



Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 5 luglio 2017;

SENTITO il Relatore Professor Michele Ainis;

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

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 dell’11 aprile 2017, 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 Tre S.p.A. (precedentemente Wind Telecomunicazioni S.p.A., di seguito Wind), in qualità di professionista, ai sensi del Codice del Consumo. Il bilancio consolidato del Gruppo Wind Tre al 31 dicembre 2016, presenta un valore della produzione pari a circa 6 miliardi e 490 milioni di euro e risulta in perdita¹.

¹ Accessibile al link http://www.windtre.it/Assets/M09/458/C_3_M09_22_0_0_file_it.pdf.

II. LE CONDOTTE OGGETTO DEL PROCEDIMENTO

2. Il procedimento concerne i comportamenti posti in essere dal professionista nella commercializzazione di servizi di telefonia fissa *Infostrada* anche in abbinamento al servizio dati e consistenti:

- a) nell'aver omesso di fornire, in maniera chiara e comprensibile e prima che il consumatore fosse vincolato da un contratto a distanza (*online* mediante il sito internet *www.infostrada.it* o al telefono) o da una corrispondente offerta rivolta al professionista (c.d. inversione dei ruoli) le informazioni richieste dall'art. 49, lettera l), del Codice del Consumo e, in particolare: i) dal 14 giugno 2014 a giugno 2016, l'informazione in merito alla circostanza che, nel caso di esercizio del diritto di recesso dopo aver presentato una richiesta ai sensi dell'articolo 51, comma 8, del Codice del Consumo il consumatore è responsabile del pagamento al professionista dei costi indicati nell'articolo 57, comma 3, Cod. Cons.; ii) da giugno 2016 l'informazione che, così come previsto dall'art. 57, comma 3, Cod. Cons., eventuali costi sono dovuti solo nel caso in cui il consumatore eserciti il diritto di recesso dopo aver presentato la suddetta richiesta esplicita nonché *“sino al momento in cui il consumatore ha informato il professionista dell'esercizio del diritto di recesso”*;
- b) nella conclusione di contratti a distanza (*online* mediante il sito Internet *www.infostrada.it* nonché mediante telefono) ovvero nell'acquisizione di una corrispondente proposta rivolta dal consumatore a Wind, dando principio di esecuzione al contratto o procedendo all'avvio del processo di attivazione della linea e/o di migrazione da altro operatore durante il periodo di recesso, senza esigere la relativa autonoma richiesta esplicita da parte del consumatore prevista dall'art. 51, comma 8, del Codice del Consumo e, in ogni caso, senza mettere il consumatore nella condizione di poter liberamente scegliere tale opzione e di poter concludere il contratto a distanza in assenza di tale volontà;
- c) in assenza dell'informativa di cui all'art. 49, comma 1, lettera l), del Codice del Consumo e, comunque, in assenza della richiesta esplicita di cui all'art. 51, comma 8, del Codice del Consumo, nella richiesta e/o nell'addebito al consumatore che eserciti il diritto di ripensamento da un contratto a distanza (*online* nonché al telefono) di una serie di costi che, oltre a non essere dovuti, appaiono, in ogni caso, superiori a quanto previsto dall'art. 57, comma 3, del Codice del Consumo;
- d) nella conclusione di contratti a distanza (*online* mediante il sito

internet *www.infostrada.it*) e/o di contratti negoziati fuori dai locali commerciali, ovvero nell'acquisizione di una corrispondente proposta rivolta dal consumatore a Wind, prevedendo che il "diritto di ripensamento" decorra dalla "attivazione del servizio" senza informarlo e senza consentirgli di esercitare il diritto dalla conclusione del contratto (ai sensi dell'art. 52 del Codice del Consumo) con le modalità previste dall'art. 54 Cod. Cons., ovvero, nel caso in cui sia il consumatore a rivolgere una proposta a Wind, sin dal momento in cui viene effettuata la proposta, con i conseguenti effetti di cui all'art. 55, comma 1, lettera b), del Codice del Consumo sull'obbligo del consumatore di concludere il contratto.

III. LE RISULTANZE DEL PROCEDIMENTO

1) *L'iter del procedimento*

3. In relazione alle condotte sopra descritte, in data 7 dicembre 2016 è stato comunicato alla Parte l'avvio del procedimento istruttorio n. PS10685 nei confronti di Wind, per possibile violazione degli artt. 49, comma 1, lettere h), e l), 51, comma 8, 52, comma 2, 55, comma 1, lettera b), 57, comma 3 e comma 4, lettera a), punti 1) e 2), del Codice del Consumo come modificato dal Decreto Legislativo n. 21/2014, di recepimento della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori nei contratti.

4. In tale sede, veniva in particolare ipotizzato:

– in relazione ai comportamenti descritti al punto II *sub a*), la presunta violazione dell'art. 49, comma 1, lettera l), del Codice del Consumo, qualora risultasse accertato che il professionista non ha fornito, in maniera chiara e comprensibile, prima che il consumatore fosse vincolato da un contratto a distanza (*online* mediante il sito internet *www.infostrada.it* o al telefono) o da una corrispondente offerta rivolta dal consumatore al professionista: i) dal 14 giugno 2014 a giugno 2016, l'informazione richiesta dall'art. 49, comma 1, lettera l) del Codice del Consumo, in merito alla circostanza che, nel caso di esercizio del diritto di recesso dopo aver presentato una richiesta ai sensi dell'articolo 51, comma 8, del Codice del Consumo, il consumatore è responsabile del pagamento al professionista dei costi indicati nell'articolo 57, comma 3, Cod. Cons.; ii) da giugno 2016 l'informazione che, così come previsto dall'art. 57, comma 3, Cod. Cons., eventuali costi sono dovuti solo nel caso in cui il consumatore eserciti il diritto di recesso dopo aver

presentato la suddetta richiesta esplicita nonché “*sino al momento in cui il consumatore ha informato il professionista dell'esercizio del diritto di recesso*”;

– in relazione al comportamento descritto al punto II *sub b)*, la violazione dell'art. 51, comma 8, del Codice del Consumo, qualora risultasse accertato che, per i contratti a distanza (*online* e/o al telefono) ovvero nel caso di acquisizione di una corrispondente proposta rivolta dal consumatore a Wind, quest'ultimo dia principio di esecuzione al contratto ovvero proceda all'avvio del processo di attivazione della linea e/o di migrazione da altro operatore durante il periodo di recesso di cui all'art. 52 del Codice del Consumo, senza che il consumatore ne faccia richiesta esplicita secondo le modalità prescritte dalla disposizione e, in ogni caso, senza mettere il consumatore nella condizione di poter liberamente scegliere tale opzione e concludere il contratto anche in assenza di tale volontà;

– in relazione alla condotta descritta al punto II *sub c)*, la violazione dell'art. 57, comma 4, lettera a), punti 1 e/o 2, del Codice del Consumo qualora in assenza dell'informativa di cui all'art. 49, comma 1, lettera l), del Codice del Consumo e/o in assenza della richiesta esplicita di cui all'art. 51, comma 8, del Codice del Consumo, il professionista abbia richiesto e/o addebitato al consumatore che eserciti il diritto di ripensamento da un contratto a distanza (*online* e/o al telefono) somme a titolo di costi in realtà non dovuti. Richiesta e/o addebito che, in ogni caso, contrasterebbe con l'art. 57, comma 3, del Codice del Consumo, il quale circoscrive i costi ragionevoli posti a carico del consumatore in “*un importo proporzionale a quanto è stato fornito fino al momento in cui il consumatore ha informato il professionista dell'esercizio del diritto di recesso*”;

– in relazione alle condotte descritte al punto II *sub d)*, la violazione degli artt. 49, comma 1, lettera h), 52, comma 2, nonché 55, comma 1, lettera b), del Codice del Consumo, qualora risultasse accertato che il professionista abbia concluso contratti a distanza (*online*) ovvero acquisito una corrispondente proposta rivolta dai consumatori a Wind, prevedendo che il diritto di ripensamento decorra dalla “*attivazione del servizio*”, senza informarli e senza consentire loro di esercitare il diritto di ripensamento dalla conclusione del contratto ai sensi dell'art. 52 comma 2, lettera a), del Codice del Consumo secondo le modalità richieste dall'art. 54 Cod. Cons., ovvero, nell'ipotesi dell'inversione dei ruoli, dal momento in cui viene effettuata la proposta da parte del consumatore, con i conseguenti effetti previsti dall'art. 55, comma 1, lettera b), sull'obbligo del consumatore di concludere il

contratto.

5. In data 24 gennaio 2017 Wind ha depositato la propria memoria difensiva fornendo altresì le informazioni richieste nella comunicazione di avvio.

6. In data 21 marzo 2017 Wind è stata sentita in audizione presso i locali dell'Autorità.

7. In data 13 aprile 2017 è stata comunicata alla Parte la proroga del procedimento.

8. In data 21 aprile 2017 Wind ha fornito le informazioni richieste in sede di audizione.

9. In data 4 maggio 2017 è stata comunicata alla Parte la data di conclusione della fase istruttoria ai sensi dell'art. 16, comma 1, del Regolamento.

10. In data 24 maggio 2017 la Parte ha fatto pervenire la propria memoria conclusiva.

11. In data 26 maggio 2017 è stato richiesto il parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ai sensi dell'art. 27, comma 6, del Codice del Consumo, pervenuto in data 26 giugno 2017.

2) *Le evidenze acquisite*

12. In relazione alla condotta *sub a)*, dalla documentazione in atti emerge che le condizioni generali di contratto del servizio *Infostrada* e le altre informative diffuse sul sito *internet www.infostrada.it* fino alla fine di maggio 2016 non specificano che, nel caso di esercizio del diritto di recesso dopo aver presentato una richiesta ai sensi dell'articolo 51, comma 8, del Codice del Consumo, il consumatore è responsabile del pagamento al professionista di costi ragionevoli, ai sensi dell'articolo 57, comma 3, del Codice del Consumo.

