

DELIBERA N. 76/20/CONS

**ORDINANZA INGIUNZIONE NEI CONFRONTI DELLA SOCIETÀ FASTWEB
S.P.A. PER L'INOTTEMPERANZA ALLA DIFFIDA IMPARTITA CON LE
DELIBERE NN. 113/18/CONS E 269/18/CONS
(CONTESTAZIONE N. 13/19/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;

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. 500/17/CONS del 19 dicembre 2017, recante “*Ordinanza ingiunzione nei confronti della società Fastweb 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. 222/19/CONS per la rideterminazione all’importo della sanzione irrogata;

VISTA la delibera n. 340/18/CONS del 12 luglio 2018, recante “*Ordinanza ingiunzione nei confronti della società Fastweb 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. 997/2018, pronunciata sul ricorso recante n. di R.G. 1424/2018, proposto da Fastweb S.p.A. per l’annullamento, previa sospensiva, della delibera n. 500/17/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. 113/18/CONS del 1° marzo 2018, recante “*Diffida alla società Fastweb 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. 500/17/CONS*”;

VISTO il decreto cautelare n. 1783/18 del 26 marzo 2018, con cui il TAR del Lazio ha sospeso la delibera n. 113/18/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. 500/17/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. 11306/2018, con cui il TAR del Lazio ha in parte accolto il ricorso principale, annullando la delibera n. 500/17/CONS limitatamente all’importo della sanzione ivi irrogata, e respinto i ricorsi per motivi aggiunti inerenti all’annullamento delle delibere nn. 113/18/CONS e 269/18/CONS;

VISTA l’ordinanza cautelare n. 6209/2018 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 la sentenza del TAR del Lazio n. 1956/2019;

VISTA l’ulteriore ordinanza n. 1454/2019 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 Fastweb S.p.A. con la precedente ordinanza n. 6209/2018;

VISTA l’ordinanza n. 2508/19 del 21 maggio 2019, con cui il Consiglio di Stato non ha accolto l’istanza di sospensione cautelare della citata sentenza n. 1956/19 del TAR del Lazio;

VISTA la sentenza n. 4914/1 del 4 luglio 2019, con cui il Consiglio di Stato ha definitivamente respinto il ricorso in appello presentato dalla società Fastweb S.p.A. per la riforma dei citati provvedimenti 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 Fastweb S.p.A. per l'inottemperanza alle diffide impartite con le delibere nn. 113/18/CONS e 269/18/CONS;

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

VISTA la nota del 12 settembre 2019 con cui la società Fastweb S.p.A. ha trasmesso la propria memoria difensiva, contenente anche una proposta preliminare di impegni ai sensi dell'art. 13 del *Regolamento* di cui alla delibera n. 581/15/CONS, e ha chiesto di essere sentita in audizione;

SENTITA la società Fastweb S.p.A. nel corso dell'audizione tenutasi in data 26 settembre 2019;

PRESO ATTO che la società Fastweb S.p.A. non ha provveduto a trasmettere, nei termini regolamentari fissati a pena di decadenza, una proposta definitiva di impegni;

VISTA la nota del 10 dicembre 2019, prot. n. 0532522, con cui è stato disposto un supplemento istruttorio nei confronti della società Fastweb 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 Fastweb S.p.A. in data 17 gennaio 2020 e acquisita in data 20 gennaio 2020 con prot. n. 0025083;

VISTA la nota del 27 gennaio 2020, prot. n. 0037665, con cui è stato disposto un ulteriore supplemento istruttorio nei confronti della società Fastweb 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 Fastweb S.p.A. in data 4 febbraio 2020 e acquisita in data 5 febbraio 2020 con prot. n. 0051945;

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. 68619, con cui è stata comunicata alla società Fastweb 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. 113/18/CONS, l'Autorità ha diffidato la società Fastweb S.p.A. (di seguito la “Società” o “Fastweb”) 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 26 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 le nuove tempistiche di adeguamento alla citata delibera n. 113/18/CONS, disponendo che la Società dovesse adempiere alla diffida contenuta nella delibera n. 113/18/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 dispositivo con sentenza n. 11306/2018, a sua volta impugnata e sospesa in via cautelare dal Consiglio di Stato fino all'udienza del 21 maggio 2019, all'esito della quale non è stata accolta l'istanza di sospensione riferita anche alla sentenza del TAR del Lazio nel frattempo intervenuta in data 14 febbraio 2019.

