

N. 00011/2012REG.PROV.COLL.

N. 00049/2011 REG.RIC.A.P.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 49 di A.P. del 2011, proposto da:
Telecom Italia S.p.A, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Arturo Leone e Filippo Lattanzi, con domicilio eletto presso l'avv. Filippo Lattanzi in Roma, via G.P. Da Palestrina, n. 47;

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, con la quale è domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;
Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE I n. 14857 del 3 giugno 2010, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 febbraio 2012 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Lattanzi, Leone, e dello Stato Gentile e Fiorentino.;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato (d'ora in avanti, Antitrust), giusta comunicazione prot. 0028556 del 20 aprile 2009, ha avviato nei confronti di Telecom Italia S.p.A. (d'ora in avanti, TELECOM) un procedimento ai sensi dell'art. 27, comma 3, del d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo), come modificato dal d. lgs. 2 agosto 2007, n. 146, "Attuazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno" che modifica le direttive 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE, 2002/65/CE, e il Regolamento (CE) n. 2006/2004), nonché ai sensi dell'art. 6 del "Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette", in relazione alla presunta pratica commerciale scorretta nell'ambito della fornitura del servizio di telefonia mobile in regime di traffico prepagato, con riferimento al riconoscimento del credito residuo nell'ipotesi in cui l'utente avesse deciso di recedere dal servizio.

Tale pratica commerciale scorretta si sarebbe manifestata: a) nel mancato riconoscimento del credito residuo sulle schede SIM dopo la loro disattivazione (ossia a seguito dell'esercizio del diritto di recesso), anche ove i consumatori avessero rispettato la procedura prescritta dalla società; b) nell'imposizione di alcuni oneri, quali, a titolo esemplificativo, l'esborso di 5 euro per conseguire la restituzione del credito residuo indicato nella "Carta Servizi TIM", disponibile sul sito internet www.tim.it; c) nella mancanza di adeguata informativa al cliente sui tempi entro i quali la richiesta di rimborso sarebbe stata evasa dalla società; secondo l'Antitrust ciò poteva integrare la violazione degli articoli 20, 21, 22, 24 e 25 del Codice del consumo (in quanto contraria alla diligenza professionale e idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o il comportamento del consumatore medio relativamente all'esercizio del diritto di recesso), poteva considerarsi ingannevole e aggressiva ed era valutabile anche alla luce dell'articolo 1, comma 1, della legge 2 aprile 2007, n. 40 (conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 31 gennaio 2007, n. 7, "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 sottrazione dei veicoli"), che, tra l'altro, sancisce il diritto dei consumatori a conservare la disponibilità del credito residuo vietando (a pena di nullità della relativa clausola) agli operatori di telefonia mobile "la previsione di termini temporali massimi di utilizzo del traffico o del servizio acquistato".

Esaminate le osservazioni di TELECOM (mentre l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni - d'ora in avanti, AGCOM - non ha espresso il parere pur richiesto ai sensi dell'art. 27 del d. lgs. n. 206 del 2005), l'Antitrust con delibera in data 16 settembre 2009 ha ritenuto pratica commerciale scorretta, ai sensi degli articoli 20, comma 2, 24 e 25, lett. d), del decreto legislativo n. 206 del 2005, quella posta in essere da TELECOM consistita: a) nella mancanza di adeguata informativa al cliente sulle specifiche modalità e procedure per ottenere il rimborso, nonché circa i tempi dello stesso; b) nel mancato riconoscimento del credito residuo sulle schede SIM dopo la loro disattivazione (ossia, a seguito dell'esercizio del diritto di recesso) anche ove i consumatori abbiano rispettato la procedura prescritta dalla società; c) nella previsione di una procedura onerosa e farraginoso, che consta nell'esborso di 5 euro per conseguire la restituzione del credito residuo; ne ha vietato l'ulteriore diffusione ed ha irrogato una sanzione amministrativa pecuniaria di € 135.000,00.

2. Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sez. I, con la sentenza 14857 del 3 giugno 2010 ha accolto in parte il ricorso proposto da TELECOM avverso la predetta delibera, annullando la misura della sanzione (€ 135.000,00), salva la sua rideterminazione.

In particolare, respinta la censura di incompetenza nella materia de qua dell'Antitrust (trattandosi, secondo la ricorrente, di specifici profili di pratiche commerciali scorrette attribuite alla tutela di AGCOM) e ritenute infondate quelle attinenti al merito della deliberazione impugnata (concernenti la dedotta carente o imprecisa formulazione dell'addebito e la stessa effettiva configurabilità di pratiche commerciali scorrette, anche in relazione alla carenza dell'elemento psicologico della violazione contestata), il tribunale ha ritenuto meritevole di favorevole apprezzamento la sola censura relativa alla violazione del principio di proporzionalità e congruità tra la sanzione pecuniaria inflitta ed il comportamento contestato.

3. TELECOM ha chiesto la riforma di tale sentenza, deducendone l'erroneità alla stregua di due motivi di gravame, con i quali ha sostanzialmente riproposto le due censure respinte.

Quanto al primo, l'appellante ha insistito sulla incompetenza dell'Antitrust ad adottare la delibera impugnata, atteso che nella materia de qua sussisterebbe la competenza di AGCOM ai sensi della direttiva 2005/29/CE (recepita dalla specifica normativa del Codice del consumo), nella quale ("considerando" n. 10 e art. 3) viene fatta salva l'applicabilità delle normative comunitarie di settore rispetto a quella generale di tutela del consumatore; tale tesi, secondo l'appellante, troverebbe conferma nell'art. 19 del Codice del consumo ed avrebbe avuto anche l'autorevole avallo dal Consiglio di Stato nel parere n. 3999 del 2008 (seppure relativo ad altra fattispecie), sussistendo pertanto un sistema normativo settoriale, speciale ed esaustivo che prevederebbe la competenza di AGCOM nei casi come quello in esame, ai sensi dell'art. 1 del d.l. n. 7 del 2007 (convertito nella l. n. 40 del 2007) e, in generale, per quanto previsto nel Codice delle comunicazioni elettroniche (d. lgs. n. 259 del 2003, art. 70 e seguenti).

Di conseguenza, ad avviso dell'appellante, la sentenza dovrebbe essere riformata innanzitutto per aver affermato la prevalenza della normativa settoriale solo in caso di contrasto con quella generale, mentre la normativa, comunitaria e nazionale, sarebbe volta non a regolare soltanto contrasti in atto, ma a risolvere preventivamente i potenziali conflitti tra plessi normativi generali e speciali; poi, per aver ritenuto legittima l'applicazione del Codice del consumo, sul rilievo che nelle specie sarebbero stati tutelati i consumatori, laddove la normativa di settore sarebbe rivolta alla tutela della concorrenza, trascurando in tal modo di considerare che il Codice delle comunicazioni elettroniche reca disposizioni puntuali di tutela dei diritti degli utenti finali ed attribuisce correlati poteri sanzionatori ad AGCOM; infine, per aver erroneamente interpretato il parere n. 3999 del 2008 del Consiglio di Stato, dal quale per converso si desumerebbe la conferma della tesi per cui i contrasti normativi devono essere prevenuti.

Quanto al secondo (con cui sono state riproposte le censure concernenti la erroneità dei presupposti di fatti posti a fondamento della delibera impugnata, la genericità della comunicazione di avvio del procedimento e la sua contraddittorietà rispetto al provvedimento impugnato), l'appellante ha sottolineato l'erroneità della decisione dei primi giudici che avrebbero riconosciuto la legittimità del provvedimento impugnato per il carattere ingiustamente defatigante della procedura per la presentazione dell'istanza di restituzione del credito residuo (in quanto prevista con un'asserita unica modalità di inoltro, circostanza smentita dai dati di fatto), senza tuttavia, per un verso, trarne tutte le conseguenze con riferimento alla dedotta generica della comunicazione di avvio del procedimento (in cui nulla sarebbe stato indicato sulla pretesa gravosità della presentazione dell'istanza), e, per altro verso, eccedendo dai limiti del loro sindacato, ritenendo inopinatamente sussistenti profili

della condotta contrastanti con il Codice del consumo (relativi al costo di euro 5 al consumatore per evadere la pratica istruttoria e al termine di 90 giorni per concluderla), neppure indicati nel provvedimento impugnato.

Ha resistito al gravame Antitrust, deducendone l'infondatezza ed insistendo per il suo rigetto, in quanto: a) in relazione al motivo di incompetenza, le conclusioni della sentenza impugnata sarebbero assolutamente conformi sia alla ratio della direttiva 2005/29/CE (che è quella di non attribuire carattere residuale, se non del tutto marginale, al Codice del consumo, ma di evitare eventuali contrasti, rilevabili solo dove la disciplina speciale presenti carattere di completezza e garantisca al consumatore una tutela piena ed effettiva), sia al parere reso dalla Sezione I del Consiglio di Stato, sia ad un precedente della Sezione VI (n. 720 del 31 gennaio 2011), sia ancora ai principi delineati a livello comunitario sulla delicata questione dei rapporti tra disciplina a tutela del consumatore e le discipline settoriali (Linee Guida della DG Sanco dell'11 dicembre 2009, riguardanti in particolare la disciplina settoriale dei servizi aerei); la sentenza impugnata sarebbe del tutto corretta anche in ragione della mancanza nel caso di specie di un'antinomia e della conseguente complementarità tra la normativa di settore e quella del Codice al consumo, la prima finalizzata a garantire una regolamentazione pro – concorrenziale del mercato e la tutela del principio costituzionalmente rilevante del pluralismo dell'informazione, la seconda volta immediatamente alla tutela del consumatore; b) in relazione all'asserito eccesso di potere per travisamento dei fatti e carenza di motivazione, non sussisterebbe il prospettato travalicamento dei limiti del proprio potere giurisdizionale da parte dei primi giudici per avere individuato una fattispecie diversa da quella contestata nel provvedimento, giacché tale vizio si fonderebbe su una ricostruzione parziale da parte dell'appellante della pratica commerciale scorretta oggetto di contestazione; c) in relazione alla dedotta violazione dell'art 6 del Regolamento sulle procedure istruttorie e sulla violazione del diritto alla difesa, le doglianze mosse dall'appellante sarebbero del tutto infondate, non sussistendo in punto di fatto la prospettata diversità tra i fatti contestati con la comunicazione di avvio del procedimento e quelli posti a fondamento dell'impugnata delibera, tanto più che ai fini della legittimità della prima è stato ritenuto sufficiente l'indicazione degli elementi essenziali utili a consentire l'individuazione delle violazioni (pratiche commerciali scorrette), senza che sia invece un alto grado di dettaglio e di specificità, richiesti invece ai fini della legittimità del secondo.

4. La Sesta Sezione del Consiglio di Stato con l'ordinanza n. 5526 del 12 ottobre 2011 ha rimesso all'Adunanza Plenaria la decisione della controversia in ragione della delicatezza delle questioni coinvolte.

E' stata infatti evidenziata quanto alla questione di competenza una incertezza sulla interpretazione della normativa, suscettibile di portare a soluzioni diverse, per la presenza nei due complessi normativi di riferimento, quello del Codice al consumo e quello del Codice delle comunicazioni elettroniche di norme di divieto e di sanzioni di pratiche commerciali scorrette, riferibili ai medesimi soggetti in veste di operatori economici e di consumatori finali.

In particolare, secondo una prima possibile interpretazione, tutelando il Codice del consumo il consumatore (parte negoziale debole del mercato, individuata quale figura generale di utilizzatore di prodotti o servizi, cui corrispondono le altrettanto generali figure di professionista, produttore e prodotto) ed il Codice delle comunicazioni elettroniche invece la libertà delle comunicazioni elettroniche e l'assetto concorrenziale del relativo mercato (con conseguente individuazione di una figura di consumatore, o utente, a carattere speciale, perché fruitore dello specifico servizio di comunicazione elettronica, cui corrisponde

l'altrettanto specifica figura dell'operatore), il rapporto tra i due plessi normativi sarebbe di complementarietà, con il possibile concorso nell'esercizio dei poteri delle due Autorità di regolazione in funzione di vigilanza e controllo a seconda dei profili di comportamento rilevanti; secondo una seconda possibile opzione interpretativa, la tutela del consumatore costituirebbe un interesse pubblico garantito dal Codice delle comunicazioni altresì in via primaria, essendo comunque strumentale a tale fine l'obiettivo della libertà e della concorrenzialità del mercato, con la conseguenza che la disciplina di tutela del consumatore posta nel medesimo Codice sarebbe l'unica da applicare ai soggetti ed ai rapporti operanti nel settore, rivestendo carattere speciale ed esaustivo: il rapporto tra i due sistemi normativi sarebbe improntato al carattere di specialità della tutela del consumatore posta dal Codice delle comunicazioni elettroniche, in quanto recante la disciplina di ogni possibile regola di comportamento nel relativo mercato, con esclusione dell'applicabilità di quella prevista dal Codice del consumo.

La Sezione ha ulteriormente osservato, sulla scorta di alcune pronunce intervenute in materia, che mentre la prima opzione interpretativa avrebbe l'effetto positivo di evitare vuoti di tutela del consumatore (evitando, per un verso, di lasciare senza sanzioni comportamenti pure rivolti in suo danno e, per altro verso, il rischio di limitare o addirittura di vanificare la normativa generale di tutela del consumatore con plurime norme settoriali speciali), ma potrebbe produrre l'effetto negativo di un difficile ritaglio fra normative regolanti fattispecie omogenee o contigue con il rischio dell'incertezza della disciplina applicabile e della duplicazione dell'esercizio dei poteri sanzionatori, la seconda opzione eliminerebbe i possibili delineati effettivi negativi, comportando unicamente l'applicazione della normativa del Codice delle comunicazioni elettroniche per i rapporti tra l'operatore ed il consumatore agenti nel settore; con specifico riferimento a quei comportamenti qualificabili come pratiche commerciali scorrette, secondo la prima interpretazione sarebbe possibile che a comportamenti ritenuti come corretti secondo il Codice delle comunicazioni elettroniche si accompagnino ulteriori comportamenti qualificabili come scorretti secondo il Codice del consumo, con possibile irrogazione di sanzione da parte dell'Antitrust, mentre tale evenienza non sussisterebbe possibile seguendo la seconda opzione interpretativa, essendo possibili pratiche scorrette soltanto ai sensi del Codice delle comunicazioni elettroniche, sanzionabili dalla sola AGCOM.

Dopo aver poi richiamato le singole disposizioni riferibili a sostegno di ciascuna delle due delineate interpretazioni, la Sezione, con riferimento allo specifico caso in esame, ha rilevato che, in ragione delle disposizioni di cui ai commi 1, 3 e 4 del decreto legge n. 7 del 2007 (come modificato dalla legge di conversione n. 40 del 2007), accogliendo la prima opzione interpretativa, dovrebbe sussistere la competenza di Antitrust all'emanazione del provvedimento impugnato in primo grado: ciò in quanto TELECOM non è stata considerata responsabile della inosservanza dell'obbligo della conservazione del credito residuo in capo all'utente, cui ha adempiuto, quanto piuttosto del fatto di avere imposto a tal fine, e senza alternative, una procedura di richiesta ritenuta inutilmente defaticante e perciò giudicata non idonea a consentire all'utente un agevole riconoscimento del credito, inducendolo a non esercitare il recupero del credito attraverso un ostacolo non contrattuale, oneroso e sproporzionato, con conseguente violazione della normativa del Codice del consumo; seguendo la seconda interpretazione, invece, la competenza all'adozione del provvedimento impugnato in primo grado spetterebbe a AGCOM, la disciplina specifica di cui al decreto legge n. 7 del 2007 dovendo ritenersi inclusiva di ogni pratica commerciale scorretta relativamente alla richiesta di restituzione del credito residuo.

5. Le parti hanno ulteriormente illustrato le proprie rispettive tesi difensive con apposite memorie, insistendo per il loro accoglimento.

DIRITTO

1. Viene all'esame dell'Adunanza Plenaria l'actio finium regundorum tra AGCOM e Antitrust in materia di "Ricarica nei servizi di telefonia mobile, trasparenza e libertà di recesso dai contratti con operatori telefonici, televisivi e di servizi internet", ex art. 1 del d.l. 31 gennaio 2007, n. 7, convertito, con modificazioni, nella legge 2 aprile 2007, n. 40.

Infatti, nel caso in esame TELECOM ha denunciato l'incompetenza di Antitrust ad irrogare sanzioni a fronte del comportamento tenuto per la restituzione del credito residuo sulle schede SIM dopo la loro disattivazione (comportamento qualificato come pratica concorrenziale scorretta ex artt. 20, comma 2, 24 e 25 del d. lgs. n. 206 del 2005), con conseguente dedotta illegittimità della delibera impugnata, con la quale è stata irrogata la sanzione pecuniaria di 135.000,00 euro.

La questione è indubbiamente di principio poiché, come risulta evidente dall'intensa dialettica processuale, entrambe le autorità ritengono di avere competenza nella materia ed operano in concreto in tal senso; e ciò non può non sollevare il problema della coerenza di un sistema del genere con il principio di buon andamento dell'articolo 97 della Costituzione, atteso che i procedimenti in questione sono estremamente onerosi sia per l'amministrazione che per i privati

2. In via preliminare rileva il Collegio come la citata delimitazione di competenza debba iscriversi in una più ampia analisi, che ha ad oggetto il rapporto tra la normativa generale in materia di tutela del consumatore e la disciplina di settore delle comunicazioni elettroniche. Una volta acclarato tale assetto normativo, finalizzato ad individuare la disciplina da applicare in concreto, potrà essere agevolmente individuata l'Autorità chiamata ad intervenire nella fattispecie in esame, quale Autorità preposta alla tutela del corpo normativo di cui si è individuata l'applicazione.

Innanzitutto occorre evidenziare come il Codice delle comunicazioni elettroniche faccia espresso riferimento in numerosi articoli alla tutela del consumatore: ciò avviene, ad esempio, all'art. 4, comma 3, lett. f), ove è previsto che la disciplina delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica è volta, tra l'altro, ad assicurare vantaggi per i consumatori; all'art. 13, comma 4, lett. a), ove si dispone che Ministero ed AGCOM assicurino agli utenti, compresi i disabili, il massimo beneficio sul piano della scelta, del prezzo e della qualità; all'art. 70, che disciplina ex professo l'attività di stipulazione dei contratti con i fornitori di servizi telefonici; all'art. 71, che assicura ai consumatori la fruizione di informazioni trasparenti e aggiornate.

Ad integrare tale corpus normativo è poi intervenuta la delibera n. 664/06/CONS di AGCOM, avente portata regolatoria, che in attuazione delle disposizioni indicate (nelle premesse sono citati espressamente, tra gli altri, gli artt. 13, 70, 71 del Codice delle comunicazioni elettroniche, sopra richiamati), ha declinato compiutamente gli obblighi di comportamento gravanti sugli operatori di settore nella contrattazione a distanza.

A ciò si aggiunga che la stessa denominazione dell'oggetto della delibera in questione richiama espressamente la finalità di tutela dell'utenza in materia di fornitura di servizi di comunicazione elettronica. Inoltre, nelle premesse vengono richiamati espressamente anche

gli artt. 50 e segg. del Codice del consumo, che disciplinano in via generale, a tutela del consumatore, i contratti a distanza, e nelle premesse viene fornita espressa giustificazione del provvedimento adottato, nel senso di soddisfare le esigenze dell'utenza, spesso costretta ad inviare segnalazioni per la fornitura di servizi e beni non richiesti mediante l'utilizzo di tecniche di comunicazione a distanza.

3. Dall'analisi di tale assetto normativo, cui occorre aggiungere per esigenze di completezza i coerenti principi ricavabili dalle leggi n. 481 del 1995 e 249 del 1997, emerge icu oculi che l'intenzione del legislatore (sia nazionale che comunitario, trattandosi in gran parte di norme di diretta derivazione comunitaria) è quella di ricomprendere a pieno titolo nella disciplina in esame anche la tutela del consumatore/utente, nell'ambito di una regolamentazione che dai principi scende fino al dettaglio dello specifico comportamento. D'altronde, se così non fosse, non dovrebbe neppure ammettersi la competenza di AGCOM ad intervenire con atti regolatori o linee di indirizzo a tutela dei consumatori (oltre che ad autorganizzarsi con la istituzione di un'apposita direzione denominata "Tutela dei consumatori") e dovrebbe negarsi la legittimità della stessa delibera n. 664/06/CONS, aspetto questo che non risulta in alcun modo contestato da Antitrust né dagli operatori di settore.

La stessa comunicazione effettuata dal Governo italiano alla Commissione Europa in ordine all'autorità nazionale preposta, nel settore delle comunicazioni elettroniche, alla tutela del consumatore, ancorché meramente ricognitiva, denota l'esistenza di una *communis opinio* a livello istituzionale in ordine alla competenza di AGCOM ad occuparsi di tutela del consumatore.

4. Non può, quindi, convenirsi con la tesi sostenuta da Antitrust, che cioè la disciplina di settore delle comunicazioni elettroniche avrebbe finalità di sola tutela della concorrenza e di garanzia del pluralismo informativo, poiché queste ultime finalità non possono non affiancarsi alla tutela del consumatore, come sopra evidenziato.

Anzitutto, appare ben difficile sezionare chirurgicamente la disciplina in esame, al fine di enucleare singoli interessi oggetto di tutela, poiché tale *modus operandi* contrasta con l'inevitabile unitarietà degli interessi operanti nelle singole fattispecie concrete. Ma soprattutto tale distinzione - ove in ipotesi possibile - non trova riscontro nel dato normativo, come si è fin qui constatato.

5. Ciò premesso, occorre verificare che tipo di rapporto debba instaurarsi con la disciplina generale posta a tutela del consumatore, condensata nel nostro ordinamento nel Codice del consumo ed attribuita alla competenza di Antitrust (ai sensi dell'art. 27). Infatti quest'ultima normativa detta una disciplina articolata proprio al fine di tutelare le esigenze e le aspettative del consumatore/utente in tutti i campi del commercio, senza prendere in considerazione le specificità di singoli settori quale, relativamente alla fattispecie in esame, quello delle comunicazioni elettroniche.

A tal fine sovviene l'art. 19, comma 3, del Codice del consumo, ai sensi del quale, in caso di contrasto, prevalgono le norme che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette. In sostanza, la norma in esame si iscrive nell'ambito del principio di specialità (principio immanente e di portata generale sul piano sanzionatorio nel nostro ordinamento, come si evince dall'art. 15 del cod.pen. e dall'art. 9 della legge n. 689 del 1981), ai sensi del quale non si può fare contemporanea applicazione di due differenti disposizioni normative che disciplinano la stessa fattispecie, ove una delle due disposizioni presenti tutti gli elementi dell'altra e aggiunga un ulteriore elemento di specificità (o per aggiunta o per qualificazione).

In altre parole, le due norme astrattamente applicabili potrebbero essere raffigurate come cerchi concentrici, di cui quello più grande è quello caratterizzato dalla specificità.

Nè all'applicazione del principio di specialità può opporsi che debba esistere una situazione di contrasto tra i due plessi normativi: difatti, ad una lettura più meditata, occorre ritenere che tale presupposto consista in una difformità di disciplina tale da rendere illogica la sovrapposizione delle due regole.

Ed invero, al riguardo può concretamente soccorrere quanto previsto dal considerando 10 della direttiva 2005/29/CE (testo normativo recepito nel nostro ordinamento nel d.lgs. n. 206 del 2005, ossia nel Codice del commercio), secondo cui la disciplina di carattere generale si applica soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali; in pratica, essa offre una tutela ai consumatori ove a livello comunitario non esista una legislazione di settore. Alla luce di questa impostazione occorre leggere, pertanto, quanto previsto all'art. 3, comma 4, della medesima direttiva, trasfuso nell'art. 19, comma 3, del Codice del consumo, secondo cui prevale la disciplina specifica in caso di contrasto con quella generale: il presupposto dell'applicabilità della norma di settore non può essere individuato solo in una situazione di vera e propria antinomia normativa tra disciplina generale e speciale, poiché tale interpretazione in pratica vanificherebbe la portata del principio affermato nel considerando 10, confinandolo a situazioni eccezionali di incompatibilità tra discipline concorrenti.

Occorre, invece, leggere il termine *conflict* (o *conflit*), usato nella direttiva nelle versioni in inglese (e francese) e tradotto nel testo italiano come contrasto, come diversità di disciplina, poiché la *voluntas legis* appare essere quella di evitare una sovrapposizione di discipline di diversa fonte e portata, a favore della disciplina che più presenti elementi di specificità rispetto alla fattispecie concreta. In altre parole, la disciplina generale va considerata quale livello minimo essenziale di tutela, cui la disciplina speciale offre elementi aggiuntivi e di specificazione.

