

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 27 luglio 2016;

SENTITO il Relatore Dottoressa Gabriella Muscolo;

VISTA la Parte II, Titolo III, del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante “*Codice del Consumo*” e successive modificazioni (di seguito, Codice del Consumo);

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

VISTO il proprio provvedimento del 25 maggio 2016, con il quale, ai sensi dell’art. 7, comma 3, del Regolamento, è stata disposta la proroga del termine di conclusione del procedimento, per particolari esigenze istruttorie;

VISTI gli atti del procedimento;

I. LA PARTE

1. Wind Telecomunicazioni S.p.A. (di seguito Wind), in qualità di professionista, ai sensi dell’art. 18, lettera b), del Codice del Consumo. Il bilancio della società, relativo all’esercizio chiuso al 31 dicembre 2015, presenta ricavi totali per 4.428.000.000 euro ed è in utile.

II. LA PRATICA COMMERCIALE

2. Il procedimento concerne il comportamento posto in essere da Wind consistente nell'aver previsto la riduzione del periodo di rinnovo da 30 a 28 giorni di 55 opzioni tariffarie dedicate ai clienti mobili *consumer*, a partire dal primo rinnovo successivo all'8 novembre 2015, tra l'altro, mediante:

- a) nei casi in cui la variazione ha interessato offerte abbinate alla vendita a rate di prodotti (*smartphone, tablet* ecc.), la previsione da parte del professionista dell'addebito in un'unica soluzione del saldo delle rate residue a scadere per il prodotto a carico di coloro che, a seguito della modifica *de quo*, hanno esercitato il diritto di recesso ex art. 70, co. 4, cod. com. elettr. a seguito della suddetta variazione;
- b) nei casi in cui la variazione ha riguardato le opzioni rispetto alle quali è previsto uno sconto sul costo di attivazione a fronte di una durata minima delle obbligazioni poste a carico del consumatore e un corrispettivo in termini di recupero del medesimo sconto in caso di cessazione anticipata, la richiesta da parte del professionista di tale corrispettivo a coloro che hanno deciso di recedere ex art. 70, co. 4 cod. com. elettr. a seguito della suddetta variazione.

III. LE RISULTANZE DEL PROCEDIMENTO

1) *L'iter del procedimento*

Attività preistruttoria

3. Dal mese di ottobre 2015 e fino al mese di maggio 2016 sono pervenute all'Autorità numerose richieste di intervento da parte di singoli consumatori nonché di una associazione di consumatori, volte a rappresentare la possibile violazione del Codice del Consumo da parte di Wind, in merito alla manovra di riduzione del periodo di rinnovo delle opzioni. In particolare, nelle segnalazioni i consumatori lamentano, tra l'altro, che la riduzione del periodo di rinnovo da 30 a 28 giorni comporterebbe un aumento del prezzo costringendo i clienti a pagare l'equivalente di circa una mensilità in più all'anno¹ e sarebbe stata posta in essere in un contesto che, di fatto, non consentiva loro di reperire alternative sul mercato in quanto le altre offerte di

¹ Cfr. docc. 3-19, 22-24, 27-29, 31, 41, 42, 46, 51 e 52 dell'indice del fascicolo.

Wind e dei principali concorrenti, a seguito di precedenti modifiche, erano caratterizzate da un periodo di rinnovo pari a 28 gg.

4. Inoltre, un denunciante riferisce di aver abbinata all'opzione interessata dalla modifica la vendita a rate di un cellulare e che, in tale ipotesi, il recesso anticipato dal contratto comporterebbe l'addebito in un'unica soluzione del saldo delle rate residue. Tale circostanza, secondo il segnalante, sarebbe di per sé idonea a precludere la sua libertà di scelta rispetto alla possibilità di accettare o meno le modifiche esercitando il diritto di recesso².

5. Ad esito del preliminare esame delle prime segnalazioni, l'Autorità inviava in data 31 luglio 2015, una richiesta di informazioni. Wind dava riscontro alla richiesta in data 1° settembre 2015³.

6. Successivamente, in data 27 ottobre 2015, sono state acquisite agli atti del fascicolo le pagine internet del sito di Wind dedicate alla manovra⁴.

