

Pubblicato il 20/02/2023

N. 02905/2023 REG.PROV.COLL.
N. 03724/2021 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 Quarta Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3724 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Telecom Italia Tim S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Piero Fattori, Antonio Lirosi, Andrea Pezza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

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

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Vodafone Italia Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Boso Caretta, Fabio Cintioli, Paolo Giugliano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento o la riforma

quanto al ricorso principale:

- dell'art. 1 della Delibera 10/21/CONS, recante “Disposizioni in materia di blocco e attivazione dei servizi premium e di acquisizione della prova del consenso” adottata il 14 gennaio 2021 e pubblicata sul sito dell'Autorità il 5 febbraio 2021, nella parte in cui trova applicazione anche in relazione ai servizi che utilizzano la tecnologia del direct carrier billing;

- di ogni altro atto presupposto o consequenziale, ivi inclusa la Delibera 401/20/CONS che ha dato avvio alla consultazione pubblica conclusasi con l'adozione della Delibera, contenente, all'allegato B, lo schema di delibera in relazione al quale sono stati forniti i contributi degli stakeholders;

nonché, in seguito alla proposizione dei primi motivi aggiunti:

per l'annullamento o la riforma

- della Delibera 104/21/CONS, recante “Proroga del termine di cui all'art-3, comma 1, della delibera n. 10/21/CONS, recante disposizioni in materia di blocco e attivazione dei servizi Premium e di acquisizione della prova del consenso” adottata il 31 marzo 2021 e pubblicata sul sito dell'Autorità il 13 aprile 2021;

- di ogni altro atto presupposto o consequenziale, ivi inclusa la comunicazione del 14 aprile 2021 sottoscritta dal Segretario Generale dell'AGCOM e notificata a TIM il successivo 15 aprile 2021, avente ad oggetto “Disposizioni in materia di blocco, attivazione e acquisizione della prova del consenso dei servizi premium in abbonamento”;

nonché, in seguito alla proposizione dei secondi motivi aggiunti:

per l'annullamento o la riforma

- della Delibera n. 91/22/CONS, recante “Ordinanza di ingiunzione nei confronti della società TIM S.p.A. per la violazione dell'articolo 1, comma 3-quater, del decreto legge n. 7/2007, convertito con modificazioni in legge n. 40/2007, in combinato disposto con gli articoli 1 e 2 della delibera n.

10/21/CONS in materia di blocco e attivazione dei servizi premium e di acquisizione della prova del consenso (Contestazione n. 11/21/CONS)”;

- di ogni altro atto presupposto o consequenziale, ivi inclusa la Contestazione n. 11/21/DTC, recante “Contestazione alla società TIM S.p.A. per la violazione dell'articolo 1, comma 3-quater, del decreto legge n. 7/2007, in combinato disposto con gli articoli 1 e 2 della delibera n. 10/21/CONS, in materia di blocco e attivazione dei servizi premium e di acquisizione della prova del consenso”;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 gennaio 2023 il dott. Antonio Andolfi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con il ricorso principale, notificato all’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni il 6 aprile 2021 e depositato al TAR del Lazio lo stesso giorno, Telecom Italia TIM società per azioni chiede l’annullamento dell’articolo 1 della delibera dell’Autorità numero 10/21, in materia di blocco di attivazione dei servizi premium e di acquisizione della prova del consenso, adottata il 14 gennaio 2021 e pubblicata il 5 febbraio 2021, nella parte in cui è applicabile anche ai servizi che utilizzano la tecnologia del direct carrier billing.

La difesa statale si costituisce in giudizio formalmente il 20 aprile 2021.

Successivamente, con il primo ricorso per motivi aggiunti, notificato alla controparte l’8 giugno 2021 e depositato lo stesso giorno, la ricorrente impugna la delibera dell’Autorità numero 104/21, recante ulteriori

disposizioni sulla stessa materia, adottata il 31 marzo 2021 e pubblicata il 13 aprile 2021.

Il 9 dicembre 2021 interviene nel processo, in senso adesivo dipendente rispetto alle domande della ricorrente, la società per azioni Vodafone Italia, con atto notificato alle parti il 7 dicembre 2021.

Quindi la ricorrente notifica alle controparti, in data 13 giugno 2022, il secondo ricorso per motivi aggiunti, depositato il 14 giugno 2022, impugnando l'ordinanza di ingiunzione adottata dall'Autorità nei suoi confronti per la violazione dell'articolo 1, comma 3 quater, del decreto-legge numero 7 del 2007, in combinato disposto con gli articoli 1 e 2 della delibera numero 10/21 dell'Autorità in materia di blocco e attivazione dei servizi premium e di acquisizione della prova del consenso, impugnata con il ricorso principale.

Il contraddittorio scritto tra le parti si svolge regolarmente e la causa è trattata, nel merito, all'udienza del 10 gennaio 2023, passando in decisione.

DIRITTO

Con il ricorso principale è impugnato l'articolo 1 della Delibera dell'Autorità n. 10/21/CONS, recante “Disposizioni in materia di blocco e attivazione dei servizi premium e di acquisizione della prova del consenso” adottata il 14 gennaio 2021 e pubblicata sul sito dell'Autorità il 5 febbraio 2021, nella parte in cui trova applicazione anche in relazione ai servizi che utilizzano la tecnologia del direct carrier billing.

