

Publicato il 13/01/2021

N. 00448/2021 REG.PROV.COLL.
N. 01386/2020 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1386 del 2020, proposto da Telecom Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Filippo Lattanzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via G. P. da Palestrina, 47;

contro

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, presso cui domicilia *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento

- della delibera n. 498/19/CONS recante diffida nei confronti di TIM, in relazione all'offerta denominata "Ricarica+", al rispetto del combinato disposto dell'art. 1, comma 1, decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, convertito in legge n. 40 del 2007, e dell'art. 2, comma 12, lettera c), legge n. 481 del 1995.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 25 del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 dicembre 2020, tenutasi in collegamento da remoto, la dott.ssa Paola Patatini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Nel mese di agosto 2019, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCom) formulava, nei confronti dell'operatore mobile TIM, una richiesta di informazioni e documenti in merito alle modalità di ricarica del credito residuo per le utenze di tipo prepagato, avendo rilevato alcune criticità in termini di poca trasparenza delle informazioni rese all'utenza finale rispetto all'acquisto dell'offerta "Ricarica+".

Tim riscontrava la richiesta con nota del 6 settembre 2019, evidenziando in premessa che l'offerta "Ricarica+" non rappresenta una nuova modalità di ricarica delle utenze prepagate, bensì un'offerta commerciale, composta da un credito telefonico e un *bundle* di servizi aggiuntivi, di tal che l'importo contenuto nella denominazione commerciale (Ricarica 5+, 10+, 20+, 30+) non è rappresentativo dell'esatta entità economica del credito acquisito, bensì di un valore inferiore in quanto la rimanente quota di prezzo costituisce il corrispettivo per l'acquisto dei servizi aggiuntivi.

Parimenti, nello stesso mese di settembre, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) notificava a TIM l'apertura di un procedimento volto ad accertare il carattere asseritamente scorretto delle condotte commerciali connesse all'offerta "Ricarica+", contestando in particolare la scarsa chiarezza per il consumatore sulla circostanza che l'adesione all'offerta comportasse l'acquisto non solo del credito telefonico,

ma anche di servizi a pagamento che l'utente non aveva scelto espressamente e consapevolmente. Tale comportamento integrava, ad avviso dell'AGCM, una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, comma 2, e 26, lettera f) del Codice del Consumo.

L'Autorità invitava quindi l'operatore a rimuovere i profili di possibile scorrettezza adottando misure idonee a modificare il sistema.

TIM riscontrava l'invito con nota del 30 settembre 2019, in cui, dopo aver descritto i primi interventi di miglioramento intrapresi già nel mese di luglio (*renaming* dell'offerta, predisposizione di nuovo materiale informativo, sensibilizzazione dei partner commerciali sulla necessità di fornire alla clientela una corretta informativa circa la differenza tra ricarica standard e offerta commerciale "Ricarica+"), illustrava le ulteriori azioni correttive poste in essere per eliminare i profili di criticità evidenziati, sottolineando in particolare quella dell'adozione di due nuovi tagli di ricarica standard da 4 e 6 euro, in grado di soddisfare ulteriormente le esigenze della clientela con scarsa propensione a spendere.

Tali misure venivano valutate da AGCM che, con nota del 6 dicembre 2019, riteneva rimossi, alla luce delle azioni intraprese dall'operatore, i profili di possibile scorrettezza della pratica commerciale oggetto di indagine e, per l'effetto, archiviava il procedimento istruttorio.

Nel frattempo, con ulteriore nota del 30 ottobre 2019, TIM forniva anche ad AGCom informazioni aggiuntive circa le iniziative adottate, sottoponendo all'Autorità tutta la documentazione inerente al procedimento di *moral suasion* avviato da AGCM.