Con nota del 18 ottobre 2018, Fastweb 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 fruire gratuitamente, per un periodo di almeno due anni, di un servizio di *cloud storage* illimitato denominato *“WOW Space”*. In particolare, gli utenti avrebbero potuto aderire a tale soluzione dagli inizi del mese di dicembre 2018 alla fine del mese di gennaio 2019.

Con la successiva nota del 5 dicembre 2018, la Società ha dichiarato, a parziale rettifica della propria precedente comunicazione, che avrebbe provveduto a mettere a disposizione della propria *customer base*, mediante offerta al pubblico resa nota non oltre il 31 dicembre 2018, la misura di compensazione alternativa consistente nella disponibilità a titolo gratuito del descritto servizio di *storage cloud*, dando possibilità all'utenza di aderire a tale misura alternativa alla restituzione dei giorni erosi fino alla fine del mese di febbraio 2019.

L'Autorità, con nota del 16 novembre 2018 ha ribadito alla Società che *“l'adempimento alla diffida di cui alla delibera n. 113/18/CONS deve avvenire, tramite la completa restituzione dei giorni erosi, entro il 31 dicembre 2018”*. Poi, con nota del 21 dicembre 2018, ha richiamato, nel caso di soluzioni compensative alternative, alcune condizioni fondamentali sancite dalla delibera n. 269/18/CONS tra cui in particolare le seguenti: ”

- *la soluzione individuata deve essere proposta agli utenti nel rispetto rigoroso della loro libertà di scelta e degli obblighi di trasparenza, di chiarezza e di completezza delle informazioni rese. Pertanto, la soluzione alternativa deve essere espressamente scelta dagli utenti -attraverso un consenso esplicito reso in modalità opt-in - dopo che gli sia stata fornita un' informativa chiara e completa circa il fatto che tale scelta determina la rinuncia all'indennizzo per l'inadempienza contrattuale relativa ai giorni erosi per effetto della riduzione del periodo di addebito dei costi fatturati successivamente al termine di cui all'art. 2, comma 3, della delibera n. 121/17/CONS fino al ritorno alla fatturazione su base mensile;*
- *la soluzione alternativa non deve comportare ostacoli a eventuali cambi di operatore nonché all'esercizio del diritto di recesso;*
- *non deve in sostanza essere impedita la possibilità dell'utente di richiedere il rimborso dei giorni erosi, mentre un indennizzo è comunque dovuto in caso di mancata adesione alla soluzione alternativa entro un congruo periodo di tempo che allo stato potrebbe tener conto almeno di quanto stabilito dall'ordinanza n. 06209/2018 del Consiglio di Stato”*.

Inoltre, a seguito delle verifiche d'ufficio svolte in merito alla proposta in esame, con nota del 28 gennaio 2019 è stata formulata una richiesta di documenti e informazioni a cui la Società ha fornito parziale riscontro in data 7 febbraio 2019, facendo presente, in via preliminare, di aver esteso l'efficacia della misura alternativa sino al 31 marzo 2019 e riservandosi di estenderla ulteriormente. In ordine alle singole richieste formulate dall'Autorità, Fastweb ha ribadito di aver assolto tutti gli obblighi informativi previsti al fine di consentire agli utenti di effettuare scelte libere, basate su un meccanismo di tipo *opt-in*, e consapevoli anche rispetto alla rinuncia al rimborso dei giorni erosi in caso di adesione al servizio *“WOW Space”*.