Il provvedimento impugnato dispone il blocco all'attivazione dei servizi premium in abbonamento, sia sulle nuove SIM che su quelle già in uso, per tutti i servizi che prevedono l'erogazione di contenuti digitali forniti sia attraverso SMS e MMS (decade 4), sia tramite connessione dati su reti mobili (mobile internet) con addebito su credito telefonico o documento di fatturazione, offerti sia da terzi, sia direttamente dall'operatore di accesso.

Sono esclusi dal blocco alcuni servizi, specificamente indicati nella disposizione impugnata, tra cui i servizi bancari e quelli postali.

Il provvedimento prevede che sulle nuove SIM il blocco sia attivato di default dall'operatore di accesso, che dovrà informare il cliente della possibilità di sbloccare i servizi premium, forniti dallo stesso operatore così come da terzi.

Per le SIM già nella disponibilità degli utenti, il blocco è attivato dopo che, trascorsi 30 giorni dalla ricezione di un SMS, l'utente non abbia comunicato all'operatore di accesso una diversa volontà.

Gli operatori di accesso devono rendere disponibili sui propri siti web una pagina dedicata al blocco e all'attivazione dei servizi premium in abbonamento in cui informano i clienti dei servizi soggetti al blocco di default, di quelli esclusi, delle funzionalità di sblocco totale e parziale e delle modalità per poter continuare ad usufruire dei servizi premium già attivi sulle SIM.

In ogni caso, la richiesta del cliente di rimuovere o di attivare il blocco deve essere sempre seguita dall'invio, da parte dell'operatore di accesso, di un SMS contenente una chiara informativa sulla volontà espressa dal cliente.

Con il primo motivo di impugnazione, la ricorrente deduce la violazione dei principi del giusto procedimento, in particolare per la violazione del modello del notice and comment.

Ad avviso della ricorrente, sebbene gli atti delle autorità amministrative indipendenti dovrebbero essere adottati con la necessaria partecipazione al procedimento dei soggetti interessati, il procedimento seguito dall'Autorità nell'adozione della delibera non sarebbe stato corretto, non essendosi fatto alcun riferimento, nello schema di atto posto in consultazione prima dell'adozione del provvedimento finale, ai cosiddetti servizi DCB, facendosi intendere che la delibera avrebbe regolato esclusivamente i servizi premium.

Eppure si tratterebbe di servizi completamente diversi, in quanto mentre i servizi premium, intesi come servizi di intrattenimento acquistabili

dall'utente mediante ricorso al credito telefonico, sia singolarmente che in abbonamento, esporrebbero il cliente al rischio della attivazione inconsapevole, essendo sufficiente un click per l'acquisto del servizio, i differenti servizi Direct Carrier Billing, oltre a non essere addebitati a tariffe maggiorate, richiederebbero una procedura di acquisto più complessa, mediante registrazione dei dati anagrafici dell'utente e successivo pagamento, per cui non potrebbero essere attivati inconsapevolmente dall'utente.

Sulla base di questi presupposti, le osservazioni allo schema di delibera presentate dalla ricorrente, così come da altri operatori telefonici, si sarebbero soffermate esclusivamente sui servizi premium.

Scorrettamente il provvedimento finale avrebbe ampliato l'ambito della regolamentazione, includendo anche i servizi DCB, senza alcuna specifica interlocuzione al riguardo con gli operatori telefonici interessati.

Inoltre la delibera sarebbe viziata per difetto di motivazione, non essendo spiegate le ragioni per includere nell'ambito della regolazione anche i servizi DCB, non esposti al rischio di attivazione inconsapevole da parte dei clienti.

A giudizio del Collegio il primo motivo è infondato.

Nella sintesi delle osservazioni alla consultazione pubblica, contenuta nell'allegato A alla delibera impugnata numero 10/21, si rileva che la consultazione pubblica è stata svolta su una proposta di provvedimento per introdurre un blocco di default sull'attivazione dei servizi a sovrapprezzo, forniti sia per mezzo di numerazioni in decade 4, sia tramite connessione dati (mobile internet) in modalità direct carrier billing.

In effetti, seppure il documento di sintesi è stato redatto al termine della consultazione, dalle osservazioni presentate dai soggetti interessati risulta la piena consapevolezza degli stessi sull'ambito di applicazione della regolamentazione, tanto che la stessa ricorrente TIM, avendo osservato che le misure avrebbero dovuto, a suo avviso, disciplinare unicamente le

modalità di vendita dei servizi premium che possono generare un acquisto inconsapevole, aveva compreso che l'ambito di applicazione del blocco di default avrebbe potuto essere più ampio di quello da essa auspicato.

Quindi si deve escludere che il procedimento di consultazione sia stato condotto scorrettamente.

Nella domanda di consultazione pubblica D4, anzi, l'Autorità ha espressamente chiesto ai partecipanti alla consultazione di indicare i servizi ai quali non si dovrebbe applicare il blocco di default.

