



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 dottoressa Gabriella Muscolo;

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 del 7 dicembre 2016, con il quale è stato disposto l'accertamento ispettivo, ai sensi dell'art. 27, commi 2 e 3, del Codice del Consumo, presso le sedi di Fastweb S.p.A.;

VISTO il proprio provvedimento del 30 marzo 2017, con il quale, ai sensi dell'art. 7, comma 3, del Regolamento, è stata disposta la proroga del termine di conclusione del procedimento, in considerazione della necessità di procedere alla valutazione degli impegni presentati dal Professionista;

VISTI gli atti del procedimento;

I. LA PARTE

1. Fastweb S.p.A. (di seguito Fastweb), in qualità di professionista, ai sensi del Codice del Consumo. Il bilancio della società, relativo all'esercizio

chiuso al 31 dicembre 2015, presenta un valore della produzione pari a più di 1 miliardo e 700 milioni di euro.

II. LE CONDOTTE OGGETTO DEL PROCEDIMENTO

2. Il procedimento concerne i comportamenti posti in essere dal professionista nella commercializzazione di servizi di telefonia fissa anche in abbinamento al servizio dati sia a distanza mediante il sito internet *www.fastweb.it* che negoziati fuori dei locali commerciali e consistenti:

a) nell'aver omesso di fornire, in maniera chiara e comprensibile e prima che il consumatore sia vincolato da un contratto a distanza *online* mediante il sito internet *www.fastweb.it* e/o negoziato fuori dei locali commerciali o da una corrispondente offerta rivolta al professionista (c.d. inversione dei ruoli), le informazioni richieste dall'art. 49, comma 1, lettera l) Cod. Cons. e, in particolare: i) dal 14 giugno 2014 ad aprile 2016, l'informazione che, nel caso di esercizio del diritto di recesso dopo aver presentato una richiesta, rispettivamente, ai sensi dell'articolo 51, comma 8, Cod. Cons. e dell'articolo 50, comma 3, Cod. Cons., egli è responsabile del pagamento al professionista dei costi indicati dall'articolo 57, comma 3, Cod. Cons.; ii) da maggio 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;

b) nella conclusione di contratti a distanza *online* mediante il sito internet *www.fastweb.it* e/o negoziati fuori dei locali commerciali ovvero nell'acquisizione di una proposta rivolta dal consumatore a Fastweb, 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, rispettivamente, dall'art. 51, comma 8, Cod. Cons. e dall'art. 50, comma 3, 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 o fuori dei locali commerciali in assenza di tale volontà;

c) in assenza dell'informativa di cui all'art. 49 lettera l) Cod. Cons. e, comunque, in assenza della richiesta esplicita di cui all'art. 51, comma 8, Cod. Cons. ovvero all'art. 50, comma 3, Cod. Cons., nella richiesta e/o

nell'addebito al consumatore che eserciti il diritto di ripensamento da un contratto a distanza *online* e/o negoziato fuori dei locali commerciali di costi relativi *“ai costi del servizio o dei consumi che non rientrano negli importi mensili”* che, oltre a non essere dovuti, appaiono, in ogni caso, superiori a quanto previsto dall'art. 57, comma 3, Cod. Cons. *“sino al momento in cui il consumatore ha informato il professionista dell'esercizio del diritto di recesso”*;

d) nell'acquisizione a distanza mediante il sito internet *www.fastweb.it* e/o in occasione di contratti negoziati fuori dei locali commerciali di una proposta vincolante rivolta dai consumatori a Fastweb, senza informarli e senza consentire loro di esercitare sin da subito il diritto di ripensamento di cui all'art. 52 Cod. Cons. secondo le modalità di esercizio previste dall'art. 54 Cod. Cons. e con i conseguenti effetti previsti dall'art. 55, comma 1 lettera b), Cod. Cons. sull'obbligo del consumatore di concludere il contratto, prevedendo unicamente che la proposta del consumatore possa essere *revocata in forma scritta tramite raccomandata A/R* finché il contratto non sia concluso.

III. LE RISULTANZE DEL PROCEDIMENTO

1) *L'iter del procedimento*

3. In relazione alle condotte sopra descritte, in data 14 dicembre 2016 è stato comunicato alla Parte l'avvio del procedimento istruttorio n. PS10686 nei confronti di Fastweb per possibile violazione degli artt. 49, comma 1, lettera h) e l), 50, comma 3, 51, comma 8, 54 commi 1, 2 e 3, 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 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 alla condotta *sub a)*, nell'ambito delle due diverse modalità di contrattazione, la 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*) e/o negoziato fuori dei locali commerciali o da una corrispondente offerta rivolta dal consumatore al professionista: i) da giugno 2014 ad aprile 2016, l'informazione che, nel caso di esercizio del

diritto di recesso dopo aver presentato una richiesta ai sensi, rispettivamente, dell'art. 51, comma 8 e dell'art. 50 comma 3, Cod. Cons., egli è responsabile del pagamento al professionista di costi così come definiti dell'articolo 57, comma 3, del Codice del Consumo; ii) da maggio 2016, l'informazione 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;

- in relazione alle condotte *sub b)*, rispettivamente, una violazione dell'art. 51, comma 8, e dell'art. 50, comma 3, del Codice del Consumo qualora risultasse accertato che, sia per i contratti a distanza (*online*) che negoziati fuori dei locali commerciali, il professionista 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 Cod. Cons., senza che il consumatore ne faccia richiesta esplicita secondo le modalità prescritte dalle due disposizioni 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 alle condotte *sub c)*, la violazione dell'art. 57, comma 4, lettera a) punti 1 e/o 2, del Codice del Consumo qualora risultasse accertato che, in assenza dell'informativa di cui all'art. 49, comma 1, lettera l) Cod. Cons. e/o in assenza della richiesta esplicita di cui all'art. 51, comma 8, Cod. Cons. e 50, comma 3, del Codice del Consumo, il professionista abbia richiesto e/o addebitato al consumatore che eserciti il diritto di ripensamento, somme a titolo di costi non dovuti consistenti nei *“costi del servizio o dei consumi che non rientrano negli importi mensili”* dal momento in cui il consumatore ha esercitato il diritto di ripensamento alla fase di conclusione della migrazione con il nuovo operatore. 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 *sub d)*, la violazione degli artt. 49, comma 1, lettera h), 54, commi 1, 2 e 3 nonché 55, comma 1, lettera b), del Codice del Consumo, qualora risultasse accertato che il professionista procede ad acquisire a distanza mediante il sito internet *www.fastweb.it* ovvero in occasione di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, una proposta vincolante rivolta dai consumatori a Fastweb prevedendo unicamente che la

proposta possa essere revocata in forma scritta tramite raccomandata A/R finché il contratto non sia concluso, senza informarli e senza consentire loro di esercitare sin da subito il diritto di ripensamento di cui all'art. 52 del Codice del Consumo.

5. Nella medesima data sono stati svolti accertamenti ispettivi presso le sedi di Fastweb, a seguito dei quali sono state acquisite al fascicolo informazioni e documentazione inerenti alle condotte descritte.

6. In data 16 gennaio 2017, Fastweb ha depositato la propria memoria difensiva fornendo altresì le informazioni richieste nella comunicazione di avvio.

7. In data 30 gennaio 2017, ai sensi dell'art. 27, comma 7, del Codice del Consumo, il professionista ha presentato impegni volti a rimuovere i profili di illiceità delle condotte oggetto di contestazione.

8. Nelle date 8 febbraio e 28 marzo 2017, Fastweb è stata sentita in audizione presso i locali dell'Autorità.

9. In data 3 aprile 2017, è stata comunicata alla Parte la proroga del procedimento.

10. Nella sua adunanza del 5 aprile 2017 l'Autorità ha rigettato gli impegni proposti dalla Parte in quanto concernenti fattispecie di manifesta illiceità e gravità. La relativa decisione di rigetto è stata comunicata al professionista il 7 aprile 2017.