6. Orbene, alla luce del principio testé affermato occorre impostare il rapporto tra la disciplina contenuta nel Codice del consumo e quella dettata dal Codice delle comunicazioni elettroniche e dai provvedimenti attuativi/integrativi adottati da AGCOM. A tale riguardo, non v'è chi non veda come, anzitutto, la disciplina recata da quest'ultimo corpus normativo, presenti proprio quei requisiti di specificità rispetto alla disciplina generale, che ne impone l'applicabilità alle fattispecie in esame (in coerenza con quanto affermato da Cons. Stato, sezione I, n. 3999/2008; sezione VI, n. 720/2011).

Ma ciò evidentemente non basta: per escludere la possibilità di un residuo campo di intervento di Antitrust occorre anche verificare la esaustività e la completezza della normativa di settore. A quest'ultimo fine è opportuno prendere le mosse della vicenda in esame.

Ed invero, il comportamento contestato all'operatore economico con il provvedimento Antitrust impugnato in questa sede appare interamente ed esaustivamente disciplinato dalle norme di settore ed in particolare dall'art. 1 del d.l. n. 7 del 2007, convertito con modificazione.

Infatti:

a) il comma 1, dopo aver vietato, "al 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”, 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 informa telematica, aggiuntivi rispetto al costo del traffico telefonico o del servizio richiesto, aggiunge: “E’ altresì vietata la previsione di termini temporali massimi di utilizzo del traffico o del servizio acquistato. Ogni eventuale clausola difforme è nulla e non comporta la nullità del contratto, fatti salvi i vincoli di durata di eventuali offerte promozionali comportanti prezzi più favorevoli per il consumatore. Gli operatori di telefonia mobile adeguano la propria offerta commerciale alle predette disposizioni entro il termine di trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto”;

b) il comma 2 prevede che “L’offerta commerciale dei prezzi dei differenti operatori della telefonia deve evidenziare tutte le voci che compongono l’offerta, al fine di consentire ai singoli consumatori un adeguato confronto”;

c) il comma 2 bis affida all’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni la determinazione delle modalità per consentire all’utente, a sua richiesta, al momento della chiamata da un numero fisso o cellulare e senza alcun addebito, di conoscere l’indicazione dell’operatore che gestisce il numero chiamato.

d) il comma 3 stabilisce, poi, che “I contratti per adesione stipulato con operatori di telefonia e di reti televisive e di comunicazione elettronica, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata, devono prevedere la facoltà del contraente di recedere dal contratto o di trasferire le utenze presso altri operatori senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e senza spese non giustificate da costi dell’operatore e non possono imporre un obbligo di preavviso superiore a trenta giorni. Le clausole difformi sono nulle, fatta salva la facoltà degli operatori di adeguare alle disposizioni del presente comma i rapporti contrattuali già stipulati alla data di entrata in vigore del presente decreto entro i successivi sessanta giorni”.

E’ poi assolutamente decisiva la circostanza che il quarto comma affida all’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni non solo il compito di vigilare “sull’attuazione delle disposizioni di cui al presente articolo”, ma anche quello di “stabilire le modalità attuative delle disposizioni di cui al comma 2” e soprattutto di sanzionare “la violazione delle disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 3...applicando l’art. 98 del Codice della comunicazioni elettroniche, di cui al decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, come modificato dall’articolo 2, comma 136, del decreto – legge 3 ottobre 2006, n. 262, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2006, n. 286”; AGCOM, del resto, ha effettivamente esercitato il potere così conferitogli, avendo emanato le delibere n. 416/07/CONS (“Diffida agli operatori di telefonia mobile ad adempiere l’obbligo di riconoscimento agli utenti del credito residuo ai sensi dell’art. 1 comma 3 della legge n. 40/07”) e n. 353/09/CONS (“Nuovi termini per adempiere all’obbligo della portabilità del credito residuo in caso di trasferimento delle utenze di cui alla delibera 416/07/CONS”), nonché specifiche “Linee Guida alla Direzione Tutela del consumatore per l’attività di vigilanza da effettuare ai sensi dell’art. 1, comma 4, della legge n. 40/2007 con particolare riferimento alle previsioni di cui all’art. 1, comma 1, della medesima legge”.

Non può pertanto ragionevolmente dubitarsi, anche con riferimento alla sua ratio (espressamente indicata nell’incipit del comma 1 “al 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”), che la normativa contenuta nel ricordato d.l. n. 7 del 2007, convertito in l. n. 40 del

2007, è completa ed esaustiva, individua essa stessa l'Autorità (AGCOM) competente a sanzionare la violazione delle disposizioni di cui tra l'altro, al comma 3, tra cui rientra anche quello contestato nel caso di specie a TELECOM, escludendosi così in radice la possibilità di una competenza concorrente di Antitrust.

Né può trovare accoglimento l'argomentazione sostenuta da quest'ultima, ossia che nel caso in esame sarebbe stato preso in esame un ulteriore aspetto, esulante da tale disciplina ed individuabile nella violazione dell'obbligo di comportamento dell'operatore diligente, poiché il rispetto della disciplina di settore non può che qualificare il comportamento dell'operatore quale diligente.

7. Più in generale, quest'ultima argomentazione ha evidentemente come presupposto che tale disciplina non copra tutte le possibili fattispecie di pratica commerciale scorretta.

In realtà, innanzitutto, il rischio di lacune o deficit di tutela è scongiurato dalle clausole generali contemplate dalla disciplina di settore, clausole che già di per sé consentono comunque di ritenere che non esistano aree non coperte dalla disciplina regolatoria (si veda, ad esempio, quanto dispone l'art. 2, comma 4, della delibera n. 664/06 di AGCOM, secondo cui l'operatore deve rispettare "i principi di buona fede e di lealtà in materia di transazioni commerciali, valutati alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori particolarmente vulnerabili").

Inoltre e principalmente occorre in proposito fare riferimento al comma 6 dell'articolo 70 del Codice delle comunicazioni elettroniche, secondo cui rimane comunque ferma l'applicazione delle norme e delle disposizioni in materia di tutela del consumatore. Si tratta, ad avviso dell'Adunanza, di un rinvio dinamico ad ogni altra disposizione di tutela del consumatore, rinvio che garantisce la chiusura del sistema ed esclude a priori il rischio più volte paventato da Antitrust di possibili lacune della tutela stessa.

8. Quanto alle ulteriori argomentazioni difensive di Antitrust non può convenirsi con la tesi secondo cui il riparto di competenza dovrebbe basarsi sul concreto atteggiarsi dei comportamenti degli operatori, a seconda che si configurino come rivolti a soggetti determinati o in incertam personam, atteso che le modalità di azione dell'operatore economico cui è stata irrogata la sanzione impugnata rendono evidente che inevitabilmente vengono ad essere coinvolti soggetti determinati nell'azione finalizzata al procacciamento di nuovi contratti o alla richiesta di nuovi beni/servizi. Casomai, l'autorità di settore dovrà arretrare il momento di inizio della tutela sotto il profilo della correttezza precontrattuale, ma trattasi di aspetto che non incide sul riparto di competenza in esame.

9. Infine, neppure si può convenire sulla tesi secondo cui la competenza ad individuare la disciplina "ex ante" non esaurisce la disciplina di settore, lasciando spazi per interventi "ex post" ad opera di Antitrust, sulla base del modello del "caso per caso".

Difatti, premesso che una formulazione più attenta induce piuttosto a ritenere che la possibilità - indubbiamente da ammettersi - di interventi non puntualmente disciplinati trovi il suo fondamento sempre nella normativa, sia primaria che secondaria, come fin qui ricostruita, la necessità di garantire la coerenza logico-sistematica dell'azione repressiva esige che ad essa provveda un'unica autorità, senza distinzioni fondate su una contrapposizione, inaccettabile sul piano pratico prima ancora che su quello teorico, fra una disciplina "ex ante", affidata alla competenza di una autorità, e una presunta disciplina "ex post", affidata ad una altra autorità,

la cui competenza si amplierebbe o si restringerebbe a seconda della maggiore o minore estensione della disciplina dettata dall'autorità di settore.

10. Né tale conclusione comporta l'adozione di un regime sanzionatorio meno severo: infatti, premesso che un eventuale deficit dal punto di vista sanzionatorio non potrebbe comunque riverberare effetto alcuno in ordine alla individuazione dell'autorità competente nel caso in esame (comportando, semmai, l'obbligo di sollevare una eccezione di illegittimità costituzionale sul punto), occorre evidenziare che le sanzioni edittali attribuite alla competenza di Antitrust non sono superiori a quelle irrogabili da AGCOM. Inoltre, a quest'ultima Autorità, quale istituzione preposta all'intero settore delle comunicazioni elettroniche, spettano poteri inibitori e conformativi, tra l'altro in fatto già più volte esercitati, che non consentono di ritenere che la tutela apprestata da AGCOM possa ritenersi nel complesso qualitativamente inferiore a quella attribuita ad Antitrust.

11. Resta ovviamente inteso che l'assetto interpretativo adottato non riverbera effetto alcuno sul diverso problema affrontato da Cons. Stato, Sezione VI, 10 marzo 2006, n. 1271, ossia sulla possibilità che Antitrust valuti autonomamente il profilo anticoncorrenziale di clausole contrattuali, poste in essere nell'ambito di condotte che possano integrare le fattispecie di abuso di posizione dominante o di intese restrittive della concorrenza.

Come pure rimane fermo che il comportamento delle due autorità deve ispirarsi ad un ovvio principio di collaborazione, che potrà esprimersi sia attraverso segnalazioni di Antitrust all'altra Autorità, sia attraverso richieste di parere alla prima da parte di quest'ultima; e ciò in entrambi i casi a garanzia della uniformità della loro azione.

12. A conclusione delle argomentazioni esposte occorre evidenziare come la soluzione adottata appare più rispettosa del principio costituzionale del "buon andamento" dell'amministrazione, evitando quelle possibili esternalità negative denunciate in sede di rimessione da parte della VI Sezione. Infatti, in questo modo si evita di sottoporre gli operatori a duplici procedimenti per gli stessi fatti, con possibili conclusioni anche differenti tra le due autorità (come in pratica è avvenuto). Inoltre, si consente che si dettino indirizzi univoci al mercato, che altrimenti verrebbe a trovarsi in una situazione di possibile disorientamento, con potenziali ripercussioni sulla stessa efficienza dei servizi nei riguardi degli utenti/consumatori e sui costi che questi ultimi sono chiamati a pagare. Per non parlare, poi, della evidente violazione del principio di proporzionalità che si verrebbe a configurare nel caso di cumulo materiale delle sanzioni da parte di entrambe le autorità.

13. Discende da quanto sopra esposto che è fondata l'eccezione di incompetenza di Antitrust formulata dalla società appellante nel primo motivo di impugnazione, con conseguente obbligo di riforma della sentenza di primo grado e di annullamento del provvedimento impugnato.

Il tenore della presente pronuncia consente di assorbire gli ulteriori motivi di impugnazione proposti.

Tenuto conto della particolare complessità della materia trattata, ritiene il Collegio che sussistano giustificati motivi per compensare interamente tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, annulla il provvedimento impugnato.

Spese compensate dei due gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Coraggio, Presidente

Gaetano Trotta, Presidente

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Stefano Baccarini, Presidente

Giuseppe Severini, Presidente

Alessandro Botto, Consigliere

Marzio Branca, Consigliere

Aldo Scola, Consigliere

Anna Leoni, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Maurizio Meschino, Consigliere

Raffaele Greco, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/05/2012

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

Il Dirigente della Sezione

N. 00012/2012REG.PROV.COLL.

N. 00050/2011 REG.RIC.A.P.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 50 di A.P. del 2011, proposto da:
Telecom Italia S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Mario Siragusa, Fausto Caronna,
Antonio Lirosi, Piero Fattori, con domicilio eletto presso Gianni Origoni & Partners Studio
Legale in Roma, via delle Quattro Fontane,20;

contro

Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust, rappresentato e difeso
dall'Avvocatura, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12; Autorita' Per Le
Garanzie Nelle Comunicazioni, rappresentato e difeso dall'avv. Franco Gaetano Scoca, con
domicilio eletto presso Franco Gaetano Scoca in Roma, via Giovanni Paisiello 55; Aduc;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE I n. 19892/2010, resa tra le parti,
concernente della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE I n. 19892/2010, resa tra
le parti, concernente PRATICA COMMERCIALE SCORRETTA - PIANI TARIFFARI SIM
RICARICABILI - IRROGAZIONE SANZIONE AMMINISTRATIVA PECUNIARIA

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato -
Antitrust e di Autorita' Per Le Garanzie Nelle Comunicazioni;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 febbraio 2012 il Cons. Anna Leoni e uditi per le
parti gli avvocati Fattori, Lirosi, Siragusa, Caronna, Scoca, e dello Stato Gentile e Fiorentino.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso n. 3130/2009 Telecom Italia s.p.a. impugnava davanti al TAR del Lazio, sede di Roma, la deliberazione n. 19446 assunta dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato nell'adunanza del 22 gennaio 2009 e notificata alla società ricorrente l'11 febbraio 2009, con la quale è stata dichiarata pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, 21 comma 1 lett.a), b), d), g) e 22 d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo), la comunicazione a mezzo SMS agli utenti/abbonati della variazione dei piani tariffari di abbonamento di telefonia mobile, denominata manovra repricing, accompagnata da un avviso sui tre maggiori quotidiani a diffusione nazionale, nonché dalla possibilità di consultazione sul sito internet.
2. All'accertata violazione delle norme poste a tutela del consumatore seguiva il divieto di ulteriore diffusione e l'irrogazione della sanzione, nella misura di euro 500.000.
3. In parallelo al procedimento attivato da AGCM, l'Autorità per le garanzie delle comunicazioni, con riguardo alla manovra repricing, dava inizio ad un procedimento volto alla verifica della corretta osservanza da parte di Telecom degli obblighi di informazione circa la facoltà di recesso senza penali, posti a carico del gestore di telefonia mobile dall'art. 70 comma 4 d.lgs. n. 259 del 2003, in caso di notifica di proposte di modifica alle condizioni contrattuali. Quest'ultimo procedimento si concludeva con la delibera n. 39/09 del 28 gennaio 2009 che, con riferimento alle misure divulgative della manovra repricing, ne riconosceva la sufficienza a garantire il rispetto degli obblighi informativi dell'utente.
4. Avverso il provvedimento sanzionatorio di AGCM Telecom Italia proponeva tre distinti motivi di censura:
 - 4.1. incompetenza di AGCM ad intervenire in ordine alla pratica commerciale de qua, essendo ogni valutazione sulla stessa riservata ad AGCom;
 - 4.2. erroneità della qualificazione da parte di AGCM come pratica commerciale scorretta delle modalità di comunicazione e divulgazione della manovra repricing;
 - 4.3. erroneità della determinazione del quantum della sanzione amministrativa irrogata.
5. Con sentenza n. 19892 del 2010 il TAR del Lazio respingeva il ricorso.
6. Avverso la sentenza ha proposto appello Telecom Italia, contestando le conclusioni del Tribunale regionale e rinnovando i motivi già formulati in I grado, chiedendo la riforma della sentenza e l'accoglimento del ricorso di I grado, con annullamento della delibera impugnata.

In particolare, deduce l'appellante, quale primo motivo di impugnazione, error in iudicando del primo giudice: infatti, con il primo motivo di ricorso in primo grado era stata dedotta l'incompetenza di Antitrust a contestare, ai sensi della disciplina di cui agli artt. 18 e ss. del Codice del consumo, l'inadeguatezza dell'informativa resa ai propri abbonati in merito alla manovra repricing.

Afferma l'appellante che tale pratica sarebbe oggetto di un' autonoma e completa disciplina settoriale, posta a protezione dell'utente-consumatore di tali servizi, dettata dall'art. 70 co.4 del d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259 (Codice delle comunicazioni elettroniche), la cui applicazione sarebbe demandata alla competenza dell'AGCom, titolare anche di potestà sanzionatoria in materia.

In sostanza, la presenza di un' articolata normativa di ordine speciale, con relativi poteri sanzionatori in capo ad AGCom, escluderebbe, in ossequio al principio di specialità, la contemporanea applicazione, da parte di Antitrust, della disciplina generale relativa alle pratiche commerciali scorrette.

Il che appare, secondo Telecom, del tutto fisiologico in quanto l'AGCom, nella sua veste di autorità che esercita una vigilanza continuativa sul comparto delle comunicazioni elettroniche, ha una competenza specialistica del settore, sia sotto il profilo normativo, sia per la conoscenza di tutte le offerte di telefonia in essere e del contenuto dei contratti con gli utenti, sia per la maggiore familiarità circa la percezione dei consumatori in materia. Il che la rende l'istituzione meglio attrezzata per cogliere e valutare se il contenuto della suddetta comunicazione sia o meno idoneo a soddisfare gli obblighi di corretta e trasparente informativa imposti dall'art. 70, co.4, CCE.

Dal quadro normativo esposto, è indubbio, secondo Telecom, che l'art. 70, co.4, del CCE abbia la natura di disciplina speciale che regola un'aspetto specifico di una peculiare e circoscritta pratica commerciale, a tutela della libertà di scelta e determinazione degli abbonati- consumatori.

Dal che discende l'applicabilità dell'art. 19, co. 3, del d.lgs. n. 206 del 2005, che risolve secondo il principio di specialità il conflitto apparente di norme coesistenti e risolve ex ante e in radice, a favore della Autorità di settore (nella specie, l'AGCom)il potenziale conflitto di competenza.

Né muta i termini del discorso il richiamo alla norma di cui al co.6 dell'art. 70 CCE, a mente del quale "Rimane ferma l'applicazione delle norme e delle disposizioni in materia di tutela del consumatore", da intendere nel senso che dette norme valgano a colmare eventuali vuoti di tutela lasciati aperti dalla legislazione di settore e/o perseguano fini diversi da quelli avuti di mira da quest'ultima.

Rileva, ancora, Telecom che la sentenza è viziata anche nella parte in cui, affermando essere non decisivo il richiamo al parere espresso dalla I Sezione del Consiglio di Stato n. 3999 del 2008, ha ritenuto che il rapporto tra le due Autorità debba essere ricostruito in termini di complementarietà, nel senso che la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette si aggiunge agli ordinari strumenti di tutela contrattuale (attivabili dai singoli) e agli altri connessi a specifiche discipline in settori oggetto di precipua regolazione.

Infine, si registrerebbe una perfetta coincidenza tra l'interesse tutelato dalla normativa in materia di pratiche commerciali scorrette e l'interesse affidato alla cura di AGCom. Per cui, anche nel caso in esame, avrebbe dovuto farsi applicazione del principio di specialità, senza possibilità di intervento simultaneo da parte di AGCom e di Antitrust, non sussistendo, invero, alcuna lacuna o vuoto di tutela da colmare da parte dell'AGCM, che possa giustificare l'intervento.

La interpretazione fornita dal Tar dell'art. 19 co. 3 del Codice del consumo si porrebbe, poi, in contrasto con il principio di specialità quale individuato dal legislatore comunitario nel considerando 10 della Direttiva 2005/29/CE.

Tutto ciò troverebbe dimostrazione nella fattispecie in esame, in cui per la medesima condotta, valutata sotto il medesimo profilo, in vista della protezione del medesimo interesse, Telecom è stata contemporaneamente condannata al massimo della pena dall'Autorità garante del mercato e della concorrenza il 22 gennaio 2008 ed assolta dall'AGCom il 28 gennaio 2008: il doppio intervento si manifesterebbe, quindi, inammissibile, in quanto causa di incoerenze, quando non di turbative, rispetto alla naturale autodeterminazione dei soggetti del mercato.

La sentenza di primo grado, inoltre, sarebbe viziata per error in iudicando (artt. 20, 21 co.1, lett.a), b), d), g) e 22 d.lgs. n. 206 del 2005; art. 3 l. n. 241 del 1990), nonché per eccesso di potere, nella parte in cui ha confermato la valutazione di scorrettezza dell'Autorità, affermando che le informazioni fornite dall'SMS sarebbero state insufficienti e confuse e non avrebbero consentito al consumatore di comprendere l'esatta portata della comunicazione, in quanto non ha considerato che il messaggio in questione era parte di una vasta campagna informativa, nel cui ambito l'SMS ricopriva il ruolo di semplice alert rispetto ai contenuti degli altri mezzi di comunicazione impiegati, molto più approfonditi (annuncio sui tre maggiori quotidiani a tiratura nazionale; avviso sul sito internet www.tim.it; le informative disponibili sul numero di assistenza 119).

A prescindere da ciò, non sarebbe neppure possibile rilevare alcuna strutturale carenza nei contenuti dell'SMS, isolatamente considerato, ove si proceda ad una corretta decodifica del messaggio stesso.

Non sarebbe stato, poi, tenuto in considerazione il ruolo compensativo svolto dall'offerta dell'opzione Tim- 50% Long, né il Tar si sarebbe pronunciato sulla censura con cui Telecom contestava l'obbligatoria indicazione della derivazione legale del diritto di recesso riconosciuto al consumatore (non prevista né dall'art. 70 CCE, né dal Codice del consumo).

Con il terzo motivo di appello TELECOM confuta la reiezione, da parte del Tar, della censura con cui era stata contestata, in relazione a molteplici aspetti, la determinazione della sanzione amministrativa irrogata nel massimo edittale.

Sarebbe mancata una adeguata e rigorosa motivazione sul punto da parte dell'Autorità e non sarebbe ravvisabile in capo a Telecom una responsabilità eccedente la culpa levissima.

Il provvedimento adottato, poi, violerebbe ad ogni evidenza il principio di proporzionalità. Sul punto, la società appellante ripropone, pertanto, le argomentazioni svolte in primo grado, tese a dimostrare la violazione dei criteri di quantificazione dettati dall'art. 11 della legge n. 689 del 1981.

Da ultimo, il Tar non avrebbe fornito idonea motivazione in ordine alle doglianze con cui Telecom ha lamentato l'omessa valutazione delle misure adottate per attenuare le conseguenze dell'infrazione.

7. Si è costituita l'AGCM che, ripercorso l'iter procedimentale sfociato nel provvedimento impugnato, evidenzia l'infondatezza dei motivi di appello proposti.

Quanto alla eccepita incompetenza, osserva l'Antitrust che il presupposto per l'applicazione del principio di specialità di cui all'art. 19, comma 3, del Codice del consumo risiede nell'esistenza di un contrasto tra discipline concorrenti, ossia quando queste intervengono, a tutela del medesimo interesse, nei confronti degli stessi soggetti e delle stesse condotte con poteri analoghi. Nel caso di specie, invece, la disciplina di settore sarebbe improntata alla tutela della concorrenza del mercato e del pluralismo dell'informazione, mentre la tutela degli interessi dei consumatori opererebbe solo in via mediata ed indiretta. A differenza del Codice delle comunicazioni elettroniche, il Codice del consumo perseguirebbe direttamente e con immediatezza l'interesse del consumatore.

Consegue da ciò, ad avviso di Antitrust, che obiettivo dell'intervento di AGCom sarebbe quello di garantire una maggiore concorrenzialità nei mercati interessati, mentre il proprio intervento mirerebbe alla tutela del consumatore. Pertanto, la disciplina del Codice del consumo non si porrebbe in conflitto con la disciplina di settore, ma correrebbe parallela ad essa, perseguendo un interesse intrinsecamente diverso.

Aggiunge Antitrust che la condotta posta in essere dall'operatore ed oggetto di imputazione nel caso in esame non si sarebbe esaurita nella violazione della normativa di settore, essendosi tradotta nell'adozione di procedure di attivazione dei servizi che non tenevano conto adeguatamente del fatto che l'acquisizione del consenso potesse avvenire inconsapevolmente.

Infine, in ordine alla quantificazione della sanzione, evidenzia Antitrust che, al fine di garantire un'efficacia deterrente della sanzione pecuniaria, è stata valutata, tra l'altro, anche la dimensione economica del professionista, che rappresenta il principale gestore di telefonia fissa a livello nazionale. Ciò che ha assunto rilevanza, poi, era l'inidoneità della procedura seguita dal professionista per acquisire il consenso consapevole dei consumatori, a prescindere dal numero effettivo di contatti effettivamente realizzati (numero difficilmente quantificabile con esattezza).