Sulla base della documentazione acquisita, l'Autorità ha inviato alla Società un'ulteriore nota, in data 22 marzo 2019, con la quale ha rilevato la scarsa trasparenza, chiarezza e completezza delle informative rese all'utenza finale, nonché l'inadeguatezza del meccanismo di consenso esplicito in modalità *opt-in* collegato a una espressa rinuncia alla restituzione dei giorni erosi spettanti. La Società, quindi, è stata richiamata *“al rispetto degli obblighi informativi finalizzati a rendere pienamente conoscibili, alla generalità dell'utenza impattata dalla illegittima anticipazione della fatturazione, le condizioni giuridiche ed economiche della misura di compensazione alternativa*

*costituita dal servizio di cloud “WOW Space”, provvedendo ad aggiornare tempestivamente le informative diffuse attraverso i diversi canali di comunicazione e adeguando la procedura di raccolta dell’esplicito consenso” e, nel contempo, è stata sollecitata a trasmettere i dati – richiesti nella precedente nota del 28 gennaio - riferiti agli utenti che avevano già aderito al servizio “WOW Space” offerto ai sensi della delibera n. 269/18/CONS. Fastweb, con la nota del 27 marzo 2019, ha fornito il numero di utenti che avevano sino ad allora aderito al servizio “WOW Space” pari a (*omissis*) unità.*

Con la successiva nota del 13 giugno 2019, a seguito del venir meno della sospensione giudiziale del termine per adempiere alle diffide, l’Autorità ha chiesto alla Società *“di comunicare, entro il 25 giugno 2019, gli adempimenti posti in essere per ottemperare al combinato disposto delle delibere nn. 113/18/CONS e 269/18/CONS”*. La Società, con la nota di riscontro trasmessa il 25 giugno 2019, ha comunicato che, a partire dal mese di luglio 2019, avrebbe riproposto per tre mesi le misure di compensazione alternative, integrandole con ulteriori soluzioni di compensazione (*omissis*). Per altro verso, la Società ha dichiarato che non era prevista la restituzione automatica dei giorni erosi a favore dei clienti che non avessero aderito alla soluzione alternativa, ma sarebbero state fornite *“indicazioni in merito alle modalità attraverso le quali richiedere il rimborso economico facendo ricorso alle procedure conciliative già previste e messe a disposizione degli utenti finali, tramite le quali procederà a gestire le istanze formulate da questi ultimi e riconoscere, nel caso in cui sussistano i presupposti richiesti, il ristoro economico calcolato secondo le logiche di cui alla delibera n. 269/18/CONS”*.

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. 13/19/DTC è stato avviato un procedimento sanzionatorio per l’inottemperanza alla diffida impartita con le delibere nn. 113/18/CONS e 269/18/CONS.

2. Deduzioni della società

In via preliminare, la Società ha ricordato che il termine per adempiere alle diffide, fissato al 31 dicembre 2018 dalla delibera 269/18/CONS, è rimasto sospeso, per effetto delle pronunce del TAR del Lazio, dal 18 dicembre 2018 fino al 21 maggio 2019. In quest’ultima data, il Consiglio di Stato, nel respingere l’istanza di sospensione della intervenuta sentenza del TAR del Lazio n. 1956/19, ha precisato tuttavia che si sarebbe dovuto prevedere *“almeno un piano di storno scaglionato e coerente col riallineamento alla cadenza mensile della fatturazione, con progressiva estensione a tutta la clientela se del caso facendo salvi gli ulteriori conguagli (...) prevedendo un ristoro parziale o almeno per gruppi di clienti”*.

A tal proposito, la Società ha osservato che, qualora per l'adempimento di un determinato obbligo sia fissato uno specifico termine, tale termine è posto in favore del debitore, o in ogni caso del soggetto onerato. Ne deriva, pertanto, che il "creditore", o comunque, come nella fattispecie in esame, l'amministrazione titolare del potere di verificare l'adempimento, non può pretendere l'adempimento, né atti preliminari, preparatori o propedeutici allo stesso, prima che il termine sia spirato. Pertanto, il termine finale del 31 dicembre 2018 di cui alla delibera 269/18/CONS, in quanto sospeso, non poteva in alcun modo essere considerato vincolante e precettivo ai fini dell'ottemperanza alle diffide.

