



DELIBERA N. 57/22/CONS

**ORDINANZA INGIUNZIONE NEI CONFRONTI DELLA SOCIETÀ TIM
S.P.A. PER VIOLAZIONE DEGLI OBBLIGHI DI COMUNICAZIONE DI
DATI DI CUI ALL'ARTICOLO 42, COMMI 8 E 9, DELLA DELIBERA N.
348/19/CONS (CONTESTAZIONE N. 1/21/DRS)**

L'AUTORITÀ

NELLA riunione di Consiglio del 24 febbraio 2022;

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, recante “*Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*”;

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*”, (di seguito l’Autorità);

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

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

VISTO il decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 207, recante “*Attuazione della direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 dicembre 2018, che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche (rifusione)*”;

VISTO il decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante “*Codice delle comunicazioni elettroniche*” così come modificato, da ultimo, dal decreto legislativo, dell’8 novembre 2021, n. 207, nel seguito il *Codice*;

VISTO il decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262, come modificato dalla legge di conversione 24 novembre 2006, n. 286, recante “*Disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria*”;

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 l’articolo 14-bis, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito in legge 4 agosto 2006, n. 248, recante “*Integrazione dei poteri dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*”;

VISTA la delibera dell’Autorità n. 451/20/CONS, del 16 settembre 2020, ed il relativo Allegato A, recante “*Testo del Regolamento di procedura in materia di sanzioni amministrative e impegni*” (di seguito il *Regolamento*);



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. 413/21/CONS, del 21 dicembre 2021 e in particolare l’art. 34, comma 2-bis, ai sensi del quale le competenze assegnate alla Commissione per le infrastrutture e le reti sono temporaneamente esercitate dal Consiglio;

VISTA la delibera n. 613/18/CONS, del 19 dicembre 2018, recante “*Consultazione pubblica concernente l’analisi coordinata dei mercati dei servizi di accesso alla rete fissa ai sensi dell’articolo 50 ter del Codice*”;

VISTA la delibera n. 348/19/CONS del 18 luglio 2018 recante “*Analisi coordinata dei mercati dei servizi di accesso alla rete fissa ai sensi dell’articolo 50 ter del codice*”, ed in particolare l’articolo 42, commi 8 e 9, della medesima;

VISTO l’atto di accertamento e contestazione n.1/21/DRS del 20 ottobre 2021 notificato alla società TIM S.p.A. in data 21 ottobre 2021;

VISTI tutti gli atti formati ed acquisiti dalla Direzione reti e servizi di comunicazioni elettroniche, competente per materia ai sensi dell’articolo 14 del Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità;

CONSIDERATO che nel procedimento sono stati acquisiti tutti gli elementi istruttori nella piena garanzia del contraddittorio;

CONSIDERATO altresì quanto segue:

1. Premessa in fatto	3
2. Gli elementi sostanziali emersi in istruttoria a carico di TIM di cui all’atto di contestazione n. 1/21/DRS.....	4
3. La difesa di TIM.....	5
4. La regolamentazione vigente.....	7
5 Valutazioni istruttorie dell’Ufficio.....	8
5.1 In rito: sulla mancata convocazione in audizione in fase preistruttoria.....	9
5.2 Merito: sull’istanza di archiviazione per asserita insussistenza del fatto punibile e buona fede dell’operatore.	10
5.3 Sulla richiesta in via subordinata dell’applicazione di una sanzione minima commisurata alla portata minima del fatto contestato.....	13
6. Conclusioni sulla determinazione della sanzione	15

1. Premessa in fatto

A seguito di una attività di vigilanza condotta dalla Direzione Reti finalizzata alla verifica nei confronti di Telecom Italia S.p.A. (di seguito TIM) della violazione della normativa in merito alla replicabilità delle offerte, prevista all'art. 42 della delibera n. 348/19/CONS, è stato avviato, nei riguardi del medesimo operatore, un procedimento sanzionatorio con provvedimento Cont/1/21/DRS, notificato in data 21 ottobre 2021.

In particolare, l'indicata verifica si è concentrata sull'offerta, della cui diffusione al pubblico è stata data notizia anche da alcune testate giornalistiche specializzate, riservata ai clienti già nella *customer base* di TIM (cosiddetti "Clienti Presentatori") e finalizzata all'acquisizione di nuovi clienti da parte di TIM (cosiddetti "Presentati") che attivavano una linea o che passavano a TIM da altro operatore con l'offerta TIM SUPER, TIM SUPER WI-FI o TIM SUPER FWA.

L'iniziativa commerciale intrapresa da TIM prevedeva scontistiche rivolte a due tipi di soggetti: il cosiddetto cliente "presentatore" di un nuovo cliente ed il cliente "presentato".

