

DELIBERA N. 3/21/CONS

**ORDINANZA INGIUNZIONE NEI CONFRONTI DELLA SOCIETÀ TIM S.P.A.
PER LA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 70, COMMI 1 E 4, DEL DECRETO
LEGISLATIVO 1° AGOSTO 2003, N. 259
(CONTESTAZIONE N. 14/20/DTC)**

L'AUTORITÀ

NELLA riunione di Consiglio del 5 gennaio 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. 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”*;

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

VISTO l’atto del Direttore della Direzione tutela dei consumatori n. 14/20/DTC, del 13 agosto 2020, notificato in pari data alla società TIM S.p.A.;

VISTA la nota dell’11 settembre 2020 con cui la società TIM S.p.A. ha trasmesso la propria memoria difensiva e ha chiesto di essere sentita in audizione ai sensi dell’art. 9 del *Regolamento*;

SENTITA la società TIM S.p.A. nel corso dell’audizione tenutasi in data 19 ottobre 2020;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Il fatto e la contestazione

A partire dal mese di gennaio 2020, sono pervenute diverse segnalazioni di utenti che hanno lamentato di aver ricevuto, da parte della società TIM S.p.A. (di seguito la “Società” o “TIM”), un SMS del seguente tenore: “*Modifica contrattuale: per continuare a investire sulla qualità della rete TIM, dal 29/2 il Piano Base della tua linea avrà un costo di 1,99 euro al mese che verrà applicato solo in assenza di un’offerta con minuti o Giga. Entro il 28/2 puoi recedere dal contratto o cambiare operatore, senza penali né costi di disattivazione, compilando il modulo cessazione linea su tim.it o inviandolo via PEC a recesso_linee_mobili@pec.telecomitalia.it o andando nei negozi TIM. Solo X Te con TIM puoi avere un’offerta con Minuti e Giga a condizioni vantaggiose e il costo del Piano Base è GRATUITO! Info al 409168 o su tim.it*”.

Al fine di verificare quanto segnalato dai predetti utenti, in data 29 gennaio 2020 sono state svolte verifiche d’ufficio, mediante la consultazione dei documenti presenti sul sito aziendale www.tim.it e, con nota del 17 febbraio 2020 con prot. n. 0069727, è stata inviata una richiesta di documenti e informazioni alla quale la Società ha fornito riscontro, con nota acquisita con prot. n. 0083966 del 25 febbraio 2020, dichiarando, tra l’altro che:

- per contingenti esigenze legate al rilascio tecnico sui sistemi informatici a supporto, la variazione in parola sarà resa efficace a far data dal 29 febbraio 2020, e non più dal 27 febbraio come inizialmente previsto. Analogamente, in spirito di maggior favore verso i clienti coinvolti, verrà garantita la possibilità di esercitare l’eventuale diritto di recesso, senza costi, né penali, entro il termine del 28 febbraio 2020;
- le linee potenzialmente coinvolte sono (*omissis*) e i piani tariffari di base impattati sono (*omissis*). Tuttavia, le nuove condizioni contrattuali non saranno prudenzialmente applicate a quelle linee per cui la ricezione dell’SMS informativo non risulti essere andata a buon fine. Tale cautela, rappresenta un’iniziativa volontaria di TIM a tutela della clientela coinvolta e, pertanto, le linee per cui