La motivazione di tutto il procedimento di consultazione risulta chiara e comprensibile, essendo stato proposto un blocco di default sulle SIM e cioè una inibizione all'acquisto che può essere rimossa solo da una previa ed espressa manifestazione di volontà dell'utente che intende realmente sottoscrivere tali servizi; in senso complementare al blocco è stata proposta una procedura atta a rinforzare la prova di acquisizione del consenso per renderlo documentabile, con riferimento a tutti i servizi acquistabili con addebito sul credito telefonico, prescindendo dal tipo di tecnologia utilizzata per l'attivazione del servizio.

Sul piano sostanziale, comunque, si deve considerare che lo scopo della regolamentazione è quello di introdurre un blocco automatico, cosiddetto barring, che impedisce l'attivazione di tutti i servizi in abbonamento acquistabili mediante addebito sulla bolletta del telefono oppure sul credito telefonico, barring che può essere rimosso soltanto su espressa richiesta del cliente.

L'introduzione del barring di default su tutti i servizi, sia premium sia in tecnologia DCB, deriva dalla esigenza di assicurare che tali servizi siano forniti soltanto ai clienti che hanno dichiarato esplicitamente di voler accedere ad essi, indipendentemente dalle modalità di acquisto dei servizi, sempre modificabili anche per i servizi DCB per i quali non si può escludere che le diverse piattaforme contengono modalità differenziate di

accesso, più o meno idonee a prevenire l'attivazione inconsapevole di servizi a pagamento.

Ne deriva l'infondatezza delle censure dedotte con il primo motivo di impugnazione.

Con il secondo motivo di ricorso, parte ricorrente deduce la violazione del divieto di discriminazione, con riferimento alle modalità di pagamento dei servizi offerti sul mercato.

Osserva al riguardo che i micro pagamenti in modalità DCB sarebbero equivalenti ad altri sistemi di pagamento offerti da grandi operatori delle telecomunicazioni, definiti over the top, OTT. Essi (ad esempio Apple e Google) offrono beni e servizi su piattaforme digitali acquistabili tramite carte di credito o di debito, mentre, analogamente, gli operatori in modalità DCB offrono servizi acquistabili mediante il credito telefonico. La regolamentazione impugnata introdurrebbe una ingiusta discriminazione a svantaggio degli operatori DCB, rendendo più complessa e meno competitiva la procedura di acquisto dei servizi, in tal modo incidendo negativamente su un mercato internazionale estremamente rilevante e in fase di crescita. Questa discriminazione sarebbe in contrasto con la legislazione europea che tende a favorire i micro pagamenti, tanto che la Direttiva PSD2, Direttiva europea sui servizi di pagamento, entrata in vigore il 13 gennaio 2016 e recepita nell'ordinamento italiano con il decreto legislativo numero 218 del 15 dicembre 2017, completata con le norme del Regolamento delegato europeo 2018/389, recante misure di sicurezza e comunicazione sicura tra i soggetti coinvolti nella prestazione di servizi di pagamento disciplinati dalla PSD2, esclude dall'ambito di applicazione i cosiddetti micro pagamenti effettuati tramite dispositivi di telecomunicazione (con soglie fino a 50 € e fino a 300 € al mese) in quanto caratterizzati da basso profilo di rischio. Quindi sarebbe stato imposto un ostacolo (il barring di default) su modalità di pagamento che non avrebbero

richiesto, in applicazione della legislazione europea, alcun intervento regolatorio.

A giudizio del Collegio, anche il secondo motivo è infondato.

Non è ravvisabile una ingiusta disparità di trattamento tra i micro pagamenti eseguiti in modalità DCB e i micro pagamenti mediante carta di credito, stante la oggettiva diversità dello strumento di pagamento.

L'utilizzo della carta di credito assolve inequivocabilmente lo scopo, per il cliente, di acquistare un servizio a pagamento.

L'utilizzo del credito telefonico per la acquisizione di servizi digitali non è altrettanto evidente, non essendo sempre percepibile dalla clientela la onerosità del servizio offerto, perlomeno non da quella frazione di clientela che non abbia consapevolmente chiesto l'attivazione di servizi a pagamento mediante rimozione del barring dalla SIM utilizzata.

La regolamentazione imposta con la delibera impugnata non si pone in contrapposizione con l'art. 3, lett. 1), della direttiva PSD2 che esclude dal proprio ambito di applicazione e dalle procedure di Strong Customer Authentication (SCA) vale a dire di Autenticazione Forte, le operazioni di pagamento effettuate con conto o credito telefonico per il tramite di un fornitore di reti o servizi di comunicazione elettronica, per l'acquisto di contenuti digitali (quali beni o servizi prodotti e forniti in formato digitale il cui uso è limitato a un dispositivo tecnico) a condizione che il valore di ogni singolo acquisto non superi 50,00 euro e il valore complessivo degli acquisti mensili non superi 300,00 euro.

Anzi si deve ritenere che proprio l'esclusione delle garanzie previste dalla legislazione europea per i pagamenti mediante credito telefonico giustifichi l'introduzione delle misure di sicurezza prescritte con la delibera impugnata, tenuto conto delle frodi registrate nel mercato dei servizi a pagamento telefonici, laddove sono state registrate attivazioni involontarie finanche su SIM adibite al controllo da remoto di dispositivi di

telesorveglianza e teleriscaldamento, per le quali certamente gli utenti non erano interessati alla acquisizione di servizi digitali a pagamento.

