

DELIBERA N. 75/20/CONS

**ORDINANZA INGIUNZIONE NEI CONFRONTI DELLA SOCIETÀ TIM S.P.A.
PER L'INOTTEMPERANZA ALLA DIFFIDA IMPARTITA CON LE
DELIBERE NN. 112/18/CONS E 269/18/CONS
(CONTESTAZIONE N. 12/19/DTC)**

L'AUTORITÀ

NELLA riunione di Consiglio del 27 febbraio 2020;

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

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

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

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

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

VISTO il decreto legge 16 ottobre 2017, n. 148, recante “*Disposizioni urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili*”, convertito con modificazioni in legge 4 dicembre 2017, n. 172;

VISTA la delibera n. 410/14/CONS del 29 luglio 2014, ed il relativo Allegato A, recante “*Regolamento di procedura in materia di sanzioni amministrative e impegni e consultazione pubblica sul documento recante «Linee guida sulla quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni»*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 581/15/CONS, di seguito anche solo “*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*”;

VISTA la delibera n. 223/12/CONS del 27 aprile 2012, recante “*Adozione del nuovo Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 95/19/CONS;

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

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

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

VISTA la delibera n. 499/17/CONS del 19 dicembre 2017, recante “*Ordinanza ingiunzione nei confronti della società TIM S.p.A. per la violazione dell’art. 3, comma 10, della delibera n. 252/16/CONS, come modificata dalla delibera n. 121/17/CONS*”, come modificata dalla delibera n. 221/19/CONS per la rideterminazione all’importo della sanzione irrogata;

VISTA la delibera n. 297/18/CONS del 27 giugno 2018, recante “*Ordinanza ingiunzione nei confronti della società TIM S.p.A. per la violazione dell’art. 3, comma 10, della delibera n. 252/16/CONS, come modificata dalla delibera n. 121/17/CONS*”;

VISTA l’ordinanza del TAR del Lazio n. 1029/2018, pronunciata sul ricorso recante n. di R.G. 941/2018, proposto da TIM S.p.A. per l’annullamento, previa sospensiva, della delibera n. 499/17/CONS, con cui il giudice amministrativo ha disposto la sospensione dell’efficacia del provvedimento impugnato nella parte in cui «*ha ad oggetto il pagamento “degli importi corrispondenti al corrispettivo per il numero di giorni che, a partire dal 23 giugno 2017, non sono stati fruiti dagli utenti in termini di erogazione del servizio a causa del disallineamento fra ciclo di fatturazione quadrisettimanale e ciclo di fatturazione mensile*”»;

VISTA la delibera n. 112/18/CONS del 1° marzo 2018, recante “*Diffida alla società TIM S.p.a. a eliminare gli effetti della illegittima anticipazione della decorrenza delle fatture emesse successivamente al termine di cui all’articolo 2, comma 3, della delibera n. 121/17/CONS e revoca in parte qua della delibera n. 499/17/CONS*”;

VISTO il decreto cautelare n. 1781/18 del 26 marzo 2018, con cui il TAR del Lazio ha sospeso la delibera n. 112/18/CONS “*limitatamente all’imposta coincidenza del periodo di fatturazione prolungato con la prima fase di ripristino del ciclo di fatturazione con cadenza mensile*” (coincidente con il mese di aprile), precisando che “*l’emissione di fatture, con cadenza inferiore a quella mensile, era stata inibita dall’AGCOM con delibera n. 121/17/CONS del 15 marzo 2017, pubblicata il successivo 24 marzo (con decorrenza applicativa iniziale dal 23 giugno 2017)*”, che pertanto, a un primo sommario esame, “*debba ritenersi riconducibile a detta delibera, allo stato confermata in sede giurisdizionale, un obbligo di restitutio in integrum nei confronti degli utenti*” e ha altresì ritenuto “*che la disposta posticipazione della fatturazione costituisca misura ragionevole*”

e di più facile applicazione (oltre che di non impossibile reversibilità) rispetto allo “storno” di somme”, di cui alla sospesa delibera n. 499/17/CONS;