In tale prospettiva, la contestazione risulterebbe infondata perché, a ben vedere, Fastweb (del tutto volontariamente e pur non essendovi tenuta per le ragioni di cui si è detto, riconducibili alla sospensione dell'efficacia dei provvedimenti da parte prima del TAR e poi del Consiglio di Stato) aveva adottato iniziative idonee allo scopo di ottemperare alle diffide dell'Autorità anche prima della scadenza di tale termine. Con nota del 18 ottobre 2018, infatti, Fastweb aveva comunicato all'Autorità l'intenzione di voler adempiere alla delibera 269/18/CONS attraverso la proposta di una soluzione di compensazione alternativa al rimborso dei giorni "erosi" - come previsto dalla delibera stessa - rendendo noti i relativi tempi e modalità di attuazione. In particolare, Fastweb sottolinea di aver indicato già in tale occasione che la misura, consistente nell'offerta alla *customer base* di un servizio gratuito di *cloud storage* illimitato denominato "WOW Space", poteva essere richiesta dai clienti, tramite un meccanismo di *opt-in*, a partire dall'inizio del mese di dicembre 2018, con una finestra temporale per l'adesione di almeno 2 mesi.

In riscontro a tale nota – osserva la Società - la stessa Autorità ha precisato solo che l'adempimento alla diffida doveva avvenire entro il 31 dicembre 2018, senza contestare le modalità proposte da Fastweb né tantomeno fornire indicazioni in merito alla data a partire dalla quale le misure dovevano essere proposte ai clienti impattati. Allo stesso modo, con la successiva nota del Segretario generale del 21 dicembre 2018 l'Autorità si è limitata a ribadire che il termine del 31 dicembre 2018 era valido anche per la proposizione di misure di compensazione alternative al ristoro economico, nulla obiettando in merito all'indicazione fornita da Fastweb secondo cui il servizio "WOW Space" sarebbe stato messo a disposizione della *customer base* entro e non oltre tale termine, ferma comunque la possibilità di concedere all'utenza un periodo di tempo più lungo per poter beneficiare della misura.

Fastweb, inoltre, ha previsto la pubblicazione di una pagina *ad hoc* sul proprio sito *web*, nella quale erano riportate indicazioni in merito alle caratteristiche del servizio, nonché una serie di FAQ finalizzate, tra l'altro, a chiarire ai clienti che l'attivazione dello stesso implicava accettazione della misura di compensazione alternativa proposta ai sensi della delibera n. 269/18/CONS e soddisfaceva, pertanto, qualunque eventuale diritto di ristoro connesso alla fatturazione con rinnovo quadrisettimanale.

Rispetto alla contestazione relativa all'inottemperanza alle diffide di cui alle delibere nn. 113/18/CONS e 269/18/CONS, per aver Fastweb provveduto alla restituzione dei giorni asseritamente erosi nel passaggio dalla cadenza di fatturazione e rinnovo mensile a quella quadrisettimanale con modalità difformi da quelle indicate dai provvedimenti dell'Autorità e dalle pronunce giurisdizionali, la Società ha obiettato che l'esigenza di una richiesta espressa da parte dell'utente, se del caso subordinata

all'attivazione di un canale conciliativo, non può essere reputata illegittima o indebita. In più occasioni (sentenza TAR Lazio n. 977/18; ordinanza Consiglio di Stato n. 2508/19), infatti, i giudici investiti della questione hanno chiarito che il parametro di fatturazione e rinnovo mensile delle offerte, posto dalla delibera n. 121/17/CONS, non determina eterointegrazione del contratto e non incide dunque sugli equilibri negoziali.