Ne consegue l'infondatezza del motivo di impugnazione.

Con il terzo motivo, la ricorrente deduce la violazione del principio giuridico di proporzionalità, essendo stata introdotta una misura che non supererebbe il criterio della idoneità, della necessità e della adeguatezza.

Il provvedimento non sarebbe necessario perché i servizi forniti tramite DCB non sarebbero esposti al rischio di attivazioni inconsapevoli, essendo prevista una procedura di registrazione che consentirebbe al consumatore di essere pienamente consapevole di quanto intende acquistare. La misura sarebbe inadeguata introducendo un ostacolo ingiustificato all'acquisto di servizi digitali tramite credito telefonico, in tal modo comprimendo un mercato in forte espansione e penalizzando gli operatori telefonici, potendosi in alternativa prevedere misure di sicurezza differenti e proporzionate alla tipologia di transazione.

Anche il terzo motivo è infondato.

Il barring delle SIM non è una misura sproporzionata, essendo necessario per eliminare in radice il fenomeno delle acquisizioni fraudolente del consenso della clientela all'acquisto di servizi a pagamento mediante la spesa del credito telefonico, fenomeno denunciato dalle associazioni dei consumatori e oggettivamente presente nel mercato dei servizi telefonici.

Il blocco non può essere ritenuto una misura inadeguata o eccessiva, essendo sempre rimovibile su richiesta della clientela realmente interessata agli acquisti nel mercato dei servizi telefonici a pagamento, per cui esso non comprime ingiustificatamente il legittimo interesse degli operatori telefonici a fornire tali servizi agli utenti effettivamente interessati all'acquisto, seppure riadattando i propri sistemi tecnologici e sostenendo un impegno economico, al fine di consentire alla clientela di sbloccare i servizi in DCB.

Pertanto, il ricorso principale deve essere respinto.

Con il primo ricorso per motivi aggiunti parte ricorrente impugna la delibera 104/21/CONS recante “Proroga del termine di cui all’art- 3, comma 1, della delibera n. 10/21/CONS, recante disposizioni in materia di blocco e attivazione dei servizi Premium e di acquisizione della prova del consenso”, adottata il 31 marzo 2021.

Quest’ultima delibera è intervenuta sulla regolamentazione adottata con la delibera numero 10/21, impugnata con il ricorso principale, che all’articolo 3 stabiliva i termini, rispettivamente di 45 e 120 giorni, per l’attuazione delle disposizioni relative al blocco e alla attivazione di servizi premium in abbonamento e per l’attuazione delle disposizioni relative alla acquisizione della prova del consenso.

Nella delibera, rilevate le difficoltà tecniche comunicate dagli operatori, è stata concessa agli operatori stessi una proroga del termine per l’attuazione delle suddette misure, rideterminando in 120 giorni, decorrenti dalla pubblicazione del provvedimento, avvenuta il 13 aprile 2021, il termine per adeguarsi alla regolamentazione.

Con il primo motivo aggiunto si chiede l’annullamento della nuova delibera per illegittimità derivata dai vizi che avrebbero affetto la regolamentazione adottata con la delibera impugnata mediante il ricorso principale e confermata dalla delibera di proroga dei termini.

Il motivo è infondato essendo stata accertata la infondatezza delle censure mosse al provvedimento presupposto.

Con il secondo motivo aggiunto si deducono vizi propri della nuova delibera che sarebbe illegittima per illogicità, difetto di motivazione e di istruttoria, non essendo stato dato alcun riscontro all’istanza di riesame proposta dalla ricorrente che aveva sollecitato un approfondimento istruttorio in materia.

La delibera sarebbe inattuabile, non essendosi tenuto conto del ruolo marginale svolto dagli operatori telefonici con riferimento ai servizi DCB per i quali essi sarebbero meri intermediari di pagamento. Inoltre la

regolamentazione sarebbe discriminatoria nei confronti degli operatori telefonici che svolgono anche il ruolo di CSP ovvero dei fornitori di contenuti (Content Service Provider) rispetto agli altri CSP. Infatti, essendo il barring applicabile ai servizi in abbonamento, con esclusione dei servizi one shot, pagati una sola volta, l'operatore telefonico non sarebbe in grado di determinare se i servizi forniti dagli altri CSP siano in abbonamento oppure one shot, per cui non potrebbe applicare ad essi il blocco che invece dovrebbe imporre ai servizi in abbonamento da esso stesso forniti.

Il motivo è infondato perché la nuova delibera non impone ulteriori obblighi agli operatori telefonici, limitandosi ad agire in senso favorevole ad essi, concedendo una proroga del termine per adeguarsi alla nuova regolamentazione. Neppure è rilevabile un difetto di istruttoria e di motivazione nel mancato riscontro alla richiesta di riesame, trattandosi di un riesame cui l'Autorità non era tenuta, avendo fatto precedere l'adozione della regolamentazione impugnata con il ricorso principale da un procedimento di consultazione pubblica che non avrebbe dovuto essere necessariamente e obbligatoriamente riaperto.

La questione della discriminazione tra i vari CSP non deriva dalla proroga del termine per adeguarsi alla regolamentazione, per cui avrebbe dovuto essere eventualmente dedotta con il ricorso principale, entro il termine di proposizione dello stesso.