- risulta la corretta ricezione dell'SMS informativo e a cui saranno applicate le nuove condizioni contrattuali sono (*omissis*);
- la modifica delle condizioni contrattuali in questione non riguarda i clienti che hanno attivi i seguenti piani base: (*omissis*);
 - l'invio degli SMS ha avuto inizio il 27 gennaio 2020 e si è concluso il 29 gennaio 2020. Ferma restando l'informativa sulla modifica delle condizioni contrattuali e su termini e modalità per l'esercizio del diritto di recesso, al fine di consentire ai clienti interessati di poter beneficiare di specifiche iniziative commerciali a loro riservate, si è scelto di personalizzare la parte finale del testo dell'SMS. Gli SMS inviati, quindi, differiscono nella parte finale a seconda che i clienti abbiano dato o meno il consenso a ricevere comunicazioni commerciali. Inoltre, con specifico riferimento alla data di applicazione della modifica contrattuale, TIM ha precisato che gli SMS riportano una data personalizzata in funzione della data di invio, ossia: per gli invii del 27 gennaio 2020, a partire dal 27 febbraio; per quelli inviati il 28 gennaio, a partire dal 28 febbraio e così via. Analogamente variabile, di conseguenza, è stato il termine previsto per l'esercizio del diritto di recesso;
 - tutte le (*omissis*) linee potenzialmente oggetto della modifica delle condizioni contrattuali sono state incluse nel *cluster* dei destinatari degli SMS informativi inviati nel periodo 27-29 gennaio 2020. Risultano essere, invece, (*omissis*) (*omissis* circa del totale) le linee che hanno correttamente ricevuto l'SMS informativo e solo a queste ultime si applicheranno le nuove condizioni contrattuali. In ogni caso, tutti i clienti potenzialmente coinvolti vengono comunque identificati da un apposito cartellino e gestiti direttamente tramite operatore, in caso di chiamata al 119. Come previsto in generale nei casi di modifica delle condizioni contrattuali, qualora un cliente lamenti comunque la mancata ricezione del messaggio informativo, si procede con il riaccredito di quanto eventualmente già pagato e si dà nuovamente al cliente la facoltà di esercitare il diritto di recesso senza costi né penali;
 - alla data del 15 febbraio, con riferimento ai clienti che risultano aver ricevuto l'SMS informativo, quelli che hanno disattivato la linea sono stati: (*omissis*) per richiesta di portabilità verso altro operatore e (*omissis*) per scadenza della TIM Card;
 - il piano base attivato di *default* su tutte le nuove linee è “TIM BASE e Chat”, al costo di 2€/mese – modificabile in qualsiasi momento attraverso area personale del sito o chiamando il 40916 o 119 - le cui condizioni sono illustrate nella documentazione contrattuale firmata e consegnata al cliente all'atto dell'attivazione di una nuova linea, ma tutti i piani base sono compatibili con le offerte in commercializzazione;
 - il cliente che non accetta la modifica contrattuale in oggetto può scegliere liberamente di passare al piano base “TIM FACILE”, che non prevede costi fissi. Il cliente può effettuare la propria scelta in qualunque momento e gratuitamente sul sito tim.it, chiamando il 40916 o con il supporto di un operatore del servizio clienti 119. Oltre alle informative generali circa la possibilità di cambiare gratuitamente il piano base attivo sulla propria SIM, è stata effettuata specifica comunicazione verso gli addetti del servizio clienti affinché illustrino ai clienti

oggetto della modifica contrattuale in oggetto la possibilità di scegliere “*TIM Facile*” (piano senza costi fissi).

Alla luce di quanto affermato dalla Società è stata trasmessa, in data 19 giugno 2020 con prot. n. 0263879, una nota contenente una specifica richiesta di documenti e informazioni al fine di acquisire ulteriori elementi utili alla completa valutazione della condotta in oggetto, alla quale TIM ha fornito riscontro con nota acquisita in data 7 luglio 2020 con prot. n. 2854538, dichiarando, tra l’altro che:

- con l’obiettivo di rafforzare ulteriormente la consapevolezza dei clienti sulle condizioni contrattuali applicate, si è deciso di procedere a una nuova e ulteriore campagna informativa via SMS (da concludersi il successivo 20 luglio 2020), rivolta ai clienti oggetto della manovra ancora in *customer base*, finalizzata a ricordare: *a)* la variazione intervenuta; *b)* la possibilità di non sostenere il costo fisso per il piano base, attivando una qualsiasi opzione che includa un determinato *plafond* di servizi; *c)* la possibilità di passare gratuitamente a un piano base a consumo senza costi fissi;
- qualora i clienti abbiano attivato un’opzione con minuti, SMS o Giga inclusi non dovranno sostenere alcun costo fisso per il piano base. Tale attivazione, infatti, può avvenire in qualsiasi momento e, dal successivo rinnovo, il cliente non sosterrà più il costo fisso del piano base;
- alla data del 31 maggio 2020, il numero di utenti che ha optato per il piano base a consumo senza costi fissi denominato “*TIM Facile*” è stato pari a circa (*omissis*);
- le utenze con offerte dedicate ai servizi di domotica sono state escluse a priori dalla manovra. Inoltre, per tutelare gli eventuali clienti che abbiano inserito di propria iniziativa la SIM in un dispositivo c.d. M2M, pur non avendo attivato un’offerta specificamente destinata a tali servizi, è stata comunque predisposta un’apposita procedura di *caring*. Il cliente che lamenti l’addebito del costo fisso introdotto con la variazione contrattuale in esame, con riferimento a una SIM da lui utilizzata in apparati M2M, può chiedere il rimborso del primo addebito, chiamando il 119 Assistenza Clienti TIM. In tale sede, se lo desidera, il cliente può anche effettuare la procedura di cambio piano, passando a un piano base senza costi fissi o attivando un’opzione specifica per le applicazioni c.d. M2M. Allo stato attuale, non si hanno evidenze relative a particolari picchi di reclami riferibili a tale fattispecie da parte dei clienti oggetto della variazione contrattuale in oggetto;
- al 31 maggio 2020, il numero di utenti interessati dalla manovra e ancora in *customer base* TIM che risulta avere in consistenza un’opzione con *plafond* di servizi - e che, quindi, non sostiene il costo del piano base - era pari a circa (*omissis*). Per completezza d’informazione, l’operatore ha evidenziato che circa (*omissis*) delle suddette utenze non hanno mai sostenuto il costo del piano base, in quanto l’opzione con *plafond* di servizi risultava già attiva alla data di invio degli SMS;
- il piano base “*TIM Facile*” è compatibile con tutte le opzioni sottoscrivibili e non più sottoscrivibili. Pertanto, tutti i clienti, in qualsiasi momento, possono decidere di passare al predetto piano base in modo completamente gratuito e da tutti i canali di contatto (119, IVR, *MyTIM*);

- è stato confermato l'annullamento della manovra nei confronti del (*omissis*) dei potenziali clienti per i quali non risultava correttamente ricevuto l'SMS informativo;
- la variazione delle condizioni contrattuali è stata applicata esclusivamente ai clienti per i quali la ricezione dell'SMS informativo sia andata a buon fine. Non si sono quindi rese necessarie ulteriori campagne informative tramite SMS, per comunicare l'estensione del periodo di recesso senza costi fino al 28 febbraio 2020;
- alla data del 30 giugno 2020, il numero di utenze coinvolte nella rimodulazione, che ha contattato il Servizio clienti 119, in merito alla variazione delle condizioni contrattuali in parola, è stato pari a oltre (*omissis*), di cui le lavorazioni commerciali classificate come cambio profilo sono state pari a poco meno di (*omissis*);
- gli operatori del Servizio clienti 119 sono stati messi in condizione di fornire al cliente tutte le informazioni inerenti all'iniziativa, illustrando la possibilità di attivare una delle opzioni con *plafond* di servizi, oltre a rappresentare la possibilità di passare gratuitamente al piano "TIM Facile", che non prevede alcun costo fisso mensile;
- ai clienti a cui è stata applicata la variazione delle condizioni contrattuali, fino alla prima metà di marzo 2020 (ossia in vigenza del termine per l'esercizio del diritto di recesso senza costi né penali e nel primo periodo di applicazione delle nuove condizioni contrattuali), è stata riservata una gestione dedicata del Servizio clienti 119, tramite la costituzione di una coda unica con accesso diretto al contatto con operatore.