Per questa ragione, a parere della Società, tutti gli utenti che, ricevute le debite informative, non hanno esercitato il diritto di recesso, hanno accettato la variazione contrattuale (*omissis*).

Sarebbe pertanto da ritenere necessaria, ai fini del rimborso, quanto meno una manifestazione espressa di volontà dell'utente in tal senso, (*omissis*).

Sotto diverso profilo, va tenuto conto che l'ordinanza n. 2508/19 con cui il Consiglio di Stato, pur fissando in tempi rapidissimi l'udienza di merito, e respingendo la richiesta di prorogare ulteriormente la sospensione del provvedimento, ha indicato, quali modalità corrette di adempimento, la predisposizione di un piano di storno scaglionato, anche per gruppi di clienti, con progressiva estensione a tutta la clientela, ovvero la previsione di storni parziali.

Fastweb si è attenuta a quanto statuito dal Consiglio di Stato, formulando una proposta di misure compensative anche ulteriore rispetto a quella predisposta nel mese di dicembre 2018 e consentendo il ristoro economico a tutti gli utenti che non fossero interessati a dette misure.

Per di più, Fastweb, diversamente da quanto anticipato con la nota del 25 giugno 2019, non ha subordinato il ristoro alla richiesta in sede conciliativa. La Società ha invece implementato una procedura a totale vantaggio del cliente, prevedendo la possibilità per quest'ultimo di scegliere, tramite un semplice *click*, l'attivazione di una delle misure di compensazione alternativa o il ristoro economico. In particolare, nell'informativa resa ai clienti di rete fissa interessati dalla modifica contrattuale sono state riportate tutte le informazioni utili in merito alle misure di ristoro proposte e ai relativi tempi e modalità di richiesta e attivazione. In tale informativa sono stati inseriti due distinti *link*, cliccando i quali ciascun cliente ha la possibilità di richiedere, senza necessità di attivare ulteriori procedure, l'attivazione di una delle misure compensative proposte ai sensi della delibera n. 269/18/CONS o, in alternativa, il ristoro economico. È stata, quindi, eliminata la necessità, ipotizzata in un primo momento nell'ambito delle valutazioni iniziali sulle modalità di ottemperanza e che non ha mai avuto corso, di dover attivare una procedura conciliativa o di dover inviare un reclamo, quali requisiti preventivi ai fini della richiesta del ristoro economico. A partire dal mese di luglio 2019, i clienti interessati dal passaggio alla fatturazione quadrisettimanale hanno, pertanto, avuto la possibilità di scegliere quale misura tra quelle proposte da Fastweb ritenessero più vantaggiosa e, in caso di scelta del ristoro economico, hanno potuto accedere allo stesso, senza necessità di alcun ulteriore passaggio, e con accredito in fattura.

Nonostante l'infondatezza degli addebiti rilevati dall'Autorità, Fastweb si è impegnata ad adottare una serie di ulteriori misure, evidentemente *pro* cliente, indirizzate alla generalità degli utenti interessati dal passaggio alla cadenza di fatturazione quadrisettimanale, finalizzate a garantire a questi ultimi ulteriori vantaggi in aggiunta alle misure di compensazione alternativa già previste fin dal mese di dicembre 2018 e alla possibilità di richiedere il ristoro economico. Tali misure sono, fra l'altro, quelle illustrate nella proposta preliminare di impegni.

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. 113/18/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 Fastweb *"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 gli operatori dovevano adempiere alla completa restituzione dei giorni erosi, con le modalità già contemplate dalla delibera n. 113/18/CONS.

Entrambi i provvedimenti sono stati impugnati dinanzi agli organi di giustizia amministrativa, che ne hanno sospeso l'efficacia fino al 21 maggio 2019, e poi sono stati definitivamente confermati dal Consiglio di Stato il 4 luglio 2019.