Attività istruttoria

7. Sulla base dell'attività preistruttoria, in relazione alla pratica commerciale descritta, in data 2 febbraio 2016 è stato comunicato alla Parte l'avvio del procedimento istruttorio n. PS10247, successivamente integrato in data 25 marzo 2016, per possibile violazione degli artt. 20, 24 e 25 del Codice del Consumo.

8. In sede di avvio e di successiva estensione del procedimento veniva ipotizzata tra l'altro:

– l'aggressività della condotta sub a) in violazione dell'art. 24 e 25 del codice del consumo, in quanto l'addebito in un'unica soluzione del saldo delle rate residue a scadere per il prodotto comportando un aggravio economico per il cliente che non intenda accettare le modifiche e voglia avvalersi della facoltà di recedere dal contratto, potrebbe integrare gli estremi di una coercizione o di un indebito condizionamento idoneo a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore rispetto all'esercizio del diritto *de quo*, facendogli assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso;

– l'aggressività della condotta sub b) in violazione dell'art. 24 e 25 del codice del consumo, in quanto la richiesta del corrispettivo previsto per recuperare lo sconto iniziale sul costo di attivazione in caso di cessazione anticipata comportando un aggravio economico per il cliente che non intenda

² Cfr. doc. 3 dell'indice del fascicolo.

³ Cfr. doc. 2 dell'indice del fascicolo.

⁴ Cfr. doc. 21 dell'indice del fascicolo.

accettare le modifiche e voglia avvalersi della facoltà di recedere dal contratto, potrebbe integrare gli estremi di una coercizione o di un indebito condizionamento idoneo a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore rispetto all'esercizio del diritto *de quo*, facendogli assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso⁵.

9. In data 29 febbraio 2016 è pervenuta la memoria difensiva di Wind comprensiva del riscontro alla richiesta di informazioni formulata contestualmente alla comunicazione di avvio del procedimento.

10. In data 12 febbraio 2016 Wind ha esercitato il diritto di accesso agli atti e in data 17 marzo 2016 è stata sentita in audizione presso i locali dell'Autorità.

11. In data 26 maggio 2016 è stata comunicata al professionista la proroga del termine di conclusione del procedimento.

12. In data 1° giugno 2016 è stata comunicata alla Parte la data di conclusione della fase istruttoria ai sensi dell'art. 16, comma 1, del Regolamento concedendo un termine di 20 giorni per la presentazione di memorie e documenti.

13. In data 21 giugno 2016 Wind ha presentato la propria memoria conclusiva.

2) *Le evidenze acquisite*

Condotta sub a)

14. Quanto alla condotta sub a) dalle evidenze in atti risulta che la riduzione del periodo di rinnovo da 30 a 28 giorni ha riguardato anche le offerte abbinata alla vendita a rate di prodotti e, nello specifico, l'offerta di Wind "Telefono Incluso" che consente al Cliente che ha attiva un'offerta compatibile di acquistare un terminale Wind, pagandone il corrispettivo a rate senza interessi.

15. L'offerta Telefono Incluso è riservata esclusivamente ai clienti titolari di una o più carte prepagate o ai clienti titolari di uno o più contratti di abbonamento con modalità di pagamento a mezzo carta di credito o addebito su conto corrente bancario⁶.

16. Dalle condizioni contrattuali acquisite agli atti emerge che, il cliente si

⁵ Cfr. la comunicazione di estensione oggettiva del procedimento doc. n. 48 dell'indice del fascicolo.

⁶ Cfr. art. 1 delle condizioni generali di contratto allegato 10 al doc. n. 40 dell'indice del fascicolo.

impegna, fino alla data di pagamento dell'ultima rata a: i) mantenere la Carta SIM Ricaricabile attiva; ii) non recedere dall'Abbonamento, in deroga a quanto previsto dall'articolo 6.3 delle condizioni generali di contratto del medesimo; iii) mantenere la titolarità della Carta SIM Ricaricabile e dell'Abbonamento; iv) mantenere attiva un'offerta compatibile con l'offerta Telefono Incluso e corrisponderne correttamente gli importi dovuti; v) non variare la modalità di pagamento verso tipologie differenti rispetto a quelle riportate nel precedente Art.1 e, vi) non modificare il piano tariffario in Abbonamento o Ricaricabile verso un piano con costo mensile inferiore rispetto a quello presente sulla SIM al momento della sottoscrizione della Proposta di Adesione. In caso di inadempimento a quanto sopra o in caso di mancato pagamento per due mesi consecutivi del costo di una delle offerte prepagate compatibili con l'offerta Telefono Incluso il cliente è tenuto al pagamento in un'unica soluzione di tutte le restanti rate mensili dovute.

