

DELIBERA N. 32/21/CONS

**ORDINANZA INGIUNZIONE NEI CONFRONTI DELLA SOCIETÀ WIND
TRE S.P.A. PER LA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 70, COMMI 1 E 4, DEL
DECRETO LEGISLATIVO 1° AGOSTO 2003, N. 259
(CONTESTAZIONE N. 16/20/DTC)**

L'AUTORITÀ

NELLA riunione di Consiglio del 4 febbraio 2021;

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

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

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

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

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

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

VISTA la delibera n. 223/12/CONS, del 27 aprile 2012, recante *“Adozione del nuovo Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità”*, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 696/20/CONS;

VISTA la delibera n. 410/14/CONS, del 29 luglio 2014, ed il relativo Allegato A, recante *“Regolamento di procedura in materia di sanzioni amministrative e impegni e consultazione pubblica sul documento recante «Linee guida sulla quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni»”*, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 697/20/CONS e di seguito *“Regolamento”*;

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

VISTO l'atto del Direttore della Direzione tutela dei consumatori n. 16/20/DTC, del 6 ottobre 2020, notificato in pari data alla società Wind Tre S.p.A. (di seguito la "Società" o "Wind Tre");

VISTA la nota del 5 novembre 2020 con cui Wind Tre ha trasmesso la propria memoria difensiva, contenente anche una proposta preliminare di impegni ai sensi dell'art. 13 del *Regolamento*, e ha chiesto di essere sentita in audizione ai sensi dell'art. 9 del medesimo *Regolamento*;

SENTITA la Società nel corso dell'audizione tenutasi in data 16 novembre 2020;

VISTA la nota del 25 novembre 2020 con cui Wind Tre ha trasmesso la proposta definitiva di impegni;

VISTA la decisione del Consiglio, all'esito della riunione del 21 gennaio 2021, di inammissibilità della predetta proposta di impegni;

VISTA la nota del 25 gennaio 2021 con cui è stata comunicata alla Società la decisione di inammissibilità della proposta di impegni;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Il fatto e la contestazione

A partire dal mese di agosto 2020, sono pervenute a questa Autorità diverse segnalazioni di utenti che hanno lamentato di aver ricevuto, da parte di Wind Tre, e per offerte di tipo mobile a brand "Wind", un SMS del seguente tenore: *"Modifiche contratto: dal 23/9 (ndr o data successiva) la tua offerta cambia. Costo 4 E/mese con traffico incluso di pari importo, chiamate Naz a 29c/minuto no scatto/risp e tariff a sec, sms 29Ec, 1 GB a 99Ec/giorno. Recesso senza costi da web. Racc. A/R, PEC, 159, negozi o cambio operatore fino al giorno prima della variazione. Maggiori info su sito Wind Tre menu Wind Tre informa"*. Inoltre, i segnalanti hanno evidenziato che la Società, sia per iscritto che tramite gli addetti del *call center*, ha precluso la possibilità di passare gratuitamente ad altro piano a consumo senza costi fissi, in violazione della normativa vigente.

Al fine di verificare quanto segnalato dai predetti utenti, in data 2 settembre 2020 sono state svolte verifiche d'ufficio, mediante la consultazione dei documenti presenti sul sito aziendale www.windtre.it e, con nota del 3 settembre 2020 con prot. n. 0358153, è stata inviata una richiesta di documenti e informazioni alla quale la Società ha fornito riscontro, con nota acquisita con prot. n. 0379098 del 17 settembre 2020, dichiarando, tra l'altro che:

- il numero di clienti a consumo coinvolti è (*omissis*) e nessuno di loro ha un'opzione attiva sulla propria SIM;