11. In data 27 aprile 2017, è stata comunicata alla Parte la data di conclusione della fase istruttoria ai sensi dell'art. 16, comma 1, del Regolamento.

12. In data 17 maggio 2017, la Parte ha fatto pervenire la propria memoria conclusiva.

13. In data 18 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*

14. In relazione alla condotta *sub a)*, dalla documentazione in atti emerge che da giugno 2014 e almeno sino al mese di aprile 2016, l'informativa sul diritto di recesso presente nelle condizioni generali di contratto per il servizio di telefonia fissa non conteneva alcuna informativa sui costi posti a carico del consumatore.

15. Successivamente, nella versione delle condizioni in vigore da maggio

2016, l'articolo dedicato al diritto di recesso presenta il seguente testo: *“Fermo restando quanto sopra previsto, qualora il Contratto Fastweb sia stato stipulato fuori dei locali commerciali in presenza di un funzionario di vendita Fastweb o nel caso in cui il Contratto sia stato stipulato a distanza, il Cliente potrà altresì recedere entro 14 (quattordici) giorni dalla conclusione del Contratto mediante registrazione vocale tramite Customer Care, apposito modulo reperibile sul sito www.fastweb.it nella sezione modulistica o altra comunicazione da inviare a Fastweb all'indirizzo di cui all'articolo 10.3 con eventuale addebito pro quota dei costi del Servizio e/o di consumi che non rientrano negli Importi Mensili”*.

16. Rispetto alla condotta *sub b)*, dalle procedure di conclusione dei contratti a distanza e negoziati fuori dei locali commerciali seguite da Fastweb nella commercializzazione di servizi di telefonia fissa anche in abbinamento al servizio dati, risulta che 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.

17. Più nello specifico, quanto ai contratti a distanza la procedura di acquisto *online*, caratterizzata da tre schermate che contengono campi da compilare, rispettivamente denominate *“dati personali”*, *“dati di pagamento”* e *“riepilogo”*, si conclude con il *click* da parte del consumatore sul pulsante *“conferma”* presente nella pagina di *“riepilogo”*. Per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali (agenti porta a porta con e senza appuntamento, *stand* presso centri commerciali ecc.) Fastweb utilizza una modulistica acquisita agli atti che prevede la formulazione di una proposta del consumatore rivolta al professionista secondo lo schema della c.d. inversione dei ruoli, che deve essere sottoscritta dal cliente. Una volta firmata e completa di tutti i dati la PDA viene inserita nei sistemi entro il giorno successivo alla sottoscrizione.

18. Sia nel caso dei contratti a distanza che di quelli negoziati fuori dei locali commerciali, a seguito del *click* sul pulsante *“conferma”* ovvero dopo l'inserimento a sistema dei dati contenuti nel modulo sottoscritto dal consumatore (fuori dei locali commerciali), quest'ultimo riceve istantaneamente una *mail* caratterizzata dall'*incipit* *“Grazie per aver scelto Fastweb”* contenente la proposta di abbonamento, l'informativa *privacy*, la carta dei servizi e le condizioni generali di contratto. A distanza di due ore riceve una seconda *mail* di benvenuto con gli *step* di *provisioning*¹.

¹ Cfr. doc. 9 dell'indice del fascicolo. La mail presenta il seguente testo: *“Gentile Cliente, siamo lieti di accoglierti nel mondo Fastweb e stiamo lavorando per attivare i servizi che hai scelto! Sappiamo quanto*

Contestualmente all'invio di questa *mail* il consumatore riceve un sms con le credenziali per accedere all'area da cui è possibile controllare il processo di attivazione.

19. Entro 3 giorni dal momento in cui il consumatore ha cliccato sul pulsante “*conferma*” ovvero dopo l’inserimento a sistema dei dati contenuti nel modulo sottoscritto dal consumatore (fuori dei locali commerciali), salvo eccezioni, il consumatore riceve una *check call* non registrata volta a verificare i dati inseriti nonché a prendere a seconda della tecnologia e della modalità di attivazione un appuntamento con il tecnico. Una volta conclusa la telefonata viene dato avvio, sia nel caso di nuova attivazione che di migrazione da altro operatore alle procedure di *provisioning*.

20. Pertanto, dalle risultanze in atti emerge che nel caso dei contratti di telefonia fissa voce e/o dati a distanza via *web* o fuori dei locali commerciali Fastweb procede ad avviare il processo di attivazione del servizio ovvero il processo di migrazione da altro operatore entro 4/5 giorni dalla data in cui il servizio è stato richiesto.

21. Nel caso di migrazione da altro operatore, qualora il cliente eserciti il diritto di ripensamento nel corso della Fase 1 o all'avvio della Fase 2 del processo di migrazione, Fastweb interrompe il passaggio del cliente che rimane attivo con il precedente operatore². Successivamente, ossia superata la c.d. fase commerciale (della durata di un giorno solare nel caso in cui il cliente provenga da Telecom e di 4 giorni lavorativi nel caso degli altri operatori), per tutti i canali di vendita, non è più tecnicamente possibile bloccare l'attivazione. In questa fase, se il consumatore esercita il diritto di ripensamento, il processo di portabilità con il nuovo operatore viene comunque completato e vengono fornite al consumatore le informazioni necessarie per effettuare una nuova migrazione verso altro gestore o chiudere

sia importante per te utilizzare i nostri servizi il prima possibile e per questo vogliamo raccontarti come avviene l'attivazione della tua linea passo dopo passo. COSA SUCCEDERÀ NEI PROSSIMI GIORNI Un nostro operatore ti chiamerà per verificare alcuni dati importanti per l'attivazione dei servizi Non hai ancora una linea telefonica? Un tecnico di Telecom Italia da noi incaricato ti contatterà per predisporre la linea sulla quale attiveremo i nostri servizi Hai scelto di utilizzare il modem Fastweb? Il nostro corriere ti consegnerà il modem all'indirizzo che hai indicato. Prima della consegna ti avviseremo tramite SMS al numero che ci hai fornito Hai scelto di utilizzare il tuo modem? Ti invitiamo a configurare il modem seguendo le indicazioni della guida, che troverai all'indirizzo <http://www.fastweb.it/myfastpage/assistenza/guide-fisso/configurazioni/>. Il giorno dell'attivazione della tua linea riceverai un avviso tramite SMS Il nostro impegno è di attivare i servizi nel più breve tempo possibile, potrai seguire lo stato della tua attivazione accedendo alla tua Area Clienti - MyFASTPage - verifica attivazione, inserendo il tuo Codice Fiscale o le username e password che riceverai tramite SMS. Ti terremo aggiornato nei momenti più importanti lungo il percorso! Ti ricordiamo che per ulteriori informazioni il Servizio Clienti è disponibile al numero 192 193. Grazie ancora per aver scelto i servizi Fastweb”.

² Cfr. Memoria conclusiva di Fastweb doc. n. 24 dell'indice del fascicolo.

il contratto.

22. Nel corso del procedimento è inoltre emerso che la suddetta anticipazione di esecuzione del contratto, durante il periodo di recesso viene realizzata senza esigere la relativa autonoma richiesta esplicita da parte del consumatore prevista, rispettivamente, dall'art. 51, comma 8, Cod. Cons. e dall'art. 50 comma 3, 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 o fuori dei locali commerciali in assenza di tale volontà.

23. Più nello specifico, per quanto riguarda i contratti a distanza conclusi tramite il sito *web*, la pagina di riepilogo contiene in fondo alla sezione *“Informazioni per il consumatore”* la dicitura *“autorizzo fastweb a procedere subito con l'esecuzione del contratto”* con il relativo box *pre-flaggato* che, secondo le rilevazioni effettuate, il consumatore può deflaggare.