In sintesi, nessun difetto di proporzionalità, pertanto, sarebbe ricavabile dalla presente fattispecie sanzionatoria.

8. Si è costituita anche AGCom, sostenendo, contro le conclusioni del Tar ed in linea con la censura di incompetenza dedotta da Telecom come primo motivo del ricorso di I grado, l'esclusività della propria competenza quanto al rispetto degli obblighi informativi agli effetti della libera autodeterminazione del consumatore/utente dei servizi di telefonia.

Aggiunge AGCOM che la disciplina di settore assicurerebbe, poi, un livello di tutela più elevato, poiché adatterebbe la disciplina del Codice del consumo alle specifiche caratteristiche ed esigenze proprie del settore delle telecomunicazioni. Pertanto, in applicazione dell'art. 19, comma 3, del Codice del consumo, soltanto la disciplina di settore dovrebbe trovare applicazione nel caso di specie, con conseguente incompetenza di Antitrust.

9. Con memoria difensiva la società appellante ribadisce le proprie argomentazioni, con particolare riferimento al fatto che la medesima pratica commerciale sarebbe stata oggetto, sotto il medesimo profilo e in vista della protezione del medesimo interesse, di due distinti e coevi procedimenti sanzionatori (dinanzi, rispettivamente, ad Antitrust e ad AGCOM), sfociati in decisioni antitetiche (condanna al pagamento di una sanzione pecuniaria e archiviazione con accettazione degli impegni).

10. La causa è stata trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 14 giugno 2011.

11. Con ordinanza n. 5522 del 2011 la VI Sezione, considerato che le questioni sollevate erano suscettibili di soluzioni diverse e potevano dar luogo a contrasti giurisprudenziali, ha deferito il ricorso all'Adunanza plenaria, ai sensi dell'art. 99, comma 1, CPA.

12. Queste le questioni proposte in tema di diritto dei consumatori:

a. Se, contrariamente a quanto statuito dal TAR, la disciplina degli artt. 70 e 71 del Codice delle comunicazioni elettroniche si atteggi come normativa speciale e quindi prevalente rispetto a quelle del Codice del consumo (art. 19, co. 3, d.lgs. n. 206 del 2005), tenuto conto di quanto disposto dall'art. 13, comma 19, d.lgs. n. 206 del 2005 (recesso della disciplina generale a fronte di disposizioni comunitarie e relative norme nazionali di recepimento che disciplinino aspetti specifici) e dall'art. 70, co. 4 del d.lgs. n. 259 del 2003 (che contiene la disciplina di dettaglio degli obblighi informativi e di trasparenza).

b. Se, una volta escluso il carattere speciale e quindi esclusivo della tutela approntata dal Codice delle comunicazioni, in presenza di competenze concorrenti, risulti violata la regola del *ne bis in idem*.

c. Se, ove si acceda alla tesi del primo giudice della complementarietà delle tutele, risulti rispondente ai criteri di proporzionalità e adeguatezza un regime sanzionatorio composto dal cumulo delle sanzioni irrogabili dalle due autorità.

13. Si è costituita l'AGCM che, con memoria difensiva, ha escluso, nella fattispecie, la sussistenza di un contrasto fra norme o di antinomia reale. Dall'analisi della normativa pertinente (in particolare gli artt. 3, 4 e 13 del Codice delle comunicazioni elettroniche) si evince, infatti, secondo Antitrust, che il Codice del consumo e il Codice delle comunicazioni elettroniche tutelano interessi diversi, con strumenti diversi. La stessa normativa settoriale e, in particolare, l'art. 70 co.6, fa espressamente salva l'applicazione delle norme e delle disposizioni in materia di tutela dei consumatori, confermando in tal modo l'inesistenza di un conflitto tra le due discipline e sancendone l'applicazione parallela. Ciò in ragione della evidente estraneità della funzione di tutela del consumatore rispetto alle disposizioni del Codice delle comunicazioni elettroniche. Né, secondo l'AGCM, sarebbe condivisibile l'interpretazione secondo cui detta norma conterrebbe un rinvio dinamico alla legislazione anche sopravvenuta in materia di tutela del consumatore, tale per cui nel settore delle comunicazioni spetterebbe ad AGCom la competenza ad applicare le disposizioni del Codice del consumo. Detta opzione interpretativa non terrebbe conto di due elementi fondamentali: 1) che l'art. 70 co. 6 non è una norma sulla competenza, ma sul rapporto fra discipline; 2) che nel nostro ordinamento l'art. 27 del Codice del consumo ha individuato nell'Autorità garante della concorrenza e del mercato l'organo deputato in via esclusiva ad applicare la disciplina generale della tutela del consumatore. Per cui, in assenza di una norma che deroghi espressamente a quanto in essa previsto, sarebbe arduo sostenere in via interpretativa che un organismo diverso dall'Autorità antitrust possa applicare le norme del Codice del consumo (cfr. Ord. VI Sez. n. 6527/11). La soluzione prospettata, inoltre, comporterebbe anche l'introduzione di un diverso grado di tutela, atteso che i poteri di cui gode AGCom non hanno la stessa portata qualitativa e quantitativa rispetto a quelli dell'Autorità garante.

Infine, secondo AGCM, poichè gli interessi tutelati dalle due discipline sono diversi, sarebbe da escludere in radice qualsiasi possibilità di contrasto tra le stesse e di *ne bis in idem*.

AGCM sostiene, poi, nella denegata ipotesi in cui si dovesse ritenere che le due discipline perseguono il medesimo interesse, che andrebbe esclusa, per le ragioni già illustrate, la tesi secondo cui la disciplina del Codice delle comunicazioni dovrebbe sempre prevalere su quella del Codice del consumo: l'esame della specifica fattispecie renderebbe evidente come nel caso di specie nessun contrasto sia rilevabile tra disciplina generale e quella speciale, considerato che quest'ultima nulla dispone di specifico rispetto ai comportamenti sanzionati dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

14. Si è costituita l'AGCom che, con memoria difensiva, ha sostenuto che la questione relativa alla competenza delle due Autorità non rilevarebbe se non in via subordinata: il concorso, infatti, non sussisterebbe fra le due competenze, bensì e prima, fra gli apparati normativi e regolamentari affidati al controllo di soggetti diversi. La illogicità della teoria della complementarità non sarebbe superabile, come pure la sua non conformità ai principi di buona amministrazione. Ad avviso di AGCom, in base all'art. 19 co.3 del d.lgs. n. 206 del 2005 ove sia sussistente una disciplina regolatoria di settore, che si traduca in una regolamentazione comportamentale e non solo strutturale, la disciplina Antitrust deve cedere necessariamente il passo, trovando applicazione solo quando, in un determinato ambito, manchino delle regole di condotta specifiche. Possedendo il Codice delle comunicazioni elettroniche la natura di disciplina speciale tendenzialmente completa, ricorrerebbero nella fattispecie tutte le condizioni richieste ai fini dell'applicazione del criterio di specialità, trattandosi, contrariamente a quanto sostenuto nell'ordinanza di rimessione n. 5522, dello stesso fatto illecito e non di due illeciti, in quanto medesimo è il comportamento preso in considerazione dalle due diverse discipline, così come lo stesso è l'operatore economico interessato. Né potrebbe sostenersi che esuli dalla disciplina propria del Codice delle comunicazioni elettroniche, e quindi dalle competenze dell'AGCom, ai sensi dell'art. 98, comma 16, la tutela del consumatore-utente. Tutta la normativa rilevante (legge n. 249 del 1997; legge n. 481 del 1995; d.lgs. n. 259 del 2003) farebbero ritenere affidata ad AGCom, in materia di comunicazioni, la tutela dei diritti degli utenti finali e a tale attività è dedicata un'apposita Direzione interna alla struttura della medesima Autorità.

Ne consegue, secondo la tesi esposta, che AGCom, nel settore in questione, è l'unico soggetto competente a vigilare sulla corretta applicazione della normativa primaria e regolamentare e, se del caso, ad irrogare sanzioni per la sua violazione. Al contrario è possibile ipotizzare che intervenga AGCM ove la disciplina di settore sia assolutamente insufficiente a tutelare l'utente, ovvero il comportamento dell'operatore sia sanzionato per profili non regolati dalla disciplina speciale.

Quanto alla portata dell'art. 70 u.co. del Codice delle comunicazioni elettroniche ed in particolare dell'inciso secondo cui "resta ferma la normativa a tutela dei consumatori", ad avviso della difesa di AGCom va vista come conferma della tesi che vede preferibile la disciplina di settore, in quanto l'affermazione sopra riportata presupporrebbe la incompletezza della disciplina di settore ovvero il perseguimento da parte della legislazione consumeristica di fini diversi da quelli avuti di mira dalla prima.

Si soggiunge che l'art. 19 co.3 che prevede la regola del principio di specialità è norma successiva all'art. 70 co.6 del Codice delle comunicazioni elettroniche, sicché, anche in virtù del principio "lex posterior derogat priori", dovrebbe ritenersi la prevalenza dell'art. 19 co.3 sull'art. 70 co.6.

15. Telecom Italia ha depositato ampia memoria riassuntiva dei punti principali della questione all'esame di questa Adunanza plenaria e ha ribadito ulteriormente le proprie argomentazioni.

DIRITTO

1. Viene all'esame dell'Adunanza Plenaria l'actio finium regundorum tra AGCom e Antitrust in materia di attività di cosiddetto repricing, ossia la comunicazione a mezzo SMS agli utenti/abbonati delle variazioni dei piani tariffari di abbonamento di telefonia mobile, accompagnata da un avviso sui tre maggiori quotidiani a diffusione nazionale, nonché dalla possibilità di consultazione sul sito internet.

2. Infatti, nel caso in esame TELECOM ha denunciato l'incompetenza di Antitrust ad irrogare sanzioni a fronte del comportamento tenuto per comunicare ai propri abbonati la rimodulazione di piani tariffari (la cd. manovra repricing) con conseguente dedotta illegittimità della delibera impugnata, con la quale è stata vietata l'ulteriore diffusione della pratica ritenuta scorretta ed è stata irrogata la sanzione pecuniaria di 500.000,00 euro.

La questione è indubbiamente di principio poiché, come risulta evidente dall'intensa dialettica processuale, entrambe le autorità ritengono di avere competenza nella materia ed operano in concreto in tal senso; e ciò non può non sollevare il problema della coerenza di un sistema del genere con il principio di buon andamento dell'articolo 97 della Costituzione, atteso che i procedimenti in questione sono estremamente onerosi sia per l'amministrazione che per i privati.

3. In via preliminare rileva il Collegio come la citata delimitazione di competenza debba iscriversi in una più ampia analisi, che ha ad oggetto il rapporto tra la normativa generale in materia di tutela del consumatore e la disciplina di settore delle comunicazioni elettroniche. Una volta acclarato tale assetto normativo, finalizzato ad individuare la disciplina da applicare in concreto, potrà essere agevolmente individuata l'Autorità chiamata ad intervenire nella fattispecie in esame, quale Autorità preposta alla tutela del corpo normativo di cui si è individuata l'applicazione.

Innanzitutto, occorre evidenziare come il Codice delle comunicazioni elettroniche faccia espresso riferimento in numerosi articoli alla tutela del consumatore: ciò avviene, ad esempio, all'art. 4, comma 3, lett. f), ove è previsto che la disciplina delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica è volta, tra l'altro, ad assicurare vantaggi per i consumatori; all'art. 13, comma 4, lett. a), ove si dispone che Ministero ed AGCom assicurino agli utenti, compresi i disabili, il massimo beneficio sul piano della scelta, del prezzo e della qualità; all'art. 70, che disciplina ex professo l'attività di stipulazione dei contratti con i fornitori di servizi telefonici; all'art. 71, che assicura ai consumatori la fruizione di informazioni trasparenti e aggiornate.

Ad integrare tale corpus normativo è poi intervenuta la delibera n. 664/06/CONS di AGCom, avente portata regolatoria, che in attuazione delle disposizioni indicate (nelle premesse sono citati espressamente, tra gli altri, gli artt. 13, 70, 71 del Codice delle comunicazioni elettroniche, sopra richiamati), ha declinato compiutamente gli obblighi di comportamento gravanti sugli operatori di settore nella contrattazione a distanza.

A ciò si aggiunga che nelle premesse della delibera in questione viene richiamato espressamente il Titolo III del d.lgs. n. 206 del 2005 (Codice del consumo), come modificato

dal d.lgs. n. 146 del 2007, e viene fornita una compiuta descrizione dei profili oggetto di valutazione (violazione degli artt. 20, 21 co.1 lett. a), b), d) e g), 22, 24 e 25 del d.lgs. n. 206 cit.), in quanto contrari alla diligenza professionale ed idonei a limitare considerevolmente, o addirittura escludere, la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al servizio offerto.

Viene in particolare evidenziato che la pratica commerciale posta in essere da Telecom potrebbe considerarsi ingannevole ed omissiva in quanto ai consumatori non sarebbero state fornite informazioni esatte e complete circa la natura, le caratteristiche e le condizioni delle variazioni del piano tariffario (quali costi della variazione e loro ammontare, costi del recesso, modalità di rimborso del credito residuo in caso di passaggio ad altro operatore e del bonus maturato ai fini di eventuali autoricariche), in modo da indurli in errore e ad assumere una decisione commerciale che non avrebbero altrimenti preso. Viene, inoltre, rilevato che tale pratica potrebbe considerarsi, altresì, aggressiva in quanto idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento dei consumatori nella misura in cui le modalità adottate per procedere alla comunicazione della modifica del piano tariffario, anche per le circostanze temporali, si possono fondare su un indebito condizionamento.

Viene, poi, data espressa giustificazione del provvedimento adottato, nel senso di non ritenere che la previsione di una disciplina speciale dettata dal co.4 dell'art. 70 d.lgs. n. 259 del 2003 possa escludere la contemporanea applicazione della normativa generale, in materia di pratiche commerciali scorrette, dettata dal d. lgs. n. 206 del 2005, essendo la valutazione dei comportamenti posti in essere dal professionista ai sensi degli artt. 18 e ss. del Codice del consumo di carattere più ampio rispetto a quanto prescritto dall'art. 70 del d.lgs. n. 259, relativo al diritto di recesso riconosciuto all'utente nell'ipotesi di modifiche contrattuali nella fornitura di servizi di comunicazione elettronica. Oggetto di valutazione è la conformità alla diligenza professionale, nonché a quanto disposto dagli artt. 20, 21 e 22 del Codice del consumo, del contenuto della comunicazione utilizzata dal professionista, ossia dell'SMS utilizzato da Telecom Italia s.p.a. per informare gli utenti della propria volontà di procedere alla variazione del piano tariffario. In tale ottica viene ritenuto che la previsione speciale, lungi dal porsi in un rapporto di contrasto con la disciplina generale ai sensi dell'art. 19, co. 3, del d.lgs. n. 206 del 2005, rappresenti nel caso in esame esclusivamente un riferimento normativo per procedere alla valutazione della condotta commerciale del professionista, con particolare riferimento alla conformità al principio di diligenza professionale richiamato nell'art. 20, comma 2, del d.lgs. n. 206 del 2005.

Nel caso di specie la contrarietà alla diligenza professionale e l'idoneità a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico dei consumatori della pratica oggetto di valutazione è stata ritenuta derivante dalla riscontrata natura ingannevole ed omissiva della stessa. Invero, quanto alla contrarietà alla diligenza professionale, non è stato riscontrato da parte del professionista il normale grado di competenza ed attenzione che ci si potrebbe attendere, avuto riguardo alla qualità del professionista ed alle caratteristiche dell'attività svolta, con riferimento alla prospettazione della natura della "rimodulazione" e alla completezza delle informazioni fornite nella comunicazione. Per quanto attiene, poi, alla idoneità della pratica a falsare in misura apprezzabile le scelte economiche dei consumatori, è stato ritenuto che le informazioni ingannevoli ed omissive riguardassero caratteristiche e diritti rilevanti ai fini dell'adozione di una decisione commerciale consapevole.

Nella quantificazione della sanzione si è tenuto conto dei criteri individuati nell'art. 11 della legge n. 689 del 1981, in virtù del richiamo previsto all'art. 27, comma 13, del Codice del consumo (in particolare, della gravità della violazione; dell'opera svolta dall'impresa per

eliminare o attenuare l'infrazione, della personalità dell'agente, nonché delle condizioni economiche dell'impresa stessa, rilevandosi a tale proposito che Telecom rappresenta il principale gestore di telefonia nazionale).

4. Dall'analisi dell' assetto normativo, cui occorre aggiungere per esigenze di completezza i coerenti principi ricavabili dalle leggi n. 481 del 1995 e 249 del 1997, emerge icu oculi che l'intenzione del legislatore (sia nazionale che comunitario, trattandosi in gran parte di norme di diretta derivazione comunitaria) è quella di ricomprendere a pieno titolo nella disciplina in esame anche la tutela del consumatore/utente, nell'ambito di una regolamentazione che dai principi scende fino al dettaglio dello specifico comportamento. D'altronde, se così non fosse, non dovrebbe neppure ammettersi la competenza di AGCom ad intervenire con atti regolatori o linee di indirizzo a tutela dei consumatori (oltre che ad autorganizzarsi con la istituzione di un'apposita Direzione denominata "Tutela dei consumatori") e dovrebbe negarsi la legittimità della stessa delibera n. 664/06/CONS, aspetto questo che non risulta in alcun modo contestato da Antitrust né dagli operatori di settore.

La stessa comunicazione effettuata dal Governo italiano alla Commissione Europea in ordine all'autorità nazionale preposta, nel settore delle comunicazioni elettroniche, alla tutela del consumatore, ancorché meramente ricognitiva, denota l'esistenza di una *communis opinio* a livello istituzionale in ordine alla competenza di AGCom ad occuparsi di tutela del consumatore.

5. Non può, quindi, convenirsi con la tesi sostenuta da Antitrust, che cioè la disciplina di settore delle comunicazioni elettroniche avrebbe finalità di sola tutela della concorrenza e di garanzia del pluralismo informativo, poiché queste ultime finalità non possono non affiancarsi alla tutela del consumatore, come sopra evidenziato.

Anzitutto, appare ben difficile sezionare chirurgicamente la disciplina in esame, al fine di enucleare singoli interessi oggetto di tutela, poiché tale *modus operandi* contrasta con l'inevitabile unitarietà degli interessi operanti nelle singole fattispecie concrete. Ma soprattutto tale distinzione - ove in ipotesi possibile - non trova riscontro nel dato normativo, come si è fin qui constatato.

6. Ciò premesso, occorre verificare che tipo di rapporto debba instaurarsi con la disciplina generale posta a tutela del consumatore, condensata nel nostro ordinamento nel Codice del consumo ed attribuita alla competenza di Antitrust (ai sensi dell'art. 27). Infatti quest'ultima normativa detta una disciplina articolata proprio al fine di tutelare le esigenze e le aspettative del consumatore/utente in tutti i campi del commercio, senza prendere in considerazione le specificità di singoli settori quale, relativamente alla fattispecie in esame, quello delle comunicazioni elettroniche.

A tal fine sovviene l'art. 19, comma 3, del Codice del consumo, ai sensi del quale, in caso di contrasto, prevalgono le norme che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette. In sostanza, la norma in esame si iscrive nell'ambito del principio di specialità (principio immanente e di portata generale sul piano sanzionatorio nel nostro ordinamento, come si evince dall'art. 15 del cod.pen. e dall'art. 9 della legge n. 689 del 1981), ai sensi del quale non si può fare contemporanea applicazione di due differenti disposizioni normative che disciplinano la stessa fattispecie, ove una delle due disposizioni presenti tutti gli elementi dell'altra e aggiunga un ulteriore elemento di specificità (o per aggiunta o per qualificazione). In altre parole, le due norme astrattamente applicabili potrebbero essere raffigurate come cerchi concentrici, di cui quello più grande è quello caratterizzato dalla specificità.

Nè all'applicazione del principio di specialità può opporsi che debba esistere una situazione di contrasto tra i due plessi normativi: difatti, ad una lettura più meditata, occorre ritenere che tale presupposto consista in una difformità di disciplina tale da rendere illogica la sovrapposizione delle due regole.

Ed invero, al riguardo può concretamente soccorrere quanto previsto dal considerando 10 della direttiva 2005/29/CE (testo normativo recepito nel nostro ordinamento nel d.lgs. n. 206 del 2005), secondo cui la disciplina di carattere generale si applica soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali; in pratica, essa offre una tutela ai consumatori ove a livello comunitario non esista una legislazione di settore. Alla luce di questa impostazione occorre leggere, pertanto, quanto previsto all'art. 3, comma 4, della medesima direttiva, trasfuso nell'art. 19, comma 3, del Codice del consumo, secondo cui prevale la disciplina specifica in caso di contrasto con quella generale: il presupposto dell'applicabilità della norma di settore non può essere individuato solo in una situazione di vera e propria antinomia normativa tra disciplina generale e speciale, poiché tale interpretazione in pratica vanificherebbe la portata del principio affermato nel considerando 10, confinandolo a situazioni eccezionali di incompatibilità tra discipline concorrenti.

Occorre, invece, leggere il termine conflict (o conflict), usato nella direttiva nelle versioni in inglese (e francese) e tradotto nel testo italiano come contrasto, come diversità di disciplina, poiché la voluntas legis appare essere quella di evitare una sovrapposizione di discipline di diversa fonte e portata, a favore della disciplina che più presenti elementi di specificità rispetto alla fattispecie concreta. In altre parole, la disciplina generale va considerata quale livello minimo essenziale di tutela, cui la disciplina speciale offre elementi aggiuntivi e di specificazione.

7. Orbene, alla luce del principio testé affermato occorre impostare il rapporto tra la disciplina contenuta nel Codice del consumo e quella dettata dal Codice delle comunicazioni elettroniche e dai provvedimenti attuativi/integrativi adottati da AGCom. A tale riguardo, non v'è chi non veda come, anzitutto, la disciplina recata da quest'ultimo corpus normativo, presenti proprio quei requisiti di specificità rispetto alla disciplina generale, che ne impone l'applicabilità alla fattispecie in esame (in coerenza con quanto affermato da Cons. Stato, sezione I, n. 3999/2008; sezione VI, n. 720/2011).

Ma ciò evidentemente non basta: per escludere la possibilità di un residuo campo di intervento di Antitrust occorre anche verificare la esaustività e la completezza della normativa di settore. A quest'ultimo fine è opportuno prendere le mosse della vicenda in esame.

Ed invero, il comportamento contestato all'operatore economico con il provvedimento Antitrust impugnato in questa sede appare interamente disciplinato dalle norme di settore, che impongono determinati obblighi comportamentali agli operatori delle comunicazioni elettroniche.

E' sufficiente, in proposito, il richiamo (ad esempio) dell'art. 2 della delibera 664/06/CONS, che disegna una fitta rete di adempimenti e cautele in capo all'operatore che intende procedere alla stipulazione di contatti a distanza per la fornitura di beni/servizi di comunicazione elettronica, in questo modo dando corpo, sul piano concreto, alla disciplina di principio, o comunque a trama non fitta, contenuta negli artt. 70 e 71 del Codice delle comunicazioni elettroniche.

Né può trovare accoglimento l'argomentazione sostenuta da Antitrust, ossia che nel caso in cui si dovesse ritenere che le due discipline (Codice del consumo e Codice delle comunicazioni elettroniche) perseguono il medesimo interesse, andrebbe esclusa la tesi secondo cui la disciplina del Codice delle comunicazioni elettroniche dovrebbe prevalere sempre su quella del Codice del consumo, perché più conforme alle disposizioni nazionali e comunitarie.

Quest'ultima argomentazione ha evidentemente come presupposto che la disciplina di AGCom non copra tutte le possibili fattispecie di pratica commerciale scorretta.

In realtà, innanzitutto, il rischio di lacune o deficit di tutela è scongiurato dalle clausole generali contemplate dalla disciplina di settore, clausole che già di per sé consentono comunque di ritenere che non esistano aree non coperte dalla disciplina regolatoria (si veda, ad esempio, quanto dispone l'art. 2, comma 4, della delibera n. 664/06 di AGCOM, secondo cui l'operatore deve rispettare "i principi di buona fede e di lealtà in materia di transazioni commerciali, valutati alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori particolarmente vulnerabili").