Nello specifico, per ogni cliente "presentato" che attivava una linea in TIM, veniva applicato, al cliente "presentatore", uno sconto in fattura, pari a 5 €/mese per 12 mesi e per un massimo di 3 amici presentati. Pertanto, nel caso in cui il cliente TIM "presentatore" facesse attivare una delle suddette offerte in fibra di TIM, ad un amico "presentato", si poteva vedere riconoscere in fattura uno sconto totale su base annua pari a 60 €, suscettibile di raggiungere, nel massimo, un importo pari a 180 € (iva inclusa), nel caso in cui avesse "portato" fino a 3 amici in TIM.

Rileva, altresì, che la contestazione è stata riferita alla sola vicenda riguardante il trattamento economico riservato al cliente cd. "presentatore", poiché quello riservato al nuovo cliente "presentato" è risultato in linea con quanto valutato, nei tempi e nei modi regolamentati, ed infine approvato dall'Autorità ai sensi e per gli effetti della delibera n. 348/19/CONS.

Infatti, e cronologicamente, con lettera del 24 aprile 2020 TIM comunicava ad Agcom l'intenzione di apportare alcune modifiche alle promozioni associate all'Offerta TIM Super (originariamente riferita con nota del 6 novembre 2019) già approvata dall'Autorità con silenzio assenso.

Nella medesima nota TIM rendeva altresì noto che la declinazione della scontistica alla clientela sarebbe avvenuta secondo modalità variabili, tanto in termini di importi e di periodi (nei limiti del valore monetari approvato da Agcom), quanto in forma di eventuale erogazione di prodotti/servizi di costo equivalente.

L'Autorità, con lettere successive del 10 maggio 2020 e del 25 maggio 2020 approvava entrambe le promozioni, avendone accertata la replicabilità.

Nei mesi successivi TIM dava seguito all'applicazione delle scontistiche approvate da Agcom sui profili sopra comunicati.

Nel mese di ottobre 2020, TIM decideva di intraprendere un'iniziativa rivolta ai clienti in *customer base*, rientrante nella tipologia c.d. "*Member get member*", utilizzata comunemente dagli altri operatori di telecomunicazioni, ma – sino ad allora – mai praticata dalla TIM relativamente ai servizi di linea fissa.

Tale progetto, denominato "Porta un amico", si poneva - nell'ottica dell'operatore - l'obiettivo di valorizzare il "passaparola" con connessa attività di promozione, da parte di clienti TIM verso parenti ed amici, per offrire a questi ultimi la possibilità di sottoscrivere *on line* le offerte TIM Super (FTTH o FTTCAB/E) e TIM Super Wifi (FTTH o FTTCAB/E) riconoscendogli le scontistiche già approvate da Agcom.

Il cliente presentatore, residenziale e già in *customer base* di rete fissa TIM, avrebbe beneficiato di un premio in funzione dell'attività di promozione svolta.

2. Gli elementi sostanziali emersi in istruttoria a carico di TIM di cui all'atto di contestazione n. 1/21/DRS.

Come in richiamato provvedimento sanzionatorio (Cont/1/21/DRS), a differenza dell'offerta - denominata "TIM SUPER" – e il connesso sconto (fino a 60 euro) previsto per i c.d. clienti "presentati", le cui caratteristiche risultavano preventivamente documentate e regolarmente comunicate (nota del 20 aprile 2020 prot. Agcom n. 0171366) con conseguente avviso di conformità inviato dall'Autorità in data 10 maggio 2020 (prot. Agcom n. 0200381), è invece stata rilevata un'anomalia relativa, alle condizioni di promozione e scontistica riguardanti i cd. clienti "presentatori" in ordine alle quali non risultavano comunicate le regolamentate informazioni dovute dall'operatore e precedenti alla commercializzazione dell'offerta.

A riguardo rileva infatti che grava l'obbligo in capo all'operatore di "*comunicare all'Autorità le nuove condizioni di offerta dei servizi di accesso al dettaglio, nonché le modifiche alle condizioni di offerta preesistenti, con almeno 20 giorni di anticipo rispetto alla data prevista per la loro commercializzazione*" (art. 42, comma 8 della delibera n. 348/19/CONS – enfasi aggiunta).

Per siffatta ragione è stata avviata l'attività di vigilanza, inviando una richiesta di informazioni alla società TIM in data 5 maggio 2021 (prot. n. 021109) chiedendo, tra l'altro, di inviare "ogni dato ed informazione utile a valutare la correttezza del comportamento tenuto da codesta Società".

In particolare, è stato richiesto a TIM di fornire indicazioni in merito ad un'eventuale istanza rivolta all'Autorità di valutazione dell'offerta, nello specifico riferita

ai clienti c.d. “*presentatori*” e alla conseguente ricezione della comunicazione di “*avviso di conformità*” da parte dell’Autorità.