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

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

VISTA la sentenza n. 11305/2018, con cui il TAR del Lazio ha in parte accolto il ricorso principale, annullando la delibera n. 499/17/CONS limitatamente all’importo della sanzione ivi irrogata, e respinto i ricorsi per motivi aggiunti inerenti all’annullamento delle delibere nn. 112/18/CONS e 269/18/CONS;

VISTA l’ordinanza cautelare n. 6178/2018 del 18 dicembre 2018, con cui il Consiglio di Stato, nelle more del deposito delle motivazioni della sentenza resa dal TAR del Lazio, ha sospeso l’esecutività dell’impugnato dispositivo di sentenza, lasciando la controversia *re adhuc integra* fino al termine del 31 marzo 2019, reputato congruo in attesa del predetto deposito;

VISTA l’ulteriore ordinanza n. 1451/2019 del 19 marzo 2019, con la quale il Consiglio di Stato ha prorogato fino all’udienza camerale del 21 maggio 2019 la misura cautelare già disposta a favore della società TIM S.p.A. con la precedente ordinanza n. 6178/2018;

VISTA la sentenza n. 5842/2019, pubblicata il 10 maggio 2019, con la quale il TAR del Lazio ha precisato, in ordine alle diffide impartite con le delibere nn. 112/18/CONS e 269/18/CONS, che “*l’ordine di “facere” impartito dall’Autorità non impone una prestazione a titolo gratuito a carico della ricorrente ma, piuttosto, costituisce una misura di carattere ripristinatorio volta a determinare una restitutio in integrum nei confronti degli utenti, che sono stati sottoposti - come peraltro non contestato fra le parti - ad un sostanziale aumento tariffario (8,6% circa su base annua), con modalità ritenute dall’AGCOM non conformi ai principi di trasparenza e comparabilità delle offerte*” e che l’esercizio di tale potere trae il suo fondamento “*nell’esigenza di una tutela effettiva della massa degli utenti di fronte a condotte commerciali generalizzate, che vadano ad incidere, come nel caso in esame, su di una massa sterminata di consumatori i quali, in difetto di un rimedio altrettanto generalizzato, si troverebbero privati di strumenti di*

tutela veramente efficaci ed effettivi (non potendosi considerare tali le azioni individuali e collettive esperibili in sede civile, in ragioni dei costi processuali e delle difficoltà probatorie da affrontare, oltre che per ragioni di scarsa appetibilità, dipendenti dall'esiguità della lesione patrimoniale individuale subita, in rapporto all'enormità del pregiudizio collettivo). Ciò vale in particolare in quei casi, come il presente, in cui la perdita economica subita è conseguenza diretta ed immediata della condotta perpetrata dall'operatore telefonico, in aperto spregio degli ordini impartiti dall'Autorità ed è agevolmente verificabile (anche nel quantum) l'ammontare del pregiudizio economico”;

VISTA l'ordinanza n. 3399/19 del 4 luglio 2019, con la quale il Consiglio di Stato non ha accolto l'istanza di sospensione cautelare depositata dalla società TIM S.p.A. in merito alla citata sentenza del TAR del Lazio;

VISTA la decisione del Consiglio del 23 luglio 2019, in merito all'avvio di un procedimento sanzionatorio nei confronti della società TIM S.p.A. per l'inottemperanza alle diffide impartite con le delibere nn. 112/18/CONS e 269/18/CONS;

VISTO l'atto della Direzione tutela dei consumatori n. 12/19/DTC del 13 agosto 2019, notificato in pari data;

VISTA la nota del 12 settembre 2019 con cui la società TIM S.p.A. ha trasmesso la propria memoria difensiva e ha chiesto di essere sentita in audizione;

SENTITA la società TIM S.p.A. nel corso dell'audizione tenutasi in data 9 ottobre 2019;