- le SIM native *Machine to Machine*, ossia quelle destinate a essere utilizzate nei sistemi di allarme o simili, non sono oggetto della variazione economica in discorso;
- i piani coinvolti dalla variazione tariffaria, e che hanno ricevuto apposita comunicazione di avviso, sono Wind1, “Wind Easy”, Pre Wind 12 2011, Wind 12, Easy Wind 5 euro, Wind 12 (LIS185) 2011, Wind Basic, Wind Senza scatto, Wind al secondo, Wind al secondo-1€, Super Senza scatto 2011, Be Wind New Euro 5+5, Be Wind New 5 euro;
- i clienti coinvolti da tale variazione hanno ricevuto comunicazione tramite SMS di cui si riporta il testo a seguire *“Modifiche contratto: dal 23/9 la tua offerta cambia. Costo 4E/mese con traffico incluso di pari importo, chiamate Naz a 29Ec/min no scatto/risp e tariff a sec, SMS 29Ec, 1GB a 99Ec/giorno. Recesso senza costi da web, Racc. A/R, PEC, 159, negozi o cambio operatore fino al giorno prima della variazione. Maggiori info sul sito WINDTRE menu WINDTRE Informa”* e tale comunicazione è stata inserita anche sui canali web, quali sito internet della Società nella sezione *“WINDTRE informa”* e sull’App WINDTRE nella sezione *“News”*;
- il periodo di diffusione della comunicazione è compreso tra il 19 agosto 2020 e il 30 settembre 2020;
- alla data del 31 agosto 2020, risultano inviati complessivamente **(omissis)** SMS relativi alla comunicazione della variazione economica dei piani tariffari a consumo. Di questi, risultano consegnati il **(omissis)** del totale inviato, corrispondente a **(omissis)** SMS. Per coloro i quali non avessero ricevuto il messaggio informativo, è previsto il *retry message* per 48 ore;
- il cliente può esercitare il diritto di recesso dai servizi Wind Tre o passare a un altro operatore senza penali né costi di disattivazione entro 30 giorni dalla ricezione dello specifico SMS. Per rafforzare la tutela dei clienti coinvolti dall’attività in corso, Wind Tre consentirà l’esercizio del diritto di recesso senza costi anche oltre il periodo previsto dal messaggio ricevuto da ciascun cliente fino a 15 giorni successivi alla data di scadenza. In tal caso, Wind Tre restituirà al cliente che avesse esercitato tardivamente il diritto di recesso l’importo del canone laddove risultasse la mancanza dell’utilizzo del servizio;
- alla data del 15 settembre 2020, il numero di clienti che ha esercitato il diritto di recesso, con disattivazione della SIM o passaggio verso altro operatore, è pari complessivamente a **(omissis)** unità;
- il costo fisso introdotto con la variazione in oggetto non si applica ai piani che hanno un’opzione che include un determinato *plafond* di servizi voce, SMS e dati;
- il piano base di pre-attivazione per le nuove SIM è denominato *Basic*;
- i piani a consumo compatibili con le opzioni attualmente sottoscrivibili sono il piano *Basic* e il piano *Easy*, anche quest’ultimo attivabile da chi è già cliente gratuitamente e alternativo al primo. Entrambi non prevedono costi ricorsivi, né costi di cambio piano, ma si differenziano per quanto riguarda la tariffazione applicata;
- il cliente che non accetta la modifica contrattuale in oggetto può chiedere l’attivazione del piano base *Easy* o *Basic*, contattando il Servizio clienti o presentandosi presso un punto vendita Wind Tre. L’attivazione è gratuita, così come indicato nella descrizione di tali piani a consumo presente sul sito aziendale e presso i punti vendita;