In data 13 maggio 2021 (prot. n. 0224530), la Società TIM ha riscontrato la richiesta sostanzialmente ammettendo di non aver mai sottoposto l’offerta in oggetto, relativamente ai c.d. “*presentatori*”, descrivendone solo le caratteristiche principali, senza inviare “tutte le informazioni necessarie alla valutazione dell’offerta, tra cui i profili di consumo della clientela di riferimento” - come previsto dalla regolamentazione – lasciando, quindi, ancora priva l’Autorità dei dati dell’offerta necessari alla valutazione di impatto della stessa sul mercato fisso.

In particolare, all’Autorità sono risultate mancanti informazioni fondamentali necessarie alla valutazione della replicabilità dell’offerta, peraltro *medio tempore* diffusa al pubblico

Verificata, quindi, siffatta mancanza è stata avviata l’attività sanzionatoria a carico di TIM con il già citato provvedimento di accertamento e contestazione n. 1/21/DRS, notificato alla stessa in data 21 ottobre 2021 per violazione degli obblighi di cui all’articolo 42, commi 8 e 9 della delibera n.348/19/CONS.

L’operatore, previo accesso documentale del 29/11/2021 è stato ritualmente ascoltato in audizione il 3 dicembre 2020.

3. La difesa di TIM

La posizione di TIM in ordine alla mancanza imputata, sia in fase di vigilanza che, successivamente, con l’atto di contestazione, è stata costantemente fondata sull’asserito e fondamentale presupposto che non fosse stata apportata alcuna modifica all’offerta originaria rivolta alla propria clientela, e ciò anche nell’ipotesi che parte di questa potesse assumere la veste di cliente “*presentatore*”.

In particolare, TIM, sia nella nota di replica alle richieste dell’ufficio Vigilanza, sia nella memoria di replica defensionale inviata il 18 novembre 2021 (prot. Agcom n.452855), a seguito della notifica del provvedimento di contestazione, ed infine nell’audizione svoltasi in data 3 dicembre 2021, ha evidenziato le caratteristiche della promozione in particolare sottolineando che, l’iniziativa “*porta un amico in TIM*” altro non è che una “*operazione a premi*” rientrante nell’ambito generale delle “*manifestazione a premi*” disciplinata dal DPR n.430 del 26/10/2001 e dalla circolare del 28 marzo 2002 della Direzione Generale dell’allora Ministero delle Attività Produttive.

Siffatta iniziativa, in buona sostanza, prevede il conferimento di un premio a coloro i quali vendono o acquistano un determinato prodotto o servizio, ed è qualificabile come tale, anche nel caso in cui ad essere premiato sia un soggetto differente, rispetto

all'acquirente, per avere propiziato la vendita di un prodotto o servizio (cfr. art.3 del DPR 430/2001)

Sulla scorta di tale presupposto logico/ normativo, TIM ha quindi ritenuto che l'iniziativa di che trattasi non modificasse l'originaria offerta verso il proprio cliente "presentatore" remunerando – premialmente appunto – l'eventuale acquisizione di nuovi clienti "presentati" attraverso una scontistica generata da un asserito rapporto negoziale autonomo, rispetto al contratto originario e, giuridicamente collocabile nell'alveo delle "offerte al pubblico", disciplinate dagli artt.1989 cc e ss.

A riguardo TIM ha ancora evidenziato che infatti il cliente presentatore non ha beneficiato in alcun modo della promozione riservata esclusivamente al cliente presentato, beneficiando solo ed esclusivamente di un eventuale premio connesso alla sola acquisizione di nuovi clienti.

A ciò consegue, nell'ottica di TIM, che il trattamento economico riconosciuto al cliente presentatore non sostanziasse in alcun modo una "nuova condizione di accesso al dettaglio" o "modifica alle condizioni preesistenti" assoggettabili all'obbligo di preventiva comunicazione ad Agcom ai sensi dell'art.42 della delibera n. 348/19/CONS.

Per tali motivi TIM ha ritenuto di non dovere preventivamente informare Agcom dell'iniziativa assunta, proprio in ragione del fatto – asseritamente essenziale nel ragionamento condotto – che non v'era modifica alcuna del "prezzo finale", poiché il prezzo dell'offerta originaria non subiva alcuna variazione restando identica a quella già approvata da Agcom.

In buona sostanza, nell'ottica di TIM, non poteva nascere il dubbio che i vantaggi attribuiti al cliente "presentatore" non incidessero sull'offerta originaria proprio in ragione degli autonomi "meccanismi" remunerativi previsti, cioè attraverso lo sconto in fattura per quest'ultimo, discendente però da obbligazione autonoma.

A supporto dei propri ragionamenti TIM sottolinea, infatti, che per espresse disposizioni normative il "premio" eventuale da corrispondere al cliente proattivo, non potendo essere corrisposto attraverso dazione materiale di danaro, dovesse solo - e potesse - essere riconosciuto con uno sconto in fattura secondo un meccanismo di compensazione di due crediti appartenenti a fattispecie negoziali diverse.