VISTA la nota del 10 dicembre 2019, prot. n. 0532503, con cui è stato disposto un supplemento istruttorio nei confronti della società TIM S.p.A. al fine di acquisire ulteriori documenti e informazioni utili all'istruttoria e contenente la contestuale comunicazione di sospensione dei termini procedurali;

VISTA la nota di riscontro alla richiesta di dati e informazioni trasmessa dalla società TIM S.p.A. in data 14 gennaio 2020 e acquisita in pari data con prot. n. 0016208;

VISTA la nota del 27 gennaio 2020, prot. n. 0037680, con cui è stato disposto un ulteriore supplemento istruttorio nei confronti della società TIM S.p.A. al fine di acquisire documenti e informazioni utili all'istruttoria e contenente la contestuale comunicazione di sospensione dei termini procedurali;

VISTA la nota di riscontro alla richiesta di dati e informazioni trasmessa dalla società TIM S.p.A. in data 6 febbraio 2020 e acquisita in pari data con prot. n. 0054411;

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

VISTA la nota del 14 febbraio 2020, prot. n. 68686, con cui è stata comunicata alla società TIM S.p.A. la proroga dei termini del procedimento;

VISTO l'articolo 2 del decreto legge 30 dicembre 2019, n. 162, recante *“Disposizioni urgenti in materia di proroga di termini legislativi, di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, nonché di innovazione tecnologica”*, ai sensi del quale *“All’articolo 7, comma 1, del decreto-legge 21 settembre 2019, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 novembre 2019, n. 132, le parole «fino a non oltre il 31 dicembre 2019» sono sostituite dalle seguenti: «fino a non oltre il 31 marzo 2020»”*;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Il fatto e la contestazione

Con delibera n. 112/18/CONS, l’Autorità ha diffidato la società TIM S.p.A. (di seguito la “Società” o “TIM”) a *“far venir meno in sede di ripristino del ciclo di fatturazione con cadenza mensile o di multipli del mese gli effetti dell’illegittima anticipazione della decorrenza delle fatture emesse successivamente alla data del 23 giugno 2017. La data di decorrenza delle fatture emesse dopo il ripristino della fatturazione con cadenza mensile o di multipli del mese dovrà pertanto essere posticipata per un numero di giorni pari a quelli erosi in violazione della delibera n. 121/17/CONS, in modo da non gravare gli utenti dei costi derivanti dalla abbreviazione del ciclo di fatturazione”*. A seguito del ricorso amministrativo proposto dalla Società avverso tale provvedimento, il TAR del Lazio, con ordinanza del 24 marzo 2018, ne ha sospeso l’esecutività per la sola parte concernente l’imposta *“coincidenza del periodo di fatturazione prolungato con la prima fase di ripristino del ciclo di fatturazione con cadenza mensile”*. Pertanto, l’Autorità, con la successiva delibera n. 269/18/CONS, ha individuato i nuovi termini di adeguamento alla citata delibera n. 112/18/CONS, disponendo che la Società dovesse adempiere alla diffida contenuta nella delibera n. 115/18/CONS *“tramite la completa restituzione dei giorni erosi entro il 31 dicembre 2018”*, ferma restando *“la possibilità per gli operatori di proporre ai singoli interessati soluzioni di compensazione alternative, soddisfattive del diritto di ristoro degli utenti, dandone idonea comunicazione a quest’Autorità nel termine sopra indicato”*.

I ricorsi proposti avverso entrambe le delibere sono stati rigettati dal TAR del Lazio con sentenza n. 11305/2018, a sua volta impugnata e sospesa in via cautelare dal Consiglio di Stato fino all’udienza del 21 maggio 2019.

TIM, al fine di rendere note le iniziative assunte in ottemperanza alle diffide impartite dall’Autorità con le delibere nn. 112/18/CONS e 269/18/CONS, con note del 1° e 10 aprile 2019 ha illustrato all’Autorità una proposta di soluzione compensativa alternativa alla restituzione dei giorni erosi ai sensi della delibera n. 269/18/CONS, consistente nella facoltà di scegliere la fruizione gratuita, per un determinato periodo di tempo, di servizi di comunicazione elettronica o, in caso di mancata adesione a tale

proposta, di chiedere la restituzione dei giorni erosi tramite gli ordinari canali di conciliazione.