- nel periodo compreso dal 19 agosto all'8 settembre 2020, il numero di richieste ricevute è di (*omissis*), comprendente sia le richieste di informazioni che i reclami. Il Servizio clienti fornisce le informazioni richieste, gestendo l'eventuale recesso senza costi, e consentendo, al cliente che lo richieda, di sottoscrivere un'offerta diversa o il piano base *Easy* o *Basic*;
- al fine di una corretta e univoca gestione dei clienti da parte degli operatori di *Call center*, sono stati predisposti degli *script* contenenti le domande maggiormente poste da parte dei clienti. In esse si evince come le informazioni che vengono fornite ai clienti siano complete ed esaustive al fine di una corretta gestione e soddisfacimento del cliente;
- la modifica delle condizioni descritta si è resa necessaria per rispondere al fenomeno dell'utilizzo della SIM per ricevere comunicazioni telefoniche IP su copertura *wi-fi* usando comunque il numero di telefono. Tale pratica comporta l'impossibilità di recuperare i costi sostenuti per l'operatore e necessita di una risposta innovativa volta a consentirne la prosecuzione (per rispettare la libertà dei clienti), rispettando la necessità del recupero dei costi per gli operatori che forniscono la numerazione. In ogni caso, il cliente interessato ha modo in ogni momento di passare a un profilo a puro consumo che presenta tuttavia condizioni tariffarie unitarie meno economiche.

A partire dal mese di settembre 2020, inoltre, sono pervenute segnalazioni da parte di utenti che hanno lamentato di aver ricevuto dalla medesima Società, per offerte con *brand* "3" su SIM a consumo, un SMS contenente una comunicazione relativa alla modifica delle condizioni di tali offerte a decorrere dal 5 ottobre 2020, consistente nell'introduzione di un costo fisso mensile pari a 4,00 euro, e i rifiuti opposti dalla Società in merito alle richieste di passaggio verso altro piano a consumo senza costi fissi. Anche in tal caso sono state svolte, in data 24 settembre 2020, verifiche d'ufficio mediante la consultazione dei documenti presenti sul sito aziendale www.windtre.it, dalle quali è emerso che Wind Tre ha pubblicato una successiva informativa, concernente la variazione delle condizioni di offerta dei piani tariffari di telefonia mobile prepagata a consumo a marchio "3", concernente l'introduzione, a decorrere dal 5 ottobre 2020, di un costo fisso mensile pari a 4,00 euro per i piani a consumo ivi elencati.

Sulla base della documentazione acquisita, quindi, si è potuto constatare che Wind Tre ha addebitato a numerosi utenti intestatari di SIM con piani base "a consumo" un costo fisso mensile in virtù di una pretesa modifica contrattuale, ponendo in essere, invece, una vera e propria novazione del contratto sotto il profilo oggettivo, introducendo una condizione contrattuale *ex novo* che ne ha mutato radicalmente la natura (da piano "a consumo" a piano con costo fisso mensile).

Tanto premesso, con atto di contestazione n. 16/20/DTC, è stato avviato un procedimento sanzionatorio per la violazione dell'art. 70, commi 1 e 4, del *Codice*, condotta sanzionabile ai sensi dell'art. 98, comma 16, del medesimo *Codice*.

2. Deduzioni della società

In relazione alla condotta oggetto di contestazione, Wind Tre ha rappresentato quanto segue.

In via preliminare, la Società ha evidenziato che la manovra oggetto di contestazione è consistita in un adeguamento inevitabile al cambio epocale che sta

attraversando il settore delle telecomunicazioni e l'intera società, rappresentando l'unico modo possibile per fronteggiare i nuovi utilizzi delle SIM da parte degli utenti che determinano totale mancanza di remunerazione per gli operatori, i quali sono chiamati a compiere enormi investimenti.

La variazione economica in esame, infatti, non ha comportato l'introduzione di un "canone", così come erroneamente interpretato dai clienti che hanno presentato le proprie rimostranze in merito, bensì ha contemplato un *onere prepagato minimo mensile*, interamente riassorbito dal normale utilizzo dei servizi. Difatti, coloro i quali utilizzano la SIM in modo corretto, ricaricandola e utilizzando il credito ricaricato per fruire dei servizi, e non si avvalgono di *escamotage* per l'uso della numerazione in *wi-fi* senza pagare alcuna remunerazione alla propria rete mobile, non hanno percepito alcuna sostanziale variazione economica della propria spesa, visto che l'importo di 4,00 euro è utilizzabile interamente per effettuazione del traffico, alle condizioni indicate nell'informativa fornita. Wind Tre avrebbe potuto aumentare a tutti i clienti i costi di ciascun servizio *pay per use*, ma così facendo avrebbe inciso proprio su coloro che attuano un utilizzo normale della SIM e non su chi la usa in maniera difforme da come è stata pensata, sfruttando evoluzioni tecnologiche non previste all'epoca della diffusione sul mercato delle offerte a consumo. È per questo che la Società ha scelto, in maniera ragionata, di non aumentare i costi del servizio, ma di assicurare un minimo di traffico mensile generato dalle SIM in questione, che ne remunerasse i costi, senza gravare sui clienti, in quanto interamente fruibile.