Invocando, dunque, un generale comportamento tenuto secondo buona fede, TIM osserva che nell'atto di contestazione si fa riferimento ad un elenco di elementi che non sono stati specificamente richiesti, mentre storicamente, nei rapporti tra TIM ed Agcom, non è venuta meno mai la collaborazione di TIM in ordine a tale aspetto, e cioè TIM non si è mai sottratta a fornire ad Agcom ogni elemento richiesto e che tutte le informazioni e i dati disponibili e possibili sono stati forniti, nell'ambito della vigilanza, ivi inclusi

quelli di *benchmark*, rendendosi peraltro disponibile ad una interlocuzione con Agcom, cui non è seguita risposta.

A riguardo TIM ha rimarcato di avere evasa con dovizia di particolari, la richiesta di maggio degli uffici di Agcom, fornendo tutti gli elementi richiesti e specificando altresì quali fossero gli aspetti peculiari dell'iniziativa e, quindi, le ragioni del comportamento di TIM nel promuoverne la commercializzazione (v. nota prot. Agcom n. 211094 del 5/05/2021 e nota TI-871 del 13/05/2021) soggiungendo che ciò ha indotto l'azienda, trattandosi di una iniziativa del tutto nuova e senza riferimenti precedenti, a ritenere – in buona fede - di non dovere ulteriori comunicazioni, non incidendo siffatta iniziativa, si ripete, sulla offerta originaria.

Nell'occasione, TIM, tenuto conto delle motivazioni che l'avevano spinta a non ritenere l'iniziativa in questione, limitatamente alla figura del cliente "presentatore", come suscettibile di una valutazione di replicabilità, sottolineava che: "*...dal confronto effettuato (con iniziative promozionali analoghe n.d.r.) emerge come la meccanica dell'iniziativa TIM e l'entità dei benefici previsti seguano dinamiche comparabili con quelle riferibili alle altre iniziative ad oggi presenti sul mercato. Tale benchmark, come indicato anche dalla delibera n. 584/16/CONS, assume rilievo quale strumento di valutazione per iniziative innovative, il cui inquadramento non possa essere direttamente ricondotto nell'alveo degli ordinari modelli di analisi.*" (enfasi aggiunta)

Non meno significativamente, sotto il richiamato profilo della incolpevole condotta, TIM ha evidenziato che la propria buona fede emergerebbe manifestamente poiché, oltre alle ragioni tecniche e giuridiche a supporto della propria posizione, è stata disposta anche l'immediata sospensione dell'iniziativa non appena avuto contezza della richiesta istruttoria di Agcom, ossia in assenza di qualsivoglia contestazione. Con ciò dimostrando nei fatti di avere tenuto una condotta certamente ispirata da rispetto istituzionale, buona fede e collaborazione.

Per tutti gli indicati motivi TIM ha chiesto, dunque, l'archiviazione del procedimento per insussistenza e/o manifesta irrilevanza della condotta oggetto di contestazione o, in linea di estremo subordine, l'irrogazione della sanzione minima edittale, in applicazione dei principi di legge.

4. La regolamentazione vigente

La normativa vigente in tema di replicabilità delle offerte commerciali, su rete fissa di TIM S.p.A., è la delibera n. 348/19/CONS, che ha definito le nuove linee guida finalizzate alle verifiche di replicabilità previste per le offerte *retail* di Telecom Italia (comprendenti servizi verticalmente integrati con i prodotti di accesso all'ingrosso regolati) che devono essere sottoposte ad una verifica di replicabilità prima del loro lancio

commerciale, con modalità di applicazione differenziate tra offerte su rete in rame e offerte su rete in fibra.

L'art. 42, comma 8 della delibera n. 348/19/CONS sancisce che : *“Fatto salvo quanto disposto dai successivi commi 13, 14 e 15 del presente articolo, al fine di consentire lo svolgimento dei test di prezzo di cui ai commi precedenti, TIM comunica all’Autorità le nuove condizioni di offerta dei servizi di accesso al dettaglio, nonché le modifiche alle condizioni di offerta preesistenti, con almeno 20 giorni di anticipo rispetto alla data prevista per la loro commercializzazione, salvo quanto stabilito in merito alle gare per pubblici appalti ed alle procedure ad evidenza pubblica per la selezione del fornitore di cui all’articolo seguente. Tale comunicazione potrà avvenire mediante un apposito sistema informatico, non appena disponibile”*.

All’art. 42, comma 9, è previsto inoltre che: *“Contestualmente alla comunicazione preventiva delle condizioni di offerta, che riporta tutti i dettagli contenuti nell’offerta medesima, compresi gli eventuali sconti che si intendono praticare ai clienti finali, TIM trasmette all’Autorità tutte le informazioni necessarie alla valutazione dell’offerta, tra cui i profili di consumo della clientela di riferimento.” (enfasi aggiunta)*

All’art. 42, comma 10, infine, è disposto quanto segue: *“L’Autorità si esprime in ordine alla conformità della proposta sottoposta al test di prezzo nel termine di 20 giorni, decorrenti dal ricevimento della comunicazione, fatta salva eventuale proroga o sospensione di tale termine. La commercializzazione delle offerte potrà avere luogo a seguito dell’avviso di conformità da parte dell’Ufficio competente dell’Autorità, ovvero al termine del periodo previsto per le verifiche sulla base del principio del silenzio assenso”*.