Con nota del 10 maggio 2019, l’Autorità ha rappresentato alla Società, tra l’altro, che *“con riferimento, infine, alle modalità di restituzione dei giorni illegittimamente erosi agli utenti che non scelgono la soluzione di compensazione alternativa, quanto prospettato da codesta Società non è in linea con le previsioni delle delibere n. 112/18/CONS e n. 269/18/CONS. La restituzione, infatti, va effettuata dagli operatori con le modalità ivi dettagliatamente previste, che non presuppongono, pena l’inottemperanza alla diffida medesima, alcuna richiesta da parte degli utenti interessati”*.

Con la successiva nota del 13 giugno 2019, l’Autorità ha chiesto a TIM *“di comunicare, entro il 25 giugno 2019, gli adempimenti posti in essere per ottemperare al combinato disposto delle delibere nn. 112/18/CONS e 269/18/CONS”*. La Società, con la nota di riscontro trasmessa il 25 giugno 2019, dopo aver ribadito l’insussistenza di qualsivoglia potere dell’Autorità collegato alla imposta restituzione dei giorni erosi, ha confermato di aver concluso le attività di implementazione relative alla annunciata proposta di soluzione compensativa alternativa, evidenziando altresì che qualsiasi ristoro in favore degli utenti resta subordinato a un’espressa richiesta di parte attraverso i canali conciliativi (CORECOM tramite piattaforma *Conciliaweb* e Paritetica). Al fine di comprovare l’efficacia delle iniziative assunte, TIM avrebbe fornito periodicamente all’Autorità evidenze quantitative circa il numero degli utenti che avevano accettato la soluzione compensativa e di quelli che avevano richiesto il rimborso dei giorni erosi tramite i canali conciliativi.

A partire dal mese di giugno 2019, l’Autorità ha ricevuto numerose segnalazioni da parte di utenti, i quali hanno lamentavano la mancata restituzione automatica dei giorni erosi spettanti, rappresentando, altresì, che la Società aveva respinto le richieste ricevute invitando i clienti a rivolgersi agli organi di conciliazione.

Al riguardo, in data 25 giugno 2019 sono state effettuate verifiche d’ufficio mediante la consultazione dei documenti presenti sul sito aziendale www.tim.it, dalle quali è emerso che TIM ha pubblicato un’informativa concernente la proposta di soluzione compensativa alternativa alla restituzione dei giorni erosi di cui alla delibera n. 269/18/CONS, ribadendo che coloro che non avrebbero aderito a tale proposta avrebbero dovuto inoltrare richiesta di restituzione dei giorni erosi in sede di conciliazione.

Sulla base della documentazione acquisita, pertanto, si è potuto constatare che la Società, in difformità dai provvedimenti assunti dall’Autorità e dalle pronunce giurisdizionali, non ha provveduto nelle modalità indicate dalla suddetta delibera alla completa restituzione dei giorni illegittimamente erosi in relazione all’intera platea degli utenti che non avevano optato consapevolmente per soluzioni compensative alternative. Peraltro, la previsione di una richiesta inoltrata tramite i canali conciliativi, in difformità da quanto stabilito dalla delibera stessa, ha ulteriormente procrastinato l’adempimento dell’obbligazione restitutoria al di là dei termini indicati dall’Autorità.

Tanto premesso, a seguito della decisione del Consiglio del 23 luglio 2019, con atto di contestazione n. 12/19/DTC del 13 agosto 2019 è stato avviato un procedimento sanzionatorio per l’inottemperanza alla diffida impartita con le delibere nn. 112/18/CONS e 269/18/CONS.