Con l'evoluzione tecnologica in atto, infatti, sono sempre più diffusi comportamenti opportunistici da parte degli utenti che utilizzano la numerazione per usufruire di servizi legati alla connettività tramite *wi-fi*. Tali condotte, pur essendo lecite, sono tuttavia estremamente dannose per i fornitori dei servizi di telecomunicazioni, data la totale mancanza di remunerazione connessa a tali pratiche e il conseguente impiego senza remunerazione di risorse di numerazione.

Non è raro, infatti, che un utente acquisti una SIM c.d. "a consumo" per poterne sfruttare la numerazione e fruire di servizi a essa collegati, *Internet* e voce *VoIP*, tramite una connessione *wi-fi*: in tal modo viene innescato un meccanismo elusivo attraverso il quale gli operatori nazionali - che pure investono ingenti capitali e pagano regolarmente le tasse - si trovano in perdita secca non potendo guadagnare alcunché da questi clienti nei confronti dei quali vengono impiegate risorse che restano improduttive in termini di *data base* e numerazione.

In tale quadro, altri soggetti, tra i quali i c.d. OTT (*Over the Top*), si arricchiscono senza sostenere i costi per la trasmissione e la gestione della rete, potendo sfruttare l'infrastruttura a banda larga degli operatori Telco, che invece tali costi sostengono in modo continuo per l'installazione, la gestione e l'aggiornamento della rete.

Alla luce di quanto emerso, appare quindi evidente la necessità di preservare la redditività dei fornitori di servizi di telecomunicazioni che, proprio per poter assicurare una connettività capillare ed efficace, devono poter contare sulla remuneratività dei servizi messi a disposizione degli utenti, modulando le proprie offerte in funzione dei cambiamenti sociali e tecnologici in essere.

Tale premessa è, pertanto, essenziale per poter comprendere i presupposti della rimodulazione attuata e la necessità di agire per preservare il proprio investimento, visto che non si può imporre ad alcuna società commerciale di operare sottocosto.

In ordine agli addebiti formulati nell'atto di contestazione, e partendo da quanto stabilito dal primo comma dell'art.70 del *Codice*, il quale tutela la libertà di scelta degli

utenti e il loro diritto di ricevere informazioni in modo chiaro, dettagliato e facilmente comprensibile in merito al contenuto del contratto, la Società non ritiene di aver violato la norma in questione, in quanto il cliente è stato correttamente raggiunto dalla comunicazione inerente alla variazione economica in questione tramite SMS, *sito web* e nella sezione *News* dell'App Wind Tre.

La Società reputa di aver fornito ai clienti la comunicazione con adeguato anticipo, dando la possibilità di recedere dai servizi Wind Tre o passare ad altro operatore qualora non avessero accettato le modifiche suddette, consentendo anche l'esercizio del diritto di recesso senza costi oltre il periodo previsto dal messaggio ricevuto da ciascun cliente e fino a 15 giorni successivi alla data di scadenza, con restituzione dell'importo del canone, laddove fosse risultato il mancato utilizzo del servizio.

Non si è trattato, quindi, di un'imposizione arbitraria alla quale il cliente non poteva fare altro che soggiacere, bensì di una tutela messa in atto da Wind Tre per poter fronteggiare in qualche modo quei comportamenti infruttiferi nell'utilizzo delle SIM da parte di una pluralità di clienti, pari a circa la metà della platea interessata dalla variazione.