5 Valutazioni istruttorie dell’Ufficio.

Nel corso dell’istruttoria, successiva all’avvio del procedimento e come sopra riportato, Telecom Italia ha chiesto l’archiviazione del procedimento e, in via subordinata, l’applicazione della sanzione nel minimo edittale connessa alla *bona fides* della società.

A riguardo giova, dunque, ripercorre in sintesi gli argomenti difensivi dell’operatore contestato.

La replica di TIM fonda su quattro punti essenziali:

- 1) L’iniziativa “Porta un amico” non doveva né poteva essere considerata, con riferimento alla componente del “cliente presentatore”, come soggetta a verifica di replicabilità.

- 2) Tale iniziativa emulava una prassi consolidata e applicata in modalità analoghe dagli operatori del settore.
- 3) Trattandosi di un'iniziativa nuova per TIM, la stessa non era comunque in grado di fornire, al momento del lancio dell'iniziativa promozionale, dati significativi per una verifica ex ante da parte di Agcom.
- 4) L'iniziativa è comunque e cautelativamente stata subito riformulata, eliminando la componente incentivante per il "presentatore", pur nella certezza che l'attività di vigilanza dell'Autorità avrebbe confermato la correttezza del comportamento di TIM, consentendo così il pronto ripristino dell'iniziativa nella sua versione originale.

5.1 In rito: sulla mancata convocazione in audizione in fase preistruttoria.

In via preliminare va fin da subito evidenziato che TIM ha lamentato una "colpevole" mancata audizione da parte di Agcom in fase preistruttoria di vigilanza che, se svolta, le avrebbe asseritamente consentito di esprimere le argomentazioni a giustificazione del proprio corretto operato.

A riguardo rileva che TIM si è dichiarata disponibile ad una interlocuzione con Agcom, peraltro informalmente, ma che in ordine a tale specifico aspetto – nel corso dell'attività di vigilanza – una eventuale formale convocazione in audizione del soggetto vigilato è una scelta che spetta all'ufficio procedente se, e qualora, quest'ultima fosse ritenuta utile ad acquisire elementi determinanti.

Infatti, non v'è obbligo – da regolamento – per gli uffici della vigilanza di interlocuzione con i soggetti vigilati, una volta ritenuto di disporre di ogni elemento sufficiente alle proprie e specifiche valutazioni.

Nel caso che ci occupa l'ufficio di vigilanza doveva infatti verificare, *sic et simpliciter*, se la comunicazione dei dati, ritenuta dovuta, ci fosse stata o meno.

A riguardo si sottolinea, infatti, che la richiesta inoltrata a TIM, in ordine all'invio di ogni informazione utile a dimostrare la correttezza del proprio comportamento, era ampiamente indicativa di tutte le informazioni necessarie alle valutazioni dell'ufficio procedente.

Pertanto, inefficaci, a scopo difensivo, sono le osservazioni di TIM in ordine al fatto che non le fossero stati puntualmente elencati gli elementi che Agcom riteneva necessari per qualificare esaustiva la risposta di TIM.

Infatti, giova sul punto evidenziare che con la già citata nota del 5 maggio 2021 a TIM erano stati chiesti:

- istanza di approvazione della offerta inviata all’Autorità;
- illustrazione della costruzione del prezzo finale di vendita *retail* di TIM;
- **ogni altro dato ed informazione utile** a valutare la correttezza del comportamento tenuto dalla Società (enfasi aggiunta).

Ebbene, TIM non ha fornito i dati richiesti.

Infatti, con la già citata nota di riscontro del 13 maggio 2021 TIM stessa ha ammesso di non aver mai sottoposto l’offerta in oggetto, relativamente ai c.d. “Presentatori” e cautelativamente sospesa dopo circa 8 mesi di attività, descrivendone solo le caratteristiche principali., senza inviare “tutte le informazioni necessarie alla valutazione dell’offerta, tra cui i profili di consumo della clientela di riferimento”, come previsto dalla regolamentazione, lasciando priva l’Autorità di basilari elementi.

In particolare, all’Autorità, sono risultate mancanti le informazioni fondamentali alla valutazione della replicabilità o meno dell’offerta già, peraltro, *medio tempore* diffusa al pubblico quali:

[omissis]

5.2 Merito: sull’ istanza di archiviazione per asserita insussistenza del fatto punibile e buona fede dell’operatore.

TIM ha chiesto l’archiviazione del procedimento a suo carico sostanzialmente basata sull’irrelevanza degli effetti prodotti e *bona fides*.