Senonché, con la delibera 498/19 del 16 dicembre 2019, AGCom, ritenendo l'iniziativa economica denominata "Ricarica+" in contrasto con gli obblighi vigenti in materia di concorrenza, trasparenza e confrontabilità delle offerte, parità di trattamento degli utenti, nonché col divieto di addebito alla clientela di costi fissi e contributi di ricarica aggiuntivi rispetto al traffico telefonico acquistato, ha diffidato TIM al rispetto, nel termine di 30 giorni, del

combinato disposto dell'art. 1, comma 1, decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, convertito in legge n. 40 del 2007, e dell'art. 2, comma 12, lettera c), legge n. 481 del 1995, mediante «l'adozione di modalità di ricarica che non comportino necessariamente, per determinati tagli, la contestuale attivazione di pacchetti o opzioni tariffarie, così da rendere evitabile, per quegli stessi tagli, tale attivazione e superare al contempo la possibile confusione tra le operazioni di ricarica e l'acquisto di pacchetti o offerte commerciali».

Avverso la predetta delibera, la società TIM ha quindi proposto il presente ricorso per ottenerne l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, per:

- «Nullità per carenza assoluta di attribuzioni. Incompetenza. Violazione e falsa applicazione dell'art. 19, comma 3 nonché dell'art. 27 comma 1bis Codice Consumo. Violazione dell'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU e dell'art. 50 della Carta di Nizza. Eccesso di potere per sviamento, difetto di motivazione», in quanto, alla luce del riparto di competenze tra AGCM e AGCom come definito dal Consiglio di Stato con sentenza n. 7296/2019, l'AGCom non avrebbe un autonomo potere di intervento in ragione dell'avvenuto esercizio delle proprie prerogative da parte dell'AGCM che, sulla medesima condotta, ha avviato e archiviato il procedimento di *moral suasion*, con la conseguente violazione, nella specie, del principio penalistico del *ne bis in idem*;

- «Violazione e falsa applicazione degli artt. 70 e 71 CCE, nonché dell'art. 1 comma 1 DL n. 7/2007 convertito in legge n. 40/2007; eccesso di potere per sviamento», in quanto la componente aggiuntiva del prezzo dell'offerta "Ricarica+" non costituirebbe una forma surrettizia di reintroduzione di costi fissi, vietati dal Decreto Bersani, bensì il corrispettivo per la fruizione di servizi aggiuntivi, e quindi il presupposto fattuale e giuridico da cui muove AGCom sarebbe errato;

- «Violazione e falsa applicazione dell'art. 1 comma 1 DL n. 7/2007 convertito in legge n. 40/2007; difetto di motivazione ed eccesso di potere», in quanto la diffida sarebbe poco chiara e contraddittoria circa l'ordine di reintroduzione di tagli di ricarica da 5 e 10 euro e condizionerebbe ingiustificatamente la libertà di impresa

nell'articolazione della offerta commerciale e nella scelta dei canali da utilizzare.

Per resistere al gravame, si è costituita in giudizio l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni che con memoria ha contestato le argomentazioni di parte, insistendo inoltre per il rigetto dell'istanza cautelare.

Alla camera di consiglio del 4 marzo 2020, la causa è stata cancellata dal ruolo delle cautelari, su rinuncia di parte ricorrente.

Alla pubblica udienza del 18 dicembre 2020, per la quale entrambe le parti hanno depositato scritti, sentiti i difensori collegati da remoto in modalità telematica, la causa è passata in decisione.

DIRITTO

Il ricorso non è fondato.

Con riguardo al primo motivo di doglianza, relativo all'asserita carenza di attribuzioni in capo all'AGCom in ragione dell'avvenuto intervento da parte dell'AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette, il Collegio ritiene, in via preliminare, di ricostruire brevemente il quadro normativo di riferimento, ai fini della delimitazione dei poteri di intervento delle due Autorità nonché della condotta rilevante oggetto dei due procedimenti da queste avviati.