Inoltre e principalmente occorre in proposito fare riferimento al comma 6 dell'articolo 70 del Codice delle comunicazioni elettroniche, secondo cui rimane comunque ferma l'applicazione delle norme e delle disposizioni in materia di tutela del consumatore. Si tratta, ad avviso dell'Adunanza, di un rinvio dinamico ad ogni altra disposizione di tutela del consumatore, rinvio che garantisce la chiusura del sistema ed esclude a priori il rischio più volte paventato da Antitrust di possibili lacune della tutela stessa.

Non può, quindi, condividersi l'argomentazione difensiva di Antitrust secondo cui la competenza ad individuare la disciplina ex ante non esaurisce la disciplina di settore, lasciando spazi per interventi ex post ad opera di Antitrust, sulla base del modello del "caso per caso".

Difatti, premesso che una formulazione più attenta induce piuttosto a ritenere che la possibilità – indubbiamente da ammettersi – di interventi non puntualmente disciplinati trovi il suo fondamento sempre nella normativa, sia primaria che secondaria, come fin qui ricostruita, la necessità di garantire la coerenza logico-sistematica dell'azione repressiva esige che ad essa provveda un'unica autorità, senza distinzioni fondate su una contrapposizione, inaccettabile sul piano pratico prima ancora che su quello teorico, fra una disciplina "ex ante", affidata alla competenza di una autorità, e una presunta disciplina "ex post", affidata ad una altra autorità, la cui competenza si amplierebbe o si restringerebbe a seconda della maggiore o minore estensione della disciplina dettata dall'autorità di settore.

8. Né tale conclusione comporta l'adozione di un regime sanzionatorio meno severo: infatti, premesso che un eventuale deficit dal punto di vista sanzionatorio non potrebbe comunque riverberare effetto alcuno in ordine alla individuazione dell'autorità competente nel caso in esame (comportando, semmai, l'obbligo di sollevare una eccezione di illegittimità costituzionale sul punto), occorre evidenziare che le sanzioni edittali attribuite alla competenza di Antitrust non sono superiori a quelle irrogabili da AGCom. Inoltre, a quest'ultima Autorità, quale istituzione preposta all'intero settore delle comunicazioni elettroniche, spettano poteri inibitori e conformativi, tra l'altro in fatto già più volte esercitati, che non consentono di ritenere che la tutela apprestata da AGCom possa ritenersi nel complesso qualitativamente inferiore a quella attribuita ad Antitrust.

9. Resta ovviamente inteso che l'assetto interpretativo adottato non riverbera effetto alcuno sul diverso problema affrontato da Cons. Stato, Sezione VI, 10 marzo 2006, n. 1271, ossia sulla possibilità che Antitrust valuti autonomamente il profilo anticoncorrenziale di clausole contrattuali, poste in essere nell'ambito di condotte che possano integrare le fattispecie di abuso di posizione dominante o di intese restrittive della concorrenza.

Come pure rimane fermo che il comportamento delle due autorità deve ispirarsi ad un ovvio principio di collaborazione, che potrà esprimersi sia attraverso segnalazioni di Antitrust all'altra Autorità, sia attraverso richieste di parere alla prima da parte di quest'ultima; e ciò in entrambi i casi a garanzia della uniformità della loro azione.

10. A conclusione delle argomentazioni esposte occorre evidenziare come la soluzione adottata appare più rispettosa del principio costituzionale del "buon andamento" dell'amministrazione. Infatti, in questo modo si evita di sottoporre gli operatori a duplici procedimenti per gli stessi fatti, con possibili conclusioni anche differenti tra le due autorità (come in pratica è avvenuto). Inoltre, si consente che si dettino indirizzi univoci al mercato, che altrimenti verrebbe a trovarsi in una situazione di possibile disorientamento, con potenziali ripercussioni sulla stessa efficienza dei servizi nei riguardi degli utenti/consumatori e sui costi che questi ultimi sono chiamati a pagare. Per non parlare, poi, della evidente violazione del principio di proporzionalità che si verrebbe a configurare nel caso di cumulo materiale delle sanzioni da parte di entrambe le autorità.

11. Discende da quanto sopra esposto che è fondata l'eccezione di incompetenza di Antitrust formulata dalla società appellante nel primo motivo di impugnazione, con conseguente obbligo di riforma della sentenza di primo grado e di annullamento del provvedimento impugnato.

Il tenore della presente pronuncia consente di assorbire gli ulteriori motivi di impugnazione proposti.

Tenuto conto della particolare complessità della materia trattata, ritiene il Collegio che sussistano giustificati motivi per compensare interamente tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, annulla il provvedimento impugnato.

Spese compensate dei due gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Coraggio, Presidente

Gaetano Trotta, Presidente

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Stefano Baccarini, Presidente

Giuseppe Severini, Presidente

Alessandro Botto, Consigliere

Marzio Branca, Consigliere

Aldo Scola, Consigliere

Anna Leoni, Consigliere, Estensore

Carlo Saltelli, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Raffaele Greco, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE
IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/05/2012

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

Il Dirigente della Sezione

N. 00013/2012REG.PROV.COLL.

N. 00051/2011 REG.RIC.A.P.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 51 di A.P. del 2011, proposto da Telecom Italia S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Mario Siragusa, Fausto Caronna, Antonio Lirosi, Piero Fattori, con domicilio eletto presso Gianni Origoni & Partners Studio Legale in Roma, via delle Quattro Fontane, 20;

contro

Autorita' garante della concorrenza e del mercato - Antitrust, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Autorita' per le garanzie nelle comunicazioni - AGCOM, rappresentata e difesa dall'avv. Franco Gaetano Scoca, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Giovanni Paisiello 55;
Paolo Conte, n.c.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE I n. 19893/2010, resa tra le parti, concernente PRATICA COMMERCIALE SCORRETTA-IRROGAZIONE SANZIONE AMMINISTRATIVA PECUNIARIA

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autorita' garante della concorrenza e del mercato - Antitrust e dell' Autorita' per le garanzie nelle comunicazioni -AGCOM;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 febbraio 2012 il Cons. Alessandro Botto e uditi per le parti gli avvocati Fattori, Liroso, Siragusa, Caronna, Scoca, e dello Stato Gentile e Fiorentino.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. TELECOM ITALIA SPA (d'ora in avanti TELECOM) ha interposto appello avverso la sentenza citata in epigrafe, con cui è stato respinto il ricorso avente ad oggetto il provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (d'ora in avanti Antitrust) di irrogazione della sanzione pecuniaria di 285.00 euro per la riscontrata violazione degli artt. 20, 24, 25 e 26, comma 1, lett. f), del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo).

2. Deduce l'appellante, quale primo motivo di impugnazione, error in iudicando del primo giudice: infatti, con il primo motivo di ricorso in primo grado era stata dedotta l'incompetenza di Antitrust ad intervenire su pratiche commerciali afferenti ai contratti a distanza per servizi di comunicazione elettronica.

Afferma l'appellante che tali pratiche sarebbero oggetto di un'autonoma e completa disciplina settoriale, posta a protezione dell'utente-consumatore di tali servizi, dettata dagli artt. 13, 70, 71, 79 e 98 del d.lgs. 1 agosto 2003 n. 259 (Codice delle comunicazioni elettroniche) e dal relativo regolamento attuativo adottato con delibera del 23 novembre 2006 n. 664/06 di AGCOM, la cui applicazione sarebbe demandata a quest'ultima Autorità, titolare anche di potestà sanzionatoria in materia.

In sostanza, la presenza di un'articolata normativa di ordine speciale, con relativi poteri sanzionatori in capo ad AGCOM, escluderebbe, in ossequio al principio di specialità, la contemporanea applicazione, da parte di Antitrust, della disciplina generale relativa alle pratiche commerciali scorrette.

Inoltre, TELECOM evidenzia che l'incompetenza di Antitrust sarebbe resa palese dal fatto che nel provvedimento impugnato si è fatta applicazione proprio delle disposizioni della citata delibera n. 664 di AGCOM, che ha specificato e rafforzato la disciplina dettata dagli artt. 52 e 53 del Codice di Consumo sui contratti a distanza, adattandola alle peculiarità del settore delle comunicazioni elettroniche.

Ad avviso della società appellante, quindi, avrebbe errato il giudice di primo grado nel ritenere complementari gli interventi di AGCOM e di Antitrust e non regolati invece dal principio di specialità delle disposizioni di cui si è fatta applicazione. Ciò anche in base alla considerazione che la disciplina settoriale di cui al d.lgs. n. 259 del 2003, proprio nella materia dei contratti, conterrebbe disposizioni intese a proteggere l'utente-consumatore di servizi di comunicazione elettronica e che pacifica sarebbe la competenza di AGCOM a dettare una regolazione attuativa di tali disposizioni, come avvenuto con la delibera n. 664.

In altre parole, il TAR avrebbe scorrettamente interpretato la disciplina di settore, sia legislativa (d.lgs. n. 259 del 2003) che regolamentare (delibera n. 664), non qualificandola come speciale a tutela dei consumatori nel relativo settore di riferimento. Il TAR, in pratica,

non si sarebbe reso conto non solo che tale disciplina settoriale ha il medesimo scopo della disciplina consumeristica, ossia quello di prevedere tutele per rimediare alla posizione di debolezza del consumatore in materia di servizi di comunicazione elettronica mediante contratti a distanza, ma che essa ha anzi una funzione additiva rispetto alla disciplina consumeristica, nel senso di assicurare un livello di tutela più elevato rispetto a quello del Codice del consumo.

Ne discende, ad avviso della società appellante, che ove esista, come nel caso di specie, una disciplina speciale di settore completa e priva di lacune, che persegue i medesimi scopi della disciplina generale sulle pratiche commerciali scorrette, dovrebbe farsi applicazione del principio di specialità tra complessi di disposizioni, con conseguente applicazione, nel caso in esame, del codice delle comunicazioni elettroniche e relativa disciplina attuativa, devoluti alla competenza di AGCOM.

Quanto, poi, alla esistenza di una disciplina speciale di settore in materia di contratti a distanza nel settore delle comunicazioni elettroniche, osserva la società appellante che non è revocabile in dubbio che la disciplina comunitaria e nazionale sulle comunicazioni elettroniche si configuri come vero e proprio ordinamento settoriale, con attribuzione ad AGCOM non solo dei poteri di vigilanza e regolazione, ma anche inibitori e sanzionatori. In tale ambito, la sezione III del d.lgs. n. 259 del 2003, significativamente rubricata “Diritti degli utenti finali”, contiene una minuziosa disciplina, agli artt. 70 e ss., dei contratti di servizi di comunicazione elettronica, la cui applicazione e attuazione sono demandate in via esclusiva ad AGCOM, sia sotto il profilo regolamentare che sotto quello sanzionatorio.

Tale assetto, ad avviso di TELECOM, risponde ad un equilibrato riparto di competenze, che vede l’attribuzione della potestà d’intervento e sanzionatoria in materia solo all’istituzione che esercita una vigilanza continuativa sul comparto delle comunicazioni elettroniche, in quanto tale istituzione ha una cognizione specialistica del settore sia sotto il profilo normativo che di conoscenza reale.

Sarebbe, quindi, del tutto logico e razionale che, essendo l’utente di servizi di comunicazione elettronica un consumatore particolare di servizi complessi, tutte le tematiche di omissioni/incompletezze/contraddittorietà nei rapporti contrattuali siano trattate esclusivamente dall’istituzione che ha dettato le regole relative a tali servizi e ne conosce in dettaglio tutti gli aspetti tecnici, ossia AGCOM.

In pratica il TAR, sempre secondo TELECOM, non avrebbe compreso che fra i fini istituzionali di AGCOM c’è anche quello di proteggere gli utenti-consumatori dei servizi di comunicazione elettronica.

Nella fattispecie in esame AGCOM è intervenuta con un apposito regolamento, appunto la delibera n. 664 più volte citata, con cui ha attuato la normativa in materia di contratti a distanza contenuta negli artt. 50 e segg. del Codice del consumo, che a loro volta costituiscono attuazione nel nostro ordinamento della direttiva 97/7/CE riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza. L’obiettivo perseguito da AGCOM con tale delibera, pertanto, sarebbe stato proprio quello di assicurare maggiore trasparenza e correttezza informativa e comportamentale alla materia, nell’ottica di tutela dell’utente-consumatore.

In tale quadro, la delibera n. 664 prevederebbe un compiuto e puntuale apparato sanzionatorio in capo ad AGCOM a garanzia del pieno rispetto delle disposizioni ivi dettate: ciò conferma

che ci si trova di fronte ad un'esauritiva disciplina speciale di settore a tutela proprio dell'utente-consumatore, che avrebbe dovuto trovare applicazione in via esclusiva nel caso di specie, con conseguente competenza, anche sotto il profilo sanzionatorio, della sola AGCOM..

Il TAR, quindi, avrebbe errato nel ritenere non operante il disposto di cui all'art. 19, comma 3, del Codice del consumo, ai sensi del quale, in caso di contrasto, le disposizioni contenute in direttive o altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni dello stesso Codice. Ciò in diretta attuazione di quanto previsto dal considerando 10 della direttiva 2005/29/CE che, onde evitare il rischio di indebite sovrapposizioni, ha individuato proprio nel principio di specialità il criterio per escludere l'applicazione della disciplina generale sulle pratiche commerciali scorrette.

D'altronde, il principio di specialità, immanente ad ogni ordinamento, evita proprio che per la medesima condotta valutata sotto lo stesso profilo non si possano irrogare due sanzioni aventi medesima natura, una dall'autorità con competenza generale ed una dall'autorità con competenza settoriale.

Che, poi, la delibera n. 664 di AGCOM più volte citata rappresenti una disciplina di settore "in contrasto" con la disciplina generale del Codice del consumo sarebbe reso evidente, ad avviso di TELECOM, dal fatto che un "contrasto" potenziale sussiste in tutti i casi in cui la normativa di settore persegua il medesimo interesse della disciplina generale: in questi casi, a dirimere il conflitto dovrebbe intervenire proprio l'art 19, comma 3, del Codice del consumo, al fine di evitare la violazione del principio del divieto di ne bis in idem.

Tanto è vero ciò, sempre secondo la società appellante, che nella presente fattispecie AGCOM è giunta a conclusioni totalmente opposte (archiviazione previa accettazione degli impegni presentati da TELECOM) rispetto a quelle cui è pervenuta l'Antitrust (sanzione di 285.000 euro).

Né, sempre ad avviso di TELECOM, a diverse conclusioni si potrebbe pervenire ai sensi dell'art. 70, comma 6, del d.lgs. n. 259 del 2003, come invece erroneamente inteso dal TAR: infatti, la clausola di salvaguardia ivi contemplata ("Rimane ferma l'applicazione delle norme e delle disposizioni in materia di tutela dei consumatori") non dovrebbe essere interpretata nel senso di individuare una competenza "aggiuntiva" di Antitrust, quanto nel senso di lasciare ferma l'applicazione delle norme generali a tutela dei consumatori ulteriori rispetto a quelle delle pratiche commerciali scorrette, purché le stesse vengano a colmare eventuali vuoti di tutela lasciati dalla legislazione di settore e/o perseguano fini diversi da quelli perseguiti da quest'ultima disciplina.

Oltretutto, evidenzia TELECOM che nel 2003, epoca in cui è stata emanato il Codice delle comunicazioni elettroniche, non esisteva ancora una disciplina generale sulle pratiche commerciali scorrette (essa, infatti, risale al 2005) e, quindi, l'art. 70, comma 6, sopra citato, non poteva salvaguardare l'applicazione di una disciplina non ancora entrata in vigore.

Da tale ricostruzione dovrebbe discendere, secondo la società appellante, che non appare possibile configurare alcun intervento complementare da parte di Antitrust a tutela degli interessi degli utenti-consumatori, posto che la disciplina di settore copre in modo esauritivo la pratica commerciale censurata e ciò proprio al fine di tutelare gli utenti-consumatori. Anche, perché, diversamente opinando, si finirebbe con l'ammettere la possibilità di due interventi

sanzionatori, per la tutela dello stesso interesse giuridico e per la medesima fattispecie, da parte delle due autorità, in spregio del principio generale del divieto di ne bis in idem.

Nessuna lacuna esisterebbe, poi, nella disciplina di settore rispetto a quella generale, quanto alla pratica contestata ed anzi sarebbe vero proprio il contrario: ad esempio, non si rinviene nella disciplina dei contratti a distanza tra professionisti e consumatori una norma che obblighi la registrazione della telefonata, come invece è previsto nella delibera n. 664. D'altronde, non è un caso che Antitrust abbia utilizzato, quali unici parametri di riferimento per valutare la scorrettezza della pratica in esame, proprio le disposizioni della deliberazione n. 664.

Né il giudice di primo grado avrebbe correttamente inteso la portata del parere reso da C.d.S., sezione I, 3 dicembre 2008 n. 3999, che ha preso in esame i rapporti tra CONSOB e Antitrust, poiché il settore delle comunicazioni elettroniche (con particolare riguardo alla commercializzazione a distanza dei servizi di comunicazione elettronica), al pari del settore finanziario, rappresenta un contesto di sistema distinto rispetto al mercato in generale, al cui vertice è posto AGCOM, dotata di ogni potere di regolazione, vigilanza e sanzione. Inoltre, anche l'utente di beni e servizi di comunicazione elettronica, al pari dell'investitore e del risparmiatore in prodotti finanziari, costituisce una species del più ampio genus dei consumatori e l'operatore di comunicazioni elettroniche, al pari dell'emittente e dell'intermediario finanziario, rappresenta una species del genus "professionista". Infine, si registrerebbe una perfetta coincidenza tra l'interesse tutelato dalla normativa in materia di pratiche commerciali scorrette e l'interesse affidato alla cura di AGCOM. Per cui, anche nel caso in esame, avrebbe dovuto farsi applicazione del principio di specialità, senza possibilità di intervento simultaneo da parte di AGCOM e di Antitrust.

La sentenza di primo grado, inoltre, sarebbe viziata per omessa pronuncia, poiché non avrebbe preso minimamente in esame i denunciati vizi di motivazione e i vizi procedurali prospettati, non avendo l'Antitrust in alcun modo considerato il parere rilasciato da AGCOM con delibera n. 678/08/CONS, ove veniva prospettata la questione della competenza ad intervenire. L'Antitrust, infatti, avrebbe illegittimamente pretermesso la valutazione del suddetto parere, che invece già rappresentava i vizi che avrebbero inficiato il provvedimento ove l'Antitrust avesse perseverato nel voler applicare la disciplina del Codice del consumo.

3. Con il secondo motivo di appello TELECOM denuncia error in iudicando del primo giudice sotto il profilo del mancato accoglimento della censura con cui era stata dedotta la violazione e falsa applicazione dell'art. 27, comma 5, del Codice del consumo, norma che consente di richiedere al professionista di fornire le prove dell'esattezza dei dati di fatto connessi alla pratica commerciale se tale esigenza risulti giustificata in base alle circostanze del caso specifico. Infatti, nel caso di specie avrebbero fatto difetto i presupposti per imputare a TELECOM l'onere della prova: l'inversione, infatti, opera usualmente solo per l'acquisizione di elementi tecnici o fattuali di più agevole reperimento per l'operatore economico, mentre nel caso di specie a TELECOM è stato praticamente imposto l'onere di provare di non avere violato la legge, ossia di provare la corretta acquisizione del consenso del consumatore.

In sostanza, su TELECOM sarebbe stato ribaltato l'onere probatorio spettante alla stessa Autorità, che verrebbe a configurarsi come prova impossibile per l'operatore economico, con conseguente illegittimità della delibera sanzionatoria che su di esso trova fondamento.

4. Con il terzo motivo di impugnazione TELECOM denuncia error in iudicando del primo giudice nella parte in cui non è stata accolta la censura relativa al merito della contestazione: l'Antitrust ha ritenuto che la condotta posta in essere da TELECOM configurasse un'ipotesi di pratica commerciale aggressiva, poiché non sarebbe stato provato un consenso inequivoco alla prestazione dei servizi offerti. Nel caso di specie, invece, non sarebbe configurabile alcuna situazione qualificabile come pratica molesta, coercitiva o condizionante ai sensi del Codice del consumo: nessuna pratica aggressiva sarebbe stata riscontrata, né l'eventuale asimmetria informativa, unitamente alla relazione negoziale a distanza, sarebbe tale da integrare un indebito condizionamento.

Ad avviso della società appellante, nella presente fattispecie dalla semplice inosservanza di disposizioni sui contratti a distanza, l'Antitrust avrebbe fatto automaticamente discendere la configurazione di una condotta scorretta (oltretutto aggressiva), in quanto tale sanzionabile ai sensi dell'art. 27 del Codice del consumo.

5. Da ultimo, TELECOM censura la sentenza di primo grado anche nella parte in cui ha confermato la quantificazione della sanzione inflitta. Sul punto, la società appellante ripropone, pertanto, le argomentazioni svolte in primo grado, tese a dimostrare la violazione dei criteri di quantificazione dettati dall'art. 11 della legge n. 689 del 1981.

6. Si è costituita l'Antitrust che, ripercorso l'iter procedimentale sfociato nel provvedimento impugnato, evidenzia l'infondatezza dei motivi di appello proposti.

Quanto alla eccezione di incompetenza, osserva l'Antitrust che il presupposto per l'applicazione del principio di specialità di cui all'art. 19, comma 3, del Codice del consumo risiede nell'esistenza di un contrasto tra discipline concorrenti, ossia quando queste intervengono, a tutela del medesimo interesse, nei confronti degli stessi soggetti e delle stesse condotte con poteri analoghi. Nel caso di specie, invece, la disciplina di settore sarebbe improntata alla tutela della concorrenza del mercato e del pluralismo dell'informazione, mentre la tutela degli interessi dei consumatori opererebbe solo in via mediata ed indiretta. A differenza del Codice delle comunicazioni elettroniche, il Codice del consumo perseguirebbe direttamente e con immediatezza l'interesse del consumatore.

Consegue da ciò, ad avviso di Antitrust, che obiettivo dell'intervento di AGCOM sarebbe quello di garantire una maggiore concorrenzialità nei mercati interessati, mentre il proprio intervento mirerebbe alla tutela del consumatore. Pertanto, la disciplina del Codice del consumo non si porrebbe in conflitto con la disciplina di settore, ma correrebbe parallela ad essa, perseguendo un interesse intrinsecamente diverso.

Aggiunge Antitrust che la condotta posta in essere dall'operatore ed oggetto di imputazione nel caso in esame non si sarebbe esaurita nella violazione della normativa di settore, essendosi tradotta nell'adozione di procedure di attivazione dei servizi che non tenevano conto adeguatamente del fatto che l'acquisizione del consenso potesse avvenire inconsapevolmente.

Inoltre, secondo Antitrust, il comportamento di TELECOM è risultato aggressivo nella misura in cui ha limitato considerevolmente, se non totalmente, la libertà di scelta degli utenti in ordine alla conclusione del contratto ed all'attivazione dei servizi proposti a mezzo telefono. Tali aspetti non sarebbero coperti dalla disciplina di settore e, quindi, non sarebbe ravvisabile alcun contrasto tra discipline concorrenti, né alcuna duplicazione di interventi.

Aggiunge, altresì, Antitrust che, ove si seguisse il ragionamento svolto dalla società appellante, si verrebbe al risultato paradossale e non auspicabile della creazione di un vuoto di tutela, non altrimenti colmabile.

Quanto, poi, all'uso dell'onere della prova, afferma Antitrust che esso si sarebbe mantenuto all'interno della cornice delineata dall'art. 27, comma 5, del Codice del consumo, poiché dalle schermate del computer fornite da TELECOM sarebbe stato impossibile acquisire la prova dell'acquisizione del consenso del consumatore. Né la prova addossata all'operatore telefonico sarebbe stata impossibile, poiché avrebbe potuto essere fornita la documentazione relativa alla registrazione delle telefonate, come richiesto dalla normativa di settore.

In ordine, poi, alla qualificazione della fattispecie, osserva Antitrust che la natura aggressiva della pratica attuata è stata motivata, oltre che alla luce degli artt. 24 e 25, di carattere generale, anche in base all'art. 26, comma 1, lett. f), ossia in quanto fornitura di prestazioni non richieste dal consumatore.

Inoltre, a differenza di quanto affermato dalla società appellante, non sarebbe necessario il ricorso alla forza fisica per qualificare come aggressiva una determinata condotta: ciò che nel caso di specie è stato riscontrato è stato lo sfruttamento da parte del professionista di una posizione di potere rispetto al consumatore, tale da limitare notevolmente, se non annullare, la capacità di quest'ultimo di assumere scelte consapevoli.