24. Dalle evidenze agli atti, tuttavia, risulta che Fastweb procede ad anticipare l'esecuzione del contratto durante la pendenza del diritto di recesso anche nel caso in cui il consumatore abbia de-flaggato il predetto box. Nel corso del procedimento è, infatti, emerso che le fasi che caratterizzano l'esecuzione immediata del contratto nel canale *web* e il contenuto della *check call*, non cambiano qualora il consumatore abbia de-flaggato il box.

25. Nel caso dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali, il modulo che viene fatto sottoscrivere al cliente contiene nella sezione *“sottoscrizione”*, tra gli altri, un box vuoto accanto alla seguente affermazione: *“ai sensi del Codice del Consumo il cliente richiede a Fastweb di procedere con l'esecuzione immediata del contratto”* che, secondo le dichiarazioni di Fastweb, il cliente è obbligato a selezionare pena la mancata conclusione del contratto³.

26. Secondo Fastweb, la conferma del fatto che il consumatore voglia procedere subito con l'attivazione ivi compreso il caso in cui nei contratti a distanza *online* abbia de-flaggato il box, viene acquisita durante la *check call* non registrata. Il testo della *check call* acquisito agli atti e riferito sia al canale di acquisizione del cliente via web che fuori dei locali commerciali, non contiene alcuna specifica domanda sul punto⁴.

27. Più in generale, Fastweb ha dichiarato che nell'ambito della commercializzazione di servizi di telefonia fissa anche in abbinamento al

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

⁴ Cfr. versioni della *check call* in atti (docc. nn. da 66 a 71 dell'indice dei documenti allegato al verbale di accertamento ispettivo).

servizio dati a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali oggetto del procedimento, non è prevista la possibilità per il consumatore di abbonarsi 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 operatore⁵.

28. Sotto il profilo dei costi (condotta *sub c*), dalle evidenze in atti risulta che se il consumatore utilizza il servizio di telefonia fissa nel periodo che va dal momento in cui ha esercitato il diritto di ripensamento alla fase di conclusione della migrazione con il nuovo operatore (rientro con precedente o migrazione ad altro operatore) sosterrà i costi a consumo e, nel caso delle offerte *flat*, il pro-quota dei giorni di utilizzo del servizio relativi al traffico generato con Fastweb. Infatti, nel caso in cui il consumatore abbia esercitato il diritto di ripensamento, i costi fissi eventualmente addebitati (canone mensile della linea e costo di attivazione) sarebbero stornati, mentre il costo di disattivazione verrebbe addebitato solo qualora il trasferimento verso il nuovo operatore non avvenga entro 90 giorni solari dall'attivazione del servizio con Fastweb.

29. Infine, rispetto alla condotta *sub d*) le condizioni generali di contratto prevedono che la proposta rivolta dal consumatore a Fastweb possa essere revocata con raccomandata A/R fino a che il contratto non sia concluso.

30. In proposito, Fastweb ha dichiarato che, nella prassi applicativa della citata disposizione e nell'ottica di massima tutela della volontà del Cliente, ha sempre consentito di revocare la proposta commerciale presentando una qualsiasi dichiarazione esplicita della sua volontà di non concludere il contratto con Fastweb.

3) *Le argomentazioni difensive della Parte*

31. Nelle proprie memorie difensive del 16 gennaio 2017 e del 17 maggio 2017 nonché nel corso delle audizioni dell' 8 febbraio e 28 marzo 2017, Fastweb ha svolto, tra le altre, le argomentazioni di seguito sintetizzate.

32. In relazione alla condotta *sub a*), la Parte ha evidenziato, con riferimento alle informazioni fornite al cliente *ex art. 49, lettera l)* del Codice del Consumo che, sia nel caso di contratti stipulati tramite *web* che di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, Fastweb, a seguito della formulazione della proposta di abbonamento (PDA) da parte del cliente, invia a

⁵ Cfr. Verbale di accertamento ispettivo p. 3, doc. n. 7 dell'indice del fascicolo.

quest'ultimo una e-mail contenente, tra l'altro, un modulo riepilogativo della PDA nel quale è specificato che se il cliente ha *“stipulato il contratto al telefono, via web, presso uno stand Fastweb o comunque a distanza potrà esercitare il diritto di recesso nei 14 giorni dalla conclusione del Contratto (come previsto dal Codice del Consumo), contattando il Servizio Clienti al 192.193 o inviando l'apposito modulo disponibile su Fastweb.it nella sezione modulistica o altra comunicazione a Fastweb S.p.A., c/o C.P. n. 126, 20092 Cinisello Balsamo (MI), con eventuale addebito pro quota dei costi del Servizio e/o di consumi che non rientrano negli Importi Mensili”*.

33. Rispetto alla condotta *sub b)*, 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 mantenendo il *flag* presente nel campo posto accanto alla dicitura *“Autorizzo Fastweb a procedere subito con l'esecuzione del contratto”* inserita nella sezione *“Informazioni per il consumatore”*. Parimenti nel caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, il consumatore sarebbe messo nella condizione di poter scegliere se richiedere o meno l'anticipazione dell'esecuzione del contratto riempiendo o meno il campo della PDA cartacea posto accanto alla dicitura *“Ai sensi del Codice del Consumo il Cliente richiede a Fastweb di procedere con l'esecuzione immediata del Contratto”* inserita nella sezione *“Codice del Consumo”*.

34. Secondo Fastweb, la conferma del fatto che il consumatore voglia procedere con l'attivazione ivi compreso il caso in cui abbia de-flaggato il *box*, sarebbe acquisita durante la *check call* non registrata così come emergerebbe dalle istruzioni interne concernenti *“il processo di gestione dei contratti a distanza nato per adempiere alla normativa che prevede per i contratti telefonici la conferma da parte del cliente della ricezione del modulo riepilogativo e delle condizioni di contratto”* prodotte in atti.

35. In particolare, sia nel caso di contratti sottoscritti via *web*, che nel caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, Fastweb acquisirebbe in via definitiva la volontà del cliente di eseguire il contratto durante il periodo di recesso o di attendere il decorso del termine di 14 giorni prima di attivare i servizi o di procedere con la migrazione, solo in fase di *check call*. Tale *modus operandi* sarebbe peraltro confermato dalle dichiarazioni rese da Fastweb nel corso dell'ispezione del 14 dicembre 2016 da cui risulta che *“anche se non è prevista una domanda sul punto, la conferma del fatto che il consumatore voglia procedere con l'attivazione [immediata del contratto]*

viene acquisita durante la check call”.

36. In relazione alla condotta *sub c)*, Fastweb avrebbe correttamente richiesto i “*costi del Servizio e/o di consumi che non rientrano negli Importi Mensili*” ai clienti che hanno esercitato il diritto di ripensamento dopo aver chiesto l’esecuzione immediata del contratto, in quanto avrebbe fornito al consumatore le informazioni di cui all’art. 49 lettera l) del Codice del Consumo.

37. Inoltre, nel caso di migrazione da altro operatore, la valutazione in merito alla correttezza della condotta di Fastweb non potrebbe prescindere dalla ricognizione della disciplina regolamentare delle migrazioni.

38. In particolare, la disciplina consumeristica dovrebbe essere interpretata alla luce della disciplina di settore e nello specifico, dell’art. 80, comma 4-ter, del Codice delle Comunicazioni elettroniche prevede la “*necessità di assicurare al contraente la continuità del servizio*” e che, “*in ogni caso, l’interruzione del servizio durante le operazioni di trasferimento non può superare un giorno lavorativo*”.