Sulla base della documentazione acquisita, quindi, si è potuto constatare che TIM ha addebitato a una vasta platea di 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. 14/20/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, TIM ha rappresentato quanto segue.

In via preliminare, la Società ha evidenziato che il procedimento deve essere archiviato per carenza di potere e/o incompetenza dell'Autorità.

A parere di TIM, infatti, va tenuto presente che, da una parte, l'art. 70, comma 1, del *Codice* impone una serie di prescrizioni informative che gli operatori devono assicurare nell'ambito dei contratti e rispetto alle quali, il successivo comma 2, attribuisce all'Autorità un potere di "vigilanza"; dall'altra, il medesimo articolo, al comma 4, dopo

avere disciplinato lo *ius variandi*, attribuisce all'Autorità il diritto di "specificare" la forma delle comunicazioni che gli operatori devono inoltrare alla clientela.

In buona sostanza, quindi, le prerogative attribuite all'Autorità dall'art. 70 del *Codice* sono limitate esclusivamente alla vigilanza sulla trasparenza e alla correttezza informativa nelle relazioni contrattuali con la clientela. Tale conclusione risulta pienamente confortata anche dalle prerogative più generali attribuite in materia all'Autorità dal successivo art. 71.

Nell'atto di contestazione, tuttavia, l'Autorità non ha mosso alcun rilievo a TIM per la qualità e/o la completezza e/o l'adeguatezza delle comunicazioni e informative rese alla clientela coinvolta dalla manovra di rimodulazione. Ciò che l'Autorità ha contestato è stato, invece, un preteso indebito esercizio dello *ius variandi*, atteso che la manovra in esame avrebbe - in tesi - comportato una novazione dei contratti interessati.

Al riguardo, TIM ha osservato che risulta evidente come l'Autorità abbia inteso censurare la validità e/o l'efficacia di una modifica contrattuale attuata ai sensi dell'art. 70, comma 4, del *Codice*, pur essendo questa prerogativa rimessa senza dubbio all'Autorità giudiziaria ordinaria, unica autorità a cui è attribuito il potere giuridico dell'accertamento e della tutela dei diritti dei singoli.

Le stesse contestazioni, del resto, disvelano la totale assenza di base giuridica del procedimento laddove non censurano violazioni informative o di trasparenza che abbiano inciso sulla libertà di scelta dei contraenti, o comunque ne abbiano pregiudicato la consapevolezza nel determinarsi rispetto alle modifiche proposte con la manovra, ma la circostanza che TIM avrebbe introdotto "*una condizione nel contratto, relativa al pagamento di un canone mensile fisso, non presente tra quelle inizialmente conosciute e accettate dagli aderenti, di fatto stravolgendo la natura e la funzione dei piani a consumo medesimi*".

La conclusione dell'Autorità, non solo è priva di ogni fondamento nel merito, ma in ogni caso non rientra tra i suoi poteri e competenze sanzionare l'utilizzo in concreto dello *ius variandi* laddove l'informativa alla clientela sia stata, come nel caso di specie, corretta, completa ed esaustiva.

Ferma l'assorbente delle suesposte considerazioni preliminari, il procedimento deve comunque essere archiviato poiché la violazione ivi ipotizzata a carico della Società è del tutto infondata.

A tal proposito, TIM ha evidenziato che la contestazione presuppone una distinzione tra modifiche ammissibili e modifiche non ammissibili alle condizioni dei contratti, distinzione che l'art. 70, comma 4, del *Codice*, tuttavia, non reca e non prevede in nessuna parte. Appare, perciò, evidente che la violazione contestata a TIM sia il frutto di una lettura additiva e modificativa della disposizione appena evocata e, in definitiva, di un'interpretazione creatrice e personalistica della norma.