13. Inoltre, l'informativa presente sul sito *internet* dal 13 giugno 2016 e successivamente inserita anche nell'ambito dei contratti conclusi al telefono (da novembre 2016)², non chiarisce che i suddetti costi sono dovuti solo nel caso in cui il consumatore eserciti il diritto di recesso dopo aver presentato la richiesta esplicita di cui all'art. 51, comma 8, Cod. Cons., nonché “*sino al momento in cui il consumatore ha informato il professionista dell'esercizio del diritto di recesso*”.

14. Più nello specifico, l'informativa sul diritto di ripensamento inserita nel sito web *www.infostrada.it* dal 13 giugno 2016 contiene la seguente indicazione: “*Non le sarà addebitato nessun costo di cessazione del servizio*”

² Cfr. Doc. n. 6 dell'indice del fascicolo.

e le sarà rimborsato il canone dell'offerta da lei sottoscritta escluse le ipotesi di portabilità verso altro operatore tramite codice di migrazione. Le sarà addebitato l'eventuale traffico effettuato e non incluso nel canone dell'offerta". La medesima informativa è stata inserita anche nei *vocal order* dal mese di novembre 2016.

15. Nell'ambito del sito internet *www.infostrada.it*, l'informazione circa i tempi di attivazione caratterizzata dall'espressione "*L'attivazione avverrà nei tempi più brevi possibili*", non specifica che i tempi di attivazione devono tener conto dell'eventuale periodo di recesso nei casi in cui il consumatore non intenda richiedere l'anticipazione dell'avvio delle procedure di attivazione del servizio e/o di migrazione da altro operatore durante la pendenza del periodo stesso.

16. Rispetto alla condotta *sub b)*, risulta che nel caso di contratti a distanza (sia *online* che per telefono) l'esecuzione del contratto e l'avvio delle procedure di *provisioning* di nuova attivazione o di migrazione da altro operatore, avvengono durante il periodo di recesso senza esigere la relativa autonoma richiesta esplicita da parte del consumatore prevista dall'art. 51, comma 8, Cod. Cons. e, in ogni caso, senza mettere il consumatore nella condizione di poter liberamente scegliere tale opzione e di poter concludere il contratto a distanza in assenza di tale volontà.

17. Più nello specifico, la procedura di acquisto tramite il sito internet *www.infostrada.it* di una nuova linea telefonica fissa o di una offerta Infostrada mediante migrazione da altro operatore è caratterizzata dai seguenti passaggi.

18. Il consumatore interessato ad una offerta, che spesso presenta vantaggi specifici nel caso di sottoscrizione via *web*, deve inserire i propri dati e scegliere il metodo di pagamento. Prima di concludere il contratto il cliente è obbligato a flaggare lo spazio presente accanto al termine "*accetto*" che compare sotto il seguente testo: "*Confermo di aver preso visione e di accettare le condizioni di contratto e richiedo l'avvio immediato del processo di attivazione infostrada*".

19. Relativamente al canale di acquisizione via telefono, i *vocal order* in atti in vigore dal 14 giugno 2014 ad oggi, prevedono che le procedure di attivazione del servizio e/o di migrazione da altro operatore vengano avviate immediatamente dopo la conclusione del contratto al telefono senza esigere la relativa autonoma richiesta esplicita da parte del consumatore. In particolare, si limitano a prevedere che il consulente formuli nel corso della telefonata una domanda al consumatore in merito alla sua conferma di voler

interrompere il rapporto con il suo attuale operatore (“*Mi conferma di accettare l'interruzione del rapporto con il suo attuale operatore?*”).

20. Più in generale, Wind ha evidenziato che non è tecnicamente prevista la possibilità di “*congelare*” la richiesta di attivazione durante il periodo di cui all’art. 52, comma 2, Cod. Cons. e che, qualora il consumatore non sia interessato all’avvio immediato del processo di attivazione, dovrà interrompere la richiesta e potrà recarsi presso un Punto Vendita WIND/Infostrada presentando richiesta di attivazione presso i locali commerciali.

21. In relazione all’ipotesi di migrazione da altro operatore Wind ha chiarito che, superata la c.d. fase 2, il processo diventa irreversibile e l’esercizio del diritto di ripensamento implica l’impossibilità di ripristinare automaticamente lo *status quo ante*³. Conseguentemente, a meno che non richieda l’interruzione della linea, il cliente deve concludere un nuovo contratto richiedendo il passaggio al precedente o ad un nuovo operatore.

22. Sotto il profilo dei costi (condotta *sub c*), dall’informativa sul diritto di ripensamento diffusa dal 13 giugno 2016 sul sito internet www.infostrada.it e successivamente inserita nei *vocal order* (a partire da novembre 2016) emerge che, nel caso dei contratti a distanza *online* e per telefono, il consumatore è tenuto a sostenere il costo di cessazione del servizio e il canone dell’offerta nelle ipotesi di portabilità verso altro operatore tramite codice di migrazione, nonché, anche nell’ipotesi di cessazione della linea, l’eventuale traffico effettuato e non incluso nel canone dell’offerta.

23. Al riguardo, nel corso del procedimento è emerso che di fatto, nel caso in cui il cliente presenti una richiesta di recesso per i servizi di telefonia fissa nei 14 giorni successivi alla conclusione del contratto con cessazione della linea o inoltrando contestualmente richiesta di portabilità verso altro operatore, Wind procede ad addebitare il costo delle chiamate e i ratei parziali del canone: nel caso di cessazione della linea, dalla data di attivazione del servizio “*sino alla ricezione della comunicazione scritta di richiesta di recesso*”; nel caso di contestuale richiesta di portabilità del numero “*sino alla data di migrazione*”. Inoltre, dalla documentazione in atti emerge che sono sempre a carico del cliente “*il traffico in CS e ADSL*”.

24. Diversamente, nel caso di reclamo da parte del cliente, è previsto il rimborso degli altri costi fissi quali, ad esempio, il contributo di attivazione e i costi di migrazione⁴.

³ Cfr. Verbale dell’audizione doc. n. 14 dell’indice del fascicolo.

⁴ Cfr. doc. 13, p. 17 dell’indice del fascicolo.

25. Quanto alla condotta *sub d)*, le condizioni generali di contratto del servizio Infostrada tutt'ora in vigore e le altre informative presenti nel sito internet dell'operatore sia nella versione diffusa fino alla fine di maggio 2016 (nelle singole schede prodotto e nell'ambito dell'ultimo *step* del processo di acquisto *online*), che in quella in vigore dal 13 giugno 2016 (presente anche in una sezione *ad hoc* accessibile direttamente dall'home page "*info consumatori*"⁵), indicano come termine di decorrenza per l'esercizio del diritto di recesso l'attivazione del servizio.

26. In particolare, sotto l'articolo del contratto rubricato "*diritto di recesso*" si legge: "*Qualora il presente contratto sia stato stipulato a distanza o fuori dei locali commerciali, il cliente potrà esercitare il diritto di recesso dandone comunicazione a Wind mediante lettera raccomandata A/R entro 14 giorni dalla attivazione del servizio*".

27. Il punto 2 delle Condizioni Generali di Contratto rubricato "*Conclusione del contratto e modalità di erogazione dei servizi*" recita: "*Il cliente richiede a Wind i servizi mediante la compilazione dell'allegato modulo (...) che varrà come proposta. Ove previsto la proposta potrà essere sottoposta a Wind anche avvalendosi di tecniche di comunicazione a distanza (...). La proposta si considera irrevocabile secondo l'art. 1329 c.c. per il periodo di 60gg dal momento della ricezione della stessa da parte di Wind*"⁶.

28. Infine, nel dare riscontro alla richiesta di informazioni formulata in sede di avvio, Wind ha dichiarato di non svolgere attività di vendita fuori dei locali commerciali⁷.

3) *Le argomentazioni difensive della Parte*

29. Nelle proprie memorie difensive del 24 gennaio 2017 e del 24 maggio 2017, nonché nel corso dell'audizione 21 marzo 2017, Wind ha svolto, tra le altre, le argomentazioni di seguito sintetizzate.

30. In relazione alla condotta *sub a)*, la Parte avrebbe riposto affidamento sull'esito positivo della *moral suasion* avente ad oggetto la documentazione contrattuale utilizzata per i contratti a distanza fino a maggio 2016 e sulla bontà delle modifiche ad essa apportate dopo tale data a seguito del predetto invito. Viceversa, l'illecito contestato avrebbe ad oggetto entrambe le

⁵ "Ai sensi dell'art. 52 del Codice del consumo e delle Condizioni di Contratto potrà recedere entro 14gg. dall'attivazione del servizio utilizzando se lo desidera la modulistica presente sul sito www.infostrada.it oppure tramite comunicazione nella quale viene chiaramente manifestata la volontà di recedere".

⁶ Cfr. Condizioni generali di contratto telefonia fissa e ADSL Doc. 4 dell'indice del fascicolo.

⁷ Cfr. Doc. 13 dell'indice del fascicolo.

versioni della documentazione contrattuale.

31. Nel caso di specie, la natura non grave della condotta – presupposto della *moral suasion* – e la disponibilità dimostrata nel provvedere alla immediata integrazione informativa avrebbero spinto la Società a confidare nella archiviazione delle relative contestazioni analogamente agli altri aspetti oggetto della medesima moral e non anche all'avvio di un procedimento.

32. Inoltre, quanto alla contestazione afferente l'informativa sui tempi di avvio delle procedure di attivazione/migrazione, che dovrebbero tener conto dell'eventuale periodo di recesso, sussisterebbe, come meglio evidenziato in relazione alla condotta *sub b)*, l'impossibilità tecnica di “congelare” la richiesta di attivazione.