17. L'addebito in un'unica soluzione del saldo delle rate residue non ancora pagate viene applicato anche nei confronti dei clienti che hanno esercitato - nel termine di 30 gg. loro concesso dall'art. 70 co. 4 cod. com. elettr. - il diritto di recesso a seguito della modifica *de quo*⁷.

Condotta sub b)

18. Con riferimento alla condotta sub b), contestata in termini di aggressività in sede di estensione del procedimento, dalla documentazione in atti e dalle dichiarazioni rilasciate dall'operatore in sede di audizione⁸, emerge che la riduzione del periodo di rinnovo ha riguardato anche le opzioni rispetto alle quali è previsto uno sconto sul costo di attivazione a fronte di una durata minima delle obbligazioni poste a carico del consumatore.

19. Si tratta, in particolare, delle opzioni attivate da clienti provenienti da altri operatori il cui costo di attivazione di 15 euro è scontato a 1 euro se mantengono attiva la sim per 24 mesi. In caso di recesso o di passaggio ad altro operatore prima dei 24 mesi i 14 euro scontati nella promozione sono addebitati sul credito residuo.

20. Anche rispetto a questa tipologia di offerta, è emerso che in capo ai clienti che hanno esercitato - nel termine di 30 gg. loro concesso dall'art. 70 co. 4 Cod. Com. Elettr. - il diritto di recesso a seguito della modifica *de quo*, Wind ha previsto il pagamento del corrispettivo previsto per il recupero dello

⁷ Cfr. memoria difensiva di Wind doc. n. 38 dell'indice del fascicolo.

⁸ Cfr. verbale di audizione doc. 45 dell'indice del fascicolo nonché memoria difensiva pervenuta l'8 aprile 2016 doc. 49 dell'indice del fascicolo.

sconto sul costo di attivazione in caso di cessazione anticipata.

21. In linea generale, dalla documentazione acquisita in atti emerge infine che Wind, oltre a essere consapevole del contesto settoriale e, in particolare, del fatto che, come evidenziato dalla stessa società le opzioni dei principali concorrenti, presentavano già un periodo di validità di 28 giorni, a partire dal 9 marzo 2015 ha strutturato l'intero portafoglio per le varie offerte ricaricabili rivolte a nuovi clienti con il rinnovo ogni 28 giorni.

22. Più nello specifico Wind ha evidenziato nelle memorie difensive e in sede di audizione⁹ che la manovra di modifica è stata dettata oltre che da motivazioni commerciali da ragioni di armonizzazione con le offerte presenti sul mercato.

3) Le argomentazioni difensive della Parte

23. Con memorie pervenute nelle date del 1 marzo¹⁰, 8 aprile¹¹ e 21 giugno 2016¹² nonché nel corso dell'audizione tenuta presso i locali dell'Autorità in data 17 marzo 2016 Wind ha svolto, tra le altre, le argomentazioni di seguito sintetizzate.

Questioni preliminari: sulla competenza dell'AGCM

24. Preliminarmente, Wind contesta la competenza di AGCM ad intervenire con riferimento alle asserite pratiche commerciali scorrette oggetto della comunicazione di avvio.

25. La recente sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4/2016, nel definire i limiti di applicazione dell'art. 27, comma 1-bis, del Codice del Consumo, confermerebbe che il rapporto tra regolamentazione generale (pratiche scorrette) e settoriale (ad esempio, comunicazioni elettroniche) a tutela dei consumatori è regolato dalla "*specialità per fattispecie*". Ciò implica che "*ove disposizioni appartenenti ai due diversi ambiti convergano sul medesimo fatto se ne applica una sola, quella speciale, individuata in base ai criteri noti nel nostro ordinamento e in modo compatibile, come è ovvio, con l'ordinamento comunitario nella specifica materia di pertinenza comunitaria*".

26. Tale approccio, che richiede il "*raffronto tra fattispecie*", troverebbe

⁹ Cfr. doc. n. 45 dell'indice del fascicolo.

¹⁰ Cfr. doc. n. 39 dell'indice del fascicolo.

¹¹ Cfr. doc. n. 49 dell'indice del fascicolo.