Analizzando poi la totalità dei (*omissis*) clienti coinvolti dalla variazione economica e, di questi, i (*omissis*) che hanno richiesto informazioni (tra cui sono inclusi eventuali reclami) nel periodo intercorrente dal 19 agosto al 22 ottobre 2020, si evince che la percentuale di coloro che hanno contattato il Servizio clienti in ordine alla rimodulazione in esame è stata minima e pari a circa il (*omissis*).

Per altro verso, i clienti hanno sempre potuto passare, senza costi, ad altro piano a consumo o ad altra offerta, come dimostra la circostanza che sono (*omissis*) i clienti che hanno migrato il piano della propria SIM verso uno dei piani alternativi *pay per use* "Basic" ed "Easy".

In ordine all'assunto dell'Autorità secondo cui *"le modifiche contrattuali ammissibili possono riguardare soltanto la variazione di condizioni già contemplate dal contratto e non possono risolversi in una novazione del rapporto obbligatorio (come confermato dal Consiglio di Stato con Sent. N. 08024/2019)"*, Wind Tre ha eccepito che tale lettura inserisce nella norma una disposizione che essa non contempla: l'art. 70, comma 4, del Codice dispone infatti che *"[i]l contraente, qualora non accetti le modifiche delle condizioni contrattuali da parte delle imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica, ha diritto di recedere dal contratto senza penali né costi di disattivazione. Le modifiche sono comunicate al contraente con adeguato preavviso, non inferiore a trenta giorni, e contengono le informazioni complete circa l'esercizio del diritto di recesso. L'Autorità può specificare la forma di tali comunicazioni"* senza nulla specificare in ordine alla natura di tali modifiche.

Circoscrivere le possibili *"modifiche delle condizioni contrattuali"* solo a determinate ipotesi e non ad altre, preclude al soggetto cui la norma attribuisce il diritto di variazione di adeguare la propria offerta commerciale al cambio di paradigma che l'evoluzione tecnologica e di mercato richiede, frustrando così, oltre alla *ratio* della norma, l'esigenza di ottenere una giusta remunerazione per i servizi offerti.

In sede di audizione, Wind Tre, pur confermando di aver tenuto un comportamento conforme alla normativa vigente ha, tuttavia, dichiarato di aver già attuato una nuova campagna di comunicazione via SMS nei confronti di circa (*omissis*) clienti – i quali sono parte dei (*omissis*) che avevano richiesto informazioni (tra cui sono inclusi eventuali reclami) nel periodo intercorrente dal 19 agosto al 22 ottobre 2020, al netto di coloro che hanno già effettuato una variazione di piano – proponendo il cambio di piano gratuito

verso i piani “Basic” o “Easy” e ricevendo un’adesione di circa il (*omissis*). In aggiunta, Wind Tre si è impegnata ad aggiornare, entro la fine del mese di novembre 2020, la pagina informativa sul sito aziendale concernente l’intervenuta rimodulazione, integrandola con la menzione del passaggio gratuito che può essere richiesto verso il piano “Basic” o “Easy”, a favore della totalità dei clienti rimodulati.

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

3. Valutazioni dell’Autorità

Le argomentazioni difensive sostenute dalla Società non risultano accoglibili per le seguenti motivazioni.

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

Sotto diverso profilo, in materia di modifiche contrattuali disciplinate dal comma 4 del citato art. 70, l’Autorità, con la delibera n. 519/15/CONS, ha adottato il “*Regolamento recante disposizioni a tutela degli utenti in materia di contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche*”, il quale, all’art. 3, rubricato “*Libertà di scelta degli utenti e obblighi informativi*”, impone agli operatori di adeguare i propri modelli contrattuali e adottare tutte le misure necessarie affinché gli utenti dispongano, prima della conclusione del contratto, delle informazioni elencate all’articolo 70 del *Codice*, che devono essere riportate in modo chiaro, dettagliato e facilmente comprensibile. Per altro verso, l’art. 6 del medesimo *Regolamento*, rubricato “*Modifica delle condizioni contrattuali*”, fissa le modalità e il contenuto delle informative da rendere ai clienti (secondo quanto contenuto nell’Allegato 1 alla medesima delibera) con il precipuo intento di rendere edotti gli utenti delle concrete variazioni economiche e/o giuridiche dei propri profili tariffari e agevolare il previsto esercizio del diritto di recesso.