39. Sul punto il documento di orientamento pubblicato dalla Commissione europea, DG Giustizia sulla direttiva 2011/83/UE prevede che “*per esempio la direttiva 2009/72/CE sul mercato interno dell’energia elettrica e la direttiva 2009/73/CE sul mercato interno del gas naturale (articolo 3, paragrafo 6) prevedono che qualora un cliente, nel rispetto delle condizioni contrattuali, intenda cambiare fornitore, l’operatore o gli operatori interessati effettuano tale cambiamento entro tre settimane. Quindi se un consumatore decide di recedere da un contratto per la fornitura di energia elettrica o di gas e di cambiare fornitore, il fornitore precedente e il consumatore continuano a essere vincolati dal contratto fino a tre settimane, in deroga alle norme di cui all’articolo 14, paragrafo 3 [che è l’articolo corrispondente all’art. 57, comma 3, del Codice del Consumo], sulla compensazione per quanto è stato fornito fino al recesso*”.

40. Fastweb ritiene che quanto previsto nel settore dell’energia elettrica e il gas debba essere applicato anche alle migrazioni dei clienti tra operatori di telecomunicazioni.

41. Conseguentemente, in deroga a quanto previsto dall’art. 57, comma 3, del Codice del Consumo, il consumatore dovrebbe essere tenuto a corrispondere all’operatore *donating* il compenso di tutto quanto è stato fornito dall’attivazione del servizio fino al passaggio al nuovo operatore *recipient* o al completamento della migrazione di rientro verso il precedente operatore.

42. Tale conclusione troverebbe conferma nel protocollo di intesa integrativo in materia di pratiche commerciali scorrette tra l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato laddove si legge che *“in caso di conflitto o sovrapposizione tra le disposizioni generali in tema di pratiche commerciali sleali e quelle contenute nella normativa settoriale di derivazione europea, prevalgono le disposizioni della specifica legislazione di settore, con riferimento all'aspetto specifico della pratica commerciale da questa disciplinato”*. Pertanto, un'interpretazione sistematica delle disposizioni sopra richiamate dovrebbe portare a ritenere che l'intenzione del cliente di recedere dal contratto acquisti efficacia solo nel momento in cui la procedura di migrazione verso il nuovo operatore o di rientro verso il precedente operatore si sia conclusa e quest'ultimo abbia attivato i propri servizi al cliente finale e che conseguentemente siano applicati i costi del servizio fino a tale data.

43. In ogni caso, dovrebbe considerarsi anche ai fini della quantificazione della sanzione, che le condotte contestate non produrrebbero in concreto danni a carico dei consumatori. Questi ultimi, infatti, avrebbero sempre manifestato il proprio interesse ad attivare i servizi di telecomunicazione o a migrare da un operatore ad un altro nel minor tempo possibile e *“con riferimento ai contratti a distanza conclusi per telefono, per i quali Fastweb già prevede la possibilità per il cliente di opzionare, mediante una espressa richiesta, l'avvio delle procedure di attivazione e/o migrazione da altro operatore durante la pendenza del periodo di ripensamento, non avrebbero mai chiesto di attendere 14 giorni dalla conclusione del contratto per procedere alla esecuzione dello stesso”*⁶.

44. Inoltre, gli effetti delle condotte contestate a Fastweb inciderebbero in misura insignificante sull'insieme dei contratti stipulati a distanza *online* o fuori dei locali commerciali nel periodo 14 giugno 2014 – 30 novembre 2016 aventi ad oggetto servizi di telefonia fissa voce e/o dati di Fastweb.

45. Infine, rispetto alla condotta *sub d)*, Fastweb consentirebbe al consumatore di esercitare il diritto di ripensamento di cui all'art. 52 del Codice del Consumo sin dal momento in cui viene formulata la proposta di abbonamento e secondo le modalità previste dall'art. 54 del Codice del Consumo. Tale circostanza risulterebbe confermata da tre registrazioni prodotte in atti dalle quali emerge che i consumatori hanno *“revoca[to] la proposta di abbonamento con Fastweb”* mediante dichiarazione rilasciata

⁶ Cfr. verbale audizione dell'8 febbraio 2017 p. 2, doc. 15 dell'indice del fascicolo.

verbalmente al *Customer Care*, il quale, registrata la volontà dei clienti, ha informato questi ultimi che la *“richiesta di recesso comporta l’annullamento del processo di attivazione verso Fastweb”*.

4) Le modifiche prospettate da Fastweb

46. Nella memoria conclusiva, Fastweb ha confermato la propria intenzione di attuare le misure oggetto della proposta di impegni presentata in data 27 gennaio 2017, con alcune modifiche.

47. In particolare, con riferimento alla condotta *sub a)*, Fastweb si è dichiarata intenzionata a modificare l’attuale art. 16, comma 2, delle condizioni generali di contratto messe a disposizione del cliente prima della sottoscrizione della PDA come di seguito descritto: *“Fermo restando quanto sopra previsto, qualora il Contratto Fastweb sia stato stipulato fuori dei locali commerciali in presenza di un funzionario di vendita Fastweb o nel caso in cui il contratto sia stato stipulato a distanza, il Cliente potrà altresì recedere entro 14 giorni dalla conclusione del contratto, senza dover fornire alcuna motivazione e senza costi diversi da quelli previsti per legge, mediante registrazione vocale tramite Customer Care, apposito modulo reperibile sul sito www.fastweb.it nella sezione modulistica o altra comunicazione da inviare a Fastweb all’indirizzo di cui all’art. 10.3. Se il Cliente esercita il diritto di recesso di cui sopra dopo aver richiesto l’esecuzione immediata del Contratto ai sensi dell’art. 50, comma 3, o dell’art. 51, comma 8, del Codice del Consumo, egli sarà tenuto a corrispondere a Fastweb il costo dei Servizi forniti da quest’ultima fino al momento in cui essa è venuta a conoscenza dell’esercizio del diritto di recesso da parte del Cliente o in caso di migrazione ad un diverso operatore o di rientro in Telecom Italia nel caso in cui sia quest’ultimo l’operatore di provenienza al momento dell’attivazione dei servizi forniti da questi ultimi”*. Analoga informativa sarà contenuta nel modulo riepilogativo della PDA inviato al Cliente prima della conclusione del Contratto.

48. La società inoltre sostituirà l’art. 3.2 lettera b) delle CGC con il seguente: *“Il Contratto si intenderà concluso: a) nel momento dell’accettazione scritta della Proposta da parte di Fastweb che verrà trasmessa al Cliente con comunicazioni in MyFast Page, messaggi sms o e-mail; Il Contratto sarà sottoposto a condizione risolutiva, che comporterà la cessazione dei suoi effetti, qualora si dovesse verificare l’impossibilità tecnica di fornire il Servizio o qualora la realizzazione del collegamento diventasse*

eccessivamente onerosa. L'avveramento della condizione risolutiva verrà comunicato da Fastweb al Cliente con le modalità ritenute più opportune, quali, a titolo meramente esemplificativo, comunicazioni in MyFast Page, messaggi sms, e-mail ecc; b) nel caso di contratti conclusi telefonicamente e sottoposti alla disciplina prevista dall'articolo 51, co 5, 6 del Codice del Consumo, nel momento della pubblicazione della registrazione vocale della conversazione telefonica in MyFASTpage che avverrà entro 4 (quattro) giorni dalla data della registrazione. In questo caso, il Contratto sarà sottoposto a condizione risolutiva, che comporterà la cessazione dei suoi effetti, qualora si dovesse verificare l'impossibilità tecnica di fornire il Servizio o qualora la realizzazione del collegamento diventasse eccessivamente onerosa. L'avveramento della condizione risolutiva verrà comunicato da Fastweb al Cliente con le modalità ritenute più opportune, quali, a titolo meramente esemplificativo, comunicazioni in MyFast Page, messaggi sms, e-mail ecc.”.