33. Rispetto alla condotta *sub b)*, le tutele offerte al consumatore dal Codice del Consumo andrebbero coniugate con le peculiarità specifiche del servizio di telefonia caratterizzato nel caso dei contratti a distanza, per via telefonica o tramite web, dalla impossibilità tecnica, che accomunerebbe i sistemi informatici di tutti gli operatori presenti sul mercato, di congelare la richiesta di attivazione. Impossibilità che renderebbe inevitabile la scelta tra due opzioni da offrire al consumatore: richiedere esplicitamente che la prestazione di servizi inizi durante il periodo di recesso così come consentirebbe Wind mediante l'inserimento di un *flag* sul testo, sopra riportato, di richiesta dell'avvio immediato del processo di attivazione Infostrada o mediante l'avvio immediato delle procedure di attivazione del servizio e/o di migrazione da altro operatore nel caso di contratto concluso tramite telefono; ovvero, nel caso in cui il consumatore non sia interessato all'avvio immediato del processo di attivazione, interrompere la richiesta e riavviarla nei successivi 14 giorni o, ancora, recarsi presso un Punto Vendita WIND/Infostrada presentando richiesta di attivazione presso i locali commerciali.

34. L'irreversibilità e definitività della procedura di attivazione di un servizio di telefonia una volta avviato, sia esso inerente l'attivazione di una nuova linea telefonica o la migrazione da altro operatore sarebbe ben nota all'Autorità di settore (AGCOM) che, nell'ambito della definizione e approvazione degli orientamenti per la conclusione per telefono di contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche, di cui alla Delibera 520/15/CONS e nel rilevare gli strumenti utili a rafforzare la tutela offerta nel caso di contratti che riguardano la fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche, darebbe conferma del fatto che la casistica dell'attivazione di un servizio di telefonia senza avvio immediato non

sarebbe nella pratica configurabile, laddove rileva che *“CONSIDERATO, inoltre, che il rimedio offerto dal Codice per una eventuale conclusione non pienamente consapevole del contratto, consistente nell’esercizio del diritto di recesso ad nutum, potrebbe rivelarsi, nella specie, inefficace, attesa l’impossibilità per l’utente, nel caso sia stata già avviata la procedura di trasferimento della linea da un operatore ad un altro, di ripristinare lo status quo ante”*. Quanto sopra richiamato dimostrerebbe altresì il fatto che la richiesta di attivazione del cliente non potrebbe essere “congelata” nel periodo successivo ai 14 giorni dalla conclusione del contratto.

35. L’operatore telefonico potrebbe compensare questa apparente criticità consentendo, come nel caso di Wind, al cliente di usufruire di un periodo di recesso di una durata almeno doppia rispetto al termine dei soli 14 giorni offerti dal Codice del Consumo.

36. Il congelamento della procedura non gioverebbe al cliente finale che di fatto vedrebbe allungata artificialmente di 14 giorni la sua procedura di passaggio.

37. Inoltre si configurerebbe un contrasto con le disposizioni dettate da AGCOM in tema di procedure di migrazione, definite ad esito di lunghi tavoli tecnici tra operatori presso l’Autorità di settore.

38. A tale proposito, la delibera 274/07/CONS inerente alle modalità di *“attivazione, migrazione e cessazione nei servizi d’accesso”* riporta all’articolo 18 comma 2 lettera b il seguente testo: *“b. il recipient fornisce la comunicazione della richiesta di migrazione di cui al punto a) con appositi mezzi informatici, all’operatore donating, senza indugio e comunque entro un giorno lavorativo dalla sua ricezione. Tale comunicazione contiene tutte le informazioni necessarie a consentire l’individuazione del contratto”*.

39. Il comportamento di Wind sarebbe allineato alle disposizioni regolamentari vigenti, circostanza che andrebbe considerata nel presente procedimento, anche alla luce del recentissimo Protocollo di intesa tra AGCom e AGCM in materia di tutela dei consumatori nei mercati delle comunicazioni elettroniche che, nel rafforzare il coordinamento tra le due Autorità, esplicita che il rispetto della regolazione vigente da parte del professionista esclude, limitatamente a tale profilo, la configurabilità di una condotta contraria alla diligenza professionale (art. 3, comma 1). Conseguentemente, alla luce del citato Protocollo, laddove venga rispettata, come nel caso di specie, la regolamentazione vigente, non potrebbe configurarsi una pratica commerciale scorretta.

40. Ciò posto, con riferimento ai contratti sottoscritti tramite web, il consumatore sarebbe messo nella condizione di poter richiedere esplicitamente che l'esecuzione del contratto o le procedure di attivazione e/o migrazione da altro operatore siano avviate durante il periodo di recesso.

41. Le formule utilizzate tanto nelle acquisizioni via *web* quanto in quelle via telefono varrebbero di per sé per acquisire il consenso esplicito del consumatore all'avvio del processo di attivazione in costanza del periodo di recesso, così come richiesto dall'art. 51, comma 8, Cod. Cons.. In entrambi i processi infatti, il consumatore sarebbe reso edotto e confermerebbe esplicitamente la volontà di attivare il servizio durante il periodo di recesso: nel caso del processo web, tramite l'apposizione di un *flag*; nel caso del processo via telefono, verbalmente, confermando durante la registrazione la volontà di interrompere il rapporto con il suo attuale operatore e di procedere con l'attivazione immediata del servizio.

42. Inoltre, la considerazione per cui la violazione sussisterebbe anche in presenza di una richiesta esplicita laddove l'operatore non abbia previsto di mettere il consumatore nella condizione di poter liberamente scegliere tale opzione, apparirebbe restrittiva. Il Codice del Consumo infatti si limiterebbe ad imporre al professionista l'acquisizione di una richiesta esplicita, intendendo con ciò escludere qualsiasi richiesta dedotta o presunta o implicita. Ciò rappresenterebbe l'unica condizione per la formazione di un consenso valido e consapevole.

43. Il consumatore incerto, dubbioso, indeciso, che non vuole avviare immediatamente il processo di attivazione perché ha bisogno di tempo per prendere una decisione definitiva, potrebbe comunque recarsi presso un punto vendita o interrompere la procedura di acquisizione (via web o via telefono) per iniziarla poi *ex novo* quando avrà maturato la decisione finale.

44. In relazione alla condotta *sub c)*, Wind avrebbe richiesto costi proporzionati ai sensi dell'art. 57, comma 3, Cod. Cons. perché relativi esclusivamente al servizio di cui il cliente ha effettivamente fruito e, conseguentemente, ragionevoli secondo quanto ritenuto dovuto dal consumatore ai sensi dell'art. 49, lettera l), Cod. Cons.

45. Secondo Wind, inoltre, la condotta *sub d)* sarebbe conforme al dettato normativo, in quanto, nonostante il tenore letterale dell'informativa che si riferisce alla attivazione del servizio, il termine di decorrenza del diritto di ripensamento sarebbe fissato dalla conclusione del contratto, ossia dal momento in cui il consumatore ultima la procedura di attivazione via *web* o dal momento in cui si conclude la chiamata di conferma nel caso della

procedura via telefono (c.d. *recall*). In tal senso WIND accoglierebbe ogni richiesta di ripensamento formulata da tale momento e riconoscerebbe che tale diritto possa essere esercitato fino a 14 giorni dopo l'attivazione del servizio, ossia entro un termine superiore rispetto a quanto normativamente previsto.

46. Nella propria memoria conclusiva, inoltre, Wind ha dichiarato di aver modificato l'informativa inserendo nei *vocal order* utilizzati nell'ambito della vendita tramite telefono la seguente formulazione: “*Ai sensi dell'art. 52 del codice del consumo e delle condizioni generali di contratto potrà esercitare il diritto di recesso fino a 14 gg. successivi all'attivazione del servizio utilizzando se lo desidera la modulistica presente sul sito www.infostrada.it oppure tramite comunicazione nella quale viene chiaramente manifestata la volontà di recedere*”. Il canale web è in fase di aggiornamento.

IV. PARERE DELL'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI

47. Poiché le condotte oggetto del presente provvedimento sono state diffuse attraverso mezzi di telecomunicazione (in particolare, tramite telefono e internet), in data 26 maggio 2017 è stato richiesto il parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (di seguito, AGCOM), ai sensi dell'art. 27, comma 6, del Codice del Consumo.

48. Con parere pervenuto in data 26 giugno 2017, l'Autorità ritenuta la propria competenza ad esprimere il parere richiesto ai sensi dell'articolo 27, comma 6, del Codice del Consumo, in ragione della diffusione delle condotte tramite telefono e *Internet*, ha rilevato in sintesi quanto segue:

– che le condotte di cui ai punti a) e d), sulla base della documentazione ricevuta, riguardano la conformità delle procedure seguite, delle informazioni rese e delle clausole contrattuali predisposte dalla società Wind a quanto disciplinato dal Codice del Consumo in merito alla conclusione dei contratti a distanza e non risulta direttamente riconducibile al quadro normativo del settore delle comunicazioni elettroniche. Al tempo stesso la disciplina di settore conferisce all'AGCOM specifiche competenze finalizzate a garantire che i consumatori e altri utenti finali che ne facciano richiesta abbiano il diritto di stipulare contratti con una o più imprese che forniscono servizi di comunicazioni elettroniche, le quali sono tenute al

rispetto di precisi obblighi in materia di completezza e trasparenza delle condizioni contrattuali applicate;

- che, in ordine alle condotte di cui ai punti b) e c), la regolamentazione settoriale disciplina i processi, le procedure e le tempistiche di portabilità/migrazione nel rispetto dei diritti dei consumatori;

- che per quanto riguarda la telefonia fissa, l'AGCOM ha adottato la delibera n. 4/06/CONS, successivamente modificata dalla delibera n. 274/07/CONS (a sua volta integrata da numerosi provvedimenti), e approvato un Accordo quadro tra gli operatori, allegato alla circolare dell'AGCOM del 9 aprile 2008 (sottoscritto anche da Wind), che disciplina in maniera dettagliata gli aspetti necessari a rendere operative le procedure tecniche concordate tra gli operatori per le attivazioni e migrazioni dei servizi di accesso, mentre la delibera n. 35/10/CIR, come successivamente integrata, definisce le procedure per la portabilità del solo numero su rete fissa. In particolare, nel citato Accordo vengono individuate con chiarezza le varie fasi, e la relativa scansione temporale, dei diversi processi gestionali connessi alle richieste di attivazione e migrazione, con fissazione di un preciso momento in cui vanno svolte le singole azioni che consentano, senza soluzione di continuità nella fruizione dei servizi da parte dei clienti, il contestuale passaggio da un operatore a un altro. Analogo discorso vale per le specifiche tecniche che implementano le procedure di cui alla delibera n. 35/10/CIR;