In base al quadro legislativo e regolamentare come sopra descritto, dunque, è agevole ritenere che il principio vigente in tema di contratti per la fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche sia quello per cui l’utente abbia il diritto, e dunque la libertà, di scegliere l’operatore e l’offerta di servizi più aderente alle proprie esigenze personali, sulla base delle condizioni di contratto comunicategli al momento della stipula, ferma restando la facoltà di recesso a fronte di una sopravvenuta modifica unilaterale del contratto da parte del fornitore dei servizi.

Alla luce di tale ricostruzione, è possibile verificare la correttezza della condotta tenuta dall’operatore Wind Tre, la quale ha inciso su SIM a consumo di numerosi utenti che utilizzano il servizio di comunicazione mobile ricaricabile di tale operatore.

In primis, in merito alla introduzione di un costo fisso mensile per diversi piani di base a consumo di telefonia mobile di tipo prepagato, si è potuto constatare che Wind Tre ha inteso inquadrare tale condotta nell’alveo applicativo dell’art. 70, comma 4, del *Codice*, disciplinante, come sopra riportato, il legittimo esercizio di *jus variandi*. Nel caso di specie, tuttavia, la Società non ha attuato una modifica unilaterale volta ad adeguare le condizioni contrattuali già consapevolmente accettate dai destinatari, bensì ha proceduto a inserire un *quid novi* nell’originario contratto prepagato sottoscritto dagli utenti,

caratterizzato dal pieno controllo della spesa attraverso la fruizione dei servizi fino all'esaurimento del credito telefonico acquistato dall'utente nell'importo da lui scelto.

Tale novità avrebbe dovuto formare oggetto di consapevole accettazione da parte della clientela coinvolta, posto che il meccanismo dello *jus variandi* non può giustificare qualsivoglia intervento contrattuale dell'operatore. A tale conclusione si perviene agevolmente in base a una lettura sistematica dei citati commi dell'art. 70 del *Codice*: il comma 1, infatti, indica quali siano gli elementi che devono essere chiaramente indicati nel contratto, mentre il successivo comma 4 garantisce al contraente il diritto di recedere senza penali né costi di disattivazione a fronte di modifiche delle condizioni di contratto da parte del fornitore dei servizi. Orbene, è evidente che è possibile ricondurre specifiche modifiche al citato comma 4 dell'art. 70 unicamente laddove esse involgano elementi già previsti dal contratto a cui gli utenti hanno liberamente aderito.

Più precisamente, occorre ribadire che la possibilità di modificare un contratto incontra il limite insito nella stessa funzione modificativa: questa non può porre in essere una nuova obbligazione, perché in tal caso andrebbe oltre la modifica, comportando, come nella fattispecie in esame, la costituzione di una nuova obbligazione e l'oggettivo stravolgimento dell'identità del rapporto contrattuale principale.

E tale assunto è stato confermato, nella sentenza n. 8024/2019 citata nell'atto di contestazione, dallo stesso Consiglio di Stato, il quale ha spiegato quanto segue: *“ritiene il Collegio che, quantomeno nel quadro dei rapporti contrattuali caratterizzati da una forte asimmetria tra i contraenti, la ricostruzione in termini di bilateralità del meccanismo modifica-recesso sia fuorviante. Il contegno dell'utente che ometta di esercitare il recesso non è sufficiente a ricondurre la variazione disposta unilateralmente dall'operatore professionale ad un accordo. Il cliente “subisce” la modifica apportata ex uno latere e che egli non ha voluto. Ad impedire di riconoscere al silenzio il significato di accettazione delle nuove condizioni contrattuali sta una fondamentale considerazione: il recesso permette al titolare, non la conservazione delle condizioni contrattuali originariamente convenute, ma soltanto l'uscita dal rapporto; la difficoltà per gli utenti più vulnerabili di destreggiarsi sul mercato costituisce per essi un disincentivo significativo ad avvalersi della facoltà di exit”*.