La legge 14 novembre 1995, n. 481, recante «[n]orme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità», dispone, tra l'altro, che l'Autorità di regolazione (quale AGCom) “controlla che le condizioni e le modalità di accesso per i soggetti esercenti i servizi, comunque stabilite, siano attuate nel rispetto dei principi della concorrenza e della trasparenza, anche in riferimento alle singole voci di costo, anche al fine di prevedere l'obbligo di prestare il servizio in condizioni di eguaglianza, in modo che tutte le ragionevoli esigenze degli utenti siano soddisfatte, ivi comprese quelle degli anziani e dei disabili [...]» (art. 2, comma 12, lettera c).

Il cd. Decreto Bersani (decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, recante «misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo

sviluppo di attività economiche, la nascita di nuove imprese, la valorizzazione dell'istruzione tecnico-professionale e la rottamazione di autoveicoli», convertito in legge n. 40 del 2007) ha disposto, « [a]l fine di favorire la concorrenza e la trasparenza delle tariffe, di garantire ai consumatori finali un adeguato livello di conoscenza sugli effettivi prezzi del servizio, nonché di facilitare il confronto tra le offerte presenti sul mercato, è vietata, da parte degli operatori di telefonia, di reti televisive e di comunicazioni elettroniche, l'applicazione di costi fissi e di contributi per la ricarica di carte prepagate, anche via bancomat o in forma telematica, aggiuntivi rispetto al costo del traffico telefonico o del servizio richiesto [...]» (art. 1, comma 1), attribuendo all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni il compito di vigilare sul rispetto della disposizione (art. 1, comma 4).

Il Codice del Consumo (decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206), nell'ottica di assicurare un elevato livello di tutela dei consumatori e degli utenti (art. 1), stabilisce che «[u]na pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori» (art. 20, comma 2); è in particolare scorretta la pratica commerciale aggressiva che esiga «il pagamento immediato o differito o la restituzione o la custodia di prodotti che il professionista ha fornito, ma che il consumatore non ha richiesto» (artt. 20, comma 4, e 26, lettera f).

Nel caso in esame, l'AGCom ha ritenuto che l'eliminazione dei tagli di ricarica da 5 e 10 euro dai canali commerciali costituiti da tabaccherie/bar/edicole determinasse la violazione sia dell'art. 2, comma 12, l. n. 481 del 1995, sia dell'art. 1, comma 1, Decreto Bersani, mentre, ad avviso iniziale di AGCM, l'acquisto dell'offerta "Ricarica+" avrebbe integrato una pratica commerciale aggressiva nei termini sopra visti, comportando l'addebito all'utente di un

costo per la fornitura di un servizio da questi non richiesto, né consapevolmente ed espressamente scelto.

Secondo la ricorrente, la condotta indagata da AGCM e quella oggetto di diffida da parte di AGCom risulterebbero perfettamente sovrapponibili con la conseguenza che, alla luce delle coordinate sistematiche dettate dal Consiglio di Stato, Sezione Sesta, con la sentenza n. 7296 del 25 ottobre 2019 in merito al riparto di competenze tra le due Authorities, non residuerebbe alcun margine di intervento di AGCom perché tra le due discipline normative sopra riportate sussisterebbe una relazione di continenza.

Tale assunto, osserva il Collegio, non può condividersi in ragione dell'erroneità del presupposto da cui lo stesso muove.

Secondo la ricorrente, gli indici rivelatori della sovrapponibilità delle condotte sarebbero rappresentati dalla perfetta specularità delle norme settoriali, dalla circostanza che entrambe le contestazioni si fonderebbero sulla ritenuta insufficiente trasparenza della proposta commerciale nonché dall'aver entrambe le Autorità valutato – seppur con esiti differenti – le medesime misure correttive approntate da TIM.

A ben vedere, però, i due plessi normativi indicati non perseguono «la medesima finalità di imporre agli operatori trasparenza informativa allo scopo di preservare gli utenti dal rischio di acquistare servizi non richiesti» (p.11 del ricorso).