TIM sostiene che l’iniziativa “*Porta un amico*” non doveva né poteva essere considerata, con riferimento alla scontistica/premio riservata al “cliente presentatore”, assoggettabile a verifica di replicabilità, poiché non modificava l’offerta originaria già assentita da Agcom in precedenza.

Sostanzialmente le argomentazioni di TIM fondano sulla circostanza – ritenuta basilare – che il contratto già in essere, tra TIM stessa e il proprio cliente, non subisse alcuna sostanziale modifica poiché il premio, eventualmente riconosciuto al cliente cd.

“presentatore”, nascerebbe da una fattispecie negoziale autonoma e parallela al contratto, quindi distinta da quest’ultimo e da collocare nell’ambito delle offerte al pubblico.

Siffatti argomenti sono privi di pregio difensivo.

Appare infatti evidente che lo sconto riconosciuto al cliente, a remunerazione della propria attività “promozionale”, sostanzialmente di fatto un *quid pluris* poiché determina *in parte qua* un nuovo assetto regolatorio del rapporto originario laddove – in particolare e per l’appunto – configura una modalità aggiuntiva e premiale (scontistica a premio) dapprima non prevista.

Trattasi cioè di una modifica non secondaria dell’originario assetto del rapporto cliente- operatore contemplando, nella specie, un elemento addizionale, in origine inesistente, che vincolava TIM agli obblighi di preventiva informazione di cui alla regolamentazione vigente con particolare riferimento, quindi, alle “*modifiche alle condizioni di offerta preesistenti*” (art.42, comma 8) “...*compresi gli eventuali sconti che si intendono praticare ai clienti finali.*” (art.42, comma 9).

Nemmeno giova, alla posizione difensiva di TIM, l’aggiuntiva considerazione dell’essere – l’iniziativa – una novità per TIM stessa e, dunque, impossibile da corredare di “*dati significativi per una verifica ex ante da parte di Agcom*”, ivi inclusa la conclusione al ragionamento condotto da TIM che, in definitiva, l’iniziativa abbia nei fatti prodotto un modesto risultato, se posto in relazione con il mercato di riferimento.

TIM, infatti, ha evidenziato che: “... *si tratta di iniziative che coinvolgono un numero veramente limitato di clienti (nell’ordine di qualche centinaio al mese), con un rapporto clienti presentati/clienti presentatori che si attesta poco al di sopra dell’unità.*”

Sul punto l’operatore insiste nel sottolineare che i dati a consuntivo dell’iniziativa “Porta un amico” nel periodo ottobre 2020 – maggio 2021, oltre a confermare le indicazioni fornite con la comunicazione del 13 maggio, sono, in questo senso, significativi e dirimenti:

[omissis]

Si osserva a riguardo, in via preliminare, che TIM, per il notorio ruolo che ha nel mercato, è dotata di un’organizzazione interna idonea a garantire una gestione adeguata delle richieste di informazioni formulate dall’Autorità provvedendo, nei termini e

secondo le modalità prescritti, alla comunicazione dei documenti, dei dati e delle notizie richiesti.

Peraltro, si soggiunge, che i dati a consuntivo degli effetti sul mercato, prodotti *ex post* dall'iniziativa assunta, non sono bastevoli a ridimensionare il carattere di novità dell'iniziativa stessa e, quindi, la necessità che ne fosse *ex ante* informata l'Autorità, come dovuto.

Ciò, pur riconoscendo che i dati forniti possano subire una fluttuazione temporale (per effetto degli assestamenti) e finanche che il dato di preventivo possa discostarsi, per l'effetto, dal dato di consuntivo.

Siffatta considerazione non esime in ogni caso TIM dall'obbligo – per l'appunto regolamentato – di comunicare i dati di preventivo con un livello di disaggregazione tale da non compromettere l'efficacia e l'efficienza dell'attività di verifica dell'Autorità.

Infatti, l'Autorità ha fundamentalmente contestato a TIM di non aver soppesato con la dovuta adeguatezza la circostanza che l'iniziativa assunta sostanziasse nei fatti una oggettiva novità.

Ciò corrisponde alla necessità, riconosciuta all'Autorità nelle delibere citate, di potere sempre e costantemente disporre di informazioni sufficienti a valutare il flusso di attivazioni delle singole promozioni in modo da verificare che sia rispettato, da parte di TIM, il vincolo di “impatto limitato” di una certa offerta, in tutte le sue declinazioni, attesa la posizione di TIM nel mercato fisso.

TIM ha difeso il proprio comportamento come incolpevole, anzi condotto secondo buona fede, quest'ultima, comprovata anche dall'aver interrotta la commercializzazione dell'offerta pur nel convincimento che non le fosse dovuta alcuna comunicazione verso l'Autorità e “..., *con spirito di buona fede e fattiva collaborazione, nelle more dell'espletamento dei necessari approfondimenti istruttori, funzionali ad addivenire al corretto inquadramento della fattispecie in esame nell'ambito del più generale processo di verifica della replicabilità, riconfigurava prontamente l'iniziativa **escludendo il beneficio economico per i clienti presentatori***”.