Evidenzia, poi, Antitrust che, comunque, gli script adottati dall'operatore telefonico non sarebbero stati in alcun modo idonei a mettere il consumatore nella condizione di comprendere, in modo chiaro e non equivoco, che stava procedendo alla conclusione di un contratto, dal quale sarebbe scaturita l'attivazione pressoché immediata della fornitura.

Infine, in ordine alla quantificazione della sanzione, evidenzia Antitrust che, al fine di garantire un'efficacia deterrente della sanzione pecuniaria, è stata valutata, tra l'altro, anche la dimensione economica del professionista, che rappresenta il principale gestore di telefonia fissa a livello nazionale. Ciò che ha assunto rilevanza, poi, era l'inidoneità della procedura seguita dal professionista per acquisire il consenso consapevole dei consumatori, a prescindere dal numero effettivo di contatti effettivamente realizzati (numero difficilmente quantificabile con esattezza).

In sintesi, nessun difetto di proporzionalità, pertanto, sarebbe ricavabile dalla presente fattispecie sanzionatoria.

7. Si è costituita anche AGCOM, la quale afferma che la ricostruzione logico-argomentativa del giudice di primo grado merita una netta smentita. Infatti, mentre la normativa primaria generale (ossia il Codice del consumo) attribuisce ad Antitrust la tutela dei consumatori, la normativa primaria di settore (Codice delle comunicazioni elettroniche e legge istitutiva di AGCOM), speciale rispetto alla prima, conferisce solo ad AGCOM il perseguimento dell'interesse pubblico primario della tutela del consumatore nel settore delle comunicazioni elettroniche.

Che, poi, il Codice delle comunicazioni elettroniche tuteli specificamente i consumatori sarebbe reso evidente dagli artt. 4 e 13, i quali sanciscono che la tutela del consumatore rientra a pieno titolo tra i fini istituzionali di AGCOM, e dalla Sezione III del Capo IV, dedicata specificamente ai "diritti degli utenti".

Tale assetto sarebbe coerente, altresì, con quanto previsto dalle leggi 481/1995 e 40/2007: ad AGCOM sarebbe attribuito espressamente ed esclusivamente l'enforcement delle disposizioni, anche primarie, che concernono il settore di competenza.

A ciò si aggiunga che AGCOM è intervenuta, sul piano attuativo, con appositi regolamenti, tra cui la deliberazione n. 664/06/CONS, con la quale sono stati disciplinati in modo specifico e in dettaglio i servizi non richiesti e i connessi obblighi di informazione a carico del gestore.

Infine, sarebbero applicabili al caso di specie le conclusioni raggiunte da C.d.S., I, n. 3999/2008; in particolare, sarebbe configurabile quell'antinomia tra discipline concorrenti che è il presupposto per l'applicazione del principio di specialità.

In concreto, le condotte commerciali oggetto di sanzione sarebbero espressamente disciplinate dagli artt. 2 e 3 del regolamento di cui alla delibera n. 664/06/CONS, disciplina che verrebbe ad integrare e rafforzare quanto previsto dal Codice del consumo nello specifico settore di riferimento. Da ciò dovrebbe discendere la competenza di AGCOM ad intervenire, con il conseguente corollario che l'intervento di Antitrust per le stesse fattispecie si tradurrebbe inevitabilmente in una sovrapposizione di competenze, per la tutela dello stesso interesse pubblico, ossia la tutela del consumatore.

Aggiunge AGCOM che la disciplina di settore assicurerebbe, poi, un livello di tutela più elevato, poiché adatterebbe la disciplina del Codice del consumo alle specifiche caratteristiche ed esigenze proprie del settore delle telecomunicazioni. Pertanto, in applicazione dell'art. 19, comma 3, del Codice del consumo, soltanto la disciplina di settore dovrebbe trovare applicazione nel caso di specie, con conseguente incompetenza di Antitrust.

Ad avviso di AGCOM, al contrario di quanto ritenuto dal TAR, nella presente fattispecie dovrebbe farsi applicazione di quanto affermato dal C.d.S. con il parere reso dalla I Sezione n. 3999/2008: infatti, anche nella presente vicenda, al pari di quanto avviene per i servizi finanziari, si sarebbe in presenza di una disciplina settoriale completa ed articolata che non solo attribuisce ad un'Autorità il potere regolatorio nello specifico settore, ma ne definisce anche i relativi poteri di accertamento, vigilanza e sanzionatori. In base a tali principio, il conflitto di competenza in esame dovrebbe essere risolto a favore della stessa AGCOM.

Conclude AGCOM affermando che il giudice di primo grado ha dovuto compiere un notevole sforzo per ipotizzare la presenza di interessi differenti (e di strumenti diversi): ciò sarebbe segno inequivoco che la configurazione di una competenza concorrente delle due Autorità rappresenta una inutile complicazione del sistema.

8. Con memoria la società appellante ribadisce, altresì, le proprie argomentazioni, con particolare riferimento al fatto che la medesima pratica commerciale sarebbe stata oggetto, sotto il medesimo profilo e in vista della protezione del medesimo interesse, di due distinti e coevi procedimenti sanzionatori (dinanzi, rispettivamente, ad Antitrust e ad AGCOM), sfociati in decisioni antitetiche (condanna al pagamento di una sanzione pecuniaria e archiviazione con accettazione degli impegni).

9. Con ordinanza collegiale del 12 ottobre 2011 la VI Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso la decisione all'Adunanza Plenaria, affermando innanzitutto che la tutela del consumatore non può essere considerata come estranea al Codice delle comunicazioni elettroniche, ai sensi dell'art. 70, comma 6.

Ciò premesso, ritiene il Collegio remittente che in linea teorica sono sostenibili sia la lettura secondo cui la disposizione citata opererebbe un rinvio dinamico alla legislazione, anche sopravvenuta, a tutela dei consumatori, con conseguente competenza di AGCOM nello specifico settore, sia la differente lettura che la disposizione lascerebbe comunque ferma la competenza di Antitrust.

Peraltro, osserva il Collegio remittente che la lettura fornita da Antitrust potrebbe non essere conforme al principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost., poiché essa comporterebbe un notevole spreco di attività amministrativa, nonché il concreto rischio di soluzioni contraddittorie e pesanti aggravati per le imprese e i professionisti coinvolti.

10. Con successiva memoria TELECOM ribadisce ulteriormente le proprie argomentazioni e le riassume in vista della discussione in udienza pubblica davanti all'Adunanza Plenaria.

In particolare, sottolinea TELECOM che occorre tenere distinti i piani della individuazione, da un lato, della disciplina da applicare e, dall'altro, dell'autorità competente a provvedere. Ciò nell'ottica di evitare che, a fronte dello stesso fatto, già sanzionato da una disciplina di settore con la previsione di una fattispecie speciale, possano essere addebitati all'operatore più illeciti e comminate più sanzioni, come invece è accaduto nel caso di specie. Tale conclusione, peraltro, dovrebbe altresì garantire pienezza ed effettività di tutela ai consumatori.

11. Con propria memoria, anche Antitrust ribadisce le proprie argomentazioni, secondo cui il Codice del consumo e il Codice delle comunicazioni elettroniche tutelerebbero interessi diversi, per giunta con strumenti diversi. Infatti, la tutela del consumatore sarebbe estranea al Codice delle comunicazioni elettroniche, che avrebbe portata pro-concorrenziale (di cui beneficiario indiretto potrebbe essere anche il consumatore, ma solo in via mediata), mentre l'art. 27 del Codice del consumo avrebbe individuato nella stessa Antitrust l'organo deputato in via esclusiva ad applicare la disciplina generale a tutela del consumatore.

12. Da ultimo, anche AGCOM ha presentato una memoria finale illustrativa, con la quale sottolinea come nel caso di specie si faccia questione di concorso tra apparati normativi e solo in via subordinata di competenza delle due Autorità chiamate ad operare in materia.

Evidenzia, altresì, AGCOM l'illogicità della teoria della complementarità, oltre che la sua non conformità ai principi di buona amministrazione. Dovrebbe, invece, essere fatta applicazione dell'art. 19, comma 3, del d.lgs. n. 206 del 2005, che dà prevalenza alla disciplina specifica delle pratiche commerciali scorrette: nel caso in esame, infatti, l'operatore si è conformato alla disciplina specifica dettata in materia da AGCOM e ciò impedisce di sottoporre il suo comportamento a sanzione secondo la disciplina antitrust.

DIRITTO

1. Viene all'esame dell'Adunanza Plenaria l'actio finium regundorum tra AGCOM e Antitrust in materia di attività di cosiddetto teleselling, ossia cattura a distanza (specialmente mediante call center) di clienti di servizi telefonici ed offerta di questi ultimi da parte degli operatori di settore. Infatti, nel caso in esame TELECOM ha denunciato l'incompetenza di Antitrust ad irrogare sanzioni a fronte del comportamento tenuto per acquisire nuova clientela e per l'offerta di servizi telefonici, con conseguente dedotta illegittimità della delibera impugnata, con la quale è stata irrogata la sanzione pecuniaria di 285.000,00 euro.

La questione è indubbiamente di principio poiché, come risulta evidente dall'intensa dialettica processuale, entrambe le autorità ritengono di avere competenza nella materia ed operano in concreto in tal senso; e ciò non può non sollevare il problema della coerenza di un sistema del genere con il principio di buon andamento dell'articolo 97 della Costituzione, atteso che i procedimenti in questione sono estremamente onerosi sia per l'amministrazione che per i privati

2. In via preliminare rileva il Collegio come la citata delimitazione di competenza debba iscriversi in una più ampia analisi, che ha ad oggetto il rapporto tra la normativa generale in materia di tutela del consumatore e la disciplina di settore delle comunicazioni elettroniche. Una volta acclarato tale assetto normativo, finalizzato ad individuare la disciplina da applicare in concreto, potrà essere agevolmente individuata l'Autorità chiamata ad intervenire nella fattispecie in esame, quale Autorità preposta alla tutela del corpo normativo di cui si è individuata l'applicazione.

Innanzitutto occorre evidenziare come il Codice delle comunicazioni elettroniche faccia espresso riferimento in numerosi articoli alla tutela del consumatore: ciò avviene, ad esempio, all'art. 4, comma 3, lett. f), ove è previsto che la disciplina delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica è volta, tra l'altro, ad assicurare vantaggi per i consumatori; all'art. 13, comma 4, lett. a), ove si dispone che Ministero ed AGCOM assicurino agli utenti, compresi i disabili, il massimo beneficio sul piano della scelta, del prezzo e della qualità; all'art. 70, che disciplina ex professo l'attività di stipulazione dei contratti con i fornitori di servizi telefonici; all'art. 71, che assicura ai consumatori la fruizione di informazioni trasparenti e aggiornate.

Ad integrare tale corpus normativo è poi intervenuta la delibera n. 664/06/CONS di AGCOM, avente portata regolatoria, che in attuazione delle disposizioni indicate (nelle premesse sono citati espressamente, tra gli altri, gli artt. 13, 70, 71 del Codice delle comunicazioni elettroniche, sopra richiamati), ha declinato compiutamente gli obblighi di comportamento gravanti sugli operatori di settore nella contrattazione a distanza.

A ciò si aggiunga che la stessa denominazione dell'oggetto della delibera in questione richiama espressamente la finalità di tutela dell'utenza in materia di fornitura di servizi di comunicazione elettronica. Inoltre, nelle premesse vengono richiamati espressamente anche gli artt. 50 e segg. del Codice del consumo, che disciplinano in via generale, a tutela del consumatore, i contratti a distanza, e nelle premesse viene fornita espressa giustificazione del provvedimento adottato, nel senso di soddisfare le esigenze dell'utenza, spesso costretta ad inviare segnalazioni per la fornitura di servizi e beni non richiesti mediante l'utilizzo di tecniche di comunicazione a distanza.

3. Dall'analisi di tale assetto normativo, cui occorre aggiungere per esigenze di completezza i coerenti principi ricavabili dalle leggi n. 481 del 1995 e 249 del 1997, emerge ictu oculi che l'intenzione del legislatore (sia nazionale che comunitario, trattandosi in gran parte di norme di diretta derivazione comunitaria) è quella di ricomprendere a pieno titolo nella disciplina in esame anche la tutela del consumatore/utente, nell'ambito di una regolamentazione che dai principi scende fino al dettaglio dello specifico comportamento. D'altronde, se così non fosse, non dovrebbe neppure ammettersi la competenza di AGCOM ad intervenire con atti regolatori o linee di indirizzo a tutela dei consumatori (oltre che ad autorganizzarsi con la istituzione di un'apposita direzione denominata "Tutela dei consumatori") e dovrebbe negarsi la legittimità della stessa delibera n. 664/06/CONS, aspetto questo che non risulta in alcun modo contestato da Antitrust né dagli operatori di settore.

La stessa comunicazione effettuata dal Governo italiano alla Commissione Europea in ordine all'autorità nazionale preposta, nel settore delle comunicazioni elettroniche, alla tutela del consumatore, ancorché meramente ricognitiva, denota l'esistenza di una *communis opinio* a livello istituzionale in ordine alla competenza di AGCOM ad occuparsi di tutela del consumatore.

4. Non può, quindi, convenirsi con la tesi sostenuta da Antitrust, che cioè la disciplina di settore delle comunicazioni elettroniche avrebbe finalità di sola tutela della concorrenza e di garanzia del pluralismo informativo, poiché queste ultime finalità non possono non affiancarsi alla tutela del consumatore, come sopra evidenziato.

Anzitutto, appare ben difficile sezionare chirurgicamente la disciplina in esame, al fine di enucleare singoli interessi oggetto di tutela, poiché tale *modus operandi* contrasta con l'inevitabile unitarietà degli interessi operanti nelle singole fattispecie concrete. Ma soprattutto tale distinzione - ove in ipotesi possibile - non trova riscontro nel dato normativo, come si è fin qui constatato.

5. Ciò premesso, occorre verificare che tipo di rapporto debba instaurarsi con la disciplina generale posta a tutela del consumatore, condensata nel nostro ordinamento nel Codice del consumo ed attribuita alla competenza di Antitrust (ai sensi dell'art. 27). Infatti quest'ultima normativa detta una disciplina articolata proprio al fine di tutelare le esigenze e le aspettative del consumatore/utente in tutti i campi del commercio, senza prendere in considerazione le specificità di singoli settori quale, relativamente alla fattispecie in esame, quello delle comunicazioni elettroniche.

A tal fine sovviene l'art. 19, comma 3, del Codice del consumo, ai sensi del quale, in caso di contrasto, prevalgono le norme che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette. In sostanza, la norma in esame si iscrive nell'ambito del principio di specialità (principio immanente e di portata generale sul piano sanzionatorio nel nostro ordinamento, come si evince dall'art. 15 del cod.pen. e dall'art. 9 della legge n. 689 del 1981), ai sensi del quale non si può fare contemporanea applicazione di due differenti disposizioni normative che disciplinano la stessa fattispecie, ove una delle due disposizioni presenti tutti gli elementi dell'altra e aggiunga un ulteriore elemento di specificità (o per aggiunta o per qualificazione). In altre parole, le due norme astrattamente applicabili potrebbero essere raffigurate come cerchi concentrici, di cui quello più grande è quello caratterizzato dalla specificità.

Nè all'applicazione del principio di specialità può opporsi che debba esistere una situazione di contrasto tra i due plessi normativi: difatti, ad una lettura più meditata, occorre ritenere che tale presupposto consista in una difformità di disciplina tale da rendere illogica la sovrapposizione delle due regole.

Ed invero, al riguardo può concretamente soccorrere quanto previsto dal considerando 10 della direttiva 2005/29/CE (testo normativo recepito nel nostro ordinamento nel d.lgs. n. 206 del 2005, ossia nel Codice del commercio), secondo cui la disciplina di carattere generale si applica soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali; in pratica, essa offre una tutela ai consumatori ove a livello comunitario non esista una legislazione di settore. Alla luce di questa impostazione occorre leggere, pertanto, quanto previsto all'art. 3, comma 4, della medesima direttiva,

trasfuso nell'art. 19, comma 3, del Codice del consumo, secondo cui prevale la disciplina specifica in caso di contrasto con quella generale: il presupposto dell'applicabilità della norma di settore non può essere individuato solo in una situazione di vera e propria antinomia normativa tra disciplina generale e speciale, poiché tale interpretazione in pratica vanificherebbe la portata del principio affermato nel considerando 10, confinandolo a situazioni eccezionali di incompatibilità tra discipline concorrenti.

Occorre, invece, leggere il termine conflict (o conflit), usato nella direttiva nelle versioni in inglese (e francese) e tradotto nel testo italiano come contrasto, come diversità di disciplina, poiché la voluntas legis appare essere quella di evitare una sovrapposizione di discipline di diversa fonte e portata, a favore della disciplina che più presenti elementi di specificità rispetto alla fattispecie concreta. In altre parole, la disciplina generale va considerata quale livello minimo essenziale di tutela, cui la disciplina speciale offre elementi aggiuntivi e di specificazione.

6. Orbene, alla luce del principio testé affermato occorre impostare il rapporto tra la disciplina contenuta nel Codice del consumo e quella dettata dal Codice delle comunicazioni elettroniche e dai provvedimenti attuativi/integrativi adottati da AGCOM. A tale riguardo, non v'è chi non veda come, anzitutto, la disciplina recata da quest'ultimo corpus normativo, presenti proprio quei requisiti di specificità rispetto alla disciplina generale, che ne impone l'applicabilità alle fattispecie in esame (in coerenza con quanto affermato da Cons. Stato, sezione I, n. 3999/2008; sezione VI, n. 720/2011).

Ma ciò evidentemente non basta: per escludere la possibilità di un residuo campo di intervento di Antitrust occorre anche verificare la esaustività e la completezza della normativa di settore. A quest'ultimo fine è opportuno prendere le mosse della vicenda in esame.

Ed invero, il comportamento contestato all'operatore economico con il provvedimento Antitrust impugnato in questa sede appare interamente disciplinato dalle norme di settore, che impongono determinati obblighi comportamentali agli operatori delle comunicazioni elettroniche nella ricerca a distanza di nuovi clienti o nell'offerta di nuovi servizi o beni. E' sufficiente, in proposito, il richiamo (ad esempio) dell'art. 2 della delibera 664/06/CONS, che disegna una fitta rete di adempimenti e cautele in capo all'operatore che intende procedere alla stipulazione di contatti a distanza per la fornitura di beni/servizi di comunicazione elettronica, in questo modo dando corpo, sul piano concreto, alla disciplina di principio, o comunque a trama non fitta, contenuta negli artt. 70 e 71 del Codice delle comunicazioni elettroniche.

Tale conclusione, d'altronde, è avvalorata dal fatto che la stessa Antitrust, nel provvedimento impugnato, ha fatto richiamo alla delibera: in questo modo trova conferma che il comportamento contestato all'operatore economico era esattamente quello oggetto della disciplina di settore, con conseguente necessità di fare applicazione del principio di specialità, come in precedenza evidenziato.

Né può trovare accoglimento l'argomentazione sostenuta da Antitrust, ossia che nel caso in esame sarebbe stato preso in esame un ulteriore aspetto, esulante da tale disciplina ed individuabile nella violazione dell'obbligo di comportamento dell'operatore diligente, poiché il rispetto della disciplina di settore non può che qualificare il comportamento dell'operatore quale diligente

7. Più in generale, quest'ultima argomentazione ha evidentemente come presupposto che tale disciplina non copra tutte le possibili fattispecie di pratica commerciale scorretta.

In realtà, innanzitutto, il rischio di lacune o deficit di tutela è scongiurato dalle clausole generali contemplate dalla disciplina di settore, clausole che già di per sé consentono comunque di ritenere che non esistano aree non coperte dalla disciplina regolatoria (si veda, ad esempio, quanto dispone l'art. 2, comma 4, della delibera n. 664/06 di AGCOM, secondo cui l'operatore deve rispettare "i principi di buona fede e di lealtà in materia di transazioni commerciali, valutati alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori particolarmente vulnerabili").

Inoltre e principalmente occorre in proposito fare riferimento al comma 6 dell'articolo 70 del Codice delle comunicazioni elettroniche, secondo cui rimane comunque ferma l'applicazione delle norme e delle disposizioni in materia di tutela del consumatore. Si tratta, ad avviso dell'Adunanza, di un rinvio dinamico ad ogni altra disposizione di tutela del consumatore, rinvio che garantisce la chiusura del sistema ed esclude a priori il rischio più volte paventato da Antitrust di possibili lacune della tutela stessa.

8. Quanto alle ulteriori argomentazioni difensive di Antitrust non può convenirsi con la tesi secondo cui il riparto di competenza dovrebbe basarsi sul concreto atteggiarsi dei comportamenti degli operatori, a seconda che si configurino come rivolti a soggetti determinati o in incertam personam, atteso che le modalità di azione dell'operatore economico cui è stata irrogata la sanzione impugnata rendono evidente che inevitabilmente vengono ad essere coinvolti soggetti determinati nell'azione finalizzata al procacciamento di nuovi contratti o alla richiesta di nuovi beni/servizi. Casomai, l'autorità di settore dovrà arretrare il momento di inizio della tutela sotto il profilo della correttezza precontrattuale, ma trattasi di aspetto che non incide sul riparto di competenza in esame.

9. Infine, neppure si può convenire con il giudice di primo grado, ove afferma che la competenza ad individuare la disciplina ex ante non esaurisce la disciplina di settore, lasciando spazi per interventi ex post ad opera di Antitrust, sulla base del modello del "caso per caso".

Difatti, premesso che una formulazione più attenta induce piuttosto a ritenere che la possibilità – indubbiamente da ammettersi – di interventi non puntualmente disciplinati trovi il suo fondamento sempre nella normativa, sia primaria che secondaria, come fin qui ricostruita, la necessità di garantire la coerenza logico-sistematica dell'azione repressiva esige che ad essa provveda un'unica autorità, senza distinzioni fondate su una contrapposizione, inaccettabile sul piano pratico prima ancora che su quello teorico, fra una disciplina "ex ante", affidata alla competenza di una autorità, e una presunta disciplina "ex post", affidata ad una altra autorità, la cui competenza si amplierebbe o si restringerebbe a seconda della maggiore o minore estensione della disciplina dettata dall'autorità di settore.

10. Né tale conclusione comporta l'adozione di un regime sanzionatorio meno severo: infatti, premesso che un eventuale deficit dal punto di vista sanzionatorio non potrebbe comunque riverberare effetto alcuno in ordine alla individuazione dell'autorità competente nel caso in esame (comportando, semmai, l'obbligo di sollevare una eccezione di illegittimità costituzionale sul punto), occorre evidenziare che le sanzioni edittali attribuite alla competenza di Antitrust non sono superiori a quelle irrogabili da AGCOM. Inoltre, a quest'ultima Autorità, quale istituzione preposta all'intero settore delle comunicazioni elettroniche, spettano poteri inibitori e conformativi, tra l'altro in fatto già più volte esercitati,

che non consentono di ritenere che la tutela apprestata da AGCOM possa ritenersi nel complesso qualitativamente inferiore a quella attribuita ad Antitrust.

11. Resta ovviamente inteso che l'assetto interpretativo adottato non riverbera effetto alcuno sul diverso problema affrontato da Cons. Stato, Sezione VI, 10 marzo 2006, n. 1271, ossia sulla possibilità che Antitrust valuti autonomamente il profilo anticoncorrenziale di clausole contrattuali, poste in essere nell'ambito di condotte che possano integrare le fattispecie di abuso di posizione dominante o di intese restrittive della concorrenza.

Come pure rimane fermo che il comportamento delle due autorità deve ispirarsi ad un ovvio principio di collaborazione, che potrà esprimersi sia attraverso segnalazioni di Antitrust all'altra Autorità, sia attraverso richieste di parere alla prima da parte di quest'ultima; e ciò in entrambi i casi a garanzia della uniformità della loro azione.

12. A conclusione delle argomentazioni esposte occorre evidenziare come la soluzione adottata appare più rispettosa del principio costituzionale del "buon andamento" dell'amministrazione, evitando quelle possibili esternalità negative denunciate in sede di rimessione da parte della VI Sezione. Infatti, in questo modo si evita di sottoporre gli operatori a duplici procedimenti per gli stessi fatti, con possibili conclusioni anche differenti tra le due autorità (come in pratica è avvenuto). Inoltre, si consente che si dettino indirizzi univoci al mercato, che altrimenti verrebbe a trovarsi in una situazione di possibile disorientamento, con potenziali ripercussioni sulla stessa efficienza dei servizi nei riguardi degli utenti/consumatori e sui costi che questi ultimi sono chiamati a pagare. Per non parlare, poi, della evidente violazione del principio di proporzionalità che si verrebbe a configurare nel caso di cumulo materiale delle sanzioni da parte di entrambe le autorità.