Tale finalità risponde chiaramente al divieto di realizzazione di pratiche commerciali scorrette, al precipuo fine di non alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso. È dunque in quest'ottica che AGCM aveva originariamente contestato a TIM, quale condotta, la scarsa informazione sulle modalità di funzionamento dell'offerta “Ricarica+”, non avendo l'operatore fornito sufficienti informazioni al consumatore sulla circostanza che il servizio

offerto implicasse anche servizi a pagamento, diversi e ulteriori rispetto al credito telefonico acquistato.

Diversamente, AGCom è intervenuta in ottemperanza al dovere di vigilanza sul divieto di introduzione di costi fissi di ricarica, fissato dal Decreto Bersani - perché al costo di ricarica effettiva (di 4 e 9 euro) è stato aggiunto il costo fisso di 1 euro, seppur quale corrispettivo di un servizio aggiuntivo abbinato alla ricarica - nonché in ottemperanza al più generale compito di garantire che l'accesso ai servizi avvenga «nel rispetto dei principi della concorrenza e della trasparenza, anche in riferimento alle singole voci di costo, anche al fine di prevedere l'obbligo di prestare il servizio in condizioni di eguaglianza, in modo che tutte le ragionevoli esigenze degli utenti siano soddisfatte, ivi comprese quelle degli anziani e dei disabili».

Come emerge dalla delibera impugnata, l'azione intrapresa da AGCom, nell'imporre il rispetto di una specifica prescrizione tariffaria prevista *ex lege*, è finalizzata ad assicurare un equo accesso ai servizi di telefonia, proprio a tutela dei segmenti più deboli di clientela - quali giovani, studenti, inoccupati e anziani - gli stessi che, verosimilmente a causa una disponibilità economica limitata, si avvalgono di regola dei tagli di ricarica più bassi, con la conseguenza che la mancanza dei più comuni tagli da 5 e 10 euro nei canali commerciali più diffusi (tabaccherie/bar/edicole) li costringe ad orientarsi verso l'offerta Ricarica 5+ o 10+ o tagli di ricarica diversi, frustando le loro ragionevoli aspettative e introducendo un elemento di discriminazione all'interno della clientela.

Essendo dunque diversa la finalità delle due discipline, come pure la condotta contestata, va esclusa nella specie la sussistenza di un rapporto di sovrapposibilità, continenza o complementarietà, rapporto che, alla luce delle coordinate ermeneutiche elaborate dal Consiglio di Stato - per cui, come noto, il riparto di competenze tra AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette e Autorità indipendente di settore non deve essere definito sulla base dei criteri di matrice penalistica, di specialità o assorbimento, bensì sulla

base del criterio autonomo di incompatibilità, con la conseguenza che la regola generale è rappresentata dalla competenza esclusiva dell'Autorità antitrust, salvo il caso in cui le norme di regolazione contengano profili di disciplina incompatibili con quelli previsti dalle norme generali in materia di pratiche commerciali scorrette – attribuirebbe la competenza esclusiva all'Antitrust.

Nel caso in esame va invece ravvisata la competenza dell'AGCom nell'adozione della delibera impugnata, atteso che le norme di regolazione disciplinano l'aspetto specifico e diverso di garantire l'accesso ai servizi di comunicazione a chiunque, anche, e in particolare, alle categorie più svantaggiate, in condizioni di trasparenza e uguaglianza, profilo che esula dalla fattispecie della pratica commerciale scorretta.

Venendo quindi in rilievo condotte giuridicamente distinte, come sopra visto, perde di consistenza anche l'asserita violazione del principio del *ne bis in idem*, non ravvisabile nel caso in esame.

Il primo dei motivi va dunque respinto.