D'altra parte, va tenuto presente che la facoltà di modifica unilaterale di contratto che il legislatore comunitario prima, e nazionale poi, hanno individuato in relazione ai contratti per la fornitura di servizi di comunicazione elettronica è concepita in funzione del particolare assetto di tale mercato, caratterizzato da un elevato grado di elasticità e da un costante aggiornamento tecnologico e, conseguentemente, un continuo flusso di proposte contrattuali. È evidente che tale offerta continua di contenuti e servizi ridefinisce il contenuto del contratto che è alla base e costituisce proprio il presupposto

sul quale si fonda lo *ius variandi* attribuito all'impresa di comunicazione elettronica dal citato art. 70, comma 4.

In questa prospettiva, la tecnica di tutela rappresentata dall'attribuzione del diritto di recesso a fronte delle modificazioni contrattuali apportate dagli operatori favorisce un'asta continua tra le offerte nel mercato e, quindi, tra gli operatori stessi, stimolando la concorrenza e consentendo il cambio di operatore senza costi né penali ovvero l'adesione a offerte alternative.

In tale scenario, l'opzione interpretativa patrocinata dall'Autorità, volta a contingentare e limitare le modifiche coperte dallo *ius variandi*, risulta del tutto incompatibile con l'assetto normativo comunitario e nazionale rilevante e, ove confermata, ne frustrerebbe obiettivamente le finalità.

TIM ha, infatti, evidenziato che l'*opt-out* è la sola e unica misura prevista dalla legge a disposizione dell'utenza a fronte dell'esercizio, corretto e trasparente, dello *ius variandi* da parte degli operatori di comunicazione elettronica, senza limitazione alcuna, come del resto anche positivamente confermato dall'art. 65 del *Codice del consumo* laddove dispone che “[p]rima che il consumatore sia vincolato dal contratto o dall'offerta, il professionista chiede il consenso espresso del consumatore per qualsiasi pagamento supplementare oltre alla remunerazione concordata per l'obbligo contrattuale principale del professionista. Se il professionista non ottiene il consenso espresso del consumatore ma l'ha dedotto utilizzando opzioni prestabilite che il consumatore deve rifiutare per evitare il pagamento supplementare, il consumatore ha diritto al rimborso di tale pagamento”. È noto che detta disposizione rende inderogabile l'alternativo regime dell'*opt-in* solo nel caso in cui l'operatore imponga pagamenti non previsti nel contratto originario in riferimento all'obbligo contrattuale principale (tipicamente, pagamenti collegati a prestazioni/servizi aggiuntivi). Di contro, tale disposizione conferma che ove, come nella specie, la legge e il contratto attribuiscono lo *ius variandi* all'operatore e la modifica da questi proposta interessi le modalità di erogazione della prestazione principale e/o i corrispettivi o i relativi criteri di calcolo di essa, tale modifica può essere senz'altro implementata dal fornitore di servizi a fronte della garanzia del diritto di recesso dell'utente senza penali, in assenza del dovere acquisire pertanto il consenso preventivo della controparte contrattuale.

Sotto diverso profilo, la contestazione dell'Autorità risulta infondata anche avuto riguardo all'assenza degli elementi che debbono necessariamente ricorrere per la configurabilità dell'effetto novativo, in tesi, originatosi.

L'istituto della novazione presuppone, sul piano soggettivo, l'*animus novandi*, inteso quale volontà negoziale di far sorgere un nuovo rapporto obbligazionario in sostituzione di quello precedente e che si estrinseca nella inequivoca, comune intenzione di entrambe le parti di estinguere l'originaria obbligazione. In tale prospettiva, stante l'impossibilità di presumere l'intenzione delle parti, si ritiene che nel dubbio circa la sussistenza dell'*animus novandi* e quindi della qualificazione di un accordo quale novazione, ovvero mera modifica del rapporto già sussistente, debba optarsi per la seconda soluzione.