Quindi anche il primo ricorso per motivi aggiunti deve essere respinto.

Con il secondo ricorso per motivi aggiunti è impugnata la delibera n. 91/22/CONS, recante "Ordinanza di ingiunzione nei confronti della società TIM S.p.A. per la violazione dell'articolo 1, comma 3-quater, del decreto legge n. 7/2007, convertito con modificazioni in legge n. 40/2007, in combinato disposto con gli articoli 1 e 2 della delibera n. 10/21/CONS in materia di blocco e attivazione dei servizi premium e di acquisizione della prova del consenso (Contestazione n. 11/21/CONS)", con cui l'Autorità ha ordinato alla predetta società, in persona del legale rappresentante pro

tempore, di implementare, entro il termine di 120 giorni dalla notifica del provvedimento, la prevista procedura di acquisizione della prova del consenso tramite l'inserimento del numero di telefono e di una One Time Password (OTP) da parte del cliente per i servizi in abbonamento erogati in modalità carrier billing offerti direttamente da TIM - a brand TIM-, informando l'Autorità dell'avvenuto adempimento e il pagamento della sanzione amministrativa pecuniaria di euro 754.000,00 (settecentocinquantaquattromila/00), ai sensi dell'art. 98, comma 16, del Codice.

L'ordinanza ingiunzione è stata adottata nei confronti di Tim per non avere essa adempiuto agli obblighi imposti con la delibera numero 10/21, non essendo stato applicato il blocco di default all'attivazione dei servizi in abbonamento sulle SIM e non essendo stata implementata la procedura rafforzata di acquisizione del consenso per l'acquisto dei servizi in abbonamento tramite l'inserimento, da parte del cliente, del numero di cellulare e di una OTP, One Time Password, per l'acquisto dei servizi in abbonamento, limitatamente ai servizi offerti in DCB.

Con il primo dei secondi motivi aggiunti la ricorrente deduce la illegittimità derivata del provvedimento sanzionatorio, a causa dei vizi che avrebbero resa illegittima la regolamentazione violata, dedotti con il ricorso principale e con il primo ricorso per motivi aggiunti avverso i provvedimenti presupposti.

Il motivo è infondato essendo stata accertata la infondatezza del ricorso principale e del primo ricorso per motivi aggiunti.

Con il secondo dei secondi motivi aggiunti la ricorrente deduce la decadenza dell'Autorità dal termine di 90 giorni per la contestazione dell'illecito, stabilito dall'articolo 14 della legge numero 689 del 1981 e applicabile anche ai procedimenti sanzionatori condotti dalle autorità amministrative indipendenti. Decorrendo il termine per la contestazione dal momento in cui l'Autorità abbia acquisito gli elementi della violazione

oppure da quando la verifica avrebbe dovuto essere ragionevolmente compiuta, la ricorrente osserva che le attività pre-istruttorie si sarebbero concluse il 10 giugno 2021, allorquando la ricorrente ha fornito riscontro all'ultima richiesta di informazioni da parte dell'Autorità. Nessuna ulteriore attività istruttoria sarebbe stata svolta successivamente. Qualora il termine per la contestazione dovesse coincidere con la verifica documentale del 22 luglio 2021, quando l'Autorità ha verificato sul sito internet della società la mancanza delle informazioni sul blocco e sull'attivazione dei servizi in abbonamento, la contestazione sarebbe comunque tardiva perché comunicata 104 giorni dopo l'ultima attività pre-istruttoria compiuta.

Il motivo è infondato.

Richiamando il costante orientamento giurisprudenziale per cui “il termine di novanta giorni previsto dal comma 2 dell'art. 14, l. n. 689/1981 inizia a decorrere solo dal momento in cui è compiuta - o si sarebbe dovuta ragionevolmente compiere, anche in relazione alla complessità della fattispecie - l'attività amministrativa intesa a verificare l'esistenza dell'infrazione, comprensiva delle indagini intese a riscontrare la sussistenza di tutti gli elementi soggettivi e oggettivi dell'infrazione stessa” (Consiglio di Stato, sez. VI, 21 gennaio 2020, n. 512 e sez. V, 18 luglio 2022, n. 6116) si deve rilevare che nel caso di specie l'attività pre-istruttoria risulta conclusa soltanto in data 13 agosto 2021, quando gli uffici dell'Autorità hanno formulato la proposta di avvio del procedimento sanzionatorio e predisposto la contestazione della violazione.

Considerato che “competete al giudice di merito valutare la congruità del tempo utilizzato per accertamento, in relazione alla maggiore o minore difficoltà del caso, con apprezzamento incensurabile in sede di legittimità, se correttamente motivato” (Cons. Stato Sez. VI, 04/10/2022, n. 8504) si deve ritenere che nel caso di specie, dopo l'acquisizione delle informazioni da parte della società interessata il 10 giugno 2021 e dopo la verifica

eseguita sul sito internet della società il 22 luglio 2021, l'Autorità precedente avesse bisogno di un tempo ragionevole per predisporre l'atto di contestazione della violazione. I 20 giorni spesi per la formulazione dell'atto di contestazione rientrano nella normalità della tempistica necessaria per l'avvio di un procedimento sanzionatorio complesso e richiedente una approfondita disamina di tutti i presupposti di fatto e di diritto necessari per la contestazione dell'illecito.