13. Discende da quanto sopra esposto che è fondata l'eccezione di incompetenza di Antitrust formulata dalla società appellante nel primo motivo di impugnazione, con conseguente obbligo di riforma della sentenza di primo grado e di annullamento del provvedimento impugnato.

Il tenore della presente pronuncia consente di assorbire gli ulteriori motivi di impugnazione proposti.

Tenuto conto della particolare complessità della materia trattata, ritiene il Collegio che sussistano giustificati motivi per compensare interamente tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, annulla il provvedimento impugnato.

Spese compensate dei due gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Coraggio, Presidente

Gaetano Trotta, Presidente

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Stefano Baccharini, Presidente

Giuseppe Severini, Presidente

Alessandro Botto, Consigliere, Estensore

Marzio Branca, Consigliere

Aldo Scola, Consigliere

Anna Leoni, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Raffaele Greco, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE
IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/05/2012

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

Il Dirigente della Sezione



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)
ha pronunciato la presente
SENTENZA

sui seguenti ricorsi:

1) n. 4531 del 2010 (n. 56 di A.P. del 2011), proposto da AGOS S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio Lirosi, Piero Fattori e Alessandro Costantino, con domicilio eletto presso lo studio legale Gianni, Origoni, Grippo & partners in Roma, via delle Quattro Fontane, 20,

contro

la AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO - ANTITRUST, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa *ope legis* dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata per legge presso la stessa in Roma, via dei Portoghesi, 12;

2) n. 4505 del 2010 (n. 55 di A.P. del 2011), proposto dalla AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO - ANTITRUST, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa *ope legis* dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata per legge presso la stessa in Roma, via dei Portoghesi, 12,

contro

AGOS S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio Lirosi, Piero Fattori e Alessandro Costantino, con domicilio eletto presso lo studio legale Gianni, Origoni, Grippo & partners in Roma, via delle Quattro Fontane, 20,

entrambi per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Lazio n. 306 del 2010, depositata in segreteria e non notificata, che ha parzialmente annullato il provvedimento n. 19761 del 16 aprile 2008, con il quale l'Autorità aveva deliberato che Agos S.p.a. aveva posto in essere tre pratiche commerciali scorrette ai sensi degli artt. 20, 21, 22, 24 e 25, lettera *a*), del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, irrogando una sanzione amministrativa pecuniaria per un importo complessivo pari a euro 520.000,00.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Antitrust (nel primo giudizio) e di Agos S.p.a. (nel secondo giudizio);

Viste le memorie prodotte da Agos S.p.a. (in date 13 maggio 2011, 21 ottobre 2011 e 6 febbraio 2011 in entrambi i giudizi) e da Antitrust (in data 6 maggio 2011 nel giudizio n. 4531 del 2010 e in data 7 febbraio 2012 in entrambi i giudizi) a sostegno delle rispettive difese;

Vista l'ordinanza n. 6522 del 13 dicembre 2011, con la quale la Sezione Sesta del Consiglio di Stato ha rimesso la causa a questa Adunanza Plenaria;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, all'udienza pubblica del giorno 20 febbraio 2012, il Consigliere Raffaele Greco; Uditi gli avv.ti Fattori, Lirosi e Costantino per Agos S.p.a. e gli avv.ti dello Stato Gentile e Fiorentino per Antitrust; Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società Agos S.p.a., operante nel settore finanziario, è stata oggetto di un procedimento istruttorio da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (d'ora in avanti Antitrust) per pratiche ritenute scorrette, poste in essere nell'ambito di operazioni di finanziamento finalizzate all'acquisto di prodotti in vendita presso esercizi commerciali ("*Trony*", "*Euronics*", etc.).

In particolare, le condotte oggetto di contestazione concernevano:

- a) la conclusione di contratti di finanziamento non preceduti da adeguata informazione al consumatore in ordine alla circostanza che l'importo del finanziamento, richiesto per l'acquisto di specifici prodotti in vendita presso gli esercizi sopra menzionati, sarebbe stato addebitato, come primo utilizzo, su una linea di credito contestualmente aperta utilizzabile mediante carta di credito (c.d. "*Instant Credit*") con correlativa imposizione di oneri economici aggiuntivi (commissioni, spese di invio estratto conto etc.);
- b) la concessione di un "*finanziamento per prestito personale*" con "*concessione di apertura di credito a tempo indeterminato*", utilizzabile anche mediante carta, non preceduta dall'acquisizione in modo chiaro e inequivoco del consenso del consumatore all'apertura della linea di credito;
- c) la mancata previa adeguata informazione al consumatore in ordine all'assicurazione vita e infortuni denominata "*Coperto*", e in particolare in ordine al carattere facoltativo e non obbligatorio dell'adesione ad essa in occasione dell'acquisto dei prodotti finanziari di cui *sub a)* e *b)*;
- d) la richiesta di pagamento delle spese di estratto conto di una carta di credito revocata o annullata concessa in assenza di una richiesta espressa e consapevole da parte del consumatore.

Tutte le condotte testé descritte sono state sanzionate ai sensi del decreto legislativo 6 settembre 2005, nr. 206 (Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229), e segnatamente:

- quelle indicate *sub a)* e *b)* per violazione degli artt. 20, 21, 22, 24 e 25, lettera *a)*, di detto decreto;
- quella di cui *sub c)* per ritenuta violazione degli artt. 20, 21 e 22 di esso;
- quella di cui *sub d)* per violazione degli artt. 20, 21, 22, 24 e 25, lettere *a)* e *d)*, nonché 26, lettera *f)*, dello stesso Codice del consumo.

Complessivamente, la società odierna appellante è stata condannata a pagare la somma di euro 520.000,00 a titolo di sanzione pecuniaria.

Proposta impugnazione avverso il provvedimento sanzionatorio, il TAR del Lazio la ha accolta solo in parte, annullando la sola sanzione irrogata per la condotta sopra descritta *sub b)* e respingendo le residue doglianze articolate dalla parte istante.

2. Agos S.p.a. ha impugnato, chiedendone la riforma, la suddetta sentenza, instando quindi per l'integrale annullamento degli atti impugnati in prime cure.

A sostegno dell'appello, ha dedotto:

- 1) violazione e falsa applicazione dell'art. 3, paragrafo 4, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, 2005/29 e dell'art. 19, comma 3, del d.lgs. n. 206 del 2005; violazione dell'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi); violazione dei principi generali in materia di riparto di competenza tra autorità indipendenti; incompetenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (in relazione alla

reiezione della doglianza intesa a evidenziare il detto vizio di incompetenza, trattandosi nella specie di materia soggetta ai poteri di vigilanza e sanzionatori della Banca d'Italia);

2) violazione e falsa applicazione degli artt. 20, 21 e 22 del d.lgs. n. 206 del 2005; eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e, in particolare, difetto di motivazione, illogicità e contraddittorietà manifesta, falsità dei presupposti e travisamento dei fatti in relazione al prodotto denominato “*Instant Credit*” (con riferimento alla reiezione delle censure al riguardo articolate in primo grado);

3) violazione e falsa applicazione degli artt. 20, 21 e 22 del d.lgs. n. 206 del 2005; eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e, in particolare, difetto di motivazione, illogicità e contraddittorietà manifesta, falsità dei presupposti e travisamento dei fatti in relazione alla pratica concernente il prodotto assicurativo “*Coperto*” (con riferimento alla reiezione delle censure al riguardo articolate in primo grado);

4) violazione e falsa applicazione dell'art. 11 della legge 24 novembre 1981, n. 689 (Modifiche al sistema penale); illegittimità dell'applicazione e della quantificazione della sanzione; eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e, in particolare, erronea valutazione dei criteri di valutazione dell'infrazione, errori metodologici, lacune istruttorie; erronea quantificazione della sanzione (con riferimento alla reiezione o all'omesso esame delle censure al riguardo articolate in primo grado).

Si è costituita, per resistere all'appello, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (d'ora in avanti Antitrust), la quale ha diffusamente argomentato a sostegno dell'infondatezza dei motivi di impugnazione, chiedendone il rigetto.

3. Avverso la medesima sentenza un distinto gravame è stato proposto dalla stessa Antitrust, la quale ne ha chiesto la riforma nella parte in cui sono state accolte le doglianze della ricorrente in prime cure nei limiti che si sono più sopra precisati.

In particolare, a sostegno dell'appello è stata dedotta: insufficienza e illogicità della motivazione; erronea applicazione degli artt. 24 e 25 del d.lgs. n. 206 del 2005 (con riguardo alla ritenuta non riconducibilità alla fattispecie delle pratiche “*aggressive*” delle condotte ascritte ad Agos S.p.a. in riferimento al prodotto denominato “*Carta Mailing*”).

Resiste Agos S.p.a., la quale a sua volta si oppone all'accoglimento dell'impugnazione di Antitrust con diffuse argomentazioni, chiedendo la conferma *in parte qua* della sentenza di primo grado.

4. All'esito dell'udienza dell'8 novembre 2011, la Sezione Sesta di questo Consiglio di Stato, riuniti i ricorsi, ha rimesso la causa all'Adunanza Plenaria, alla quale ha devoluto la soluzione delle questioni connesse alla doglianza di incompetenza di Antitrust, qui riproposta dalla parte privata appellante e ritenuta preliminare e prioritaria rispetto alle altre censure formulate negli appelli.

Sia prima che dopo la rimessione all'Adunanza Plenaria, le parti hanno affidato a memorie l'ulteriore svolgimento delle rispettive tesi.

All'udienza del 20 febbraio 2012, le cause sono state trattenute in decisione.

DIRITTO

1. In via del tutto preliminare, va confermata la riunione degli appelli in epigrafe ai sensi dell'art. 96 cod. proc. amm., avendo gli stessi a oggetto – ancorché per capi diversi – la medesima sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Lazio.

2. Ciò premesso, la Sezione remittente, nell'ordinanza con la quale ha investito questa Adunanza Plenaria, solleva il problema del rapporto fra la disciplina generale in materia di pratiche commerciali scorrette, contenuta nel Codice del consumo approvato con decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, come modificato dal decreto legislativo 2 agosto 2007, n. 146 (Attuazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE, 2002/65/CE, e il Regolamento (CE) n. 2006/2004), e le normative che

eventualmente disciplinino analoghe pratiche scorrette in relazione a specifici settori: nella specie, parte ricorrente ha contestato la competenza di Antitrust sul rilievo che, trattandosi di condotte poste in essere in relazione all'acquisto di prodotti finanziari, sussisterebbe la competenza della Banca d'Italia ai sensi del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia).

In particolare, l'impostazione dell'ordinanza di rimessione muove dall'assunto che, sebbene le diverse discipline prese in esame contemplino poteri sanzionatori in capo rispettivamente ad Antitrust ed alle Autorità di settore, trattasi non tanto di stabilire il riparto delle competenze fra tali diverse Autorità, quanto piuttosto di risolvere un problema oggettivo afferente alla potenziale interferenza reciproca tra norme sanzionatorie, stabilendone l'ambito reciproco di applicabilità.

E, difatti, l'art. 27, comma 1, del Codice del consumo, come novellato nel 2007, ha attribuito ad Antitrust una generale competenza in materia di pratiche commerciali scorrette, stabilendo fra l'altro che essa Autorità "*...inibisce la continuazione delle pratiche commerciali scorrette e ne elimina gli effetti; dispone la sospensione provvisoria delle pratiche commerciali scorrette, anche richiedendo informazioni; dispone che il professionista provi l'esattezza dei dati di fatto connessi alla pratica commerciale; vieta la diffusione o la continuazione della pratica commerciale scorretta, anche con opportuni mezzi di pubblicità; dispone l'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie e interdittive*"; quanto al rapporto con altre normative, l'art. 19, comma 3, del medesimo decreto dispone che "*...in caso di contrasto le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni del presente titolo e si applicano a tali aspetti specifici*".

Ciò premesso, la Sezione ha posto a confronto le due possibili soluzioni seguite in giurisprudenza, evidenziandone il possibile contrasto idoneo a legittimare, ai sensi dell'art. 99 cod. proc. amm., la devoluzione della questione all'Adunanza Plenaria: da un lato, la tesi della specialità "per materie" o "per settori" in virtù della quale la mera esistenza di una normativa di settore sarebbe *ex se* sufficiente a escludere l'applicabilità della generale disciplina del Codice del consumo, indipendentemente da ogni approfondimento sull'essere o meno la specifica condotta imputata all'operatore sanzionata nell'ordinamento di settore (cfr. Cons. Stato, Sezione I, 3 dicembre 2008, parere n. 3999); dall'altro lato, la tesi – preferita dalla remittente - della specialità tra norme, da valutare caso per caso in rigorosa applicazione dell'art. 9 della legge 24 novembre 1981, nr. 689 (Modifiche al sistema penale), considerato assieme all'art. 15 cod. pen. espressione di un principio immanente dell'ordinamento connesso al *ne bis in idem* sostanziale (cfr. Cons. Stato, Sezione VI, 22 giugno 2011, n. 3763). Entrambe le richiamate soluzioni presuppongono *a monte* l'esclusione dell'ipotesi del cumulo di discipline, con conseguente possibilità di sottoposizione dell'operatore a più procedimenti sanzionatori, quale conseguenza della "complementarietà" delle discipline, ove considerate sotto il profilo dei diversi interessi dalle stesse tutelati; e, in effetti, nell'ordinanza di rimessione viene sottolineato, con ampi richiami di giurisprudenza, come nell'impostazione più moderna la corretta applicazione del principio di specialità tenda a prescindere dalla considerazione dei beni giuridici protetti, focalizzando l'attenzione unicamente sugli elementi costitutivi della fattispecie da sanzionare per pervenire all'individuazione della norma applicabile in quella che li contempli nella loro totalità (e quindi, in ipotesi, nella *lex specialis* in quanto contemplante tutti gli elementi della *lex generalis* con in più un qualche tratto ulteriore, che si assume esistente nella condotta concreta oggetto di considerazione). Sempre ad avviso della Sezione remittente, la seconda delle due soluzioni si appalesa preferibile non solo perché più conforme alla lettera del citato art. 19, comma 3, d.lgs. n. 206 del 2005 (il quale, come detto, in ciò riproducendo la previsione comunitaria di cui è attuativo, esclude l'applicabilità della disciplina generale soltanto in presenza di disposizioni

che regolino aspetti “*specifici*” delle pratiche commerciali scorrette), ma anche perché evita i vuoti di tutela del consumatore che deriverebbero dall’impossibilità di applicare la ridetta disciplina generale per il solo fatto dell’esistenza di una normativa di settore, anche laddove quest’ultima non contempli comportamenti sanzionati invece dalla prima: in tali ipotesi, infatti, la disciplina del Codice del consumo sarebbe suscettibile di “riespandersi”, tornando a essere applicabile per colmare la lacuna riscontrabile nell’ordinamento di settore.

Nell’esprimersi nei termini detti, l’ordinanza di rimessione solleva l’ulteriore problema, per la divisata ipotesi di “riespansione” della disciplina generale posta a tutela del consumatore, dell’individuazione dell’Autorità chiamata ad applicarla, finendo per escludere che possa ritenersi, in difetto di chiara ed esplicita previsione legislativa sul punto, che le sanzioni comminate dal Codice del consumo possano essere applicate in questi casi dalle Autorità di settore.

3. Innanzi tutto, occorre evidenziare che nel caso che qui occupa nessun conflitto, neanche “virtuale”, si è di fatto verificato fra Antitrust e Banca d’Italia, quest’ultima quale ente preposto alla vigilanza e ai controlli nel settore del credito e del risparmio: a differenza che in altre ipotesi pure portate all’attenzione della Plenaria, l’odierna appellante, Agos S.p.a., è stata sottoposta a un unico procedimento sanzionatorio da parte di Antitrust, né la Banca d’Italia ha in alcun momento rivendicato la propria competenza sulla vicenda, essendo la questione sollevata soltanto dall’operatore interessato con apposita censura nel presente giudizio.

4. Tutto ciò premesso, questa Adunanza Plenaria condivide l’assunto di base secondo cui l’*actio finium regundorum* tra Antitrust e Banca d’Italia, che costituisce il problema sollevato dalla fondamentale censura articolata dalla appellante privata, deve iscriversi in una più ampia analisi avente a oggetto il rapporto tra la normativa generale in materia di tutela del consumatore e la disciplina di settore del credito e del risparmio; una volta acclarato tale assetto normativo, finalizzato a individuare la disciplina da applicare in concreto, potrà essere individuata l’Autorità chiamata a intervenire nella fattispecie in esame, quale Autorità preposta alla tutela del corpo normativo di cui si è individuata l’applicazione.

In proposito va subito chiarito che è inapplicabile *ratione temporis* l’innovativa disciplina introdotta dal decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141 (Attuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, nonché modifiche del titolo VI del testo unico bancario (decreto legislativo n. 385 del 1993) in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi), il quale, oltre a modificare i Titoli V e VI del t.u.b., ha a sua volta introdotto nel suo art. 123 una disposizione di rinvio al Codice del consumo, prima inesistente.

Tale normativa, adottata in attuazione di un’apposita direttiva europea dedicata alla disciplina dei “*contratti di credito*”, costituisce forse il primo passo in vista della trasformazione del t.u.b. in una disciplina di settore tendenzialmente esaustiva, ma trattasi di questione che esula dall’ambito del presente giudizio. Ciò che però non può condividersi è l’assunto della parte appellante privata secondo cui essa avrebbe rappresentato unicamente l’esplicitazione di una *ratio legis* già in precedenza orientata anche alla tutela dell’utenza e dei consumatori come portatori di un interesse più ampio e generale rispetto a quelli più specificamente riferibili alla figura del risparmiatore; sotto tale profilo, non può non convenirsi con la difesa erariale allorché sottolinea come le disposizioni del t.u.b., intese a regolamentare gli obblighi di informazione incombenti agli istituti di credito e agli intermediari finanziari, all’interno dei propri uffici o sportelli, in ordine ai contenuti ed alle condizioni dei propri prodotti, non si prestino a essere ricondotte alla medesima *ratio* ispiratrice della generale disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette.

Occorre allora verificare che tipo di rapporto debba instaurarsi con la disciplina generale posta a tutela del consumatore, condensata nel nostro ordinamento nel Codice del consumo e la normativa all’epoca vigente.

A tal fine sovviene l'art. 19, comma 3, del Codice del consumo, ai sensi del quale, in caso di contrasto, prevalgono le norme che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette. In sostanza, tale norma si iscrive nell'ambito del principio di specialità (principio immanente e di portata generale sul piano sanzionatorio nel nostro ordinamento, come si evince dall'art. 15 cod. pen. e dall'art. 9 della legge n. 689 del 1981), ai sensi del quale non si può fare contemporanea applicazione di due differenti disposizioni normative che disciplinano la stessa fattispecie, ove una delle due disposizioni presenti tutti gli elementi dell'altra e aggiunga un ulteriore elemento di specificità (o per aggiunta o per qualificazione); in altri termini, le due norme astrattamente applicabili potrebbero essere raffigurate come cerchi concentrici, di cui quello più grande è quello caratterizzato dalla specificità. Nè all'applicazione del principio di specialità può opporsi che debba esistere una situazione di contrasto tra i due plessi normativi: difatti, ad una lettura più meditata, occorre ritenere che tale presupposto consista in una difformità di disciplina tale da rendere illogica la sovrapposizione delle due regole.

Ed invero, al riguardo può concretamente soccorrere quanto previsto dal *considerando* 10 della direttiva 2005/209/CE (testo normativo recepito nel nostro ordinamento nel d.lgs. n. 206 del 2005), secondo cui la disciplina di carattere generale si applica soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario specifiche che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali; in pratica, essa offre una tutela ai consumatori ove a livello comunitario non esista una specifica legislazione di settore.

Alla luce di questa impostazione occorre leggere, pertanto, quanto previsto all'art. 3, comma 4, della medesima direttiva, trasfuso nell'art. 19, comma 3, del Codice del consumo, secondo cui prevale la disciplina specifica in caso di contrasto con quella generale: il presupposto dell'applicabilità della norma di settore non può essere individuato solo in una situazione di vera e propria antinomia normativa tra disciplina generale e speciale, poiché tale interpretazione in pratica vanificherebbe la portata del principio affermato nel *considerando* 10, confinandolo a situazioni eccezionali di incompatibilità tra discipline concorrenti. Occorre, invece, leggere il termine *conflict* (o *conflict*), usato nella direttiva nelle versioni in inglese (e francese) e tradotto nel testo italiano come "*contrasto*", come diversità di disciplina, poiché la *voluntas legis* appare essere inequivocabilmente quella di evitare una sovrapposizione di discipline di diversa fonte e portata, a favore della disciplina che più presenti elementi di specificità rispetto alla fattispecie concreta.

In altre parole, la disciplina generale va considerata quale livello minimo essenziale di tutela, cui la disciplina speciale offre elementi aggiuntivi e di specificazione.

5. Orbene, alla luce del principio testé affermato, occorre impostare il rapporto tra la disciplina contenuta nel Codice del consumo e quella dettata dal testo unico approvato col d.lgs. n. 385 del 1993.

Al riguardo, occorre ribadire e precisare quanto già evidenziato dal primo giudice, e cioè che il t.u.b. – quanto meno nella versione vigente all'epoca dei fatti per cui è causa – non contiene alcuna disposizione intesa a perseguire, direttamente o indirettamente, finalità di tutela del consumatore.

Ciò si ricava, innanzi tutto, dal chiaro disposto del suo art. 5, laddove i poteri di vigilanza e repressivi attribuiti alla Banca d'Italia sono stati ricondotti "...*alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia*"; a tali finalità, il successivo art. 127 aggiunge poi quelle relative "*alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla correttezza dei rapporti con la clientela*".

Risulta dunque confermato che il d.lgs. n. 385 del 1993, nella versione che qui interessa, era volto a perseguire finalità le quali, ancorché genericamente riconducibili al corretto e trasparente funzionamento del mercato nel settore di riferimento, non comprendono fra di esse la tutela del consumatore in quanto tale. In particolare, resta fuori dall'area del controllo e

delle possibili sanzioni la fase antecedente il contatto diretto tra operatore finanziario e risparmiatore finalizzato all'acquisto di un prodotto finanziario presso lo sportello bancario o presso gli uffici dell'operatore.

D'altra parte, se si sposta l'attenzione sulle condotte sanzionate da Antitrust nel caso di specie, appare evidente che esse si connotano precipuamente per la loro stretta correlazione con l'acquisto di beni presso esercizi commerciali, rispetto al quale la stipula di un contratto di credito o l'acquisto di un prodotto finanziario appaiono chiaramente accessori e marginali; in altri termini, si tratta di vicende in occasione delle quali la società odierna appellante – che pure è incontestabilmente un operatore del mercato finanziario, come tale soggetto anche alla disciplina del t.u.b. – ha agito utilizzando un approccio e delle tecniche informative assimilabili a quelle più generalmente proprie degli operatori e professionisti cui è applicabile il Codice del consumo.

In definitiva, anche nella prospettiva – rifiutata dal Collegio remittente – della specialità “per settori” non potrebbe giammai pervenirsi, con riguardo al caso che occupa, a un giudizio di insussistenza della competenza di Antitrust, proprio per la ravvisata carenza nella normativa di settore di qualsivoglia riferimento alla tutela dei consumatori in quanto tali.

6. L'accertata infondatezza del primo motivo dell'appello di Agos S.r.l., col quale è stata riproposta la doglianza di incompetenza di Antitrust, comporta la necessità di esaminare gli ulteriori motivi con i quali la parte appellante riproduce le censure articolate nel merito dei provvedimenti sanzionatori impugnati, criticandone la reiezione da parte del primo giudice.

7. Col secondo mezzo, sono innanzi tutto censurate le conclusioni del TAR in ordine alla sanzione inflitta alla condotta sopra indicata *sub* 2.1 alla lettera *a*), relativa alla commercializzazione del prodotto denominato “*Instant Credit*”.

7.1. In sintesi, tale prodotto si differenzia da un finanziamento “*finalizzato*” classico (nel quale la somma necessaria per l'acquisto del bene viene anticipata, con impegno del cliente a restituirla secondo modalità concordate) in quanto l'importo anticipato dalla società viene addebitato su una carta rilasciata al cliente all'atto dell'acquisto del bene, contestualmente all'apertura di una linea di credito *revolving*, con la rilevante conseguenza che in tale ipotesi – a differenza di quella tradizionale – al cliente medesimo sono accollati una serie di oneri economici (per gestione, estratto conto etc.).