2. Deduzioni della società

In via preliminare, la Società ha eccepito che il combinato disposto delle diffide impartite con le delibere nn. 112/18/CONS e 269/18/CONS non comporterebbe un vero e proprio automatismo nell'adempimento dell'obbligazione restitutoria, in assenza di alcuna richiesta da parte degli utenti. Ciò in quanto l'Autorità non avrebbe considerato neppure la facoltà riconosciuta agli operatori di proporre alla propria clientela soluzioni alternative rispetto al differimento della fatturazione (contemplata espressamente dalla delibera n. 269/18/CONS), dato che la mancata adesione a una delle possibili opzioni offerte in compensazione alla *customer base* ripristinerebbe la necessità dello spontaneo adempimento dell'obbligazione principale da parte dell'operatore.

A parere della Società, se è vero che la delibera n. 112/18/CONS aveva diffidato TIM *“a far venir meno in sede di ripristino del ciclo di fatturazione mensile gli effetti della illegittima anticipazione della decorrenza delle fatture emesse successivamente al 23 giugno 2017 ... mediante la sua posticipazione per un numero di giorni pari a quelli erosi ... in modo da non gravare gli utenti dei costi derivanti dalla abbreviazione del ciclo di fatturazione”*, è altrettanto indiscutibile che, sospesi cautelativamente dal TAR del Lazio gli effetti della delibera n. 112/18/CONS, con successiva delibera n. 269/18/CONS l'Autorità ha differito il termine per l'adempimento dell'obbligazione restitutoria al 31 dicembre 2018, ferma restando la possibilità per gli operatori di proporre ai singoli interessati soluzioni di compensazione alternative, soddisfattive del diritto di ristoro degli utenti, dandone idonea comunicazione all'Autorità nel termine sopra indicato.

L'esame letterale delle diffide, dunque, non consentirebbe di comprendere su quali basi TIM, non avendo provveduto alla automatica restituzione dei giorni erosi nei confronti degli utenti che non avevano optato per soluzioni compensative alternative, avrebbe posto in essere una condotta difforme rispetto al contenuto precettivo delle delibere medesime, posto che l'Autorità ha diffidato gli operatori a porre in essere una determinata prestazione (*i.e.* la restituzione dei giorni erosi), lasciando, tuttavia, la facoltà all'operatore di adempiere in modo diverso purché analogamente soddisfattivo.

Ciò induce a ritenere, secondo la Società, che l'Agcom abbia inteso configurare l'obbligazione restitutoria in questione come alternativa, in quanto, accanto al ristoro monetario (nella forma dello storno di denaro ovvero del differimento della fatturazione), era lasciata all'operatore la facoltà di elaborare opzioni diverse, rispetto alla prestazione *lato sensu* principale, ciascuna delle quali, se eseguite, in grado di assicurare il corretto e integrale adempimento dell'obbligo restitutorio.

Ebbene, è noto che il regime giuridico dell'obbligazione alternativa, sancito dall'art. 1286 c.c., attribuisce rilievo centrale alla scelta, stabilendo che essa spetta al debitore, se non è stata attribuita al creditore o ad un terzo (primo comma), e che (secondo comma) la scelta diviene irrevocabile con l'esecuzione di una delle due prestazioni ovvero con la dichiarazione di scelta. In tale prospettiva, TIM, con la formulazione delle soluzioni alternative compensative, ha demandato alla sua base clienti la scelta fra le varie possibili prestazioni, tutte analogamente soddisfattive del diritto individuale al ristoro.

Ne conseguirebbe che, qualificando come alternativa l'obbligazione restitutoria nelle sue varie possibili modulazioni, fino a quando il creditore non abbia esercitato la scelta fra le varie opzioni sottoposte alla sua valutazione, il debitore TIM non è in grado

di (né tanto meno è tenuto a) eseguire nessuna di queste prestazioni. Nessuna delle due alternative può, dunque, configurarsi come regime residuale, assunto da cui discenderebbe il privare il creditore della facoltà di scelta di cui si è detto e il rendere semplice un'obbligazione configurata come alternativa, anche perché si finirebbe inevitabilmente con lo svilire l'equipollenza tra la restituzione dei giorni erosi e le misure alternative, come sancita dalla delibera n. 269/18/CONS.