Sono da disattendere anche il secondo e terzo motivo, con cui la ricorrente contesta, in sintesi, l'assunto dell'Autorità secondo cui l'offerta in questione costituirebbe una forma non ammessa di reintroduzione di costi fissi – atteso che a fronte del versamento dell'importo riportato nel *claim* dell'offerta (5+, 10+...), l'utente acquisisce non solo credito telefonico, ma anche il diritto di usufruire di servizi aggiuntivi – lamentando inoltre l'eccesso di potere e la scarsa chiarezza in cui sarebbe incorsa l'Amministrazione nell'imporre il ripristino delle ricariche da 5 e 10 euro, ponendo vincoli alla libera iniziativa economica dell'operatore.

Sul punto si osserva che è incontestata la circostanza che a fronte di un acquisto di 5 o 10 euro della corrispondente offerta "Ricarica+", l'utente si veda accreditato un importo di ricarica inferiore di un 1 euro, il quale rappresenta indubbiamente un costo fisso incidente sulla reale portata del credito telefonico acquistato. La circostanza che a detto costo corrisponda poi

un servizio aggiuntivo, quale minuti e giga illimitati per 24h o *voucher* per cinema o partecipazione a concorsi a premi, non scalfisce il dato per cui all'acquisto della ricarica è inscindibilmente connesso un costo aggiuntivo rispetto a quello del traffico acquistato.

Pertanto, l'Autorità ha attenzionato tale condotta ritenendo che la stessa potesse eludere il divieto di introduzione di costi fissi e contributi per la ricarica, atteso che, alla luce della normativa vigente, l'utente deve poter acquistare traffico telefonico senza dover contemporaneamente acquistare, pagando un costo fisso, servizi di diversa natura.

Contestualmente, l'attenzione di AGCom si è incentrata sulle specifiche ricariche da 5 e 10 euro, non disponibili presso i canali di vendita più diffusi, andando così ad incidere sull'accesso al mercato da parte della clientela con un potere di acquisto più limitato, che ha ripiegato, nella maggior parte dei casi inconsapevolmente, sulla diversa offerta commerciale "Ricarica 5+ o 10+", col sacrificio delle proprie ragionevoli esigenze, per le considerazioni più volte fatte.

La diffida dell'Autorità era quindi legittimamente orientata al rispetto non solo delle disposizioni di legge relative al divieto di costi fissi di ricarica, ma anche di quelle a tutela della trasparenza e dell'uguaglianza di accesso al mercato delle comunicazioni.

Il secondo "Ritenuto" della diffida intima quindi a TIM, al fine di adeguarsi alla normativa sopra detta, di adottare "per determinati tagli", ossia quelli di piccola entità, modalità di ricarica che non comportino necessariamente la contestuale attivazione di pacchetti o opzioni tariffarie, lasciando libero l'operatore di scegliere la propria strategia commerciale, quindi lungi dall'obbligarlo alla reintroduzione degli importi in esame presso i comuni canali di vendita.

Vale al riguardo osservare che, come evidenziato con l'ultima memoria, la ricorrente ha, successivamente alla diffida, implementato i tagli e le modalità di ricarica standard, introducendo tagli da 5 e 10 euro con PIN,

commercializzati presso tabaccherie, bar ed edicole, nonché con la ricarica presso gli stessi negozi TIM, misure queste che nell'esercizio della propria discrezionalità starà poi all'Autorità valutare.

Alla luce delle considerazioni sopra fatte, l'operato di AGCom risulta essere esente dai vizi denunciati, con la conseguenza che il presente ricorso deve essere respinto.

Le spese di lite, da liquidarsi in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore di AGCom, che liquida in euro 3500,00 (tremilacinquecento/00), oltre accessori e oneri di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 dicembre 2020, tenutasi in collegamento da remoto, con l'intervento dei magistrati:

Luca De Gennaro, Presidente FF

Paola Anna Gemma Di Cesare, Consigliere

Paola Patatini, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Paola Patatini

IL PRESIDENTE
Luca De Gennaro

IL SEGRETARIO