Le specifiche condotte sanzionate, nelle quali Antitrust ha ravvisato carenze informative suscettibili di integrare pratiche scorrette, erano le seguenti:

- l'informazione ai clienti, nella fase pre-contrattuale, era fornita attraverso un documento denominato “*Agos investe in trasparenza*”, nel quale erano contenute numerose informative (sulla *privacy*, sul codice deontologico, sulle caratteristiche e i rischi delle operazioni) senza però chiarire le evidenziate peculiarità del prodotto “*Instant Credit*” rispetto al finanziamento finalizzato;
- per la successiva stipula del contratto, veniva impiegato un unico modulo contrattuale *standard*, comprendente il documento di sintesi, le condizioni generali di contratto e un foglio riportante le clausole relative alla manifestazione di consenso al trattamento dei dati personali, all'autorizzazione permanente di addebito in conto e all'adesione alla contestuale assicurazione vita e infortuni;
- in tale ultima pagina, vi era altresì una clausola non specificamente sottoposta alla firma del contraente, dal seguente tenore: “...*Prendo atto che potrà essermi concessa da Agos l'apertura di una linea di credito utilizzabile anche mediante carta di credito rilasciata a mio nome*”.

In tal modo, secondo Antitrust, al contraente non veniva fornita in modo chiaro l'informazione che, in caso di adesione al prodotto “*Instant Credit*”, l'importo anticipato da Agos sarebbe stato addebitato come prima operazione sulla carta di credito rilasciata a suo nome, per la quale avrebbe poi dovuto sostenere oneri e spese (non previsti, invece, per il finanziamento finalizzato classico); inoltre, la confusione era accentuata dal fatto che la

predetta carta non era immediatamente consegnata al cliente, ma spedita solo in un secondo momento al suo domicilio.

Ciò premesso, parte appellante torna a manifestare la propria opinione secondo cui le carenze informative suscettibili di integrare pratica commerciale scorretta ai sensi della normativa del Codice del consumo andrebbero apprezzate *ex se*, in termini assoluti, e non per raffronto con altri e diversi prodotti, come asseritamente avvenuto nel caso di specie.

Il motivo è però infondato, dovendosi condividere appieno le conclusioni raggiunte dal primo giudice sul punto.

In particolare, al di là della specifica modalità formale espositiva seguita da Antitrust per formulare le proprie contestazioni, è evidente che nessun raffronto è stato concretamente posto in essere, essendosi l'Amministrazione limitata a muovere dal dato di fatto indiscutibile per cui per due prodotti sostanzialmente diversi (finanziamento finalizzato classico e "*Instant Credit*") Agos utilizzava un piego informativo unico e un unico modulo contrattuale; ciò premesso, si è verificato semplicemente che le informazioni evincibili da questo complesso documentale, mentre risultavano precise ed esaustive con riguardo al primo degli anzi detti prodotti, al contrario non lo erano per il secondo, del quale erano lasciati in ombra alcuni aspetti essenziali (che il cliente avrebbe appreso in modo chiaro solo in un momento successivo, con la ricezione a domicilio della carta di credito e della documentazione allegata).

Pertanto appare immune da critiche la valutazione di Antitrust, che nelle condotte sopra descritte ha individuato i tratti di una lacuna informativa suscettibile di condizionare in modo determinante il consenso dell'utente (al quale – è bene ribadirlo – il problema di se e quali prodotti finanziari acquistare da Agos si poneva solo in occasione dell'acquisto di un bene presso un esercizio commerciale, senza che egli si fosse ivi recato col precipuo proposito di acquistare un tale prodotto).

7.2. Da respingere è anche la seconda subcensura articolata col primo motivo d'appello, con cui Agos taccia di erroneità ed eccessivo rigore l'impostazione del primo giudice, il quale, richiamata la nota e consolidata giurisprudenza secondo cui gli obblighi informativi imposti a tutela del consumatore vanno adempiuti fin dal "*primo contatto*" con quest'ultimo, ha ritenuto che la condotta *de qua* si collocasse già in tale momento; in particolare, si assume che nel caso che occupa tale orientamento non sarebbe conferente, non esistendo un significativo scarto temporale tra il momento in cui la società presentava al cliente i propri prodotti e quello della successiva stipula del contratto (il tutto avvenendo, come detto, contestualmente all'acquisto di altro prodotto).

Al contrario, al Collegio è evidente che, al di là del mero dato cronologico, anche nella vicenda per cui è causa è ben individuabile sul piano logico un momento di "*primo contatto*" tra Agos e cliente, in coincidenza con la sottoposizione del già citato piego informativo sulla "*trasparenza*": quest'ultimo, con ogni evidenza, svolgeva una funzione essenziale nell'orientare le successive scelte del cliente con riguardo sia all'*an* del ricorso a un prodotto finanziario, sia soprattutto a quale fosse il prodotto per cui optare.

8. Col terzo motivo, la appellante insiste nuovamente per l'illegittimità della autonoma sanzione inflitta da Antitrust per le condotte poste in essere in relazione alla polizza assicurativa denominata "*Coperto*", ribadendo la propria tesi secondo cui quest'ultima non costituiva un prodotto autonomo rispetto a quelli finanziari, essendo sempre accessoria a un'operazione di finanziamento che il cliente aveva deciso di concludere.

Anche tale motivo è privo di pregio.

8.1. Sul punto, giova precisare che la scorrettezza della pratica commerciale al riguardo contestata da Antitrust consisteva nell'assenza di adeguata informazione, in occasione della commercializzazione dei prodotti "*Instant Credit*" e credito classico finalizzato, che la connessa adesione a una polizza assicurativa era facoltativa e non obbligatoria; a tal fine, sono state reputate insufficienti le espressioni contenute nel testo contrattuale (clausole negoziali in

materia di *privacy* e altro, che il cliente era chiamato a sottoscrivere “*in caso di adesione all’assicurazione*”) o nel documento di sintesi (laddove si parlava di “*polizza assicurativa opzionale*”), trattandosi di formule ambigue e inidonee a rendere edotto il consumatore sulla natura facoltativa della polizza.

Ciò premesso, se è innegabile il rapporto di accessorietà tra i due prodotti, su cui insiste l’appellante – nel senso che la stipulazione di una polizza assicurativa trovava il proprio fondamento nell’operazione di finanziamento che essa era preposta a garantire -, ciò tuttavia non esclude affatto la diversità strutturale fra di essi, ben messa in luce dal giudice di prime cure: diversità apprezzabile non solo sul piano tipologico, afferendo l’un prodotto al settore creditizio e l’altro a quello assicurativo, ma anche e soprattutto proprio in ragione della non contestata facoltatività della polizza, tale da rendere del tutto fisiologica – in astratto – l’evenienza che il cliente decidesse di concludere il finanziamento senza anche sottoscrivere la polizza.

8.2. Prive di pregio sono poi anche le ulteriori doglianze riproposte col terzo mezzo nel merito della ritenuta inidoneità e insufficienza delle indicazioni contenute nei documenti contrattuali a informare il cliente sul punto specifico della facoltatività dell’adesione all’assicurazione. Al riguardo, non è fuori luogo rammentare che il comma 2 dell’art. 22 del d.lgs. n. 206 del 2005 chiarisce che una pratica commerciale scorretta può sostanziarsi anche nel fornire al consumatore in modo “*ambiguo*” o “*intempestivo*” informazioni rilevanti ai fini delle sue successive scelte.

Pertanto, essendo nella specie incontestato che le scarse informazioni sulla facoltatività della sottoscrizione della polizza erano contenute in parti della documentazione contrattuale e pre-contrattuale diverse da quelle specificamente dedicate a tale prodotto (p.es. all’atto della prestazione del consenso al trattamento dei dati personali), può convenirsi col primo giudice laddove ha osservato che in tali circostanze l’utente, il quale verosimilmente era concentrato sull’apertura della linea di credito più che sulla prestazione assicurativa accessoria, ben avrebbe potuto non focalizzare la propria attenzione su tali informazioni incidentali, ad esempio ritenendo che il riferimento al “*caso di adesione*” rimandasse più in generale all’adesione prestata all’apertura del credito.

9. Resta da esaminare il quarto e ultimo motivo d’appello di Agos, col quale sono nuovamente articolate le doglianze avverso la quantificazione della sanzione operata da Antitrust.

Le censure formulate con tale mezzo sono solo in parte fondate, come meglio appresso si dirà.

9.1. In particolare, vanno disattese le censure con le quali Agos torna a lamentare l’erronea quantificazione delle sanzioni, dovendosi – al contrario – convenire con la conclusione del primo giudice, secondo cui nella specie Antitrust ha fatto corretta applicazione dei criteri di cui all’art. 11 della legge n. 689 del 1981.

In primo luogo, non può trovare spazio la pretesa di parte istante all’applicazione di un “*cumulo giuridico*” in luogo di più sanzioni separate per ciascuna delle violazioni accertate, essendo *jus receptum* che anche in materia di sanzioni irrogate da Antitrust trovano applicazione i principi di cui all’art. 8 della richiamata legge n. 689 del 1981, e quindi la regola del “*cumulo materiale*” in ipotesi di pluralità di illeciti autonomi e indipendenti, non potendo per converso ritenersi che questi siano frutto di un’unica determinazione per il solo fatto di essere stati commessi nell’ambito di una strategia aziendale complessiva e unitaria (cfr. Cons. Stato, Sezione VI, 10 gennaio 2007, n. 26; id., 10 marzo 2006, n. 1271).

In secondo luogo, l’importo delle sanzioni nella specie irrogate appare correttamente determinato in ragione di una non censurabile applicazione dei sopra richiamati criteri di valutazione: in particolare, risulta condivisibile la valorizzazione delle dimensioni dell’operatore di che trattasi in rapporto al mercato di riferimento e della oggettiva gravità delle condotte ascritte, tenuto conto che le stesse venivano poste in essere in un momento in cui il consumatore era particolarmente vulnerabile, approcciandosi egli all’acquisto del prodotto finanziario commercializzato da Agos – come già più volte evidenziato – solo perché

interessato all'acquisto di altro e diverso bene (normalmente, un elettrodomestico), ed essendo quindi scarsamente propenso a concentrare la propria attenzione sulle caratteristiche e le peculiarità del credito che, nella sua prospettiva, era solo strumentale a tale acquisto. Sotto tale ultimo profilo, non può condividersi l'avviso della appellante, secondo cui illegittimamente Antitrust avrebbe considerato le condotte illecite estese per tutta la fase dei contatti fra società e cliente, laddove in realtà queste al più connotavano la fase pre-contrattuale mentre in seguito, in quella contrattuale, le lacune informative sarebbero state colmate; al contrario si è visto, soffermandosi sulle pratiche contestate in relazione sia al prodotto "*Instant Credit*" sia alla polizza assicurativa, come le carenze informative siano state riscontrate tanto nella fase del c.d. "*primo contratto*" con l'acquirente (e, segnatamente, nel documento denominato "*Agos per la trasparenza*" che forniva le prime notizie sui prodotti *de quibus*) quanto negli stessi moduli *standard* da sottoscrivere all'atto della stipulazione dei contratti di finanziamento.

Infine, non possono trovare accoglimento le ulteriori doglianze incentrate sulla presunta "*inerzia*" che avrebbe connotato l'atteggiamento di Antitrust, attivatasi per sanzionare le condotte in questione soltanto a distanza di molto tempo dalla ricezione delle prime segnalazioni alle stesse relative.

Al riguardo, in disparte il rilievo che non può parlarsi di "tolleranza" delle condotte contestate per il solo fatto che sia stato impiegato del tempo prima di aprire il procedimento sanzionatorio e che la congruità di tale lasso di tempo può essere diversamente apprezzata in funzione della necessità di approfondire le segnalazioni pervenute (e, difatti, Antitrust nega che nella specie vi sia stata alcuna inerzia, ritenendo invece che il tempo impiegato per esaminare congiuntamente le varie segnalazioni pervenute e decidere che le stesse erano idonee all'apertura di un'istruttoria sarebbe stato addirittura relativamente breve), è a dirsi che tale inerzia, se anche dimostrata, resterebbe una circostanza "esterna" rispetto agli illeciti contestati, in alcun modo idonea a influenzare il giudizio sulla maggiore o minore gravità di essi.

9.2. Al contrario, è fondata la doglianza (non esaminata dal primo giudice) con la quale Agos lamenta l'erronea applicazione della circostanza aggravante della reiterazione; al riguardo, Antitrust ammette che nella specie la contestata recidiva è stata frutto di un errore, non sussistendo a carico di Agos precedenti definitivi (la sanzione in precedenza irrogata, considerata ai fini della reiterazione, era stata annullata a seguito di ricorso giurisdizionale dell'interessata), ma nonostante ciò insiste nel ritenere corretta l'operazione di "*bilanciamento*" di circostanze che ha portato alla determinazione definitiva delle sanzioni pecuniarie.

Tale assunto difensivo appare di difficile comprensione, se si tiene conto:

- che nella specie il bilanciamento fu operato tra l'attenuante del ravvedimento operoso e la aggravante della ritenuta recidiva, considerandosi prevalente quest'ultima con conseguente incremento di ciascuna sanzione in misura di euro 10.000,00;
- che, pertanto, una volta accertata l'insussistenza della circostanza aggravante, non vi è più materia per compiere alcuna operazione di bilanciamento fra circostanze, dovendosi tener conto della sola attenuante come individuata dall'Amministrazione.

Di conseguenza, in questa sede è possibile procedere a rideterminazione delle sanzioni esercitando i poteri di merito di cui all'art. 134, lettera c), cod. proc. amm., e segnatamente applicando la sola diminuzione dovuta per l'attenuante del ravvedimento operoso (unica "superstite" dell'operazione di bilanciamento compiuta da Antitrust); in tale prospettiva, apparendo congrua una diminuzione di euro 10.000, pari all'aumento originariamente applicato per la ritenuta prevalenza della aggravante, rispetto agli importi-base delle sanzioni come fissati a pag. 110 del provvedimento impugnato, le sanzioni irrogate vengono conseguentemente rideterminate rispettivamente in euro 130.000 ed euro 155.000.

10. Se solo entro i limiti appena precisati, possono trovare accoglimento le censure articolate nell'appello proposto da Agos, va invece integralmente respinto l'appello proposto da Antitrust.

Tale gravame si dirige avverso la sentenza del TAR capitolino nella parte in cui ha annullato la sanzione inflitta per la condotta descritta *sub* 2.1 alla lettera *b*), escludendone la riconducibilità alla nozione di pratica aggressiva di cui all'art. 24 del Codice del consumo; sul punto, Antitrust insiste nell'assumere che, seppure è vero che nella specie la condotta contestata all'operatore (al pari delle altre poi sanzionate) si sostanziava nell'omissione di informazioni rilevanti in ordine all'apertura di una linea di credito *revolving* che sarebbe seguita alla sottoscrizione del contratto di prestito personale ovvero di finanziamento finalizzato classico, tuttavia l'aggressività della condotta si ricaverebbe dal carattere "subdolo" dell'omissione e dalla sua oggettiva idoneità a condizionare le scelte del consumatore, inducendolo ad acquistare un prodotto diverso e aggiuntivo rispetto a quelli che egli si era dapprincipio determinato a sottoscrivere (prodotto costituito, appunto, dall'apertura della linea di credito).

Ad avviso di questa Adunanza Plenaria le considerazioni dell'Amministrazione appellante, seppur condivisibili in punto di fatto, non appaiono idonee a ribaltare le conclusioni raggiunte dal primo giudice in punto di non inquadrabilità della condotta *de qua* nella nozione di pratica aggressiva.

E difatti, se è vero che a tale ultima nozione *ex* art. 24, d.lgs. nr 206 del 2005 è indubbiamente coesistente l'elemento dell'indebito condizionamento delle scelte del consumatore, nel senso che la pratica aggressiva è anche "scorretta" – e, quindi, sanzionabile da Antitrust – nella misura in cui con essa il consumatore sia indotto a prendere una decisione commerciale che altrimenti non avrebbe preso (poco rilevando, al riguardo, che questa concerna un prodotto diverso ovvero modalità diverse di acquisto del medesimo prodotto), tuttavia non indifferenti sono anche le modalità con le quali tale risultato viene conseguito, dovendo queste consistere in comportamenti positivi ("*molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento*") suscettibili di limitare la libertà di scelta dell'utente.

Nel caso di specie, è innegabile (e, per vero, non è contestato neanche dall'Amministrazione appellante) che ad Agos è stato imputato il silenzio tenuto su punti rilevanti dell'operazione commerciale sottoscritta dal cliente, tale da creare in quest'ultimo un *deficit* informativo certamente idoneo a condizionarne le scelte, ma che non può perciò solo autorizzarne l'inquadramento nella fattispecie di cui all'art. 24, piuttosto che in quelle previste dal precedente art. 22 del Codice del consumo, pena lo snaturamento del rapporto e della differenziazione tra quelle che, nell'impianto del medesimo d.lgs. n. 206 del 2005, sono le due autonome *species* nelle quali si articola il *genus* delle pratiche commerciali scorrette.

11. In conclusione, s'impone una decisione di reiezione dell'appello di Antitrust e di parziale accoglimento, nei limiti più sopra precisati, dell'appello di Agos.

12. In considerazione della complessità della vicenda esaminata e della novità delle questioni in diritto trattate, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del presente grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), riuniti gli appelli in epigrafe, definitivamente pronunciando su di essi:

- accoglie in parte l'appello di Agos S.p.a. e lo respinge per la parte restante, nei termini di cui in motivazione;
- respinge l'appello dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato;
- per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, accoglie i motivi aggiunti di primo grado nei limiti di cui in motivazione, rideterminando le sanzioni irrogate in misura di euro 130.000 (per la pratica commerciale di cui al punto II, lettere *a*) e *d*), del provvedimento

impugnato) e di euro 155.000 (per la pratica commerciale di cui al punto II, lettera c), del provvedimento impugnato).

Compensa tra le parti le spese del presente grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Coraggio, Presidente

Gaetano Trotta, Presidente

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Stefano Baccharini, Presidente

Giuseppe Severini, Presidente

Alessandro Botto, Consigliere

Marzio Branca, Consigliere

Aldo Scola, Consigliere

Anna Leoni, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Raffaele Greco, Consigliere, Estensore

Angelica Dell'Utri, Consigliere

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/05/2012

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

Il Dirigente della Sezione

N. 00015/2012REG.PROV.COLL.

N. 00057/2011 REG.RIC.A.P.

N. 00058/2011 REG.RIC.A.P.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 57 di A.P. del 2011, proposto da:

Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, con cui è domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

contro

Wind Telecomunicazioni S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Piero Fattori, Antonio Liroso e Alessandro Costantino, con domicilio eletto presso Partners Gianni, Origoni, Grippo & in Roma, via delle Quattro Fontane, n. 20;

sul ricorso numero di registro generale 58 di A.P. del 2011, proposto da:

Wind Telecomunicazioni S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Piero Fattori, Antonio Liroso e Alessandro Costantino, con domicilio eletto presso Partners Gianni, Origoni, Grippo & in Roma, via delle Quattro Fontane, n. 20;

contro

Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, con cui è domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti di

Vittorio Di Trapani, non costituito in giudizio;

entrambi per la riforma

della sentenza del T.a.r. Lazio - Roma: Sezione I n. 14856/2010, resa tra le parti, concernente SANZIONE AMMINISTRATIVA PECUNIARIA PER PRATICA COMMERCIALE SCORRETTA

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Wind Telecomunicazioni Spa e di Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 febbraio 2012 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati dello Stato, Fiorentino e Gentile, nonché Fattori, Lirosi, e Costantino;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato (d'ora in avanti, Antitrust) ha avviato in data 20 aprile 2009 nei confronti di Wind Telecomunicazioni S.p.A. (d'ora in avanti, WIND) un procedimento ai sensi dell'art. 27, comma 3, del d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo), come modificato dal d. lgs. 2 agosto 2007, n. 146, "Attuazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno" che modifica le direttive 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE, 2002/65/CE, e il Regolamento (CE) n. 2006/2004, nonché ai sensi dell'art. 6 del "Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette", in relazione alla presunta pratica commerciale scorretta nell'ambito della fornitura del servizio di telefonia mobile in regime di traffico prepagato, con riferimento al riconoscimento del credito residuo nell'ipotesi in cui l'utente avesse deciso di recedere dal servizio.

Tale pratica commerciale scorretta si sarebbe manifestata: a) nella mancanza di adeguata informativa al cliente sulle specifiche modalità e procedure per ottenere il rimborso del credito residuo in caso di recesso, nonché circa i tempi dello stesso; b) nel mancato riconoscimento del credito residuo sulle schede SIM dopo la loro disattivazione (ossia a seguito dell'esercizio del diritto di recesso), anche ove i consumatori avessero rispettato la procedura prescritta dalla società (invio della richiesta con raccomandata corredata da copia del documento di identità e dalle coordinate bancarie del conto corrente su cui accreditare l'importo); c) nella previsione di una procedura onerosa e farraginoso, che consta nell'esborso di 6 euro per conseguire la restituzione del credito residuo, nonché nell'invio di una raccomandata recante la dichiarazione di recesso; secondo l'Antitrust ciò poteva integrare la violazione degli articoli 20, 21, 22, 24 e 25 del codice del consumo (in quanto contraria alla diligenza professionale e idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o il comportamento del consumatore medio relativamente all'esercizio del diritto di recesso), poteva considerarsi ingannevole e aggressiva ed era valutabile anche alla luce dell'articolo 1, comma 1, della legge 2 aprile 2007, n. 40 (conversione in legge, con modificazioni, del d.l.

31 gennaio 2007, n. 7, “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 sottrazione dei veicoli”), che, tra l’altro, sancisce il diritto dei consumatori a conservare la disponibilità del credito residuo vietando (a pena di nullità della relativa clausola) agli operatori di telefonia mobile “la previsione di termini temporali massimi di utilizzo del traffico o del servizio acquistato”.

Esaminate le osservazioni di WIND (mentre l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni - d’ora in avanti, AGCOM - non ha espresso il parere pur richiesto ai sensi dell’art. 27 del d. lgs. n. 206 del 2005), l’Antitrust con delibera in data 16 settembre 2009 ha ritenuto pratica commerciale scorretta, ai sensi degli articoli 20, comma 2, 24 e 25, lett. d), d. lgs n. 206 del 2005, quella posta in essere da WIND, come sopra delineata, ne ha vietato l’ulteriore diffusione ed ha irrogato una sanzione amministrativa pecuniaria di € 95.000,00.

2. Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sez. I, con la sentenza 14856 del 3 giugno 2010 ha accolto in parte il ricorso proposto da WIND avverso la predetta delibera, annullando la misura della sanzione (€ 95.000,00), salva la sua rideterminazione.

In particolare, respinta la censura di incompetenza nella materia de qua dell’Antitrust (trattandosi, secondo la ricorrente, di specifici profili di pratiche commerciali scorrette attribuite alla tutela di AGCOM) e ritenute infondate quelle attinenti al merito della deliberazione impugnata (imperniata sulla violazione e falsa applicazione degli artt. 18, 20, comma 2, 24 e 25, lett. D), del Codice del consumo; erronea interpretazione del parametro di diligenza professionale; violazione del principio di proporzionalità; eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche ed in particolare, sviamento di potere, travisamento dei fatti, difetto di motivazione, mancanza dei presupposti, contraddittorietà e perplessità), il tribunale ha ritenuto meritevole di favorevole apprezzamento la sola censura relativa alla violazione del principio di proporzionalità e congruità tra la sanzione pecuniaria inflitta ed il comportamento contestato.

3. Antitrust ha impugnato tale sentenza, chiedendone la riforma nella parte in cui ha annullato la sanzione irrogata per illogicità e contraddittorietà.