Come sopra chiarito, sul punto, l'addebito mosso a TIM riguarda il *modus operandi* della stessa TIM, che è vincolata a fornire dati con le modalità richieste, o preannunciate volontariamente, e tale obbligo informativo si presume *iuris et de iure* per il sol fatto che è necessario allo svolgimento delle funzioni di verifica e controllo dell'Autorità.

Per tutto quanto premesso, si ritiene che le evidenze documentali e gli elementi formati e acquisiti nel corso dell'attività procedimentale confortano il rigetto dell'istanza di archiviazione richiesta dalla società.

Tuttavia, a fini punitivi, il comportamento dell'operatore deve essere valutato commisurandone la gravità.

5.3 Sulla richiesta in via subordinata dell'applicazione di una sanzione minima commisurata alla portata minima del fatto contestato.

Subordinatamente all'istanza di archiviazione, TIM ha altresì chiesto che la sanzione amministrativa, se non archiviata, le fosse inflitta nel minimo edittale richiamando – per la commisurazione della stessa – al principio di proporzionalità di cui alla logica combinazione degli artt. 11 della legge n. 689/1981 e 3 della Costituzione, che imporrebbero la personalizzazione della pena alla luce della gravità, oggettiva e soggettiva, del fatto imputabile.

A fondamento di siffatta richiesta rileverebbero – secondo TIM – due determinanti circostanze:

- *in primis* che, se pure l'iniziativa di che trattasi fosse stata sottoposta a verifica *ex ante* da parte di Agcom, ne sarebbe stata comunque accertata la replicabilità oltre che verificata la scarsità degli effetti prodotti sul mercato;
- *in secundis*, il fatto che TIM ha cautelativamente sospeso gli effetti dell'iniziativa promozionale sui “clienti presentatori”, non appena avuto contezza della richiesta istruttoria di Agcom, ossia in assenza di qualsivoglia contestazione.

La richiesta appare meritevole di parziale accoglimento.

Infatti, i dati acquisiti in istruttoria effettivamente rivelano che l'iniziativa assunta da TIM, comunque illegittima poiché non assentita preventivamente, rivelano che essa non ha ingenerato significativi effetti sul mercato, atteso che l'offerta risulta comunque replicabile e che il numero di attivazioni complessive, si attesta su meno di [omissis] con una percentuale di incidenza piuttosto modesta per il mercato su rete fissa.

TIM, nello specifico, riferisce di avere acquisito, quale diretto effetto della campagna promozionale

[omissis]

A siffatta, oggettiva considerazione si aggiunge anche che TIM, pur nella più volte rimarcata convinzione di trovarsi nel giusto, ha comunque sospeso l'iniziativa *motu proprio* già in fase di verifica istruttoria da parte degli uffici di Agcom, operando secondo lo schema del “ravvedimento operoso”, di cui tenere conto, ai sensi dell'art. 11 della legge n. 689/1981.

Ne consegue, quindi, che all'indicato operatore sia applicabile la sanzione di cui all'articolo 30, comma 10 (già art. 98, comma 9), del *Codice* che è da considerarsi norma sostanziale di riferimento, per non avere TIM preventivamente comunicato all'Autorità i

dati dovuti (per le verifiche di replicabilità) né di averne forniti in base alle richieste pervenute dal competente ufficio durante le attività di vigilanza di quest'ultimo.

Ciò che viene oggettivamente imputato a TIM attiene effettivamente alla fattispecie tipica di cui alla citata norma: *“ai soggetti che non provvedono, nei termini e con le modalità prescritti, alla comunicazione dei documenti, dei dati e delle notizie richiesti dal Ministero o dall’Autorità, gli stessi, secondo le rispettive competenze, comminano una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 15.000,00 ad euro 1.150.000,00”*.

Tuttavia, si osserva, che la violazione in sé appare superare la soglia della invocata *parva materia* e, dunque, la richiesta applicazione della misura minima non può essere accolta.

Basti a tale proposito considerare che, in altri casi, sono stati confermati procedimenti sanzionatori laddove l'effetto della violazione si è concretizzato su *[omissis]*. La condotta di TIM, infatti, anche se riferita ad un limitato *tempus commissi delicti* (ottobre 2020/ maggio2021), ha comunque prodotto effetti *[omissis]* direttamente collegati al comportamento illegittimo di cui tenere conto nella finale valutazione per la commisurazione dell'importo sanzionatorio.

TIM si appella ai principi generali di cui alla legge n.689/81 e ai richiami delle più recenti pronunce giurisprudenziali invocando l'applicazione della proporzionalità della sanzione da commisurarsi all'oggettiva gravità del fatto ed alla personalizzazione soggettiva della stessa.

A tale riguardo rilevano, ai sensi di legge, i seguenti criteri di cui all' Art. 11 della legge 689/81:

a) *gravità della violazione:*

In base al complesso delle valutazioni svolte la gravità del comportamento illegittimo può considerarsi limitata, in ragione della modesta incidenza degli effetti prodotti nel mercato di riferimento.