Da quanto sopra, lo stesso Giudice ha poi tratto la conclusione (esattamente pertinente anche nella fattispecie qui in esame, dove addirittura è stata introdotta una nuova prestazione obbligatoria) secondo cui *“[p]er questi motivi, l'art. 70, comma 4, del Codice, non può applicarsi a qualsivoglia tipo di variazione del contenuto del contratto, dovendosi riconoscere in via ermeneutica due tipologie di limiti: in primo luogo, le modifiche unilaterali possono riguardare soltanto la variazione di condizioni già contemplate nel contratto; in secondo luogo, i mutamenti delle condizioni preesistenti non possono mai raggiungere il livello della novazione del preesistente rapporto obbligatorio”*.

Occorre, infatti, ricordare che gli utenti, al momento della sottoscrizione dell'originario contratto, hanno consapevolmente optato per offerte prepagate, aventi determinate condizioni giuridiche ed economiche, le quali meglio rispondevano alle personali esigenze di fruizione dei servizi e di spesa periodicamente corrisposta, in caso delle SIM solo a consumo come quelle in esame, in occasione della ricarica.

A ben vedere, con la manovra *de qua* Wind Tre ha surrettiziamente, e senza alcun consenso da parte della clientela coinvolta, individuato una nuova prestazione (*id est* l'obbligo di pagare un costo fisso mensile mai contemplato nelle originarie condizioni di contratto) alla quale saranno tenuti gli utenti indipendentemente dalla fruizione dei servizi

di telefonia mobile, non optando ad esempio, come ben avrebbe potuto in maniera legittima, per un adeguamento dei prezzi minutarli dei singoli servizi.

E sul punto la Società non fornisce argomenti decisivi neppure allorché definisce tale ulteriore costo quale *“onere prepagato minimo mensile”*, in quanto tale voce non risultava contemplata in nessuno dei piani impattati dalla manovra, ma va considerata piuttosto quale frutto dell’attuale scelta di Wind Tre avverso *“comportamenti opportunistici da parte degli utenti che utilizzano la numerazione per usufruire di servizi legati alla connettività tramite wi-fi”*.

A tal proposito, non può non evidenziarsi come tale giustificazione sia priva di fondamento, atteso che anche nel caso in cui gli utenti coinvolti optino, come concesso dalla medesima Società, per altri piani a consumo senza costi fissi, non si eviterebbero i descritti comportamenti.

Da ultimo, in merito alle informative rese alla clientela coinvolta dalla variazione *de qua*, si osserva che per una non trascurabile percentuale di utenti, pari a circa il *(omissis)* alla data del 31 agosto 2020, l’SMS non è risultato correttamente consegnato e, pertanto, i clienti medesimi sono stati esposti a illegittimi addebiti e privati della garanzia di poter tempestivamente esercitare il previsto diritto di recesso senza penali né costi di disattivazione.

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

RITENUTA, pertanto, la sussistenza dei presupposti per l’applicazione della sanzione amministrativa da euro 58.000,00 a euro 1.160.000,00 ai sensi dell’art. 98, comma 16, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259;

CONSIDERATO che, ai sensi dell’articolo 98, comma 17-bis, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, nel caso di specie non si applicano le disposizioni sul pagamento in misura ridotta di cui all’art. 16, della legge n. 689/1981;

RITENUTO, quindi, di dover determinare la sanzione pecuniaria nella misura di dodici volte il minimo edittale, pari a euro 696.000,00 (seicentonovantaseimila/00), e che in tale commisurazione rilevano altresì i seguenti criteri, di cui all’art. 11, della legge n. 689/1981:

A. Gravità della violazione

L’introduzione di un costo fisso mensile per diverse offerte di rete mobile a consumo ha leso il diritto degli utenti di poter fruire dei servizi secondo la tariffazione prescelta al momento dell’adesione ai diversi piani di base impattati dalla condotta censurata.

