata dall’art. 1285 c.c., in quanto nel caso in esame l’Autorità non ha inteso consentire ai debitori di adempiere scegliendo liberamente una delle due prestazioni. La prestazione imposta dall’Autorità è unica e consiste nella completa restituzione - entro il termine stabilito - dei giorni erosi per effetto della violazione della delibera n. 121/17/CONS tramite la posticipazione della fattura per un pari numero di giorni.

Ebbene, risulta che Wind Tre non ha posticipato la data di decorrenza delle fatture per un numero di giorni pari a quelli illegittimamente erosi, né che intenda farlo.

Sulla base delle difese svolte da Wind Tre, e al fine di comprendere la portata della condotta contestata, è stato disposto un supplemento istruttorio nei confronti della Società che, con note del 9 gennaio e 4 febbraio 2020, ha fornito informazioni sugli utenti ancora presenti in *customer base*, pari a circa (*omissis*), e sulle concrete modalità di trattazione delle restituzioni.

Tali evidenze istruttorie rendono palese che l’inottemperanza alla diffida dell’Autorità ha coinvolto una platea ampia di utenti e attestano, altresì, come le misure di compensazione alternativa proposte non abbiano suscitato particolare interesse negli utenti, con la conseguenza che la maggior parte degli aventi diritto alla restituzione dei giorni erosi, nelle modalità indicate dall’Autorità con la propria delibera, risulta tuttora insoddisfatta.

Tanto premesso, non può che confermarsi quanto contestato in sede di avvio del procedimento sanzionatorio, non avendo la Società addotto giustificazioni idonee 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;

TENUTO CONTO che Wind Tre ha operato nell'ambito di un mercato caratterizzato da forti difficoltà a generare margini e che tale circostanza può essere in questo caso valutata in relazione agli oneri che la Società dovrà affrontare per provvedere alla integrale restituzione di quanto sottratto agli utenti in violazione della delibera n. 121/17/CONS;

RITENUTO, quindi, di poter determinare la sanzione pecuniaria nella misura pari a euro 2.000.000,00 (duemilioni/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

La mancata ottemperanza alle diffide impartite dall'Autorità con le delibere nn. 115/18/CONS e 269/18/CONS ha finora impedito a una rilevante platea di utenti coinvolti di ricevere la restituzione dei giorni illegittimamente erosi nei tempi e con le modalità stabiliti dall'Autorità. La condotta tenuta ha, altresì, leso l'effettività e l'efficacia dell'azione amministrativa a presidio di primari interessi pubblici tutelati dall'ordinamento giuridico;

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

Nel corso del procedimento la Società non ha mai riconosciuto la violazione, non ha cessato la condotta illegittima né ha eliminato gli effetti della stessa. A tal fine, la soluzione adottata di riconoscere agli utenti la facoltà di aderire a misure di compensazione alternativa oppure di chiedere un rimborso economico in fattura non ha in ogni caso prodotto la restituzione di quanto spettante alla platea degli utenti interessati nei tempi indicati dall'Autorità. Infatti, stando ai dati forniti dalla medesima Società, soltanto una modesta percentuale degli utenti aventi diritto alla restituzione dei giorni illegittimamente erosi ha aderito a soluzioni di compensazione alternativa ovvero optato per il rimborso economico;

C. Personalità dell'agente

La Società è dotata di una organizzazione interna idonea a garantire una puntuale osservanza degli obblighi imposti con le diffide contenute nelle delibere nn. 115/18/CONS e 269/18/CONS. Inoltre, la Società, nell'ultimo triennio, è stata più volte sanzionata dall'Autorità per la violazione della normativa di settore nonché per violazioni afferenti alla medesima materia;

D. Condizioni economiche dell'agente

In considerazione del fatturato 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 Largo Metropolitana, 5, 20017–Rho (MI), non ha ottemperato alle diffide impartite dall'autorità con le delibere nn. 115/18/CONS e 269/18/CONS, condotta sanzionabile ai sensi dell'art. 98, comma 11, del *Codice*;

ORDINA

alla predetta società, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, di pagare la sanzione amministrativa pecuniaria di euro 2.000.000,00 (duemilioni/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 2.000.000,00 (duemilioni/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. 78/20/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. 78/20/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, 27 febbraio 2020

IL PRESIDENTE
Angelo Marcello Cardani

IL COMMISSARIO RELATORE
Francesco Posteraro

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE f.f.
Nicola Sansalone