49. Il contratto s'intenderà concluso al momento della comunicazione dell'accettazione della proposta da parte di Fastweb che avverrà con l'invio di comunicazioni in *MyFast Page*, messaggi sms o e-mail. Tale misura consentirà di ridurre i casi in cui il diritto di ripensamento sia esercitato dopo l'attivazione dei servizi e di conseguenza i casi in cui il cliente sia chiamato a pagare dei costi per aver richiesto l'esecuzione anticipata del contratto.

50. Con riferimento alla condotta *sub b)*, la società inserirà nelle PDA sottoscritte dal Cliente sia tramite *web* che fuori dei locali commerciali due distinti campi liberi che potranno essere riempiti, uno in alternativa all'altro, a seconda della scelta espressa dal Cliente in merito alla possibilità di dare o meno immediata esecuzione al Contratto. In particolare, le PDA sottoposte al Cliente presenteranno: - un campo vuoto accanto alla seguente dicitura: “*Ai sensi del Codice del Consumo il Cliente chiede a Fastweb di procedere con l'esecuzione immediata del Contratto senza attendere i 14 giorni dalla conclusione dello stesso per l'esercizio del diritto di recesso. In tal caso qualora il Cliente receda dal contratto prima della scadenza dei 14 giorni, Fastweb applicherà i costi di cui all'art. 16, comma 2, delle condizioni generali di contratto*” e - un altro campo vuoto accanto alla seguente dicitura: “*Il Cliente chiede a Fastweb di attendere i 14 giorni dalla conclusione del Contratto per l'esercizio del diritto di recesso prima di procedere con l'esecuzione del Contratto stesso*”. A seconda del canale di vendita, il Cliente avrà dunque la facoltà di opzionare, mediante una espressa richiesta, l'avvio delle procedure di attivazione e/o migrazione da altro

operatore durante la pendenza del periodo di recesso, inserendo il *flag* (in caso di contratti stipulati *online*) o mettendo una crocetta (in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali) nei campi liberi sopra indicati.

51. Considerato che tutte le informazioni relative alla possibilità di dare o meno immediata esecuzione al contratto e alle relative conseguenze economiche sono fornite al cliente in fase precontrattuale, le stesse informazioni non saranno ribadite anche in sede di *check call* che, per l'effetto, manterrà la funzione di controllo della qualità della vendita e di ulteriore verifica dell'effettiva volontà del cliente di attivare i servizi con Fastweb con possibili effetti bloccanti, ma non prevedrà la possibilità per il cliente di cambiare – in tale sede - idea in ordine alla attivazione anticipata del contratto rispetto a quanto richiesto in occasione della sottoscrizione della PDA via *web* o fuori dai locali commerciali.

52. Quanto alla condotta *sub d)*, Fastweb inserirà nell'art. 3.1 delle condizioni generali di contratto specifica indicazione che *“la Proposta potrà essere revocata dal Cliente, senza dover fornire alcuna motivazione e senza alcun costo, mediante registrazione vocale tramite Customer Care, apposito modulo reperibile sul sito www.fastweb.it nella sezione modulistica o altra comunicazione da inviare a Fastweb all'indirizzo di cui all'art. 10.3. La revoca della proposta da parte del Cliente porrà termine all'obbligo delle parti di concludere il contratto stipulato a distanza o fuori dei locali commerciali”*.

IV. PARERE DELL'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI

53. Poiché le condotte oggetto del presente provvedimento sono state diffuse attraverso mezzi di telecomunicazione (in particolare, tramite telefono e internet), in data 18 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.

54. 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 Fastweb 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 Fastweb), 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 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

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

- a) nell'aver omesso di fornire, in maniera chiara e comprensibile e prima che il consumatore sia vincolato da un contratto a distanza online mediante il

sito internet *www.fastweb.it* e/o negoziato fuori dei locali commerciali o da una corrispondente offerta rivolta al professionista (c.d. inversione dei ruoli) le informazioni richieste dall'art. 49, comma 1, lettera l) Cod. Cons. e, in particolare: i) dal 14 giugno 2014 ad aprile 2016, l'informazione che, nel caso di esercizio del diritto di recesso dopo aver presentato una richiesta, rispettivamente, ai sensi dell'articolo 51, comma 8, Cod. Cons. e dell'articolo 50, comma 3, Cod. Cons., egli è responsabile del pagamento al professionista dei costi indicati dall'articolo 57, comma 3, Cod. Cons.; ii) da maggio 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;

b) nella conclusione di contratti a distanza *online* mediante il sito internet *www.fastweb.it* e/o negoziati fuori dei locali commerciali ovvero nell'acquisizione di una proposta rivolta dal consumatore a Fastweb, 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, rispettivamente, dall'art. 51, comma 8, Cod. Cons. e dall'art. 50 comma 3, 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 o fuori dei locali commerciali in assenza di tale volontà;

c) in assenza dell'informativa di cui all'art. 49 lettera l) Cod. Cons. e, comunque, in assenza della richiesta esplicita di cui all'art. 51, comma 8, Cod. Cons. ovvero dell'art. 50, comma 3, Cod. Cons., nella richiesta e/o nell'addebito al consumatore che eserciti il diritto di ripensamento da un contratto a distanza *online* e/o negoziato fuori dei locali commerciali di costi relativi *"ai costi del servizio o dei consumi che non rientrano negli importi mensili"* che, oltre a non essere dovuti, appaiono, in ogni caso, superiori a quanto previsto dall'art. 57, comma 3, Cod. Cons. *"sino al momento in cui il consumatore ha informato il professionista dell'esercizio del diritto di recesso"*;

d) nell'acquisizione a distanza mediante il sito internet *www.fastweb.it* e/o in occasione di contratti negoziati fuori dei locali commerciali di una proposta vincolante rivolta dai consumatori a Fastweb, senza informarli e senza consentire loro di esercitare sin da subito il diritto di ripensamento di cui all'art. 52 Cod. Cons. secondo le modalità di esercizio previste dall'art.

54 Cod. Cons. e con i conseguenti effetti previsti dall'art. 55, comma 1 lettera b), Cod. Cons. sull'obbligo del consumatore di concludere il contratto, prevedendo unicamente che la proposta del consumatore possa essere *revocata in forma scritta tramite raccomandata A/R* finché il contratto non sia concluso.

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

57. 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 dell'altre e poste in essere in violazione di disposizioni che assolvono a diverse funzioni.

Condotta sub a)

58. Dalle evidenze in atti emerge che il professionista ha concluso contratti a distanza (*online* mediante il sito internet *www.fastweb.it*) e contratti negoziati fuori dei locali commerciali aventi ad oggetto servizi di telefonia fissa anche in abbinamento al servizio dati, 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.

59. 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.*".

60. Nel caso di specie, come confermato dalle risultanze istruttorie, da giugno 2014 e almeno sino al mese di aprile 2016, il professionista non ha fornito l'informazione in merito alla circostanza che, nel caso di esercizio del diritto di recesso dopo aver presentato una richiesta, rispettivamente, ai sensi dell'articolo 51, comma 8 o dell'art. 50, comma 3, del Codice del Consumo, il consumatore è responsabile del pagamento al professionista dei costi indicati nell'articolo 57, comma 3, del Codice del Consumo.

61. Inoltre, da maggio 2016 ad oggi, l'articolo dedicato al diritto di recesso presenta il seguente testo: *“Fermo restando quanto sopra previsto, qualora il Contratto Fastweb sia stato stipulato fuori dei locali commerciali in presenza di un funzionario di vendita Fastweb o nel caso in cui il Contratto sia stato stipulato a distanza, il Cliente potrà altresì recedere entro 14 (quattordici) giorni dalla conclusione del Contratto mediante registrazione vocale tramite Customer Care, apposito modulo reperibile sul sito www.fastweb.it nella sezione modulistica o altra comunicazione da inviare a Fastweb all'indirizzo di cui all'articolo 10.3 con eventuale addebito pro quota dei costi del Servizio e/o di consumi che non rientrano negli Importi Mensili”*.