Ma anche qualora non si intendesse aderire a tale ricostruzione giuridica dell'istituto, ci si troverebbe in una situazione analoga, quella della c.d. *datio in solutum*, disciplinata dall'art. 1197 c.c., nella quale la scelta del creditore risulta comunque necessaria per consentire l'adempimento dell'obbligazione.

L'istituto della prestazione in luogo dell'adempimento consente infatti al debitore di estinguere la sua obbligazione eseguendo la diversa prestazione, previo consenso del creditore. Nel caso di specie, l'elemento dirimente sarebbe rappresentato proprio dalla circostanza che è stata la stessa Autorità a consentire forme di adempimento liberatorio.

TIM, dunque, ritiene di aver attribuito alla clientela di rete fissa, la quale aveva subito gli effetti della anticipata fatturazione, la possibilità concreta ed effettiva di scegliere fra le varie prestazioni (c.d. *opt-in*), per cui non apparirebbe configurabile sotto alcun profilo una condotta inottemperante.

Da ultimo, la Società ha dichiarato di essersi comunque tempestivamente attivata per risolvere alcune criticità rilevate nell'atto di contestazione e, difatti, a far data dall'inizio del mese di settembre 2019, ha dato indicazione alle proprie funzioni competenti affinché fosse accelerato ulteriormente l'accoglimento delle richieste di rimborso pervenute attraverso i canali conciliativi e fossero configurati i processi per accogliere i reclami giacenti e le richieste al servizio clienti di rimborso dei giorni erosi.

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

3. Valutazioni dell'Autorità

Con la delibera n. 112/18/CONS l'Autorità ha indicato in dettaglio le modalità di calcolo per la determinazione del *quantum* delle restituzioni in favore degli utenti - utilizzando il più semplice criterio dei "giorni erosi" a causa della illegittima anticipazione delle fatture - e ha diffidato TIM "*a far venir meno in sede di ripristino del ciclo di fatturazione con cadenza mensile o di multipli del mese gli effetti dell'illegittima anticipazione della decorrenza delle fatture emesse successivamente alla data del 23 giugno 2017. La data di decorrenza delle fatture emesse dopo il ripristino della fatturazione con cadenza mensile o di multipli del mese dovrà pertanto essere posticipata per un numero di giorni pari a quelli erosi in violazione della delibera n. 121/17/CONS, in modo da non gravare gli utenti dei costi derivanti dalla abbreviazione del ciclo di fatturazione*".

Con la successiva delibera n. 269/18/CONS, l'Autorità ha ribadito che "*l'entità dell'onere restitutorio posto a carico di ciascun operatore corrisponde esattamente all'onere che lo stesso operatore ha indebitamente posto a carico della propria clientela per tutto il periodo in cui ha illegittimamente mantenuto l'anticipazione della decorrenza delle fatture*" e ha fissato al 31 dicembre 2018 il termine entro cui l'operatore doveva

adempiere alla completa restituzione dei giorni erosi, con le modalità già contemplate dalla delibera n. 112/18/CONS.

A tal proposito, giova rimarcare che già con la sentenza n. 5842/2019, pubblicata il 19 marzo 2019, il TAR del Lazio, in ordine alle diffide adottate con le citate delibere, ha statuito che *“l’ordine di fare impartito dall’Autorità non impone una prestazione a titolo gratuito a carico della ricorrente ma, piuttosto, costituisce una misura di carattere ripristinatorio volta a determinare una restitutio in integrum nei confronti degli utenti”* e inoltre che la delibera n. 112/18/CONS *“si pone quale definitivo superamento dell’atto originariamente impugnato nella parte relativa allo storno in forma monetaria”*.