- che in tale contesto, sulla base della richiamata regolamentazione di settore, l'operatore (c.d. *recipient*) che riceve la richiesta di trasferimento del numero, se del caso incluso il servizio di accesso alla rete fissa e di connessione a internet, da parte di un utente “*fornisce la comunicazione della richiesta di migrazione, con appositi mezzi informatici, all'operatore donating (n. d. r. operatore che cede il cliente), senza indugio e comunque entro un giorno lavorativo dalla sua ricezione*” e può, ove acquisisca una manifestazione di mutata volontà da parte del cliente, interrompere tecnicamente il processo di portabilità/migrazione solo entro la fase iniziale del processo già avviato, il quale, di norma, dovrebbe concludersi in un intervallo temporale inferiore ai 14 giorni accordati dall'articolo 52 del Codice del Consumo per esercitare il diritto di ripensamento;

- che nelle specifiche tecniche, individuate dall'AGCOM al fine di regolare le procedure di trasferimento delle numerazioni di rete fissa, è previsto che: a) se il cliente esprime il ripensamento al *recipient* prima della data di attesa consegna (c.d. DAC), concordata in sede di adesione alla

proposta contrattuale, *"il recipient invia al donating una notifica che interrompe il processo di migrazione"*; b) se il cliente esprime il ripensamento al *donating*, questi può *"inviare all'operatore recipient la notifica di mutata volontà. Tale notifica non interrompe il processo di migrazione e può essere inviata dall'operatore donating solamente dopo avere registrato la volontà del cliente secondo le modalità previste dalla normativa vigente"*;

– che, da un punto di vista tecnico, facendo riferimento alla procedura di cui alla delibera n. 274/07/CONS, se il *recipient* riceve la comunicazione di ripensamento da parte del cliente nei primi giorni dall'avvio della procedura (tipicamente entro 5 giorni, tale è la durata della cosiddetta fase II della procedura), lo stesso blocca la procedura di passaggio, semplicemente non inoltrando l'ordine di migrazione verso Telecom Italia, che agisce come pivot della procedura tecnica. In tal caso il trasferimento della linea non avviene e il cliente non subisce alcuna interruzione nel servizio. Viceversa, se la comunicazione di ripensamento avviene dopo i suddetti 5 giorni, essendo stata già avviata la procedura tecnica (cosiddetta fase III che coinvolge Telecom Italia), la procedura non è in genere interrompibile;

– che in tale evenienza gli operatori, di comune accordo, attendono il completamento della procedura e ne avviano una inversa, ripristinando la situazione iniziale;

– che l'AGCOM ha da tempo istituito un Tavolo tecnico permanente finalizzato al costante monitoraggio dell'efficacia e dell'efficienza dei processi di trasferimento del numero nonché alla tempestiva rilevazione di eventuali criticità riscontrate nella ordinaria gestione delle istanze provenienti dall'utenza finale;

– che il tema del ripensamento ha formato oggetto di confronto con gli operatori assoggettati agli obblighi previsti dalla richiamata regolamentazione, i quali hanno dichiarato di non aver avuto, nella prassi corrente, particolari difficoltà a gestire, tramite la reciproca collaborazione e senza addebitare alcun costo agli utenti, le richieste di ripensamento dei clienti mediante il rilascio immediato del codice di migrazione e l'avvio di una migrazione inversa;

– che, con la delibera n. 519/15/CONS, recante *"Approvazione del Regolamento recante disposizioni a tutela degli utenti in materia di contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche"*, l'AGCOM ha prescritto che *"nel caso di contratti che comportano il trasferimento ad altro operatore conclusi a distanza o fuori dai locali commerciali, gli operatori,*

prima della conclusione del contratto, informano i consumatori della conseguente cessazione del rapporto con il precedente fornitore del servizio oggetto del trasferimento e della circostanza che l'eventuale esercizio del diritto di recedere ai sensi dell'articolo 52 del Codice del consumo non comporta il ripristino automatico di tale rapporto contrattuale”;

– che, con riferimento alle modalità di comunicazione utilizzate, il *teleselling* è uno strumento particolarmente invasivo della vita privata, che sottopone il soggetto contattato, virtuale fruitore dei servizi offerti, ad una sollecitazione non richiesta sia rispetto al contenuto che al momento in cui essa avviene. Tale tecnica di approccio, creando un rapporto fondato su quanto comunicato dal professionista, è suscettibile di ingenerare una ragionevole fiducia nell'interlocutore, rendendo in tal modo possibile l'omissione di informazioni ovvero la fornitura di informazioni fuorvianti o non corrispondenti al vero;

– che, pertanto, nel caso di specie, l'utilizzo del *teleselling* amplifichi significativamente la realizzazione della pratica commerciale rispetto alla quale è richiesto parere all'AGCOM;

– 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;

– che internet è divenuto il terzo mezzo di comunicazione di massa per penetrazione (dopo televisione e radio), con il 69,2% di famiglie italiane che dispone di un accesso da casa e la quota del 50,5% di internauti che hanno effettuato acquisti *on line* e dell'11% di imprese che vendono *on line* (fonte: Istat, report “Cittadini imprese e IC”, anno 2016);

– che dall'indagine conoscitiva dell'AGCOM sul settore dei servizi internet e sulla pubblicità *on line*, di cui alla delibera n. 19/14/CONS del 21 gennaio 2014, è emerso che internet consente *"una sempre più accurata profilazione dell'utenza, dalla quale dipende la possibilità di raggiungere target specifici di consumatori, indirizzando loro messaggi mirati, con crescenti livelli di personalizzazione"* e che *"quando gli utenti utilizzano internet cedono delle informazioni affinché il proprio profilo (di consumatore) possa essere utilizzato dagli operatori per offrire loro servizi personalizzati"*.

V. VALUTAZIONI CONCLUSIVE

49. Il provvedimento concerne quattro condotte poste in essere da Wind dopo il 13 giugno 2014 consistenti:

- a) nell'aver omesso di fornire, in maniera chiara e comprensibile e prima che il consumatore fosse vincolato da un contratto a distanza (*online* mediante il sito internet *www.infostrada.it* o al telefono) o da una corrispondente offerta rivolta al professionista (c.d. inversione dei ruoli) le informazioni richieste dall'art. 49, lettera l), del Codice del Consumo e, in particolare: i) dal 14 giugno 2014 a giugno 2016, l'informazione in merito alla circostanza che, nel caso di esercizio del diritto di recesso dopo aver presentato una richiesta ai sensi dell'articolo 51, comma 8, del Codice del Consumo, il consumatore è responsabile del pagamento al professionista dei costi indicati nell'articolo 57, comma 3, Cod. Cons.; ii) da giugno 2016 l'informazione che, così come previsto dall'art. 57, comma 3, Cod. Cons., eventuali costi sono dovuti solo nel caso in cui il consumatore eserciti il diritto di recesso dopo aver presentato la suddetta richiesta esplicita nonché *“sino al momento in cui il consumatore ha informato il professionista dell'esercizio del diritto di recesso”*;
- b) nella conclusione di contratti a distanza (*online* mediante il sito internet *www.infostrada.it* nonché mediante telefono) ovvero nell'acquisizione di una corrispondente proposta rivolta dal consumatore a Wind, dando principio di esecuzione al contratto o procedendo all'avvio del processo di attivazione della linea e/o di migrazione da altro operatore durante il periodo di recesso, senza esigere la relativa autonoma richiesta esplicita da parte del consumatore prevista dall'art. 51, comma 8, del Codice del Consumo e, in ogni caso, senza mettere il consumatore nella condizione di poter liberamente scegliere tale opzione e di poter concludere il contratto a distanza in assenza di tale volontà;
- c) in assenza dell'informativa di cui all'art. 49, comma 1, lettera l), del Codice del Consumo e, comunque, in assenza della richiesta esplicita di cui all'art. 51, comma 8, del Codice del Consumo, nella richiesta e/o nell'addebito al consumatore che eserciti il diritto di ripensamento da un contratto a distanza (*online* nonché al telefono) di una serie di costi che, oltre a non essere dovuti, appaiono, in ogni caso, superiori a quanto previsto dall'art. 57, comma 3, del Codice del Consumo;
- d) nella conclusione di contratti a distanza (*online* mediante il sito internet *www.infostrada.it*), ovvero nell'acquisizione di una corrispondente

proposta rivolta dal consumatore a Wind, prevedendo che il “diritto di ripensamento” decorra dalla “*attivazione del servizio*” senza informarlo e senza consentirgli di esercitare il diritto dalla conclusione del contratto (ai sensi dell’art. 52 del Codice del Consumo), secondo le modalità previste dall’art. 54 del Codice del Consumo ovvero, nel caso in cui sia il consumatore a rivolgere una proposta a Wind, sin dal momento in cui viene effettuata la proposta, con i conseguenti effetti di cui all’art. 55, comma 1, lettera b), del Codice del Consumo sull’obbligo del consumatore di concludere il contratto.

50. I comportamenti descritti risultano integrare quattro condotte illecite dotate di autonomia strutturale e funzionale.

51. In particolare, le condotte, oltre ad essere realizzate in fasi distinte del rapporto contrattuale - pre-contrattuale (condotta *sub a*), di acquisizione del consenso (condotta *sub b*) di esercizio del diritto di ripensamento prima della conclusione del contratto (condotta *sub d*) e di esecuzione del contratto (condotta *sub c*) -, risultano tra loro indipendenti, in quanto ciascuna realizzabile in assenza delle altre e poste in essere in violazione di disposizioni che assolvono a diverse funzioni.