¹² Cfr. doc. n. 55 dell'indice del fascicolo.

applicazione anche nel caso di specie. L'Autorità interverrebbe infatti su condotte che interessano essenzialmente aspetti già compiutamente disciplinati da normative "speciali", che trovano fonte nel diritto UE, quali le norme del Codice delle comunicazioni elettroniche (in particolare, art. 70, comma 4) e le previsioni regolamentari attuative adottate ed applicate da AGCom (in particolare, l'art. 6 e l'Allegato 1 della delibera 519/15/CONS).

27. In applicazione del principio di specialità, come interpretato dall'Adunanza Plenaria, tali norme speciali prevarrebbero e troverebbero applicazione alle fattispecie oggetto di contestazione.

28. La circostanza che AGCM qualifichi le condotte a), b) e c) come pratiche aggressive ai sensi degli artt. 24 e 25 del Codice del Consumo confermerebbe l'incompetenza di AGCM nel caso di specie.

29. L'intervento di AGCM in base alle norme sulle pratiche scorrette si porrebbe di fatto in "*contrasto*" con i richiamati regimi speciali di tutela dei consumatori che, disciplinando appunto "*aspetti specifici*" della asserita pratica, appositamente stabiliscono in favore del professionista il diritto di "*modificare unilateralmente*" le condizioni contrattuali in essere, regolandone specificamente le modalità di esercizio.

Condotta sub a)

30. Quanto alla presunta aggressività del comportamento posto in essere rispetto alle offerte abbinata alla vendita a rate di prodotti e consistente nell'aver previsto l'addebito in un'unica soluzione del saldo delle rate residue a scadere per il prodotto, la sussistenza di un indebito condizionamento dovrebbe essere esclusa per le ragioni che seguono.

31. In primo luogo, il consumatore sarebbe consapevole in quanto adeguatamente informato in sede di sottoscrizione e mediante il restante materiale informativo, delle conseguenze derivanti da comportamenti difformi da quelli richiesti dal contratto, tra cui l'obbligo di pagamento delle rate a scadere e ancora non pagate in caso di recesso dal rapporto di Servizio. Pertanto, allorché decida di esercitare il legittimo diritto di recesso il consumatore sarebbe ben cosciente delle conseguenze di tale decisione senza che vi sia alcun condizionamento della sua volontà.

32. L'esercizio del diritto di recesso non comporterebbe alcun aggravio economico in quanto il cliente non sarebbe costretto a sopportare oneri economici aggiuntivi ma si troverebbe a pagare unicamente il valore del bene in suo possesso, noto in fase di sottoscrizione del contratto. Alcuna

coercizione quindi sarebbe imputabile a Wind.

33. Il venire meno degli impegni assunti dal cliente non potrebbe che avere come conseguenza il venir meno del rapporto contrattuale con Wind e quindi l'obbligo di pagare le rimanenti rate in un'unica soluzione.

34. Non potrebbe ipotizzarsi la possibilità di mantenere in vita il solo contratto di vendita rateizzata del telefono in quanto il *core business* di Wind è l'offerta di servizi integrati di telefonia mobile, telefonia fissa e internet ove la vendita di apparati con dilazione di pagamento rappresenterebbe un elemento accessorio proposta esclusivamente nell'ottica di agevolare il consumatore. Inoltre, se venisse mantenuta la possibilità di pagare in modalità rateizzata il telefono o apparato in assenza di un contratto di servizio (i.e., di telefonia), l'operatore finirebbe per configurarsi alla stregua di una società di finanziamento, senza averne i previsti requisiti giuridici e/o autorizzazioni all'uso necessarie.

35. Sussisterebbero, inoltre, vincoli tecnici di sistema che non consentirebbero di svincolare il contratto di Servizi dal contratto per la vendita a rate del terminale inclusa, atteso che nella gran parte delle ipotesi la richiesta di recesso perviene direttamente con una richiesta di portabilità del numero da parte di un altro operatore senza specificazione delle cause sottostanti e senza possibilità alcuna di individuare con assoluta certezza i clienti che recedono tramite MNP in ragione della rimodulazione da coloro che cambiano operatore indipendentemente e quindi, ad esempio, per un'offerta a loro dire maggiormente interessante. Tale circostanza, unita all'esiguità del fenomeno (su un totale di [80.000-150.000]* clienti con Telefono Incluso, solo [1.200- 1.700] di questi, hanno manifestato recesso nei 30 gg. successivi alla modifica) renderebbe impossibile operare una siffatta "discriminazione".