Con il terzo dei secondi motivi aggiunti la ricorrente deduce la violazione dei principi della collaborazione tra pubblica amministrazione e cittadino e della buona fede in quanto, sebbene la società interessata avesse ripetutamente chiarito le difficoltà di ordine tecnico e contrattuale che avrebbero impedito il blocco sui servizi in abbonamento, l'Autorità avrebbe ignorato le richieste di confronto costruttivo, pur essendo consapevole delle oggettive difficoltà tecniche e operative.

A giudizio del Collegio il motivo è infondato.

L'Autorità ha rilevato che la ricorrente, pur avendo segnalato le difficoltà tecniche ad imporre il barring sui servizi erogati da terzi, in particolare da Apple, si è astenuta dall'applicare il blocco perfino sui servizi da essa stessa forniti mediante la propria piattaforma digitale, così dimostrando inequivocabilmente la volontà di non adempiere agli obblighi derivanti dalla regolamentazione approvata.

Il contraddittorio nell'ambito del procedimento sanzionatorio risulta svolto regolarmente, non essendo tenuta l'Autorità a riesaminare la regolamentazione vigente, ma dovendo essa soltanto accertare la violazione della stessa, per cui non si può ritenere che l'Autorità abbia agito in malafede o in violazione dei principi del contraddittorio e della collaborazione.

Con il quarto dei secondi motivi aggiunti la ricorrente deduce la illogicità dell'ordinanza ingiunzione laddove conferma la necessità di operare un barring generalizzato (sui servizi direct carrier billing propri e di terzi), pur

riconoscendo che gli operatori non erano in grado di farlo. In tal modo, inoltre, sarebbe stato imposto un obbligo aggiuntivo che non troverebbe fondamento nella legge e neppure nella regolamentazione contestata.

Infatti la società ricorrente non sarebbe a conoscenza della natura delle transazioni (one shot o in abbonamento) dei servizi offerti da alcuni OTT (in particolare Apple), per cui non avrebbe potuto imporre un blocco limitatamente ai servizi in abbonamento. La ricorrente non potrebbe controllare le transazioni e gli acquisti dei clienti laddove opera come mera intermediaria di pagamento. Inoltre l'Autorità, riconoscendo questa difficoltà, avrebbe suggerito di imporre il blocco a tutti i servizi forniti da tali OTT, indipendentemente dalla natura delle transazioni, in violazione da quanto previsto dalla stessa regolamentazione che limita il proprio ambito di applicazione ai servizi in abbonamento. Ciò esporrebbe la società ad azioni giudiziarie in sede civile da parte degli OTT. Quindi TIM sarebbe stata sanzionata per una condotta che la stessa Autorità avrebbe ritenuto non attuabile.

Il motivo è infondato.

Indubbiamente la regolamentazione applicata impone il blocco ai soli servizi in abbonamento, escludendo gli acquisti one shot.

Sotto questo profilo si deve pertanto condividere la deduzione della ricorrente sulla illegittimità di un blocco discriminatorio, applicabile ai soli operatori che abbiano informato la ricorrente sulla natura della transazione, se in abbonamento o meno, rispetto agli OTT che non abbiano fornito alcuna informazione al riguardo.

Altrettanto condivisibile è la deduzione sulla illegittimità di un blocco indiscriminato nei confronti dei servizi forniti dagli OTT che non abbiano chiarito la natura degli acquisti, non potendosi imporre il blocco anche ai servizi offerti one shot.

Tuttavia la difficoltà nella applicazione del barring non determina la illegittimità del procedimento sanzionatorio, essendosi astenuta la

ricorrente dall'imporre un qualsiasi blocco, perfino sui servizi in abbonamento da essa stessa forniti.

Al fine di adeguarsi alla regolamentazione vigente, quindi, la ricorrente avrebbe dovuto, innanzitutto, applicare il barring ai propri servizi in abbonamento e, contestualmente, avrebbe dovuto almeno tentare di modificare i rapporti contrattuali con gli OTT che non forniscono informazioni sulla natura dei servizi a pagamento offerti, se in abbonamento o meno, proponendo alle controparti di adeguare i contratti alla regolamentazione in vigore e quindi chiedendo ai fornitori di contenuti di rendere esplicita la natura della transazione per continuare ad operare sulla piattaforma Tim nel rispetto della legge.

Con il quinto dei secondi motivi aggiunti la ricorrente censura il provvedimento sanzionatorio nella parte in cui viene imputata ad essa la mancata introduzione di una procedura di acquisizione della prova del consenso, mediante l'introduzione di una OTP per l'attivazione dei servizi in abbonamento sulla propria piattaforma erogati in modalità DCB.

Ad avviso della ricorrente, trattandosi di una modifica delle procedure di attivazione dei servizi a pagamento definite a livello mondiale, l'introduzione di una OTP per l'attivazione delle procedure di acquisto dei servizi forniti da OTT richiederebbe la collaborazione di tali OTT e pertanto non sarebbe esigibile nei confronti della ricorrente, alla quale sarebbe stata imposta una prestazione impossibile. Neppure sarebbe imputabile alla ricorrente dolo o colpa per la mancata attivazione della OTP sui servizi da essa forniti direttamente, trattandosi di una parte minimale dei servizi fruiti dagli utenti, per i quali la ricorrente non avrebbe potuto sostenere un esborso economico determinante disparità di trattamento nei confronti degli analoghi servizi offerti da altri OTT.