62. Pertanto, da un lato, non viene specificato che i costi possono essere richiesti *“fino al momento in cui il consumatore ha informato il professionista dell'esercizio del diritto di recesso”*, così come previsto dall'art. 57 comma 3 Cod. Cons., dall'altro lato, non viene chiarito che, così come indicato dalla stessa norma, 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.

63. 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. (e dall'art. 50, comma 3 Cod. Cons.) sia stata espressamente richiesta dal consumatore.

64. 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 conclusione del contratto fuori dei locali commerciali sono predefinite unilateralmente dal professionista.

65. L'informazione *de quo*, rappresenta, peraltro, uno strumento di tutela di cui il consumatore gode per verificare l'aderenza delle procedure seguite dal professionista alle prescrizioni di cui agli artt. 50, comma 3 e 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.

66. In conclusione, per le considerazioni che precedono, la condotta di Fastweb consistente nella conclusione di contratti a distanza (online mediante il sito internet *www.fastweb.it*), nonché fuori dei locali commerciali, 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)

67. Dalle risultanze istruttorie emerge, altresì, che per i contratti a distanza aventi ad oggetto servizi di telefonia fissa anche in abbinamento al servizio dati (conclusi tramite il sito internet *www.fastweb.it*) e per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali 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 dal legislatore, rispettivamente, negli articoli 51, comma 8 e 50, comma 3, del Codice del Consumo al fine di salvaguardare l'autodeterminazione del consumatore.

68. Come noto, prima dell'entrata in vigore del Decreto Legislativo 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*".

69. Rispetto alla originaria disciplina, il Decreto Legislativo 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 diritto⁷ - prevedono che sia il consumatore a dover

⁷ 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

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

70. 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”*. Allo stesso modo, per i contratti negoziati fuori dai locali commerciali, l'art. 50, comma 3, Cod. Cons. di attuazione dell'art. 7, comma 2, della Direttiva 2011/83/UE prevede che: *“Se un consumatore vuole che la prestazione dei servizi (...) 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”*.

71. Il tenore testuale delle due disposizioni che contengono 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 gli artt. 50, comma 3 e 51, comma 8, sono richiamati *“il consumatore non ha espressamente chiesto”* (di cui all'art. 57, comma 4, punto 2), lasciano intendere chiaramente che nei contratti a distanza così come nei contratti negoziati fuori dei locali commerciali, 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.

72. 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.

73. A ciò si aggiunga che, la previsione 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

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.

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.

74. 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.

75. 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.

76. Nel caso di specie, pertanto, diversamente da quanto argomentato nelle proprie difese da Fastweb, le previsioni contenute nell'art. 50, comma 3 e nell'art. 51, comma 8, Cod. Cons. che riproducono pedissequamente l'art. 7, comma 2 e l'art. 8, comma 8, della Direttiva 2011/83/Ue di massima armonizzazione, sono del tutto compatibili 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.

77. Peraltro, le disposizioni di settore, non potrebbero in ogni caso

considerarsi prevalenti rispetto alle norme contenute nell'art. 50, comma 3 e 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.

78. Invero, quanto evidenziato dal professionista e dalla stessa AGCOM 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 dagli artt. 50, comma 3 e 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”*).

79. Nel caso di specie, come evidenziato, nell'ambito dei contratti a distanza conclusi tramite web la pagina di riepilogo contiene in fondo alla sezione *“Informazioni per il consumatore”* la dicitura *“autorizzo fastweb a procedere subito con l'esecuzione del contratto”* con il relativo box *pre-flaggato*, che di per sé, come evidenziato anche in sede europea, non integra una autonoma richiesta esplicita.

80. Al riguardo, infatti, rispetto alle corrispondenti disposizioni della Direttiva 2011/83/UE (art. 7, paragrafo 3 e articolo 8 paragrafo 8) nelle linee Guida della Commissione Europea sulla Direttiva 2011/83/UE si legge: *“per analogia con le norme sui pagamenti supplementari di cui all'art. 22 [attuato in Italia dall'art. 65 Cod. Cons.] l'espressione “esplicita richiesta” va interpretata come un elemento dell'azione positiva del consumatore, come contrassegnare una casella sul sito web. L'utilizzo di una casella pre-contrassegnata o di una clausola in tal senso nelle condizioni generali non soddisfa questi obblighi”*.

81. Inoltre, Fastweb procede ad anticipare l'esecuzione del contratto durante la pendenza del diritto di recesso anche nel caso in cui il consumatore abbia de-flaggato il predetto box. Difatti, dalle evidenze agli atti emerge che le fasi

che caratterizzano l'esecuzione immediata del contratto nel canale *web* e il contenuto della *check call*, non cambiano qualora il consumatore abbia de-flaggato il *box* posto sotto la dicitura "*autorizzo fastweb a procedere subito con l'esecuzione del contratto*".

82. Nel caso dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali, il modulo che viene fatto sottoscrivere al cliente contiene nella sezione "*sottoscrizione*", tra gli altri, un *box* vuoto accanto alla seguente affermazione: "*ai sensi del Codice del Consumo il cliente richiede a Fastweb di procedere con l'esecuzione immediata del contratto*" che, secondo le dichiarazioni di Fastweb, il cliente è obbligato a selezionare pena la mancata conclusione del contratto.

83. Pertanto, sia nei contratti a distanza via *web* che negoziati fuori dei locali commerciali, Fastweb procede ad attivare il servizio e/o ad avviare le procedure di *provisioning*, senza contemplare la possibilità del consumatore di poter richiedere espressamente e consapevolmente che la prestazione del servizio avvenga nella pendenza del termine per l'esercizio del diritto di ripensamento così come richiesto dall'art. 51, comma 8, e dall'art. 50, comma 3, Cod. Cons..

84. Secondo Fastweb, la conferma del fatto che il consumatore voglia procedere con l'attivazione ivi compreso il caso in cui abbia de-flaggato il *box* presente *online*, verrebbe acquisita durante una *check call* non registrata, nel corso della quale, peraltro, così come risulterebbe da *istruzioni interne* relative al "*processo di gestione dei contratti a distanza nato per adempiere alla normativa che prevede per i contratti telefonici la conferma da parte del cliente della ricezione del modulo riepilogativo e delle condizioni di contratto*", l'operatore consentirebbe al consumatore anche di comunicare la propria volontà di non proseguire con l'attivazione immediata dei servizi Fastweb. In questa ipotesi, l'operatore sospenderebbe momentaneamente l'avvio dell'ordine di attivazione/migrazione con un successivo inserimento manuale dei dati sui sistemi una volta decorso il termine di 14 giorni di cui all'art. 52 del Codice del Consumo.

85. Al riguardo, giova evidenziare che né la *mail* di benvenuto dove vengono descritti gli *step* di *provisioning* inviata al cliente - a distanza di due ore dal *click* sul pulsante "*conferma*" ovvero, nel caso dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali, dopo l'inserimento a sistema dei dati contenuti nel modulo sottoscritto dal consumatore - e comunque prima della *telefonata*, né gli *script* acquisiti agli atti e relativi alle *check call* effettuate nel caso dei contratti a distanza via *web* e negoziati fuori dei locali commerciali,

contengono alcuna specifica domanda sul punto⁸.

86. In particolare, sia dalla *mail*⁹ che dal contenuto degli *script*, emerge che la *check call* è essenzialmente orientata a verificare l'esattezza dei dati rilasciati dal cliente per l'attivazione dei servizi e non anche ad acquisire la sua manifestazione di volontà di procedere con l'avvio della attivazione del servizio e/o delle procedure di *provisioning*, durante il periodo di recesso.