Per quanto riguarda la sentenza del Consiglio di Stato n. 08024/2019 citata nell'atto di contestazione, TIM ha eccepito la sua irrilevanza, posto che sussistono profonde differenze tra il caso deciso dal giudice amministrativo e quello in esame, sicché la *ratio decidendi* della citata sentenza è totalmente inapplicabile alla manovra oggetto del

procedimento *de quo*. In effetti, in quel caso si trattava di manovra che interessava la telefonia fissa, coinvolgeva anche le prestazioni di Servizio universale e riguardava, altresì, la platea di tutti i servizi a consumo. Diversamente, nel caso di specie, si tratta di una manovra che interessa la telefonia mobile (come noto ben diversa, sia sul piano qualitativo, in termini di struttura del mercato di riferimento, sia sul piano della platea dei soggetti coinvolti, dalla telefonia fissa), in cui non è minimamente coinvolto il servizio universale ed è stato garantito a tutti gli interessati, senza distinzioni, anche l'accesso, in alternativa e senza alcun costo, a un piano a consumo (“*TIM Facile*”).

Evidente risulta, pertanto, la sostanziale diversità tra la *ratio* sottesa alla citata sentenza, con la quale il Consiglio di Stato ha inteso tutelare il contraente debole in un contesto in cui le iniziative modificative coinvolgevano anche il Servizio universale e andavano a modificare le modalità stesse di fruizione/pagamento del traffico, con il caso oggetto del presente procedimento ove, invece, la manovra interessa la telefonia mobile e non coinvolge utenti fruitori del Servizio universale o comunque soggetti per i quali sono approntate speciali protezioni di legge, ma, anzi, viene perfezionata in un contesto di utilizzo improprio dei servizi a consumo per usi ulteriori e diversi rispetto alla telefonia.

In aggiunta, TIM ha evidenziato che, a differenza del caso analizzato dal Consiglio di Stato nella sentenza sopra richiamata (ove la modifica comprendeva un corrispettivo aggiuntivo a fronte della disponibilità illimitata di traffico), nel caso di specie la manovra nulla ha a che vedere con la modalità di fruizione del traffico, che invece resta a consumo con le medesime tariffe previgenti, fermo restando il pagamento di un canone “di accesso”. Tale circostanza comprova ulteriormente che la manovra non comporta alcuna modifica sostanziale al rapporto originario, né produce effetti novativi sul contratto in essere, riducendosi a una mera vicenda modificativa delle modalità di pagamento del servizio.

A riprova di quanto appena affermato, occorre considerare che, sul piano fattuale, numerose segnalazioni che sono alla base del procedimento provengono da utenti che utilizzavano, impropriamente se non abusivamente e addirittura con intestazioni di una pluralità di SIM, servizi a consumo per usi totalmente estranei alle comunicazioni interpersonali (dagli allarmi agli ascensori).

Da ultimo, TIM ha ritenuto non configurabile alcun illecito amministrativo a suo carico per totale assenza di colpa e, dunque, per carenza dell'elemento soggettivo, in quanto la Società ha fatto pacifico e trasparente affidamento sulla prassi applicativa dell'articolo 70, comma 4, del *Codice* sino a oggi accolta e non censurata dall'Autorità.

E invero, ove mai volesse ipotizzarsi una forma di colpa in capo a TIM, non potrebbe che trattarsi di colpa del tutto lieve e tale da rendere, considerata anche l'assenza di ogni pregiudizio inevitabile per la clientela, del tutto ingiustificata qualsivoglia sanzione.

In questo senso depone il principio di offensività, alla stregua del quale quando il fatto contestato è di particolare tenuità, e comunque privo di ogni effettiva capacità lesiva, ne deve essere esclusa la punibilità.

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

In relazione alle argomentazioni difensive sostenute dalla Società, si osserva che le stesse 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 TIM, la quale ha inciso su SIM a consumo di una vasta platea di utenti che utilizzano il servizio di comunicazione mobile ricaricabile di tale operatore.

In primis, in merito alla introduzione di un costo fisso mensile per numerosi piani di base a consumo di telefonia mobile di tipo prepagato, si è potuto constatare che TIM 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 ai sensi del precedente comma 1.