A tal proposito, giova rimarcare che già con la sentenza n. 1956/2019, pubblicata il 14 febbraio 2019, il TAR del Lazio, in ordine alle diffide impartite con le citate delibere, ha statuito che *"premesse che non si tratta più di rimborso di somme, vista la revoca disposta sul punto, e specificato quindi che non occorre un'istanza dei privati, trattandosi di iniziativa che poteva essere intrapresa d'ufficio, la misura latu sensu ripristinatoria, assunta dall'Autorità mediante la delibera n.113 del 2018, può ben essere ricondotta alla previsione di cui all'art.2, comma 20d della Legge n.481 del 1995, laddove è attribuito il potere di ordinare al soggetto esercente il servizio la cessazione di comportamenti lesivi dei diritti degli utenti, con correlativa imposizione dell'obbligo di corrispondere un indennizzo"* e inoltre che *"la misura assunta con la predetta delibera n. 113 del 2018, nella parte in cui dispone la posticipazione della decorrenza delle fatture, appare adottata sulla base di valutazioni tipicamente tecnico-discrezionali, all'evidenza non irragionevoli...omissis...considerando le esigenze da un lato degli operatori e dall'altro degli utenti, mediante revoca del rimborso e contestuale postergazione della decorrenza delle fatture, rendendo così meno onerosi gli adempimenti per gli operatori, di più agevole esecuzione, definiti e delimitati in modo congruo e adeguato"*.

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

Sul punto, il Consiglio di Stato in una recentissima 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”*.

Risulta però che Fastweb – anche successivamente al venir meno della sospensione giudiziale del termine di cui alla delibera n. 269/18/CONS - non abbia posticipato la data di decorrenza delle fatture per un numero di giorni pari a quelli illegittimamente erosi, né che intenda farlo.

La Società, infatti, nel mese di ottobre 2018, ha comunicato all'Autorità di voler ottemperare alle diffide impartite con le delibere nn. 113/18/CONS e 269/18/CONS non già mediante la disposta posticipazione delle fatture per un numero di giorni pari a quelli illegittimamente erosi, bensì mediante la proposta di una misura di compensazione alternativa consistente nell'attivazione gratuita di un servizio di *cloud storage* denominato *“WOW Space”*. Anche dopo che il Consiglio di Stato, con ordinanza del 21 maggio 2019, ha respinto l'istanza di sospensione cautelare della delibera n. 269/18/CONS, la Società si è limitata a prevedere una richiesta dell'utente ai fini del rimborso, nonché a prolungare e ad ampliare le misure alternative.

Per quanto attiene alle modalità di adesione alle misure alternative proposte da Fastweb, l'Autorità – con nota del 22 marzo 2019 - ha rilevato la scarsa trasparenza, chiarezza e completezza delle informative rese all'utenza nonché l'inadeguatezza del meccanismo di consenso esplicito in modalità *opt-in*.

Sulla base delle difese svolte da Fastweb, e al fine di comprendere la portata della condotta contestata, è stato disposto un supplemento istruttorio nei confronti della Società che, con note del 20 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 un'ampia platea 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 Fastweb ha operato nell'ambito di un mercato caratterizzato da forti difficoltà a generare margini 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 1.500.000,00 (unmilione cinquecentomila/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. 113/18/CONS e 269/18/CONS ha finora impedito a una significativa platea di utenti coinvolti 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.

Deve peraltro valutarsi che Fastweb ha messo in atto una proposta di misura di compensazione alternativa prima dello scadere del termine del 31 dicembre 2018.

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. 113/18/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 2.104 mln 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 Fastweb S.p.A. – codice fiscale: 12878470157, con sede legale in Piazza Adriano Olivetti, 1 – 20139 - Milano, non ha ottemperato alle diffide impartite dall'Autorità con le delibere nn. 113/18/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 1.500.000,00 (unmilione cinquecentomila/00), ai sensi dell'art. 98, comma 11, del *Codice*;

INGIUNGE

alla società Fastweb 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 1.500.000,00 (unmilione cinquecentomila/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. 76/20/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. 76/20/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