87. Inoltre, deve osservarsi che le *istruzioni interne* richiamate dall'operatore, risultano riferite al processo di acquisizione dei clienti tramite *teleselling*, estraneo al presente procedimento, e non anche ai contratti a distanza via web e negoziati fuori dei locali commerciali.

88. In proposito, la stessa Fastweb ha a più riprese evidenziato che la possibilità per il cliente di opzionare, mediante una espressa richiesta, l'avvio delle procedure di attivazione e/o migrazione da altro operatore durante la pendenza del periodo di ripensamento, è prevista con riferimento ai contratti a distanza conclusi per telefono¹⁰, mentre per nessun canale oggetto del procedimento (*online* e fuori dai locali commerciali) 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 operatore¹¹.

89. In ogni caso, si rileva che una *check call* non registrata quale ulteriore momento in cui acquisire la manifestazione di volontà del cliente di procedere con l'esecuzione immediata del contratto, nel corso della quale secondo Fastweb il consumatore può modificare la volontà espressa per iscritto (nel caso dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali)¹² o tramite la *de-flaggatura* dello spazio inserito nella procedura di acquisto *online* (contratti a distanza) di non richiedere la suddetta anticipazione, si pone in aperto contrasto con quanto stabilito dalla disciplina *consumer rights*.

90. Difatti, per un verso, l'art. 50, comma 3, Cod. Cons. in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali prevede testualmente che la suddetta richiesta debba essere effettuata su un "*supporto durevole*"

⁸ Ciò è quanto dichiarato dalla stessa Fastweb in sede ispettiva. Cfr. doc. n. 7 dell'indice del fascicolo.

⁹ Nella seconda mail di benvenuto, come già evidenziato, si legge: "Un nostro operatore ti chiamerà per verificare alcuni dati importanti per l'attivazione dei servizi".

¹⁰ Cfr. verbale audizione dell'8 febbraio 2017 p. 2, doc. 15 dell'indice del fascicolo.

¹¹ Cfr. Verbale di accertamento ispettivo p. 3, doc. n. 7 dell'indice del fascicolo.

¹² Come visto in precedenza, tale caso è comunque del tutto teorico in quanto il cliente è obbligato a selezionare il box di richiesta di esecuzione anticipata pena la mancata conclusione del contratto.

requisito, come noto, assente nel caso di un telefonata non registrata¹³; per altro verso, nel caso di contratti conclusi con mezzi elettronici ossia tramite il web l'art. 51, comma 8 Cod. Cons. presuppone che la richiesta venga inoltrata con lo stesso mezzo di comunicazione a distanza utilizzato per concludere il contratto o effettuare l'ordine¹⁴.

91. Pertanto, la condotta di Fastweb - consistente nella conclusione di contratti a distanza (*online* mediante il sito internet *www.fastweb.it*) e fuori dei locali commerciali 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 anche in assenza di tale volontà - integra, rispettivamente, una violazione dell'art. 50, comma 3, e dell'art. 51, comma 8, Cod. Cons..

Condotta sub c)

92. 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. e dell'art. 50, comma 3 Cod. Cons. che un eventuale esercizio del diritto di recesso nell'ambito di prestazioni di servizi inerenti a contratti negoziati a distanza o fuori dei locali commerciali 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.

93. 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

¹³ Cfr. sul punto quanto osservato nei provvedimenti in materia di teleselling adottati dall'Autorità. In particolare, Provv. 2 dicembre 2015, PS/9880 – Fastweb procedure di teleselling, in Boll. 47/2015.

¹⁴ Osservazioni analoghe valgono per i contratti che devono essere conclusi per telefono. Difatti, nel caso del teleselling anche tale richiesta, essendo parte integrante della conferma dell'offerta e/o dell'accettazione (a seconda del ruolo svolto dal consumatore di proponente o di oblatore) non potrà che seguire le stesse forme indicate dall'art. 51, comma 6 e dovrà dunque essere acquisita o per iscritto o mediante supporto durevole.

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 esecuzione anticipata (n. 1)¹⁵.

94. 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.

95. Nel caso di specie, sia nel caso dei contratti a distanza (*online*) che negoziati fuori dei locali commerciali, 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 Fastweb, è tenuto a sostenere i costi a consumo e nel caso delle offerte *flat* il pro-quota dei giorni di utilizzo del servizio relativi al traffico generato con Fastweb, fino o alla fase di conclusione della migrazione con altro operatore (rientro con precedente o migrazione ad altro operatore), o al momento della cessazione della linea con conseguente perdita del numero.

96. 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. e 50, comma 3, del Codice del Consumo, il professionista ha richiesto e/o addebitato al consumatore che eserciti il diritto di ripensamento, somme a titolo di costi non dovuti.

97. Richiesta e/o addebito che, in ogni caso, 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 fino al completamento della procedura di migrazione/portabilità, 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.

¹⁵ 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”.

98. Né appaiono condivisibili le argomentazioni difensive spese dall'operatore secondo cui, l'esercizio del diritto di ripensamento da parte del consumatore che manifesti contestualmente la volontà di attivare una procedura di cambio operatore (rientro con il precedente operatore ovvero migrazione verso un nuovo operatore), dovrebbe necessariamente comportare una remunerazione per l'impresa sino al completamento della migrazione così come avviene nel settore dell'energia elettrica e del gas.

99. Difatti, in assenza di un *"atto dell'Unione Europea"* che, nel settore di riferimento preveda, ai sensi dell'art. 46 comma 2, Cod. Cons.¹⁶ 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.

100. 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 dall'operatore 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.

101. 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 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.

¹⁶ 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".

102. 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 “*ai costi del servizio e/o di consumi che non rientrano negli importi mensili*”, si pone in contrasto con l’art. 57, commi 3 e 4, lettera a) del Codice del Consumo.

Condotta sub d)

103. Infine, le risultanze istruttorie evidenziano che il professionista procede ad acquisire a distanza mediante il sito internet www.fastweb.it ovvero in occasione di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, una proposta vincolante rivolta dai consumatori a Fastweb prevedendo nelle condizioni generali di contratto unicamente che la proposta possa essere *revocata* in forma scritta tramite raccomandata A/R finché il contratto non sia concluso, senza informarli e senza consentire loro di esercitare sin da subito il *diritto di ripensamento* di cui all’art. 52 del Codice del Consumo.

104. Al riguardo, deve considerarsi che, se è vero, da un lato, che ai sensi dell’art. 52 Cod. Cons. il termine per l’esercizio del diritto di recesso decorre, nel caso di contratti di servizio, dalla loro conclusione è anche vero che la *fictio iuris* adottata da Fastweb, secondo la quale è il consumatore ad effettuare una proposta al professionista che poi procederà ad accettarla in un momento successivo, qualora il “periodo di recesso” venisse fatto decorrere dal momento della conclusione del contratto, determinerebbe una elusione normativa.

105. La previsione deve 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*”.

106. Appare dunque chiaro che, in presenza di una offerta fatta al professionista dal consumatore, quest’ultimo 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.

107. In altri termini, il consumatore potrà in questo caso decidere se avvalersi della sua ordinaria facoltà di revoca ovvero se attivare immediatamente il “recesso” che il legislatore gli concede in via eccezionale,

anche rispetto all'atto pre-negoziale da lui sottoscritto con il precipuo scopo di garantire il suo interesse ad uscire immediatamente dall'affare, senza formalità e, soprattutto, senza i limiti e con le possibili conseguenze che, ordinariamente, l'art. 1328 c.c. ricollega alla revoca della proposta contrattuale.

108. Pertanto, la previsione contrattuale che si riferisce alla sola "revoca" della proposta da esercitarsi mediante invio di raccomandata A/R, si pone in evidente contrasto, non solo, per quanto evidenziato, con l'art. 55, comma 1, lettera *b*) Cod. Cons. ma anche con gli artt. 49, comma 1, lettera *h*) e 54, commi 1, 2 e 3 che disciplinano rispettivamente l'obbligo informativo del professionista in materia di recesso e le modalità di esercizio del diritto.