Condotta sub a)

52. Dalle evidenze in atti emerge che il professionista ha concluso contratti a distanza aventi ad oggetto servizi di telefonia fissa *Infostrada* anche in abbinamento al servizio dati (*online* e al telefono), senza aver assolto, prima che il consumatore fosse vincolato dal contratto o da una corrispondente offerta, l’obbligo informativo prescritto dall’art. 49 comma 1, lettera l), del Codice del Consumo.

53. In particolare, secondo la suddetta disposizione, il professionista è tenuto a fornire al consumatore, nella fase precontrattuale, in maniera chiara e comprensibile, l’informazione che “*in caso di esercizio del diritto di recesso dopo aver presentato una richiesta ai sensi dell’articolo 50, comma 3, o dell’articolo 51, comma 8, egli è responsabile del pagamento al professionista di costi ragionevoli, ai sensi dell’articolo 57, comma 3, cod. cons.*”.

54. Nel caso di specie, come confermato dalle risultanze istruttorie, le condizioni generali di contratto del servizio *Infostrada* e le altre informative diffuse sul sito internet fino alla fine di maggio 2016 non specificano che, nel caso di esercizio del diritto di recesso dopo aver presentato una richiesta

ai sensi dell'articolo 51, comma 8, del Codice del Consumo, il consumatore è responsabile del pagamento al professionista di costi ragionevoli, ai sensi dell'articolo 57, comma 3, del Codice del Consumo.

55. Inoltre, l'informativa presente sul sito internet dal 13 giugno 2016 e successivamente inserita anche nell'ambito dei contratti conclusi al telefono, non chiarisce che i suddetti costi sono dovuti *“sino al momento in cui il consumatore ha informato il professionista dell'esercizio del diritto di recesso”*, nonché la circostanza che, così come previsto dall'art. 57, comma 3, Cod. Cons., gli eventuali costi ivi previsti sono dovuti solo nel caso in cui il consumatore eserciti il diritto di recesso dopo aver presentato la suddetta richiesta esplicita.

56. Il dettato dell'art. 49 comma 1, lettera l), Cod. Cons., infatti, per un verso, richiede che il professionista comunichi, nella fase precontrattuale, il regime dei costi praticati qualora il consumatore eserciti il diritto di ripensamento in un regime di anticipazione dell'esecuzione del contratto durante la pendenza del termine di cui all'art. 52, Cod. Cons.; per altro verso, la norma presuppone che l'informativa assolva al compito di rendere consapevole il consumatore anche in merito alla circostanza che eventuali costi sono dovuti solo nel caso in cui l'anticipazione dell'esecuzione del contratto durante la pendenza del periodo di recesso contemplata dall'art. 51, comma 8, Cod. Cons. sia stata espressamente richiesta dal consumatore.

57. Obbligo informativo quest'ultimo che grava sul professionista oltre che in ragione della posizione di vantaggio di cui quest'ultimo gode rispetto all'altro contraente, anche in considerazione del fatto che la procedura di conclusione del contratto via *web* analogamente alla procedura di *teleselling* sono predefinite unilateralmente dal professionista.

58. L'informazione *de quo*, rappresenta, peraltro, uno strumento di tutela di cui il consumatore gode per verificare l'aderenza delle procedure seguite dal professionista a quanto prescritto dall'art. 51, comma 8, Cod. Cons. e arginare le conseguenze che discendono nel settore di riferimento dall'avvio delle procedure di *provisioning* durante la pendenza del periodo di recesso e che non si esauriscono, come evidenziato in seguito, nell'addebito dei costi ragionevoli di cui all'art. 57, comma 3, Cod. Cons.

59. Né l'illiceità della condotta posta in essere dal 14 giugno 2014 a maggio 2016 nell'ambito della contrattazione a distanza, potrebbe considerarsi esclusa in considerazione del fatto che la stessa sia stata oggetto di una *moral suasion*. A tale riguardo, basti infatti evidenziare che la *moral suasion* richiamata dall'operatore, riguardante una pluralità di profili attinenti alle

informazioni fornite in sede pre-contrattuale sul sito *internet*, è stata archiviata solamente con riferimento a tutti i profili diversi da quello oggetto di contestazione e che il presente procedimento è stato avviato nel termine di 90 gg. decorrenti dall'ottenimento dell'informazione sulla persistenza degli aspetti critici oggetto di contestazione.

60. In conclusione, per le considerazioni che precedono, la condotta di Wind consistente nella conclusione di contratti a distanza (*online* mediante il sito internet *www.infostrada.it* e/o al telefono), senza aver fornito, prima che il consumatore fosse vincolato dal contratto o da una corrispondente offerta, le suddette informazioni, integra una violazione dell'art. 49, comma 1, lettera l), del Codice del Consumo.

Condotta sub b)

61. Dalle risultanze istruttorie emerge, altresì, che per i contratti a distanza aventi ad oggetto servizi di telefonia fissa *Infostrada* anche in abbinamento al servizio dati (conclusi tramite il sito internet *www.infostrada.it* e/o al telefono) il professionista procede all'avvio del processo di attivazione della linea e/o di migrazione da altro operatore durante il periodo di recesso senza rispettare il requisito formale individuato nell'art. 51, comma 8, del Codice del Consumo al fine di salvaguardare l'autodeterminazione del consumatore.

62. Come noto, prima dell'entrata in vigore del Decreto Legislativo n. 21/2014, di recepimento della Direttiva *Consumer rights*, la disciplina dei contratti a distanza prevedeva, sotto il previgente art. 55, comma 2, Cod. Cons., che, salvo diverso accordo delle parti, il consumatore non potesse esercitare il diritto di recesso, tra l'altro, nel caso "*di fornitura di servizi la cui esecuzione sia iniziata, con l'accordo del consumatore, prima della scadenza del termine previsto dall'art. 64, comma 1*".

63. Rispetto alla originaria disciplina, il Decreto Legislativo n. 21/2014, di attuazione della Direttiva 2011/83/UE, ha introdotto una serie di norme volte a regolare il fenomeno che, oltre a consentire l'esercizio del diritto di recesso anche rispetto ai contratti di fornitura la cui esecuzione sia iniziata durante la pendenza del termine - rendendo più circostanziata l'ipotesi in cui è prevista una esclusione del diritto⁸ - prevedono che sia il consumatore a dover

⁸ Secondo la previsione contenuta nell'art. 59, comma 1, lett. a), Cod. Cons., il diritto di recesso è escluso relativamente a contratti di servizi "dopo la completa prestazione del servizio se l'esecuzione è iniziata con l'accordo espresso del consumatore e con l'accettazione della perdita del diritto di recesso a seguito della piena esecuzione del contratto da parte del professionista". L'esclusione appare dunque circoscritta ai contratti che sono destinati ad avere "piena esecuzione" con evidente esclusione dei contratti a prestazione continuata.

richiedere espressamente che la prestazione dei servizi abbia inizio durante la pendenza del termine.

64. In particolare, rispetto ai contratti a distanza, l'art. 51, comma 8, Cod. Cons. che attua in Italia l'art. 8, comma 8, della Direttiva 2011/83/UE, prevede che *“Se un consumatore vuole che la prestazione di servizi (...) inizi durante il periodo di recesso previsto all'articolo 52, comma 2, il professionista esige che il consumatore ne faccia richiesta esplicita”*⁹.

65. Il tenore testuale della disposizione che contiene espressioni inequivocabilmente riferite alla volontà del consumatore (*“se il consumatore vuole”*) e alla sua iniziativa (*“il professionista esige che il consumatore ne faccia richiesta esplicita”*), così come l'espressione che compare nella successiva norma, in cui l'art. 51, comma 8, è richiamato *“il consumatore non ha espressamente chiesto”* (di cui all'art. 57, comma 4, punto 2), lasciano intendere chiaramente che nei contratti a distanza (siano essi conclusi *online* o tramite telefono), il professionista deve mettere il consumatore nella condizione di poter richiedere esplicitamente l'inizio dell'esecuzione durante il periodo di recesso, senza che la conclusione del contratto possa in alcun modo essere condizionata dalla sussistenza di tale richiesta.

66. Il Decreto Legislativo 21/2014 ha disciplinato in maniera più puntuale l'esecuzione del contratto durante il periodo di recesso, sottraendo la scelta di darvi inizio alla sfera decisionale del professionista e qualificando tale ipotesi come una opzione rimessa alla decisione del solo consumatore che, qualora interessato, dovrà farne espressa richiesta in luogo del semplice accordo previsto dalla precedente disciplina.

67. In altri termini, diversamente da quanto sostenuto da Wind nelle proprie difese, il professionista, in questo o in altri settori, è libero di avvalersi o meno della modalità di contrattazione a distanza, ma non ha la possibilità di rifiutare la conclusione del contratto a distanza (e/o del contratto negoziato fuori dei locali commerciali) nel caso in cui il consumatore non voglia anticipare l'esecuzione del contratto durante il periodo di recesso. Facoltà che inciderebbe sulla natura opzionale della suddetta anticipazione, rendendola di fatto obbligatoria e che si tradurrebbe in una elusione normativa, svuotando di significato la richiesta esplicita prevista dalle

⁹ Disposizione analoga è prevista per i contratti negoziati fuori dai locali commerciali. L'art. 50, comma 3, Cod. Cons. recita: *“Se un consumatore vuole che la prestazione dei servizi ovvero la fornitura di acqua, gas o elettricità, quando non sono messi in vendita in un volume limitato o in quantità determinata, o di teleriscaldamento inizi durante il periodo di recesso previsto all'articolo 52, comma 2, il professionista esige che il consumatore ne faccia esplicita richiesta su un supporto durevole”*.

disposizioni in esame.