Va considerato, inoltre, il considerevole vantaggio economico conseguito dalla Società, atteso che la condotta, attuata a partire dal 20 settembre e 5 ottobre 2020, ha interessato numerosi clienti ed è tuttora in atto. Pertanto, la violazione può ritenersi di durata breve ed entità consistente;

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

La Società non ha attuato alcuna misura idonea a eliminare o attenuare le conseguenze della violazione contestata, limitandosi, dopo l'avvio del procedimento sanzionatorio, ad adottare iniziative utili esclusivamente a garantire maggiore completezza e trasparenza delle informazioni relative alla facoltà di passare gratuitamente ad altro piano a consumo senza costi fissi;

C. Personalità dell'agente

La Società è dotata di una organizzazione interna idonea a garantire una puntuale osservanza degli obblighi previsti dall'art. 70, commi 1 e 4, del *Codice*. A tal proposito, occorre tener conto che la Società è stata già sanzionata, nel biennio precedente, per le medesime violazioni;

D. Condizioni economiche dell'agente

In considerazione del fatturato netto realizzato dalla Società nell'esercizio di bilancio 2019, pari a 4,854 mld di euro, si ritiene congrua e proporzionata l'applicazione della sanzione come sopra determinata;

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

ACCERTA

che la società Wind Tre S.p.A. – codice fiscale: 02517580920, con sede legale in Largo Metropolitana, 5, 20017 – Rho (MI), in merito alla variazione delle condizioni giuridiche ed economiche, a decorrere dal 20 settembre e 5 ottobre 2020, di diversi piani base di telefonia mobile prepagata a consumo, ha introdotto un costo fisso mensile del tutto estraneo al rapporto contrattuale originariamente istaurato, in difformità da quanto previsto dall'art. 70, commi 1 e 4, del *Codice*.

ORDINA

alla predetta società, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, di pagare la sanzione amministrativa pecuniaria di euro 696.000,00 (seicentonovantaseimila/00) ai sensi dell'art. 98, comma 16, del *Codice*;

INGIUNGE

alla società Wind Tre S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, di versare entro 30 giorni dalla notificazione del presente provvedimento, sotto pena dei conseguenti atti esecutivi a norma dell'art. 27, della citata l. n. 689/1981, fatta salva la facoltà di chiedere il pagamento rateale della sanzione ai sensi dell'art. 26 della legge 24 novembre 1981 n. 689 in caso di condizioni economiche disagiate, la somma di euro 696.000,00 (seicentonovantaseimila/00) alla Sezione di Tesoreria Provinciale dello Stato, avente sede a Roma, utilizzando il bollettino c/c n. 871012 con imputazione al capitolo 2379 capo X bilancio di previsione dello Stato, evidenziando nella causale "*Sanzione amministrativa irrogata dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ai sensi dell'articolo 98, comma 16, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, con delibera n. 32/21/CONS*" ovvero, in alternativa, indicando la medesima causale, utilizzando il codice IBAN: IT5400100003245348010237900 per l'imputazione della medesima somma al capitolo 2379, capo X mediante bonifico sul conto corrente bancario dei servizi di Tesoreria Provinciale dello Stato,

Entro il termine di giorni dieci dal versamento, dovrà essere inviata in originale, o in copia autenticata, a quest'Autorità quietanza dell'avvenuto versamento, indicando come riferimento "*delibera n. 32/21/CONS*".

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

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

Roma, 4 febbraio 2021

IL PRESIDENTE
Giacomo Lasorella

IL COMMISSARIO RELATORE
Laura Aria

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE
Giulietta Gamba