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

Sul punto, il Consiglio di Stato, in una recente pronuncia (n. 879/2020) resa su ricorso presentato da altro operatore destinatario delle diffide in questione, ha chiarito che *“nel caso di specie, l’erogazione gratuita della prestazione (di natura lato sensu indennitaria) sostituisce la somma di danaro che è stata prelevata dalla generalità degli utenti con il sistema di fatturazione in esame...omissis...l’indennizzo quindi non impone a questi ultimi (i.e. gli operatori) alcuna erogazione patrimoniale né in denaro, né in servizi, né in alcunché d’altro che non sia, da un lato, il mero riallineamento (ovviamente, d’ufficio) della cadenza mensile di fatturazione e, dall’altro, il conseguente conguaglio (sempre d’ufficio) per il disallineamento cagionato da una fatturazione a cadenza diversa...omissis... ebbene, nella specie l’AGCOM, a fronte di vicende connotate da alta efficacia lesiva, in base alla l. 481/1995 ha inteso attivare i suoi poteri regolatori verso gli operatori, definendo i loro limiti nel mercato di riferimento e tutelando gli utenti incisi mercé lo strumento di tutela indennitaria diffusa ed automatica prevista dalla legge”*.

In tale contesto, TIM ha comunicato all’Autorità di voler ottemperare alle diffide impartite con le delibere nn. 112/18/CONS e 269/18/CONS non già mediante la disposta posticipazione delle fatture per un numero di giorni pari a quelli illegittimamente erosi, bensì esclusivamente mediante la messa a disposizione della clientela di una serie di misure di compensazione alternativa alla restituzione dei giorni erosi, prevedendo, in caso di mancata adesione alle predette misure, che gli utenti dovessero attivare gli strumenti di conciliazione.

Tale scelta, resa operativa a partire dal mese di giugno 2019, è stata effettuata nonostante l’Autorità avesse già rappresentato alla Società, con nota del 10 maggio 2019, che la restituzione dei giorni illegittimamente erosi agli utenti che non avessero scelto la soluzione di compensazione alternativa andava effettuata dagli operatori con le modalità previste nelle delibere nn. 112/18/CONS e 269/18/CONS, che non presuppongono, pena l’inottemperanza alla diffida medesima, alcuna richiesta da parte degli utenti interessati. Richiesta che, invece, è stata prevista dalla Società anche quando, a partire dai mesi di settembre e novembre 2019, ha introdotto la possibilità di chiedere al servizio clienti lo storno in fattura dei giorni erosi.

A tal proposito, la Società ha sostenuto che le delibere in esame consentivano di adempiere l’obbligo di restituzione dei giorni erosi tramite rimborsi alla clientela ovvero mediante misure di compensazione alternative alla restituzione medesima. Orbene, tale assunto va decisamente respinto. Contrariamente a quanto affermato dalla Società, il provvedimento dell’Autorità ha fatto sorgere in capo agli operatori un’obbligazione

avente a oggetto la restituzione dei giorni illegittimamente erosi, consentendo loro di liberarsi da tale obbligazione mediante accordi con gli utenti creditori aventi ad oggetto misure di compensazione alternative soddisfattive del diritto di questi ultimi al ristoro. La fattispecie è pertanto del tutto diversa da quella disciplinata dall'art. 1285 c.c., in quanto nel caso in esame l'Autorità non ha inteso consentire ai debitori di adempiere scegliendo liberamente una delle due prestazioni. La prestazione imposta dall'Autorità è unica e consiste nella completa restituzione - entro il termine stabilito - dei giorni erosi per effetto della violazione della delibera n. 121/17/CONS tramite la posticipazione della fattura per un pari numero di giorni.

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

Sulla base delle difese svolte da TIM, e al fine di comprendere la portata della condotta contestata, è stato disposto un supplemento istruttorio nei confronti della Società che, con note del 14 gennaio e 5 febbraio 2020, ha fornito informazioni sugli utenti ancora presenti in *customer base*, pari a circa (*omissis*), e sulle concrete modalità di trattazione delle restituzioni.