Condotta sub b)

36. Quanto alla presunta aggressività del comportamento posto in essere nel caso di opzioni caratterizzate da uno sconto sul costo di attivazione a fronte di una durata minima delle obbligazioni poste a carico dei consumatori e un corrispettivo in termini di recupero del medesimo sconto in caso di cessazione anticipata, consistente nell'aver richiesto tale corrispettivo ai clienti che hanno esercitato il diritto di recesso ex art. 70, comma 4, cod.

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

com. elettera a seguito della variazione *de quo*, la sussistenza di un indebito condizionamento dovrebbe essere esclusa per le ragioni che seguono.

37. Analogamente a quanto argomentato rispetto alla condotta sub b), il consumatore sarebbe consapevole in quanto adeguatamente informato in sede di stipula dei contratti che davano diritto allo sconto di 14 € sui costi di attivazione, delle conseguenze derivanti da comportamenti difformi da quelli richiesti dal contratto, tra cui la perdita del vantaggio acquisito in caso di risoluzione anticipata.

38. Dovrebbe, inoltre, considerarsi, per un verso, la difficoltà tecnica già evidenziata rispetto alla condotta sub a) di accertare la volontà del cliente che richieda MNP di lasciare Wind a seguito di una rimodulazione subita e non accettata; per altro verso, l'esiguità numerica dei clienti beneficiari della promozione che hanno esercitato il diritto di recesso dai servizi Wind nei 30 giorni successivi alla modifica contrattuale pari a 9 casi. Di questi in soli 3 casi WIND ha proceduto ad addebitare il costo di attivazione originariamente scontato non essendo presente, nei restanti 6 casi, credito residuo sufficiente.

IV. PARERE DELL'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI

39. Poiché la pratica commerciale oggetto del presente provvedimento è stata diffusa attraverso mezzi di telecomunicazione (in particolare, tramite SMS e internet), in data 23 giugno 2016 è stato richiesto il parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ai sensi dell'art. 27, comma 1-*bis* e comma 6, del Codice del Consumo.

40. Con parere pervenuto in data 14 luglio 2016 l'Autorità ritenuta la propria competenza ad esprimere il parere richiesto ai sensi dell'articolo 27, commi 1-*bis* e 6, del Codice del consumo, in ragione dell'attinenza al settore delle comunicazioni elettroniche e della diffusione della pratica tramite SMS e *Internet* ha rilevato in sintesi quanto segue:

- che la condotta in esame, sulla base della documentazione ricevuta riguarda, per quanta di competenza, le informazioni rese ai consumatori in ordine alla invarianza di costi e condizioni delle opzioni il cui rinnovo è stato rimodulato su 28 giorni e all'esercizio del diritto di recesso nel caso di offerte con abbinato l'acquisto a rate di un prodotto;
- l'opportunità di ridefinire anche alla luce del novellato articolo 27,

comma *1-bis*, del Codice del consumo, l'oggetto del parere reso all'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai sensi dell'articolo 27, comma 6, del medesimo Codice, nel senso di limitare le proprie valutazioni all'attitudine dello specifico mezzo di comunicazione, utilizzato per diffondere la pratica commerciale, ad incidere ed amplificare l'eventuale ingannevolezza etc scorrettezza della pratica medesima;

- che un'interpretazione dell'articolo 27, comma *1-bis*, del Codice del Consumo conforme al diritto dell'Unione europea imponga all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni di esprimere, con il prescritto parere, una valutazione circa la riconducibilità della condotta del professionista all'ambito di applicazione di una norma settoriale di diretta derivazione europea, idonea, in quanto tale, a radicare anche la competenza dell'Autorità stessa ad intervenire nel caso di specie;

- che con riferimento alla modalità di comunicazione avvenuta tramite SMS, che lo strumento utilizzato è idoneo a diffondere rapidamente informazioni agli utenti in relazione alle condizioni economiche dei contratti sottoscritti, ed in particolare, nel caso delle utenze prepagate rappresenta il mezzo più efficace per raggiungere l'effettivo utilizzatore della SIM;