68. Né assume rilevanza quanto evidenziato da Wind in merito alla possibilità per il consumatore di concludere il contratto mediante altri canali (presso un punto vendita) o di astenersi dalla conclusione del contratto a distanza per i successivi 14 gg. Tali circostanze, proprie di qualsiasi forma di contrattazione, oltre a non escludere l'illiceità della condotta, non costituiscono neppure una reale alternativa per il consumatore, che spesso matura il proprio interesse a concludere un contratto a distanza (via web o per telefono), allo scopo di fruire di promozioni riservate agli acquisti a distanza e per le quali è prevista una scadenza temporale.

69. A ciò si aggiunga che la previsione contenuta nell'art. 51, comma 8, Cod. Cons., che attua, lo si ricorda, una direttiva comunitaria contraddistinta da un approccio di massima armonizzazione e il cui ambito di applicazione è circoscritto solo ad alcune modalità di contrattazione (i contratti a distanza e i contratti negoziati fuori dei locali commerciali), attiene ad una fase – la formazione del consenso del consumatore a concludere il contratto – del tutto estranea alla regolamentazione di settore contenuta nel Codice delle comunicazioni elettroniche e nelle delibere adottate dall'AGCOM. Queste ultime, infatti, disciplinano le modalità e le tempistiche di migrazione della linea e di portabilità del numero tra gli operatori e riguardano, pertanto, la fase successiva di esecuzione del contratto che, *per tabulas*, presuppone la sussistenza di una valida richiesta di attivazione del servizio da parte del consumatore.

70. Difatti, come evidenziato dalla stessa AGCOM, sulla base della regolamentazione di settore (delibera n. 274/07/CONS), l'operatore (c.d. *recipient*) che riceve, da parte di un utente *“la richiesta di trasferimento del numero, se del caso incluso il servizio di accesso alla rete fissa e di connessione a internet”*, fornisce la comunicazione della richiesta di migrazione, con appositi mezzi informatici, all'operatore *donating*, senza indugio e comunque entro un giorno lavorativo dalla ricezione della suddetta richiesta.

71. Il *recipient*, dunque, è tenuto a dare inizio alle procedure di portabilità solo dopo aver concluso il contratto con il consumatore e aver ricevuto la richiesta di attivazione del servizio da parte del cliente che, dal 14 giugno 2014 e limitatamente ai contratti a distanza (nonché negoziati fuori dei locali commerciali), in forza dell'art. 51, comma 8, Cod. Cons. (e dell'art. 50, comma 3, Cod. Cons.), avviene, a tutela del medesimo, attraverso una modalità che prevede la facoltà di scegliere se presentare, contestualmente

alla richiesta di migrazione, una richiesta di avvio delle suddette procedure – e più in generale di esecuzione del contratto – durante la pendenza del periodo di recesso ovvero di non richiedere la suddetta anticipazione, condizionando l'efficacia del contratto di servizi al decorso dei 14 giorni previsti dall'art. 52, Cod. Cons.

72. Nel caso di specie, pertanto, diversamente da quanto argomentato nelle proprie difese da Wind, la previsione contenuta nell'art. 51, comma 8, Cod. cons. che riproduce pedissequamente l'art. 8, comma 8, della Direttiva 2011/83/UE di massima armonizzazione, è del tutto compatibile con la regolazione di settore concernente le modalità e le tempistiche di migrazione della linea e di portabilità del numero tra gli operatori, con conseguente esclusione di qualsiasi ipotesi di “conflitto” ai sensi dell'art. 46, comma 2, Cod. Cons., di attuazione dell'art. 3, comma 2, della Direttiva 2011/83/UE.

73. Peraltro, le disposizioni di settore non potrebbero in ogni caso considerarsi prevalenti rispetto alla norma contenuta nell'art. 51, comma 8, Cod. Cons., atteso che, come emerge dallo stesso parere AGCOM, non sono contenute in un “Atto dell'Unione Europea che disciplina settori specifici” secondo quanto richiesto dall'art. 3, comma 2, della Direttiva 2011/83/UE e dalla relativa norma di recepimento.

74. Invero, quanto evidenziato dal professionista e dalla stessa AGCOM nel proprio parere e nella Delibera 520/2015 richiamata nelle sue difese, in merito alla circostanza che nel settore della telefonia fissa in caso di *number portability* una volta dato avvio al processo di migrazione, l'esercizio del diritto di ripensamento dopo una certa fase non determina l'automatico ripristino della situazione precedente – con conseguente neutralizzazione della funzione assegnata dall'ordinamento al diritto di ripensamento (nei contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali) a seguito del quale il contratto dovrebbe considerarsi *tamquam non esset* – rende ancora più evidente l'assoluta importanza di rispettare nel settore di riferimento quanto richiesto dall'art. 51, comma 8, Cod. Cons.: l'esecuzione del contratto e/o l'avvio delle procedure di *provisioning* durante la pendenza del diritto di ripensamento, solo in presenza di una volontà in tal senso del consumatore (“*se il consumatore vuole*”) che venga manifestata inequivocabilmente mediante una autonoma richiesta esplicita (“*il professionista esige che il consumatore ne faccia richiesta espressa*”).

75. Nel caso di specie, come evidenziato, nell'ambito dei contratti a distanza conclusi tramite web il cliente è tenuto a flaggare lo spazio presente accanto al termine “*accetto*” che compare sotto il seguente testo: “*Confermo di aver*

preso visione e di accettare le condizioni di contratto e richiedo l'avvio immediato del processo di attivazione infostrada".

76. Relativamente al canale di acquisizione via telefono, i *vocal order* in atti in vigore dal 14 giugno 2014 ad oggi, prevedono che le procedure di attivazione del servizio e/o di migrazione da altro operatore vengano avviate immediatamente dopo la conclusione del contratto al telefono senza esigere la relativa autonoma richiesta esplicita da parte del consumatore. In particolare, si limitano a prevedere che il consulente formuli nel corso della telefonata una domanda al consumatore in merito alla sua conferma di voler interrompere il rapporto con il suo attuale operatore ("*Mi conferma di accettare l'interruzione del rapporto con il suo attuale operatore?*").

77. Più in generale, la stessa Wind ha a più riprese evidenziato che per nessun canale oggetto del procedimento è prevista la possibilità per il consumatore di concludere il contratto in assenza dell'anticipazione durante la pendenza del diritto di recesso della esecuzione del contratto e/o dell'avvio delle procedure di *provisioning* di nuova attivazione ovvero di migrazione da altro operatore data la impossibilità di "*congelare*" la richiesta stessa¹⁰, e che, qualora il consumatore non sia interessato all'avvio immediato del processo di attivazione, dovrà interrompere la richiesta.

78. Pertanto, Wind procede ad attivare il servizio e/o ad avviare le procedure di *provisioning*, da un lato, nei contratti al telefono, senza contemplare durante la telefonata la possibilità del consumatore di poter richiedere espressamente e consapevolmente che la prestazione del servizio avvenga già nella pendenza del termine per l'esercizio del diritto di ripensamento; dall'altro, nei contratti via web, senza esigere l'autonoma richiesta espressa proveniente dal consumatore così come previsto dall'art. 51, comma 8, Cod. Cons. e, al contrario, condizionandone la conclusione alla anticipazione dell'esecuzione del contratto durante il periodo di recesso.

79. In conclusione, la condotta di Wind consistente nella conclusione di contratti a distanza (per telefono e *online* mediante il sito internet *www.infostrada.it*), procedendo all'avvio del processo di attivazione della linea e/o di migrazione da altro operatore durante il periodo di recesso, senza esigere l'autonoma richiesta espressa proveniente dal consumatore e, in ogni caso, senza mettere il consumatore nella condizione di poter liberamente scegliere tale opzione e di poter concludere il contratto a distanza anche in assenza di tale volontà, integra una violazione dell'art. 51, comma 8, Cod. Cons.

¹⁰ Cfr. Verbale di accertamento ispettivo p. 3, doc. n. 7 dell'indice del fascicolo.

Condotta sub c)

80. Quanto al profilo dei costi, il comma 3 dell'art. 57 del Codice del Consumo nella sua nuova formulazione dispone, in coerenza con le previsioni dell'art. 51, comma 8, Cod. Cons., che un eventuale esercizio del diritto di recesso nell'ambito di prestazioni di servizi inerenti a contratti negoziati a distanza e già iniziate durante il periodo di recesso comporta per il consumatore l'obbligo di versare *“al professionista un importo proporzionale a quanto è stato fornito fino al momento in cui il consumatore ha informato il professionista dell'esercizio del diritto di recesso, rispetto a tutte le prestazioni previste dal contratto. L'importo proporzionale che il consumatore deve pagare al professionista è calcolato sulla base del prezzo totale concordato nel contratto”*. La norma pertanto preclude al professionista la richiesta di importi ulteriori per il servizio eventualmente reso dopo aver ricevuto l'informazione che il consumatore ha esercitato il diritto di recesso.

81. Viceversa, secondo quanto disposto all'art. 57, comma 4, lettera a), Cod. Cons., il consumatore non è tenuto a sostenere alcun costo qualora non abbia previamente formulato un'esplicita richiesta di ricevere la prestazione del professionista in pendenza del termine di recesso (n. 2), ovvero qualora il professionista abbia omesso di informare il consumatore delle condizioni, dei termini, delle procedure per recedere e dei *“costi ragionevoli”* da sostenere in caso di recesso dopo l'esecuzione anticipata (n. 1)¹¹.

82. Le previsioni testé citate mirano a tutelare il consumatore da un'eventuale violazione di obblighi informativi da parte del professionista e da un'esecuzione anticipata della prestazione senza il suo previo consenso espresso, sanzionando sostanzialmente il professionista con una fornitura a costo zero, nonché a circoscrivere le conseguenze patrimoniali per il consumatore nelle ipotesi di recesso.