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

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

RITENUTA, pertanto, la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della sanzione amministrativa da euro 240.000,00 ad euro 5.000.000,00 ai sensi dell'art. 98, comma 11, del *Codice*;

CONSIDERATO che, ai sensi dell'art. 98, comma 17-*bis*, del *Codice*, nel caso di specie non si applicano le disposizioni sul pagamento in misura ridotta di cui all'art. 16, della legge n. 689/1981;

TENUTO CONTO che TIM, in un contesto di generale difficoltà, ha fatto registrare, nel periodo considerato ai fini del presente procedimento, margini in significativa contrazione e che tale circostanza può essere in questo caso valutata in relazione agli oneri che la Società dovrà affrontare per provvedere alla integrale restituzione di quanto sottratto agli utenti in violazione della delibera n. 121/17/CONS;

RITENUTO, quindi, di poter determinare la sanzione pecuniaria nella misura pari a euro 3.000.000,00 (tremilioni/00), e che in tale commisurazione rilevano altresì i seguenti criteri, di cui all'art. 11, della l. n. 689/1981:

A. Gravità della violazione

La mancata ottemperanza alle diffide impartite dall'Autorità con le delibere nn. 112/18/CONS e 269/18/CONS ha finora impedito alla più ampia fra le platee di utenti coinvolti dalla modifica del ciclo di fatturazione di ricevere la restituzione dei giorni illegittimamente erosi nei tempi e con le modalità stabiliti dall'Autorità. La condotta tenuta ha, altresì, leso l'effettività e l'efficacia dell'azione amministrativa a presidio di primari interessi pubblici tutelati dall'ordinamento giuridico;

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

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

C. Personalità dell'agente

La Società è dotata di una organizzazione interna idonea a garantire una puntuale osservanza degli obblighi imposti con le diffide contenute nelle delibere nn. 112/18/CONS e 269/18/CONS. Inoltre, la Società, nell'ultimo triennio, è stata più volte sanzionata dall'Autorità per la violazione della normativa di settore nonché per violazioni afferenti alla medesima materia;

D. Condizioni economiche dell'agente

In considerazione del fatturato realizzato dalla Società nell'esercizio di bilancio 2018, pari a 19,11 mld di euro, si ritiene congrua e proporzionata l'applicazione della sanzione come sopra determinata;

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

ACCERTA

che la società TIM S.p.A. – codice fiscale 00488410010, con sede legale in Via Gaetano Negri, 1 - 20123 Milano (MI), non ha ottemperato alle diffide impartite

dall’Autorità con le delibere nn. 112/18/CONS e 269/18/CONS, condotta sanzionabile ai sensi dell’art. 98, comma 11, del *Codice*;

ORDINA

alla predetta società, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, di pagare la sanzione amministrativa pecuniaria di euro 3.000.000,00 (tremilioni/00), ai sensi dell’art. 98, comma 11, del *Codice*;

INGIUNGE

alla società TIM S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, di versare entro 30 giorni dalla notificazione del presente provvedimento, sotto pena dei conseguenti atti esecutivi a norma dell’articolo 27, della citata legge n. 689/1981, la somma di euro 3.000.000,00 (tremilioni/00) alla Sezione di Tesoreria Provinciale dello Stato, avente sede a Roma, utilizzando il bollettino c/c n. 871012 con imputazione al capitolo 2379 capo X bilancio di previsione dello Stato, evidenziando nella causale “*Sanzione amministrativa irrogata dall’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ai sensi dell’articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, con delibera n. 75/20/CONS*” ovvero, in alternativa, indicando la medesima causale, utilizzando il codice IBAN: IT5400100003245348010237900 per l’imputazione della medesima somma al capitolo 2379, capo X mediante bonifico sul conto corrente bancario dei servizi di Tesoreria Provinciale dello Stato.

Entro il termine di giorni dieci dal versamento, dovrà essere inviata in originale, o in copia autenticata, a quest’Autorità quietanza dell’avvenuto versamento, indicando come riferimento “*delibera n. 75/20/CONS*”.

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

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

Roma, 27 febbraio 2020

IL PRESIDENTE
Angelo Marcello Cardani

IL COMMISSARIO RELATORE
Francesco Posteraro

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