- che *internet* è una rete di comunicazione globale in grado di offrire velocemente all'utente una vasta sequenza di potenziali informazioni atte ad influenzarne il comportamento e che è divenuto il terzo mezzo di comunicazione di massa per penetrazione (dopo televisione e radio), con il 64 % di famiglie italiane che possono accedervi da casa e il 34,1 % di persone sopra ai 14 anni che lo hanno usato per ordinare e/o comprare merci e/o servizi per uso privato (fonte: Istat, report "*Cittadini e nuove tecnologie*", dicembre 2014);

- che, nel caso di specie, SMS ed *internet*, utilizzati dalla società Wind Telecomunicazioni S.p.A. per pubblicizzare le rimodulazioni contrattuali in questione, siano strumenti idonei ad influenzare significativamente la realizzazione della pratica commerciale;

- con riferimento alla normativa di settore di cui alla richiesta di parere ai sensi dell'articolo 27, comma *1-bis* del Codice del consumo, che la condotta in esame risulta riconducibile - per i profili attinenti alla completezza ed alla trasparenza delle informazioni fornite, nonché alle modalità di esercizio del diritto di recesso in caso di mancata accettazione di variazioni contrattuali - al quadro normativo vigente per il settore delle comunicazioni elettroniche e, segnatamente, a quanto previsto dalla direttiva n. 2002/22/CE, e dagli articoli 70 e 71 del Codice delle comunicazioni elettroniche, fatti salvi, invece, gli

eventuali profili di violazione del Codice del consumo attinenti all'ingannevolezza e alla aggressività della medesima pratica;

- che l'AGCOM ha già vagliato la manovra di rimodulazione di numerose offerte attuata dall'operatore a partire dall' 8 novembre 2015, sotto gli specifici profili attinenti ai termini e le modalità di esercizio del diritto di recesso nonché alle informative rese agli utenti. In particolare, anche sulla base di alcune segnalazioni ricevute da parte di utenti che hanno lamentato la rimodulazione di offerte aventi una durata predeterminata e garantita, in data 9 novembre 2015 ha avviato una apposita istruttoria al fine di verificare il rispetto degli articoli 70 e 71 del Codice delle comunicazioni elettroniche. In esito alla predetta attività di verifica si è potuto constatare la conformità alla disciplina summenzionata delle informative rese, sia rispetto l'aspetto contenutistico (risultando chiara la modifica attuata, la riduzione del periodo di rinnovo delle offerte a 28 giorni), sia con riferimento al prescritto periodo di preavviso (almeno trenta giorni);

- che, all'esito delle attività istruttorie svolte anche nei confronti degli operatori Telecom Italia S.p.A., H3G S.p.A. e Vodafone Italia S.p.A., a partire dal mese di marzo 2015, e per effetto delle nuove politiche tariffarie adottate da tali operatori in ordine alla riduzione del periodo di rinnovo delle offerte commercializzate sulla base di 4 settimane e non più mensile, è stata notevolmente limitata la possibilità di poter reperire sul mercato offerte diverse rispetto a quelle strutturate sulla base di 28 giorni, con la conseguenza di vanificare la *ratio* sottesa all'esercizio del diritto di recesso nel caso di mancata accettazione di modifiche contrattuali, così come statuito dall'articolo 70, comma 4, del Codice delle comunicazioni elettroniche.

V. VALUTAZIONI CONCLUSIVE

Il potere di accertamento dell'Autorità

41. 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.

42. 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 (...)".

43. La novella legislativa individua un criterio generale di ripartizione preventiva delle competenze che, come rilevato da AGCOM nel proprio parere, 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*». La competenza delle Autorità di settore resta ferma nelle ipotesi in cui il comportamento contrario alle norme di settore non costituisca pratica commerciale scorretta.

44. Conseguenza da quanto sopra la chiara competenza dell'Autorità *ex* articolo 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*".

45. 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 che discenderebbe sostanzialmente dalla esistenza di una norma settoriale di rango europeo, quale appunto l'art. 70, comma 4, cod. com. elettr. che stabilisce in favore del professionista il diritto di "*modificare unilateralmente*" le condizioni contrattuali in essere, regolandone specificamente le modalità di esercizio.