83. Nel caso di specie, nel caso dei contratti a distanza (*online* e per telefono), le risultanze istruttorie dimostrano che il consumatore che esercita il diritto di ripensamento in un momento in cui non è più possibile interrompere le procedure di migrazione in Wind, è tenuto a sostenere il costo delle chiamate e i ratei parziali del canone: nel caso di cessazione

¹¹ L'art. 57, comma 4, lett. a) recita: “Il consumatore non sostiene alcun costo per la prestazione di servizi (...) durante il periodo di recesso quando: 1) il professionista ha omesso di fornire informazioni in conformità all'articolo 49, comma 1, lettere h) ed l); oppure 2) il consumatore non ha espressamente chiesto che la prestazione iniziasse durante il periodo di recesso in conformità all'articolo 50, comma 3, e dell'articolo 51, comma 8”.

della linea, dalla data di attivazione del servizio “*sino alla ricezione della comunicazione scritta di richiesta di recesso*”; nel caso di contestuale richiesta di portabilità del numero “*sino alla data di migrazione*”.

84. La condotta, si pone in evidente contrasto con l’art. 57, comma 4, lettera a) punti 1 e/o 2, del Codice del Consumo in quanto, in assenza dell’informativa di cui all’art. 49, comma 1, lettera l), Cod. Cons. e in assenza della richiesta esplicita di cui all’art. 51, comma 8, Cod. Cons., il professionista ha richiesto e/o addebitato al consumatore che eserciti il diritto di ripensamento, somme a titolo di costi non dovuti.

85. Richiesta e/o addebito che, in ogni caso, in caso di richiesta di nuova migrazione risulta posta in essere in violazione dell’art. 57, comma 3, del Codice del Consumo, in quanto avente ad oggetto costi posti a carico del consumatore per la fruizione del servizio “*sino alla data di migrazione*”, che superano il termine temporale fissato dalla disposizione andando oltre il momento in cui il consumatore ha informato il professionista dell’esercizio del diritto di ripensamento.

86. Difatti, in assenza di un “*atto dell’Unione Europea*” che, nel settore di riferimento preveda, ai sensi dell’art. 46, comma 2, Cod. Cons.¹², una deroga al regime di cui all’art. 57, Cod. Cons. – derivante da norma di rango europeo e di massima armonizzazione – la richiesta di costi per il servizio erogato successivamente “*al momento in cui il consumatore ha informato il professionista dell’esercizio del diritto di recesso*” appare, allo stato, contrastare con il comma 3 del suddetto articolo.

87. Né l’illiceità della condotta potrebbe ritenersi esclusa, in forza del protocollo di intesa tra l’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato richiamato da Wind nelle proprie difese che, come noto, dà attuazione all’art. 27, comma 1 *bis*, Cod. Cons. concernente la materia delle pratiche commerciali scorrette e non anche la disciplina dei diritti dei consumatori nei contratti (c.d. *consumer rights*) oggetto del presente procedimento, di esclusiva competenza dell’AGCM che, ai sensi dell’art. 66, Cod. Cons., si avvale dei poteri istruttori e di accertamento di cui all’art. 27, commi 2-15, Cod. Cons., con esclusione del comma 1 *bis*.

88. Del resto, la stessa AGCOM ha evidenziato nel proprio parere che, nell’ambito del Tavolo tecnico istituito al fine di consentire il costante monitoraggio dell’efficacia e dell’efficienza dei processi di trasferimento del

¹² Come noto la disposizione recita: “In caso di conflitto tra le disposizioni delle Sezioni da I a IV del presente Capo e una disposizione di un atto dell’Unione europea che disciplina settori specifici, quest’ultima e le relative norme nazionali di recepimento prevalgono e si applicano a tali settori specifici”.

numero nonché la tempestiva rilevazione di eventuali criticità riscontrate nella ordinaria gestione delle istanze provenienti dall'utenza finale, il tema del ripensamento ha formato oggetto di confronto con gli operatori assoggettati agli obblighi previsti dalla richiamata regolamentazione, i quali hanno dichiarato di non aver avuto, nella prassi corrente, particolari difficoltà a gestire, tramite la reciproca collaborazione e senza addebitare alcun costo agli utenti, le richieste di ripensamento dei clienti mediante il rilascio immediato del codice di migrazione e l'avvio di una migrazione inversa.

89. In conclusione, per le considerazioni che precedono, la previsione nel settore della telefonia fissa di addebitare al consumatore che eserciti il diritto di ripensamento in caso di esecuzione anticipata somme relative al costo delle chiamate ed ai ratei parziali del canone, addebito che nel caso di contestuale richiesta di portabilità del numero viene effettuato “*sino alla data di migrazione*”, si pone in contrasto con l'art. 57, commi 3 e 4, lettera a), del Codice del Consumo.

Condotta sub d)

90. Infine, le risultanze istruttorie evidenziano che il professionista procede a concludere contratti a distanza mediante il sito internet *www.infostrada.it*, ovvero ad acquisire una proposta vincolante del consumatore rivolta a Wind, prevedendo nelle condizioni generali di contratto unicamente che l'esercizio del diritto di ripensamento possa essere esercitato dalla *attivazione del servizio*.

91. Diversamente, come noto, ai sensi dell'art. 52, comma 2, Cod. Cons., il termine per l'esercizio del diritto di recesso decorre, nel caso di contratti di servizio, dalla loro conclusione e non anche dalla attivazione del servizio. La differenza è cruciale in un settore come quello qui in esame, ove il recesso può avere l'effetto di conservare il rapporto con il precedente fornitore del servizio solo se avviene nei primi giorni dall'inizio delle procedure di migrazione, quindi dopo la conclusione del contratto ma non certo dopo l'attivazione.

92. Né la prassi applicativa invocata dal professionista secondo cui lo stesso accoglierebbe ogni richiesta di ripensamento formulata sin dalla conclusione del contratto appare idonea ad escludere l'illiceità della condotta che, lo si ribadisce, risulta integrata dalla previsione in sé. Inoltre, nessuna informazione viene fornita al consumatore sulla prassi adottata dal professionista.

93. La previsione contenuta nell'art. 52, comma 2, Cod. Cons., deve inoltre essere coordinata con quanto disposto dall'art. 55 Cod. Cons., che, nel disciplinare gli *"effetti del diritto di recesso"*, recita: *"L'esercizio del diritto di recesso pone termine agli obblighi delle parti: a) di eseguire il contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali; oppure b) di concludere un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali nei casi in cui un'offerta sia stata fatta dal consumatore"*.

94. Appare dunque chiaro che laddove, come disposto dalle condizioni contrattuali *Infostrada* acquisite agli atti, è il consumatore a formulare con la richiesta del servizio una proposta irrevocabile al professionista (c.d. inversione dei ruoli), lo stesso debba poter esercitare il diritto di ripensamento sin dal momento in cui effettua la proposta godendo, conseguentemente, delle tutele che l'ordinamento gli riserva in caso di suo esercizio.

95. La previsione contrattuale si pone pertanto in evidente contrasto, non solo, per quanto evidenziato, con l'art. 49, comma 1, lettera h), e 52, comma 2, Cod. Cons., ma anche con l'art. 55, comma 1, lettera b), Cod. Cons., nella misura in cui il professionista non ha previsto che il consumatore possa esercitare il diritto di ripensamento sin dal momento in cui effettua la proposta secondo le modalità richieste dall'art. 54 del Codice del Consumo e con i conseguenti effetti previsti dall'art. 55, comma 1, lettera b), del Codice del Consumo sull'obbligo del consumatore di concludere il contratto.

96. In conclusione, per le considerazioni che precedono, la circostanza che Wind nei contratti a distanza *Infostrada* conclusi con i consumatori preveda che il diritto di ripensamento decorra dalla *"attivazione del servizio"* senza informarli e senza consentire loro di esercitare il diritto di ripensamento dalla conclusione del contratto ovvero, nell'ipotesi dell'inversione dei ruoli, dal momento in cui viene effettuata la proposta da parte del consumatore, integra una violazione dell'art. 52 comma 2, lettera a), nonché degli artt. 49, comma 1, lettera h) e 55, comma 1, lettera b), del Codice del Consumo.

VI. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

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

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

99. 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.

100. Rispetto alla condotta *sub a)*, con riguardo alla gravità della violazione, si tiene conto nella fattispecie in esame della dimensione economica del professionista che presenta un fatturato pari a circa 6 miliardi e 490 milioni. Si tiene, altresì, conto della circostanza che la condotta si pone in aperto contrasto con lo specifico obbligo informativo precontrattuale prescritto dall'art. 49, comma 1, lettera l), Cod. Cons., ed è stata posta in essere nell'ambito di due canali di vendita a distanza (online e via *web*).

101. Per quanto riguarda la durata della violazione, dagli elementi disponibili in atti risulta che la condotta *sub a)* è stata posta in essere dal 14 giugno 2014, data di entrata in vigore dell'art. 49, lettera l), Cod. Cons., nella sua attuale formulazione, ed è tuttora in corso.

102. Sulla base di tali elementi, rispetto alla condotta *sub a)*, si ritiene di determinare l'importo base della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a Wind Tre S.p.A. nella misura di 450.000 € (quattrocentocinquantamila euro).

103. In considerazione del fatto che sussiste, nel caso di specie, una circostanza aggravante, in quanto il professionista risulta essere destinatario almeno di un altro provvedimento in materia di diritti dei consumatori nei contratti¹³, si ritiene di determinare l'importo della sanzione nella misura di 550.000 € (cinquecentocinquantamila euro).

104. Inoltre, in considerazione della situazione economica del professionista, che presenta condizioni economiche non positive con un bilancio in perdita, si ritiene congruo determinare l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a Wind Tre S.p.A. nella misura di 500.000 €

¹³ Cfr. Provv. n. 26320, del 21 dicembre 2016, PS/10026 Wind teleselling, in Boll. n. 1/2017.

(cinquecentomila euro).

105. Rispetto alla condotta *sub b*) con riguardo alla gravità della violazione, si tiene conto nella fattispecie in esame della dimensione economica del professionista, che presenta un fatturato pari a circa 6 miliardi e 490 milioni. Si tiene altresì conto della circostanza che la condotta, pur essendo stata realizzata in un contesto di prima applicazione dell'art. 51, comma 8, Cod. Cons., è stata posta in essere nell'ambito di due canali di vendita a distanza (via *web* e per telefono). Rileva, inoltre, la consapevolezza del professionista in merito alle conseguenze derivanti a carico del consumatore che provenga da altro operatore, in termini di impossibilità di ripristinare la situazione precedente qualora lo stesso eserciti il diritto di ripensamento in un regime di anticipazione dell'esecuzione del contratto durante il periodo di recesso.