Il motivo è infondato perché, indipendentemente dalla riconosciuta impossibilità di modificare sul piano tecnico le procedure di attivazione dei servizi forniti da altri OTT senza la collaborazione di questi ultimi, la

ricorrente è stata sanzionata per non aver introdotto la procedura rafforzata di consenso mediante OTP sui servizi da essa forniti direttamente mediante il proprio brand, per i quali non è invocabile la impossibilità tecnica dell'adempimento, dipendente esclusivamente dalla volontà della ricorrente.

Trattandosi di inadempimento volontario sussiste l'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa, per cui la sanzione risulta legittima.

Il fatto che la ricorrente sarebbe stata esposta ad un pregiudizio sul mercato introducendo la procedura di consenso rafforzato soltanto per i servizi a brand TIM non esclude la responsabilità della società, ma può rilevare soltanto al fine della determinazione dell'importo della sanzione quale circostanza attenuante.

Con il sesto dei secondi motivi aggiunti la ricorrente censura l'ordinanza ingiunzione per illogicità e difetto di motivazione nella parte in cui imputa ad essa la mancata introduzione della OTP per i servizi offerti da altri OTT, pur riconoscendo la impossibilità di imporre unilateralmente una procedura di acquisto senza il consenso di tali OTT.

L'Autorità, nel procedimento sanzionatorio nei confronti di Vodafone e in quello nei confronti di Wind Tre, non ha sanzionato tale inadempimento, per il solo fatto che queste società hanno dimostrato che gli OTT avevano rifiutato di modificare le procedure di acquisto già stabilite a livello mondiale, ribadendo la volontà di non adeguarsi al meccanismo della OTP. Sarebbe illogico, quindi, sanzionare la ricorrente per una condotta che la stessa Autorità ha ritenuto non attuabile e che non ha sanzionato nei confronti di altri operatori telefonici.

Il motivo è fondato.

Nella motivazione dell'ordinanza impugnata si legge quanto segue:

“In ordine all'acquisto di servizi in abbonamento offerti da terzi su piattaforme non gestite direttamente da TIM (quali a titolo esemplificativo gli App Store di Google e di Apple), si ritiene che le argomentazioni della

Società da un punto di vista tecnico siano comprensibili, posto che solo gli OTT sarebbero in grado di modificare le proprie procedure di attivazione, acquisto e pagamento dei loro servizi che, peraltro, sono definite a livello mondiale. Si ritiene, tuttavia, che, pur avendo preso atto e riconosciuto la necessità di una collaborazione dell'OTT per attuare la misura regolamentare, la Società avrebbe potuto mostrare un comportamento diligente, non limitandosi a un enunciato di principio, ma cercando di verificare la disponibilità degli OTT in tal senso e fornendone evidenza nel corso del procedimento.”

L'ordinanza impugnata prosegue nei termini seguenti:

“Analogamente, si conferma la violazione dell'art. 2, comma 1, della citata delibera con riferimento alla mancata introduzione di una procedura di acquisizione della prova del consenso, mediante l'introduzione di apposita OTP, per l'attivazione di servizi in abbonamento sia a brand TIM su propria piattaforma che su piattaforma di soggetti terzi erogati in modalità carrier billing.”

A giudizio del Collegio, il provvedimento impugnato presenta un vizio di eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà nella parte in cui, pur riconoscendo che sul piano tecnico le difese della ricorrente sono comprensibili, in quanto soltanto gli OTT avrebbero potuto modificare le proprie procedure di acquisto e pagamento dei servizi, definite a livello mondiale, sanziona la ricorrente per la mancata introduzione di una procedura di acquisizione della prova del consenso, mediante l'introduzione di apposita OTP, anche per l'attivazione di servizi in abbonamento erogati da soggetti terzi in modalità carrier billing.

La contraddittorietà è ravvisabile perché la ricorrente viene punita per il mancato raggiungimento del risultato, relativamente ai servizi in abbonamento erogati da soggetti terzi sulla propria piattaforma, mentre nella motivazione dell'ordinanza si fa riferimento ad una condotta poco diligente, in quanto non sarebbe stata dimostrata la impossibilità tecnica

della applicazione della OTP, ma tale impossibilità tecnica viene riconosciuta dalla stessa Autorità precedente nei confronti di altri operatori, in tal modo assumendo determinazioni contraddittorie e illogiche.

Di conseguenza il provvedimento impugnato deve essere annullato in parte qua.

Con il settimo dei secondi motivi aggiunti la ricorrente censura l'ordinanza ingiunzione nella parte in cui impone ad essa di implementare, entro il termine di 120 giorni, la procedura di acquisizione della prova del consenso tramite l'inserimento del numero di telefono e di una one time password OTP per i servizi in abbonamento erogati in modalità carrier billing offerti direttamente da TIM, a brand TIM.