46. In proposito basti rilevare che, il provvedimento concerne, condotte qualificabili come aggressive ai sensi degli artt. 24 e 25 cod. cons. che, in quanto tali, siano esse *conformi* o *non conformi* alle regole settoriali, come espressamente riconosciuto dalla stessa Adunanza Plenaria 4/2016, sono inequivocabilmente attratte nella competenza dell'Autorità *Antitrust*.

Valutazioni di merito

47. Il provvedimento concerne la pratica commerciale posta in essere dal professionista nei confronti dei propri clienti mobili *consumer*, consistente nell'aver previsto la riduzione del periodo di rinnovo da 30 a 28 giorni di 55

tipologie di opzioni tariffarie mediante l'adozione delle condotte descritte al punto II lettera a) e b) del presente provvedimento, poste in essere ciascuna nei confronti di uno specifico *target* di clienti: da un lato, i sottoscrittori di offerte abbinate alla vendita a rate di prodotti (sub a); dall'altro, i clienti di opzioni rispetto alle quali è previsto uno sconto sul costo di attivazione a fronte di una durata minima delle obbligazioni poste a loro carico (sub b).

48. Dalle risultanze istruttorie emerge che, così come ipotizzato in sede di avvio e di estensione oggettiva del procedimento, la riduzione del periodo di rinnovo ha riguardato anche queste tipologie di offerte prevedendo a carico del cliente che voglia avvalersi della facoltà di recedere dal contratto di cui all'art. 70, comma 4, cod. com. elettr., rispettivamente, l'addebito in un'unica soluzione del saldo delle rate residue e il corrispettivo per il recupero dello sconto sul costo di attivazione.

49. Tali circostanze, comportando un aggravio economico per il cliente che voglia avvalersi della facoltà di recedere dal contratto in quanto non intende accettare le modifiche predisposte unilateralmente dalla società, integrano gli estremi di una coercizione o di un indebito condizionamento idoneo a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore rispetto all'esercizio del diritto *de quo*, facendogli assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

50. Difatti, come dimostrato dalla documentazione in atti, la società ha autonomamente applicato la riduzione del periodo di rinnovo anche a queste tipologie di clienti, decidendo, in modo altrettanto autonomo, di procedere ad addebitare in unica soluzione le rate residue (offerta Telefono incluso) o il corrispettivo per il recupero dello sconto sul costo di attivazione (nel caso delle opzioni vincolate) anche nel caso di scioglimento del contratto derivante dall'esercizio del diritto di recesso riconosciuto dalle norme di settore quale specifica tutela per il cliente a fronte di una variazione contrattuale imposta dall'altro contraente.

51. Mediante l'imposizione unilaterale di tali scelte assunte sulla base di una autonoma e libera iniziativa commerciale da parte del professionista, 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 aumento di costo rispetto alla tariffa pattuita.

52. Difatti, come evidenziato dai denunciati, la riduzione del periodo di rinnovo da 30 a 28 gg.comporta l'addebito su base annua dell'equivalente di circa una mensilità in più, ovvero, a parità di costo e traffico disponibile per

ciascun periodo di rinnovo, essendosi quest'ultimo ridotto, un aumento del costo giornaliero rispetto a quello precedente.

53. Tali circostanze si riflettono 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 e di non esercitare il diritto di recesso previsto a sua tutela dall'art. 70, comma 4, cod. cod. elettr., che non avrebbe altrimenti assunto.

54. Né vale ad escludere l'aggressività della condotta l'argomentazione difensiva spesa dal professionista nelle proprie memorie circa il fatto che gli addebiti in esame non costituirebbero un *quid novi* per il consumatore in quanto contrattualmente previsti.

55. Al riguardo, basti infatti rilevare che oggetto del presente provvedimento non è l'aggressività della previsione contrattuale in sé, ma la circostanza che l'addebito delle rate residue e la restituzione dello sconto sul costo di attivazione, previsti in caso di inadempimento da parte del consumatore agli impegni assunti contrattualmente quali, rispettivamente, l'impegno di non recedere dall'abbonamento fino alla data di pagamento dell'ultima rata e di mantenere attiva l'opzione per almeno 24 mesi, siano stati richiesti anche a fronte dell'esercizio del diritto di recesso dal contratto che consegue non ad una iniziativa del singolo contraente, ma discende da una scelta unilateralmente imposta dal professionista: l'esercizio delle *ius variandi*.