106. Per quanto riguarda la durata della violazione, dagli elementi disponibili in atti risulta che la condotta *sub b*) è stata posta in essere dal 14 giugno 2014, data di entrata in vigore dell'art. 51, comma 8, del Codice del consumo nella sua attuale formulazione, ed è tuttora in corso.

107. Sulla base di tali elementi, rispetto alla condotta *sub b*), si ritiene di determinare l'importo base della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a Wind Tre S.p.A. nella misura di 600.000 € (seicentomila euro).

108. In considerazione del fatto che sussiste, nel caso di specie, una circostanza aggravante, in quanto il professionista risulta essere destinatario almeno di un altro provvedimento in materia di diritti dei consumatori nei contratti¹⁴, si ritiene di determinare l'importo della sanzione nella misura di 700.000 € (settecentomila euro).

109. Inoltre, in considerazione della situazione economica del professionista, che presenta condizioni economiche non positive con un bilancio in perdita, si ritiene congruo determinare l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a Wind Tre S.p.A. nella misura di 650.000 € (seicentocinquantamila euro).

110. Rispetto alla condotta *sub c*), con riguardo alla gravità della violazione, si tiene conto nella fattispecie in esame della dimensione economica del professionista, che presenta un fatturato pari a circa 6 miliardi e 490 milioni e della circostanza che la condotta illecita è stata posta in essere nell'ambito di due canali di vendita a distanza (via *web* e *online*). Rileva, inoltre la circostanza che la condotta illecita è stata posta in essere in un contesto di prima applicazione dell'art. 57, comma 3 e comma 4 del Codice del Consumo.

¹⁴ Cfr. Provv. n. 26320, del 21 dicembre 2016, PS/10026 Wind teleselling, in Boll. n. 1/2017.

111. Per quanto riguarda la durata della violazione, dagli elementi disponibili in atti risulta che la condotta *sub c)* è stata posta in essere dal 14 giugno 2014, ed è tuttora in corso.

112. Sulla base di tali elementi, rispetto alla condotta *sub c)*, si ritiene di determinare l'importo base della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a Wind Tre S.p.A. nella misura di 400.000 € (quattrocentomila euro).

113. In considerazione del fatto che sussiste, nel caso di specie, una circostanza aggravante, in quanto il professionista risulta essere destinatario almeno di un altro provvedimento in materia di diritti dei consumatori nei contratti¹⁵, si ritiene di determinare l'importo della sanzione nella misura di 500.000 € (cinquecentomila euro).

114. Inoltre, in considerazione della situazione economica del professionista, che presenta condizioni economiche non positive con un bilancio in perdita, si ritiene congruo determinare l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a Wind Tre S.p.A. nella misura di 450.000 € (quattrocentocinquantamila euro).

115. Rispetto alla condotta *sub d)*, con riguardo alla gravità della violazione, si tiene conto nella fattispecie in esame della dimensione economica del professionista che presenta un fatturato pari a circa 6 miliardi e 490 milioni e della circostanza che la condotta illecita è stata posta in essere nell'ambito di un canale di vendita a distanza (via web). Rileva, inoltre che la condotta integra la violazione di tre diverse disposizioni concernenti il diritto di recesso di cui all'art. 52, Cod. Cons.

116. Sulla base di tali elementi, rispetto alla condotta *sub d)*, si ritiene di determinare l'importo base della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a Wind Tre S.p.A. nella misura di 450.000 (quattrocentocinquantamila euro).

117. In considerazione del fatto che sussiste, nel caso di specie, una circostanza aggravante, in quanto il professionista risulta essere destinatario almeno di un altro provvedimento in materia di diritti dei consumatori nei contratti¹⁶, si ritiene di determinare l'importo della sanzione nella misura di 550.000 € (cinquecentocinquantamila euro).

118. Inoltre, in considerazione della situazione economica del professionista, che presenta condizioni economiche non positive con un bilancio in perdita, si ritiene congruo determinare l'importo della sanzione amministrativa

¹⁵ Cfr. Provv. n. 26320, del 21 dicembre 2016, PS/10026 Wind teleselling, in Boll. n. 1/2017.

¹⁶ Cfr. Provv. n. 26320, del 21 dicembre 2016, PS/10026 Wind teleselling, in Boll. n. 1/2017.

pecuniaria applicabile a Wind Tre S.p.A. nella misura di 500.000 € (cinquecentomila euro).

RITENUTO, pertanto, in conformità al parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, sulla base delle considerazioni suesposte, che la condotta *sub a)*, posta in essere nell'ambito della commercializzazione di servizi di telefonia fissa dopo il 13 giugno 2014, integra una violazione dell'art. 49, comma 1, lettera l), del Codice del Consumo, in quanto il professionista non ha assolto l'obbligo informativo ivi prescritto;

RITENUTO, pertanto, in conformità al parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, sulla base delle considerazioni suesposte, che la condotta *sub b)* posta in essere nell'ambito della commercializzazione di servizi di telefonia fissa dopo il 13 giugno 2014, integra una violazione dell'art. 51, comma 8, del Codice del Consumo, in quanto il professionista ha concluso contratti a distanza *online* mediante il sito internet *www.infostrada.it* e via telefono procedendo all'avvio del processo di attivazione della linea e/o di migrazione da altro operatore durante il periodo di recesso, senza esigere l'autonoma richiesta espressa proveniente dal consumatore e, in ogni caso, senza mettere il consumatore nella condizione di poter liberamente scegliere tale opzione e di poter concludere il contratto a distanza anche in assenza di tale volontà;

RITENUTO, pertanto, in conformità al parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, sulla base delle considerazioni suesposte, che la condotta *sub c)* posta in essere nell'ambito della commercializzazione di servizi di telefonia fissa dal 14 giugno 2014, si pone in contrasto con l'art. 57, commi 3 e 4, lettera a), del Codice del Consumo, in quanto il professionista ha previsto di addebitare al consumatore che eserciti il diritto di ripensamento in caso di esecuzione anticipata somme a titolo di costi che oltre a non essere dovute a fronte di procedure di conclusione di contratti a distanza (al telefono e *online*) che non contemplano la richiesta esplicita richiesta dall'art. 51, comma 8, Cod. Cons., superano il termine temporale indicato dall'art. 57 comma 3, Cod. Cons., andando oltre il momento in cui il consumatore ha informato il professionista dell'esercizio del diritto di ripensamento;

RITENUTO, pertanto, in conformità al parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, sulla base delle considerazioni suesposte, che la condotta *sub d)*, posta in essere nell'ambito della commercializzazione di servizi di telefonia fissa dal 14 giugno 2014, si pone in contrasto con gli artt. 49, comma 1, lettera h), 52, comma 2 nonché 55, comma 1, lettera b), del Codice del Consumo, atteso che nei contratti a distanza via web il professionista prevede che il "*diritto di ripensamento*" decorra dalla "*attivazione del servizio*", senza informare e senza consentire ai consumatori di esercitare il diritto dalla conclusione del contratto (ai sensi dell'art. 52 del Codice del Consumo) ovvero, nel caso in cui sia il consumatore a rivolgere una proposta a Wind, sin dal momento in cui viene effettuata la proposta, con i conseguenti effetti di cui all'art. 55, comma 1, lettera b), del Codice del Consumo, sull'obbligo del consumatore di concludere il contratto;

DELIBERA

- a) che la condotta descritta al punto II, lettera a), del presente provvedimento, posta in essere dalla società Wind Tre S.p.A., costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una condotta illecita in violazione dell'art. 49, comma 1, lettera l), del Codice del Consumo, e ne vieta la diffusione o continuazione;
- b) che la condotta descritta al punto II, lettera b), del presente provvedimento, posta in essere dalla società Wind Tre S.p.A., costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una condotta illecita in violazione dell'art. 51, comma 8, del Codice del Consumo, e ne vieta la diffusione o continuazione;
- c) che la condotta descritta al punto II, lettera c), del presente provvedimento, posta in essere dalla società Wind Tre S.p.A., costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una condotta illecita in violazione dell'art. 57, commi 3 e 4, lettera a), del Codice del Consumo, e ne vieta la diffusione o continuazione;
- d) che la condotta descritta al punto II, lettera d), del presente provvedimento, posta in essere dalla società Wind Tre S.p.A., costituisce,

per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una condotta illecita in violazione degli artt. 49, comma 1, lettera h), 52, comma 2, nonché 55, comma 1, lettera b), del Codice del Consumo, e ne vieta la diffusione o continuazione;

e) che, con riferimento alla condotta *sub a)* sia irrogata alla società Wind Tre S.p.A. una sanzione amministrativa pecuniaria di 500.000 € (cinquecentomila euro);

f) che, con riferimento alla condotta *sub b)* sia irrogata alla società Wind Tre S.p.A. una sanzione amministrativa pecuniaria di 650.000 € (seicentocinquantamila euro);

g) che, con riferimento alla condotta *sub c)* sia irrogata alla società Wind Tre S.p.A. una sanzione amministrativa pecuniaria di 450.000 € (quattrocentocinquantamila euro);

h) che, con riferimento alla condotta *sub d)* sia irrogata alla società Wind Tre S.p.A. una sanzione amministrativa pecuniaria di 500.000 € (cinquecentomila euro);

i) che il professionista comunichi all'Autorità, entro il termine di novanta giorni dalla notifica del presente provvedimento, le iniziative assunte in ottemperanza alla diffida di cui ai punti a), b), c) e d).

Le sanzioni amministrative irrogate devono essere pagate 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.

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

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Chieppa



f.f. IL PRESIDENTE

Gabriella Muscolo