L'ordine sarebbe illegittimo perché il decreto Bersani attribuirebbe all'Autorità il potere di sanzionare le violazioni alle proprie delibere esclusivamente mediante l'irrogazione di sanzioni pecuniarie, applicando l'articolo 98, comma 16, del codice delle comunicazioni elettroniche, senza il potere di ordinare comportamenti attivi.

Inoltre l'ordine sarebbe illegittimo perché determinerebbe un grave squilibrio nel mercato dei fornitori di contenuti digitali discriminando la sola società ricorrente.

La ricorrente sostiene inoltre che il processo di acquisizione del consenso attualmente adottato per i servizi a marchio proprio sarebbe altrettanto valido di quello imposto dall'Autorità, essendo basato sull'inserimento di una user name e di una password.

Il motivo è infondato.

Il decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, recante "Misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese", convertito con modificazioni in legge 2 aprile 2007, n. 40, cosiddetto "decreto Bersani", all'art. 1, comma 4, dispone che "l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni vigila sull'attuazione delle disposizioni di cui al presente articolo e stabilisce le

modalità attuative delle disposizioni di cui al comma 2 e al comma 3-quater. La violazione delle disposizioni di cui ai commi 1, 1-bis, 1-bis.1, 1-ter, 2, 3, 3-bis, 3-ter e 3-quater è sanzionata dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni applicando l'articolo 98, comma 16, del codice delle comunicazioni elettroniche, di cui al decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, e successive modificazioni. L'inottemperanza agli ordini impartiti ai sensi del comma 1-quinquies è sanzionata applicando l'articolo 98, comma 11, del medesimo codice.”

Al precedente comma 3-quater dispone che “È fatto obbligo ai soggetti gestori dei servizi di telefonia e di comunicazioni elettroniche, ai fini dell'eventuale addebito al cliente del costo di servizi in abbonamento offerti da terzi, di acquisire la prova del previo consenso espresso del medesimo. In ogni caso, è fatto divieto agli operatori di telefonia e di comunicazioni elettroniche di attivare, senza il previo consenso espresso e documentato del consumatore o dell'utente, servizi in abbonamento da parte degli stessi operatori o di terzi, inclusi quei servizi che prevedono l'erogazione di contenuti digitali forniti sia mediante SMS e MMS, sia tramite connessione dati, nonché servizi di messaggistica istantanea, con addebito su credito telefonico o documento di fatturazione, offerti sia da terzi, sia direttamente dagli operatori di accesso.”

Il sistema normativo richiamato deve essere interpretato nel senso che l'Autorità, avendo il potere di vigilanza sull'attuazione delle disposizioni anche relative all'acquisizione del consenso del cliente per l'attivazione di servizi in abbonamento e avendo il potere di stabilire le modalità attuative di tali disposizioni, dispone anche del potere di ordinare determinate condotte attive, in esecuzione degli obblighi imposti in via regolamentare.

Ne deriva che l'ordine impartito alla ricorrente di adeguarsi, entro 120 giorni, alla prescritta procedura di acquisizione della prova del consenso è legittimo, sotto il profilo della titolarità del potere di imposizione della condotta.

Le ulteriori censure della ricorrente sono prive di fondamento, essendo irrilevante, al fine della legittimità dell'ordine, la circostanza che si determinerebbe un danno in termini di competitività sul mercato, trattandosi di un profilo attinente alla legittimità della regolamentazione che l'Autorità è tenuta ad applicare.

Nello stesso senso è irrilevante la censura sulla asserita validità del metodo di acquisizione del consenso utilizzato dalla ricorrente, trattandosi comunque di una modalità non conforme alla regolamentazione.

Entrambi i profili non possono essere censurati al momento in cui viene ordinata la conformazione al regolamento, avendo dovuto essere casomai dedotti in sede di impugnazione della delibera regolamentare che viene ora applicata.

Con l'ottavo e ultimo dei secondi motivi aggiunti la ricorrente deduce la illegittimità dell'importo della sanzione.

Il motivo è assorbito dall'accertamento della fondatezza del precedente sesto motivo che ha determinato l'annullamento della sanzione, in quanto parzialmente illegittima.

Ne consegue che l'Autorità dovrà esercitare nuovamente il potere sanzionatorio adeguando l'importo della sanzione al contenuto precettivo della presente sentenza.

In conclusione, il ricorso principale deve essere respinto, per infondatezza, così come il primo ricorso per motivi aggiunti, mentre il secondo ricorso per motivi aggiunti deve essere parzialmente accolto, con l'annullamento dell'atto impugnato al fine del rinnovato esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'Autorità resistente.

Le spese processuali, tenuto conto della reciproca soccombenza, della novità e della complessità delle questioni trattate, devono essere interamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quarta Bis),
definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

-) Rigetta il ricorso principale.
-) Rigetta il primo ricorso per motivi aggiunti.
-) Accoglie, in parte, il secondo ricorso per motivi aggiunti e, per l'effetto,
annulla il provvedimento impugnato, nei sensi in motivazione.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2023
con l'intervento dei magistrati:

Pierina Biancofiore, Presidente

Antonio Andolfi, Consigliere, Estensore

Luca De Gennaro, Consigliere

L'ESTENSORE
Antonio Andolfi

IL PRESIDENTE
Pierina Biancofiore

IL SEGRETARIO