56. Peraltro, come evidenziato dall'Autorità di settore competente in materia, nel caso di specie, la modifica è stata realizzata dal professionista nella consapevolezza che sia le offerte Wind che quelle degli altri principali competitors per le nuove attivazioni, avevano un periodo di validità di 28 gg. e dunque in un contesto di mercato e secondo tempistiche che, come evidenziato dall'Autorità di settore competente in materia, considerati nel loro complesso, vanificano la previsione di legge contribuendo ulteriormente a incidere sulla decisione dei sottoscrittori di offerte abbinate alla vendita a rate del se esercitare o meno il relativo diritto di recesso.

57. Quanto, infine, alla contrarietà alla diligenza professionale, non si riscontra da parte di Wind 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 delle variazioni nelle condizioni del servizio e all'onere richiesto al consumatore.

58. In particolare, la contrarietà alla diligenza professionale si riscontra nella

misura in cui il professionista risulta, aver considerato l'esercizio del diritto di recesso di cui all'art. 70, comma 4, cod. com. elettr. da parte dei clienti destinatari della modifica che avevano sottoscritto offerte abbinata alla vendita a rate di prodotti (sub a) ovvero offerte con sconto sul costo di attivazione (sub b) alla stregua di un inadempimento contrattuale applicandone le relative conseguenze quando, in realtà, nel caso di specie, l'esercizio del diritto di recesso e il conseguente scioglimento del rapporto contrattuale, rappresenta la conseguenza diretta e garantita dalla norma di una scelta autonoma e unilaterale imposta dal professionista al consumatore.

VI. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

59. 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.

60. 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.

61. 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 4,4 miliardi di euro e rappresenta uno dei principali operatori di telefonia, nonché della natura dei profili di scorrettezza che consistono in comportamenti aggressivi di particolare impatto sull'autodeterminazione del consumatore nelle proprie scelte commerciali. Inoltre, si tiene conto della diffusione e penetrazione della pratica che ha interessato i consumatori titolari di utenza mobile ricaricabile in abbinamento alla vendita a rate di prodotti.

62. Per quanto riguarda la durata della violazione, dagli elementi disponibili in atti risulta che la pratica commerciale è stata posta in essere dall'8 novembre 2015 (data del primo rinnovo interessato dalla modifica) all'8 gennaio 2016 (data ultima prevista per l'esercizio del diritto di recesso da parte dei clienti con rinnovo all'8 dicembre 2016).

63. Sulla base di tali elementi, si ritiene di determinare l'importo base della

sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a Wind Telecomunicazioni S.p.A. nella misura di 355.000 € (trecentocinquantacinquemila euro).

64. In considerazione del fatto che sussiste, nel caso di specie, una circostanza *aggravante* in quanto il professionista risulta essere destinatario di altri provvedimenti in materia di pratiche commerciali scorrette¹³, si ritiene di determinare l'importo della sanzione nella misura di 455.000 € (quattrocentocinquantacinquemila euro).

RITENUTO, pertanto, visto parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, sulla base delle considerazioni suesposte, che la pratica commerciale in esame risulta scorretta ai sensi degli artt. 20, 24 e 25 del Codice del Consumo in quanto contraria alla diligenza professionale e idonea, - mediante l'addebito del saldo delle rate residue, nonché del corrispettivo in caso di cessazione anticipata, rispettivamente, nel caso di opzioni abbinate alla vendita a rate di prodotto ovvero delle opzioni di durata nei confronti dei clienti che hanno deciso di esercitare il diritto di recesso a seguito della manovra in esame - a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio in relazione ai servizi offerti dal professionista e all'esercizio del diritto di recesso;

DELIBERA

a) che la pratica commerciale descritta al punto II lettera a) e b), del presente provvedimento, posta in essere dalla società Wind Telecomunicazioni S.p.A., costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, 24 e 25 del Codice del Consumo, e ne vieta la diffusione o continuazione;

b) di irrogare alla società Wind Telecomunicazioni S.p.A. una sanzione amministrativa pecuniaria di 455.000 € (quattrocentocinquantacinquemila euro).

¹³ Cfr. tra gli altri, provv. 25331 del 3 marzo 2015.

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

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

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore a un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'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 della documentazione attestante il versamento effettuato.

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

Ai sensi dell'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 VICE SEGRETARIO GENERALE

Annalisa Rocchietti

IL PRESIDENTE

Giovanni Pitruzzella