Nello specifico, l'elemento da vagliare è l'effetto sul mercato della condotta posta in essere, peraltro, in un circoscritto periodo. A tale riguardo nel corso del procedimento è stato possibile accertare un modesto profilo numerico, *[omissis]*.

b) *opera svolta dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione delle conseguenze della violazione:*

A riguardo, va considerato che TIM si è subito attivata, a maggio 2021, per rimuovere la condotta illecita intervenendo prontamente sul sito già all'atto – come dichiarato – delle verifiche rese note all'operatore dall'ufficio vigilante;

c) *personalità dell'agente:*

TIM, per il notorio ruolo che ha nel mercato, è dotata di un'organizzazione interna idonea a garantire una interpretazione corretta delle norme che le impongono comportamenti finalizzati ad impedire illegittime distorsioni dei mercati e, a tal fine, consentire all'Autorità di svolgere compiutamente le proprie verifiche *ex ante* rispetto alle iniziative commerciali che si intende intraprendere;

d) *condizioni economiche dell'agente:*

in ordine, infine, alle condizioni economiche della società, anch'esse rilevanti per la determinazione del *quantum* sanzionabile, va detto che la situazione patrimoniale dell'operatore è notoriamente tale da sostenere la sanzione pecuniaria che si intende comminare per la violazione ascritta.

6. Conclusioni sulla determinazione della sanzione

Come sopra evidenziato, gli accertamenti fatti nel corso dell'istruttoria non inducono a modificare le conclusioni contenute nella contestazione n. 1/21/DRS in ordine alla sussistenza della condotta illecita.

A riguardo appaiono tuttavia rilevanti, a fini afflittivi, i modesti effetti della violazione e la condotta di TIM per limitarne l'impatto, da correlare comunque alla capacità di TIM di comprendere appieno l'illegittimo comportamento, in considerazione, sia delle notevoli dimensioni aziendali, che del ruolo che l'operatore occupa nel mercato. In ordine, infine, alle condizioni economiche della società, anch'esse rilevanti per la determinazione del *quantum* sanzionabile, va detto che la situazione patrimoniale dell'operatore è tale da sostenere la sanzione pecuniaria da comminarsi per la violazione ascritta (art. 11, legge 689/81)

Per tutto quanto premesso, considerata la natura, gli effetti della violazione ed altresì considerata anche la solerte attivazione dell'operatore dominante al fine di cessarne ogni ulteriore conseguenza, appare complessivamente equo disporre l'applicazione – nell'ampio range di riferimento – della sanzione pecuniaria di euro 40.000 (quarantamila/00).

RITENUTA, dunque, la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della sanzione amministrativa da euro 15.000 a euro 1.150.000 ai sensi dell'articolo 30, comma 10, del decreto legislativo dell'8 novembre 2021 n. 207 (CEE);

CONSIDERATO che, ai sensi dell'articolo 30, comma 24, del d.lgs. n. 207/2021, nel caso di specie non si applicano le disposizioni sul pagamento in misura ridotta di cui all'articolo 16 della legge n. 689/1981;



RITENUTO, quindi, di dover determinare la sanzione pecuniaria nella misura complessiva di euro 40.000 (quarantamila/00) per la violazione ascritta e che in tale commisurazione rilevano i predetti criteri, di cui all'articolo 11, della legge n. 689/1981;

VISTO l'articolo Articolo *10-bis* della delibera n. 451/20/CONS che consente al destinatario della sanzione pecuniaria la facoltà di richiedere il pagamento rateale della somma dovuta a titolo di sanzione pecuniaria, ai sensi dell'articolo 26 della legge 24 novembre 1981, n. 689;

UDITA la relazione del Commissario Antonello Giacomelli, relatore ai sensi dell'articolo 31 del *Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità*;

ACCERTA

che la società TIM con sede legale in Via Gaetano Negri, 1 - 20123 Milano (MI), ha violato l'articolo 42, commi 8 e 9, della delibera n. 348/19/CONS, condotta sanzionabile ai sensi dell'art. 30, comma 10, del *Codice*;

ORDINA

alla predetta Società, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, di pagare la sanzione amministrativa pecuniaria di euro 40.000 (quarantamila/00);

INGIUNGE

alla citata Società, 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 40.000 (quarantamila/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, del bilancio di previsione dello Stato, evidenziando nella causale "*Sanzione amministrativa irrogata dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ai sensi dell'articolo 30, comma 10 (già art. 98, comma 9,)del CEE con delibera n. 57/22/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 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. 57/22/CONS*".

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



La presente delibera è notificata a TIM S.p.A. e pubblicata sul sito *web* dell'Autorità.

Roma, 24 febbraio 2022

IL PRESIDENTE
Giacomo Lasorella

IL COMMISSARIO RELATORE
Antonello Giacomelli

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