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 prestazione 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*. Sul punto, appare pretestuoso il tentativo della Società volto a escludere l'applicabilità al caso di specie dei principi espressi nella richiamata pronuncia giurisdizionale in ragione di ipotetiche differenze tra utenti di rete fissa e utenti di rete mobile, quasi ad ammettere discriminazioni contrattuali in ragione della tipologia di clientela, della sussistenza o meno di obblighi di Servizio universale o di appartenenza a categorie agevolate, non rinvenendosi alcuna distinzione di sorta rispetto alla corretta applicazione delle norme violate nel procedimento sanzionatorio *de quo*.

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* TIM 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 minutari dei singoli servizi ovvero della modalità di pagamento dei corrispettivi già previsti in caso di utilizzo dei servizi medesimi.

E sul punto la Società non fornisce argomenti decisivi neppure allorquando definisce tale ulteriore costo quale “canone di accesso” ai servizi, in quanto tale voce non risultava contemplata in nessuno dei piani impattati dalla manovra, ma va considerata piuttosto quale frutto dell'attuale scelta di TIM “*in un contesto di utilizzo improprio dei servizi a consumo per usi ulteriori e diversi rispetto alla telefonia*”.

A tal proposito, non può non evidenziarsi come tale giustificazione sia priva di fondamento, atteso che, in caso di presunti utilizzi impropri dei servizi, TIM avrebbe potuto avvalersi di quanto previsto dall'art. 6.1 delle Condizioni generali di abbonamento ai servizi mobili di TIM e procedere alla sospensione immediata del servizio. Viceversa, la Società non solo ha mantenuto in vita tali rapporti contrattuali, ma, come dalla stessa dichiarato già in fase preistruttoria, si è preoccupata di apprestare particolari garanzie nei confronti degli utenti “utilizzatori impropri”, predisponendo un'apposita procedura di *caring*, in caso di contestazioni al 119, con rimborso del primo addebito.

Da ultimo, quanto all'assenza di colpa e alla carenza dell'elemento soggettivo, in quanto la Società avrebbe fatto “*pacifico e trasparente affidamento sulla prassi applicativa dell'articolo 70, comma 4, del Codice sino a oggi accolta e non censurata dall'Autorità*”, giova rammentare i precedenti provvedimenti adottati nel tempo dall'Autorità nei confronti di vari operatori a conclusione di procedimenti sanzionatori avviati per condotte analoghe e, per quanto riguarda TIM, la recente ordinanza ingiunzione di cui alla delibera n. 496/19/CONS. Di conseguenza, la Società ha consapevolmente tenuto una condotta difforme dal quadro normativo e regolamentare vigente, nonché dagli orientamenti già espressi dall'Autorità, perpetrando un comportamento lesivo dei diritti dell'utenza finale.

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 sedici volte il minimo edittale, pari a euro 928.000,00 (novecentoventottomila/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 numerose 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 rilevante vantaggio economico conseguito dalla Società, atteso che la condotta, attuata a partire dal 29 febbraio 2020, ha interessato (*omissis*) di clienti ed è tuttora in atto. Pertanto, la violazione può ritenersi di durata media ed entità molto 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, prima dell'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 e a individuare procedure di gestione tempestiva dei reclami pervenuti tramite il servizio di assistenza clienti;

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 17,97 mld di euro, si ritiene congrua e proporzionata l'applicazione della sanzione come sopra determinata;

UDITA la relazione del Commissario Enrico Mandelli, 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), in merito alla variazione delle condizioni giuridiche ed economiche, a decorrere dal 29 febbraio 2020, di numerosi 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 928.000,00 (novecentototomila/00) ai sensi dell'art. 98, comma 16, 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'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 928.000,00 (novecentototomila/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’art. 98, comma 16, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, con delibera n. 3/21/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. 3/21/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, 5 gennaio 2021

IL PRESIDENTE
Giacomo Lasorella

IL COMMISSARIO RELATORE

Enrico Mandelli

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