109. Né la prassi applicativa invocata dal professionista di consentire al consumatore di esercitare il diritto di ripensamento di cui all'art. 52 del Codice del Consumo sin dal momento in cui viene formulata la proposta di abbonamento appare idonea ad escludere l'illiceità della condotta che, lo si ribadisce, risulta integrata dalla previsione contrattuale in sé.

110. In conclusione, per le considerazioni che precedono, la circostanza che Fastweb proceda ad acquisire a distanza mediante il sito internet *www.fastweb.it* ovvero in occasione di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, una proposta vincolante rivolta dai consumatori a Fastweb prevedendo unicamente che la proposta possa essere *revocata* in forma scritta senza informarli in merito alla facoltà di esercitare il diritto di ripensamento di cui all'art. 52 Cod. Cons., e senza consentire loro l'esercizio di tale diritto, anche prima della conclusione del contratto, integra una violazione degli artt. 49, comma 1, lettera *h*), 54, commi 1, 2 e 3 nonché 55, comma 1, lettera *b*), del Codice del Consumo.

VI. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

111. 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.

112. 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).

113. 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.

114. 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 più di 1 miliardo e 700 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 un canale di vendita a distanza (via *web*) nonché in relazione ai contratti negoziati fuori dei locali commerciali.

115. 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.

116. Sulla base di tali elementi, rispetto alla condotta *sub a)*, si ritiene di determinare l'importo base della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a Fastweb S.p.A. nella misura di 350.000 € (trecentocinquantamila euro).

117. In considerazione del fatto che sussiste, nel caso di specie, una circostanza aggravante, in quanto il professionista risulta essere destinatario di altro provvedimento in materia di diritti dei consumatori nei contratti¹⁷, si ritiene di determinare l'importo della sanzione nella misura di 450.000 € (quattrocentocinquantamila euro).

118. 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 più di 1 miliardo e 700 milioni. Si tiene, altresì, conto della circostanza che la condotta pur essendo stata realizzata in un contesto di prima applicazione degli artt. 50, comma 3 e dell'art. 51, comma 8, Cod. Cons. è stata posta in essere nell'ambito di un

¹⁷ Cfr. Prov. n. 25755 del 2 dicembre 2015, PS/9880 Fastweb teleselling, in. Boll. 47/2015.

canale di vendita a distanza (via web) ed ha riguardato, altresì, i contratti negoziati fuori dei locali commerciali. Rileva, inoltre, la circostanza che il professionista non tiene conto di quanto espresso dal consumatore nell'ambito della procedura di acquisto *online* mediante la de-flaggatura del *box* posto accanto alla dicitura "*autorizzo fastweb a procedere subito con l'esecuzione del contratto*" e procede ad anticipare l'esecuzione del contratto durante la pendenza del periodo di recesso. Si considera, infine, 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.

119. 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 degli artt. 50, comma 3 e 51 comma 8 del Codice del consumo nella loro attuale formulazione, ed è tuttora in corso.

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

121. In considerazione del fatto che sussiste, nel caso di specie, una circostanza aggravante in quanto il professionista risulta essere destinatario di altro provvedimento in materia di diritti dei consumatori nei contratti¹⁸, si ritiene di determinare l'importo della sanzione nella misura di 700.000 € (settecentomila euro).

122. 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 più di 1 miliardo e 700 milioni e della circostanza che la condotta illecita è stata posta in essere nell'ambito di un canale di vendita a distanza (via web) ed ha riguardato, altresì, i contratti negoziati fuori dei locali commerciali. Rileva, inoltre la circostanza che la condotta illecita è stata posta in essere in un contesto di prima applicazione degli artt. 57, comma 3 e comma 4 del codice del consumo.

123. 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.

124. Sulla base di tali elementi, rispetto alla condotta *sub c)*, si ritiene di determinare l'importo base della sanzione amministrativa pecuniaria

¹⁸ Cfr. Prov. n. 25755 del 2 dicembre 2015, PS/9880 Fastweb teleselling, in. Boll. 47/2015.

applicabile a Fastweb S.p.A. nella misura di 300.000 € (trecentomila euro).

125. In considerazione del fatto che sussiste, nel caso di specie, una circostanza aggravante in quanto il professionista risulta essere destinatario di altro provvedimento in materia di diritti dei consumatori nei contratti¹⁹, si ritiene di determinare l'importo della sanzione nella misura di 400.000 € (quattrocentomila euro).

126. 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 più di 1 miliardo e 700 milioni e della circostanza che la condotta illecita è stata posta in essere nell'ambito di un canale di vendita a distanza (via web) ed ha riguardato, altresì, i contratti negoziati fuori dei locali commerciali. Rileva, inoltre che la condotta integra la violazione di tre diverse disposizioni concernenti il diritto di recesso.

127. Sulla base di tali elementi, rispetto alla condotta *sub d)*, si ritiene di determinare l'importo base della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a Fastweb S.p.A. nella misura di 350.000 € (trecentocinquantamila euro).

128. In considerazione del fatto che sussiste, nel caso di specie, una circostanza aggravante in quanto il professionista risulta essere destinatario di altro provvedimento in materia di diritti dei consumatori nei contratti²⁰, si ritiene di determinare l'importo della sanzione nella misura di 450.000 € (quattrocentocinquantamila 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. 50, comma 3, e dell'art. 51, comma 8, del codice del consumo, in

¹⁹ Cfr. Provv. n. 25755 del 2 dicembre 2015, PS/9880 Fastweb teleselling, in. Boll. 47/2015.

²⁰ Cfr. Provv. n. 25755 del 2 dicembre 2015, PS/9880 Fastweb teleselling, in. Boll. 47/2015.

quanto il professionista ha concluso contratti a distanza *online* mediante il sito internet *www.fastweb.it* e negoziato contratti fuori dei locali commerciali 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 (*online*) e fuori dei locali commerciali che non contemplano la richiesta esplicita rispettivamente richiesta dagli artt. 51, comma 8, e 50, comma 3, 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)*, 54, commi 1, 2 e 3, nonché 55, comma 1, lettera *b)*, del Codice del Consumo, atteso che il professionista procede ad acquisire a distanza mediante il sito internet *www.fastweb.it* ovvero in occasione di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, una proposta vincolante rivolta dai consumatori a Fastweb prevedendo unicamente che la proposta possa essere *revocata* in forma scritta tramite raccomandata A/R finché il contratto non sia concluso, senza informarli in merito alla facoltà loro attribuita dalla legge di esercitare sin da subito il diritto di ripensamento di cui all'art. 52 del Codice del Consumo, e senza consentire loro l'esercizio di tale diritto.

DELIBERA

- a) che la condotta descritta al punto II, lettera a), del presente provvedimento, posta in essere dalla società Fastweb 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 Fastweb S.p.A., costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una condotta illecita in violazione degli artt. 50, comma 3, e 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 Fastweb 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 Fastweb 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), 54, commi 1, 2 e 3, 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 Fastweb S.p.A. una sanzione amministrativa pecuniaria di 450.000 € (quattrocentocinquantamila euro);
- f) che, con riferimento alla condotta *sub* b) sia irrogata alla società Fastweb S.p.A. una sanzione amministrativa pecuniaria di 700.000 € (settecentomila euro);
- g) che, con riferimento alla condotta *sub* c) sia irrogata alla società Fastweb S.p.A. una sanzione amministrativa pecuniaria di 400.000 € (quattrocentomila euro);

h) che, con riferimento alla condotta *sub d)* sia irrogata alla società Fastweb S.p.A. una sanzione amministrativa pecuniaria di 450.000 € (quattrocentocinquantamila 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