Posto infatti che, secondo lo stesso tribunale, la normativa di settore, costituita dall’art. 1, comma 1, del d.l. n. 7 del 2007, convertito in l. n. 40 del 2007, non costituiva altro che un insieme di “norme definitorie e di regole poste a presidio della concorrenzialità del mercato, in quanto, mediante il divieto di previsione di termini temporali massimi di utilizzo del traffico o del servizio acquistato e l’imposizione agli operatori di una serie di attività necessarie per garantire il diritto dei consumatori a conservare la disponibilità del credito residuo, intendono salvaguardare la possibilità di trasferire il servizio di telefonia mobile in modalità prepagata senza oneri ingiustificati”, con conseguente carattere di complementarità e non di alternatività rispetto alle disposizioni del Codice del consumo, non avrebbe potuto neppure ipotizzarsi la rilevanza dell’asserito generico contraddittorio instauratosi, su cui si era fondato il giudizio di illogicità, contraddittorietà e sproporzione della sanzione irrogata, non potendo quel generico contraddittorio fondare alcun legittimo affidamento.

4. Anche WIND ha chiesto la riforma della citata sentenza, lamentandone l’ingiustizia e l’erroneità per “Violazione e falsa applicazione dell’art. 19, comma 3, del D. Lgs. n. 206/2005: violazione e falsa applicazione dei principi generali in materia di riparto di competenza fra autorità indipendenti; incompetenza dell’Autorità; eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche, e in particolare difetto di motivazione, contraddittorietà e illogicità

manifesta; falsità dei presupposti e travisamento dei fatti, sviamento”; “Error in iudicando per violazione e falsa applicazione degli artt. 20, 24 e 25 lett. D) del D. Lgs. 206/2005. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e, in particolare, difetto di motivazione, illogicità e contraddittorietà manifesta, falsità dei presupposti e travisamento dei fatti”; “Violazione e falsa applicazione dell’art. 27, comma 9, D. Lgs. 206/2005 e dell’art. 11, l. 689/81. Mancanza dei presupposti per l’applicazione della sanzione”, con cui sono state sostanzialmente riproposte le censure sollevate in primo grado.

In particolare WIND ha insistito sulla incompetenza dell’Antitrust ad adottare la delibera impugnata, atteso che nella materia de qua sussisterebbe la competenza di AGCOM ai sensi della direttiva 2005/29/CE (recepita dalla specifica normativa del Codice del consumo), nella quale (“considerando” n. 10 e art. 3) viene fatta salva l’applicabilità delle normative comunitarie di settore rispetto a quella generale di tutela del consumatore; tale tesi, secondo l’appellante, troverebbe conferma nell’art. 19 del Codice del consumo ed avrebbe avuto anche l’autorevole avallo dal Consiglio di Stato nel parere n. 3999 del 2008 (seppure relativo ad altra fattispecie), sussistendo pertanto un sistema normativo settoriale, speciale ed esaustivo che prevederebbe la competenza di AGCOM nei casi come quello in esame, ai sensi dell’art. 1 del d.l. n. 7 del 2007 (convertito nella l. n. 40 del 2007) e, in generale, per quanto previsto nel Codice delle comunicazioni elettroniche (d. lgs. n. 259 del 2003, art. 70 e seguenti); ciò tanto più che AGCOM aveva adottato in materia due specifiche delibere, n. 416/07/CONS (“Diffida agli operatori di telefonia mobile ad adempiere l’obbligo di riconoscimento agli utenti del credito residuo ai sensi dell’art. 1 comma 3 della legge 40/07”) e 353/08/CONS (“Nuovi termini per adempiere all’obbligo della portabilità del credito residuo in caso di trasferimento delle utenze di cui alla delibera 416/07/CONS”), nonché specifiche “Linee Guida alla Direzione Tutela dei consumatori esplicative per l’attività di vigilanza da effettuare ai sensi dell’art. 1, comma 4, della legge n. 40/2007 con particolare riferimento alle previsioni di cui all’art. 1, comma 1, della medesima legge”.

Di conseguenza, ad avviso dell’appellante, la sentenza dovrebbe essere riformata innanzitutto per aver affermato la prevalenza della normativa settoriale solo in caso di contrasto con quella generale, mentre la normativa, comunitaria e nazionale, sarebbe volta non a regolare soltanto contrasti in atto, ma a risolvere preventivamente i potenziali conflitti tra plessi normativi generali e speciali; poi, per aver ritenuto legittima l’applicazione del Codice del consumo, sul rilievo che nelle specie sarebbero stati tutelati i consumatori, laddove la normativa di settore sarebbe rivolta alla tutela della concorrenza, trascurando in tal modo di considerare che il Codice delle comunicazioni elettroniche reca disposizioni puntuali di tutela dei diritti degli utenti finali ed attribuisce correlati poteri sanzionatori ad AGCOM; infine, per aver erroneamente interpretato il parere n. 3999 del 2008 del Consiglio di Stato, dal quale per converso si desumerebbe la conferma della tesi per cui i contrasti normativi devono essere prevenuti.

WIND ha poi sottolineato l’erroneità della decisione dei primi giudici che avrebbero riconosciuto la legittimità del provvedimento impugnato senza dare adeguatamente conto della predicata infondatezza delle censure sollevate e soprattutto senza neppure indicare quale sarebbe stato il diverso comportamento da osservare per la restituzione del credito residuo, per un verso rivendicando, in via principale, la correttezza del proprio operato e la assoluta inesistenza di una pratica commerciale scorretta, e rilevando, per altro verso, che era stata omessa qualsiasi indagine in ordine alla sussistenza dell’elemento soggettivo della colpevolezza, indispensabile ai fini della legittimità della sanzione irrogata.

5. La Sesta Sezione del Consiglio di Stato con l'ordinanza n. 6527 del 13 dicembre 2011, riuniti i ricorsi, ne ha rimesso all'Adunanza Plenaria la decisione sulla questione della delimitazione di competenza tra Antitrust e AGCOM.

Invero, dopo aver evidenziato in generale che la problematica dei rapporti tra la disciplina generale del Codice del consumo e quella di settore incidente su aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette si era già profilata in giurisprudenza con riguardo al settore dei servizi finanziari, del credito e delle comunicazioni e dopo aver sottolineato che essa non concerneva la sola risoluzione dei potenziali conflitti di competenza tra diverse autorità, ma la stessa ricostruzione dei rapporti tra i plessi normativi, generale e di settore, la Sezione ha prima indicato gli specifici referenti normativi della tematica (art. 3 della direttiva 29/2005/CE e art. 19, comma del d. lgs. n. 205 del 2006, da cui emergeva il principio dell'applicazione in via generale della disciplina del Codice del consumo, salva la specialità delle norme settoriali regolanti specifici aspetti delle pratiche commerciali; nonché art. 9 l. 24 novembre 1981, n. 689, che, in tema di concorso di illeciti, affidava al criterio di specialità l'individuazione della disposizione applicabile in concreto) e poi richiamato lo specifico precedente giurisprudenziale (parere sez. I n. 3999 del 3 dicembre 2008, relativo al settore dei servizi finanziario), di cui ha espressamente condiviso l'impostazione circa l'applicazione del principio di specialità, da intendersi, tuttavia, "...in modo non dissimile da quella prevalsa negli ultimi anni nella giurisprudenza penale in sede di interpretazione dell'art. 15 c.p....volta cioè a porre a confronto le fattispecie astratte di illecito amministrativo rispettivamente delineate dalla disciplina generale a tutela del consumatore e da quella di settore, concludendo per l'applicazione di quest'ultima solo se la stessa possa dirsi speciale rispetto a quella contemplata dalla normativa generale", così ottenendo una soluzione coerente con le stesse finalità di tutela degli interessi pubblici in gioco.

Con riferimento al caso in esame la Sezione remittente ha quindi rilevato che le disposizioni di cui ai commi 1, 3 e 4 del d.l. n. 7 del 2007, convertito in l. n. 40 del 2007, non contenevano alcunché di specifico riguardo ai comportamenti sanzionati (che rientravano nella disciplina generale del credito al consumo); né alcuna specifica disposizione al riguardo era contenuta nelle delibere AGCOM n. 416/07/CONS e 353/08/CONS; neppure alcuna rilevanza assumevano gli articoli 70 e seguenti del Codice delle comunicazioni elettroniche che non recavano la disciplina del trasferimento del credito residuo, ma la definizione del contenuto necessario dei contratti con cui i consumatori si abbonano a servizi di connessione o accesso alla rete telefonica e la previsione del diritto di recesso dei consumatori: con la conseguenza che non si prospettava quel contrasto (attuale o potenziale) tra normativa generale e la normativa speciale soltanto in presenza del quale l'art. 3, comma 4, della direttiva 2005/29/CE e l'art. 19, comma 3, del Codice del consumo dispongono l'applicazione della disciplina di settore, il che rendeva irrilevante anche il richiamo alla disposizione contenuta nel sesto comma dell'art. 70 del Codice delle comunicazioni elettroniche.

Peraltro la Sezione ha anche osservato che potrebbe prospettarsi una ulteriore lettura del ricordato comma 6 dell'art. 70 del Codice delle comunicazioni elettroniche, secondo cui "allorché il fatto concreto non sia riconducibile in alcuna delle fattispecie contemplate nella regolamentazione settoriale delle comunicazioni, essendo invece sanzionabile in applicazione delle disposizioni dettate dal Codice del consumo, debba essere l'AGCOM a farne applicazione", opzione interpretativa "...idonea a garantire una concentrazione "soggettiva "delle competenze in capo all'Autorità preposta alla regolazione del settore", la cui concreta praticabilità dovrebbe essere valutata considerando che "...quella stessa disciplina generale riconosce all'autorità "trasversale" poteri di cui non dispone l'AGCOM", con la ulteriore conseguenza che sarebbe "...necessario chiedersi se quest'ultima, allorché chiamata ad

applicare le fattispecie sanzionatorie contemplate dalla disciplina generale a tutela del consumatore, possa anche esercitare i poteri che la stessa disciplina generale riconosce all'Autorità trasversale; occorre anche e soprattutto chiedersi se a tale esito possa pervenirsi in sede interpretativa o se, invece, non sia necessario, a tal fine, un apposito intervento del legislatore”.

6. Le parti hanno ulteriormente illustrato le proprie rispettive tesi difensive con apposite memorie, insistendo per il loro accoglimento

DIRITTO

1. Viene all'esame dell'Adunanza Plenaria l'actio finium regundorum tra AGCOM e Antitrust in materia di “Ricarica nei servizi di telefonia mobile, trasparenza e libertà di recesso dai contratti con operatori telefonici, televisivi e di servizi internet”, ex art. 1 del d.l. 31 gennaio 2007, n. 7, convertito, con modificazioni, nella legge 2 aprile 2007, n. 40.

Infatti, nel caso in esame WIND ha denunciato l'incompetenza di Antitrust ad irrogare sanzioni a fronte del comportamento tenuto per la restituzione del credito residuo sulle schede SIM dopo la loro disattivazione (comportamento qualificato come pratica concorrenziale scorretta ex artt. 20, comma 2, 24 e 25 del d. lgs. n. 206 del 2005), con conseguente dedotta illegittimità della delibera impugnata, con la quale è stata irrogata la sanzione pecuniaria di 95.000,00 euro.

La questione è indubbiamente di principio poiché, come risulta evidente dall'intensa dialettica processuale, entrambe le autorità ritengono di avere competenza nella materia ed operano in concreto in tal senso; e ciò non può non sollevare il problema della coerenza di un sistema del genere con il principio di buon andamento dell'articolo 97 della Costituzione, atteso che i procedimenti in questione sono estremamente onerosi sia per l'amministrazione che per i privati

2. Ciò posto innanzitutto dare confermare la riunione degli appelli in esame, ai sensi dell'art. 96, comma 1, cod.proc.amm., già peraltro disposta dalla Sezione remittente, in quanto proposto avverso la stessa sentenza.

3. In via preliminare rileva il Collegio come la citata delimitazione di competenza debba iscriversi in una più ampia analisi, che ha ad oggetto il rapporto tra la normativa generale in materia di tutela del consumatore e la disciplina di settore delle comunicazioni elettroniche. Una volta acclarato tale assetto normativo, finalizzato ad individuare la disciplina da applicare in concreto, potrà essere agevolmente individuata l'Autorità chiamata ad intervenire nella fattispecie in esame, quale Autorità preposta alla tutela del corpo normativo di cui si è individuata l'applicazione.

Innanzitutto occorre evidenziare come il Codice delle comunicazioni elettroniche faccia espresso riferimento in numerosi articoli alla tutela del consumatore: ciò avviene, ad esempio, all'art. 4, comma 3, lett. f), ove è previsto che la disciplina delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica è volta, tra l'altro, ad assicurare vantaggi per i consumatori; all'art. 13, comma 4, lett. a), ove si dispone che Ministero ed AGCOM assicurino agli utenti, compresi i disabili, il massimo beneficio sul piano della scelta, del prezzo e della qualità; all'art. 70, che disciplina ex professo l'attività di stipulazione dei contratti con i fornitori di servizi telefonici; all'art. 71, che assicura ai consumatori la fruizione di informazioni trasparenti e aggiornate.

Ad integrare tale corpus normativo è poi intervenuta la delibera n. 664/06/CONS di AGCOM, avente portata regolatoria, che in attuazione delle disposizioni indicate (nelle premesse sono citati espressamente, tra gli altri, gli artt. 13, 70, 71 del Codice delle comunicazioni elettroniche, sopra richiamati), ha declinato compiutamente gli obblighi di comportamento gravanti sugli operatori di settore nella contrattazione a distanza.

A ciò si aggiunga che la stessa denominazione dell'oggetto della delibera in questione richiama espressamente la finalità di tutela dell'utenza in materia di fornitura di servizi di comunicazione elettronica. Inoltre, nelle premesse vengono richiamati espressamente anche gli artt. 50 e segg. del Codice del consumo, che disciplinano in via generale, a tutela del consumatore, i contratti a distanza, e nelle premesse viene fornita espressa giustificazione del provvedimento adottato, nel senso di soddisfare le esigenze dell'utenza, spesso costretta ad inviare segnalazioni per la fornitura di servizi e beni non richiesti mediante l'utilizzo di tecniche di comunicazione a distanza.

4. Dall'analisi di tale assetto normativo, cui occorre aggiungere per esigenze di completezza i coerenti principi ricavabili dalle leggi n. 481 del 1995 e 249 del 1997, emerge icu oculi che l'intenzione del legislatore (sia nazionale che comunitario, trattandosi in gran parte di norme di diretta derivazione comunitaria) è quella di ricomprendere a pieno titolo nella disciplina in esame anche la tutela del consumatore/utente, nell'ambito di una regolamentazione che dai principi scende fino al dettaglio dello specifico comportamento. D'altronde, se così non fosse, non dovrebbe neppure ammettersi la competenza di AGCOM ad intervenire con atti regolatori o linee di indirizzo a tutela dei consumatori (oltre che ad autorganizzarsi con la istituzione di un'apposita direzione denominata "Tutela dei consumatori") e dovrebbe negarsi la legittimità della stessa delibera n. 664/06/CONS, aspetto questo che non risulta in alcun modo contestato da Antitrust né dagli operatori di settore.

La stessa comunicazione effettuata dal Governo italiano alla Commissione Europa in ordine all'autorità nazionale preposta, nel settore delle comunicazioni elettroniche, alla tutela del consumatore, ancorché meramente ricognitiva, denota l'esistenza di una *communis opinio* a livello istituzionale in ordine alla competenza di AGCOM ad occuparsi di tutela del consumatore.

5. Non può, quindi, convenirsi con la tesi sostenuta da Antitrust, che cioè la disciplina di settore delle comunicazioni elettroniche avrebbe finalità di sola tutela della concorrenza e di garanzia del pluralismo informativo, poiché queste ultime finalità non possono non affiancarsi alla tutela del consumatore, come sopra evidenziato.

Anzitutto, appare ben difficile sezionare chirurgicamente la disciplina in esame, al fine di enucleare singoli interessi oggetto di tutela, poiché tale *modus operandi* contrasta con l'inevitabile unitarietà degli interessi operanti nelle singole fattispecie concrete. Ma soprattutto tale distinzione - ove in ipotesi possibile - non trova riscontro nel dato normativo, come si è fin qui constatato.

6. Ciò premesso, occorre verificare che tipo di rapporto debba instaurarsi con la disciplina generale posta a tutela del consumatore, condensata nel nostro ordinamento nel Codice del consumo ed attribuita alla competenza di Antitrust (ai sensi dell'art. 27). Infatti quest'ultima normativa detta una disciplina articolata proprio al fine di tutelare le esigenze e le aspettative del consumatore/utente in tutti i campi del commercio, senza prendere in considerazione le

specificità di singoli settori quale, relativamente alla fattispecie in esame, quello delle comunicazioni elettroniche.

A tal fine sovviene l'art. 19, comma 3, del Codice del consumo, ai sensi del quale, in caso di contrasto, prevalgono le norme che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette. In sostanza, la norma in esame si iscrive nell'ambito del principio di specialità (principio immanente e di portata generale sul piano sanzionatorio nel nostro ordinamento, come si evince dall'art. 15 del cod. pen. e dall'art. 9 della legge n. 689 del 1981), ai sensi del quale non si può fare contemporanea applicazione di due differenti disposizioni normative che disciplinano la stessa fattispecie, ove una delle due disposizioni presenti tutti gli elementi dell'altra e aggiunga un ulteriore elemento di specificità (o per aggiunta o per qualificazione). In altre parole, le due norme astrattamente applicabili potrebbero essere raffigurate come cerchi concentrici, di cui quello più grande è quello caratterizzato dalla specificità.

Nè all'applicazione del principio di specialità può opporsi che debba esistere una situazione di contrasto tra i due plessi normativi: difatti, ad una lettura più meditata, occorre ritenere che tale presupposto consista in una difformità di disciplina tale da rendere illogica la sovrapposizione delle due regole.

Ed invero, al riguardo può concretamente soccorrere quanto previsto dal considerando 10 della direttiva 2005/29/CE (testo normativo recepito nel nostro ordinamento nel d.lgs. n. 206 del 2005, ossia nel Codice del commercio), secondo cui la disciplina di carattere generale si applica soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali; in pratica, essa offre una tutela ai consumatori ove a livello comunitario non esista una legislazione di settore. Alla luce di questa impostazione occorre leggere, pertanto, quanto previsto all'art. 3, comma 4, della medesima direttiva, trasfuso nell'art. 19, comma 3, del Codice del consumo, secondo cui prevale la disciplina specifica in caso di contrasto con quella generale: il presupposto dell'applicabilità della norma di settore non può essere individuato solo in una situazione di vera e propria antinomia normativa tra disciplina generale e speciale, poiché tale interpretazione in pratica vanificherebbe la portata del principio affermato nel considerando 10, confinandolo a situazioni eccezionali di incompatibilità tra discipline concorrenti.

Occorre, invece, leggere il termine conflict (o conflict), usato nella direttiva nelle versioni in inglese (e francese) e tradotto nel testo italiano come contrasto, come diversità di disciplina, poiché la voluntas legis appare essere quella di evitare una sovrapposizione di discipline di diversa fonte e portata, a favore della disciplina che più presenti elementi di specificità rispetto alla fattispecie concreta. In altre parole, la disciplina generale va considerata quale livello minimo essenziale di tutela, cui la disciplina speciale offre elementi aggiuntivi e di specificazione.

7. Orbene, alla luce del principio testé affermato occorre impostare il rapporto tra la disciplina contenuta nel Codice del consumo e quella dettata dal Codice delle comunicazioni elettroniche e dai provvedimenti attuativi/integrativi adottati da AGCOM. A tale riguardo, non v'è chi non veda come, anzitutto, la disciplina recata da quest'ultimo corpus normativo, presenti proprio quei requisiti di specificità rispetto alla disciplina generale, che ne impone l'applicabilità alle fattispecie in esame (in coerenza con quanto affermato da Cons. Stato, sezione I, n. 3999/2008; sezione VI, n. 720/2011).

Ma ciò evidentemente non basta: per escludere la possibilità di un residuo campo di intervento di Antitrust occorre anche verificare la esaustività e la completezza della normativa di settore. A quest'ultimo fine è opportuno prendere le mosse della vicenda in esame.

Ed invero, il comportamento contestato all'operatore economico con il provvedimento Antitrust impugnato in questa sede appare interamente ed esaustivamente disciplinato dalle norme di settore ed in particolare dall'art. 1 del d.l. n. 7 del 2007, convertito con modificazione.

Infatti:

a) il comma 1, dopo aver vietato, “al 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”, 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 informa telematica, aggiuntivi rispetto al costo del traffico telefonico o del servizio richiesto, aggiunge: “E' altresì vietata la previsione di termini temporali massimi di utilizzo del traffico o del servizio acquistato. Ogni eventuale clausola difforme è nulla e non comporta la nullità del contratto, fatti salvi i vincoli di durata di eventuali offerte promozionali comportanti prezzi più favorevoli per il consumatore. Gli operatori di telefonia mobile adeguano la propria offerta commerciale alle predette disposizioni entro il termine di trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto”;

b) il comma 2 prevede che “L'offerta commerciale dei prezzi dei differenti operatori della telefonia deve evidenziare tutte le voci che compongono l'offerta, al fine di consentire ai singoli consumatori un adeguato confronto”;

c) il comma 2 bis affida all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni la determinazione delle modalità per consentire all'utente, a sua richiesta, al momento della chiamata da un numero fisso o cellulare e senza alcun addebito, di conoscere l'indicazione dell'operatore che gestisce il numero chiamato.

d) il comma 3 stabilisce, poi, che “I contratti per adesione stipulato con operatori di telefonia e di reti televisive e di comunicazione elettronica, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata, devono prevedere la facoltà del contraente di recedere dal contratto o di trasferire le utenze presso altri operatori senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e senza spese non giustificate da costi dell'operatore e non possono imporre un obbligo di preavviso superiore a trenta giorni. Le clausole difforme sono nulle, fatta salva la facoltà degli operatori di adeguare alle disposizioni del presente comma i rapporti contrattuali già stipulati alla data di entrata in vigore del presente decreto entro i successivi sessanta giorni”.

E' poi assolutamente decisiva la circostanza che il quarto comma affida all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni non solo il compito di vigilare “sull'attuazione delle disposizioni di cui al presente articolo”, ma anche quello di “stabilire le modalità attuative delle disposizioni di cui al comma 2” e soprattutto di sanzionare “la violazione delle disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 3...applicando l'art. 98 del codice della comunicazioni elettroniche, di cui al decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, come modificato dall'articolo 2, comma 136, del decreto – legge 3 ottobre 2006, n. 262, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2006, n. 286”; AGCOM ha del resto adottato in materia due specifiche delibere, n. 416/07/CONS (“Diffida agli operatori di telefonia mobile ad adempiere l'obbligo

di riconoscimento agli utenti del credito residuo ai sensi dell'art. 1 comma 3 della legge 40/07") e 353/08/CONS ("Nuovi termini per adempiere all'obbligo della portabilità del credito residuo in caso di trasferimento delle utenze di cui alla delibera 416/07/CONS"), nonché specifiche "Linee Guida alla Direzione Tutela dei consumatori esplicative per l'attività di vigilanza da effettuare ai sensi dell'art. 1, comma 4, della legge n. 40/2007 con particolare riferimento alle previsioni di cui all'art. 1, comma 1, della medesima legge".

Non può pertanto ragionevolmente dubitarsi, anche con riferimento alla sua ratio (espressamente indicata nell'incipit del comma 1 "al 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", che la normativa contenuta nel ricordato d.l. n. 7 del 2007, convertito in l. n. 40 del 2007, è completa ed esaustiva, individua essa stessa l'Autorità (AGCOM) competente a sanzionare la violazione delle disposizioni di cui tra l'altro, al comma 3, tra cui rientra anche quello contestato nel caso di specie a WIND, escludendosi così in radice la possibilità di una competenza concorrente di Antitrust.

Né può trovare accoglimento l'argomentazione sostenuta da quest'ultima, ossia che nel caso in esame sarebbe stato preso in esame un ulteriore aspetto, esulante da tale disciplina ed individuabile nella violazione dell'obbligo di comportamento dell'operatore diligente, poiché il rispetto della disciplina di settore non può che qualificare il comportamento dell'operatore quale diligente.

8. Più in generale, quest'ultima argomentazione ha evidentemente come presupposto che tale disciplina non copra tutte le possibili fattispecie di pratica commerciale scorretta.

In realtà, innanzitutto, il rischio di lacune o deficit di tutela è scongiurato dalle clausole generali contemplate dalla disciplina di settore, clausole che già di per sé consentono comunque di ritenere che non esistano aree non coperte dalla disciplina regolatoria (si veda, ad esempio, quanto dispone l'art. 2, comma 4, della delibera n. 664/06 di AGCOM, secondo cui l'operatore deve rispettare "i principi di buona fede e di lealtà in materia di transazioni commerciali, valutati alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori particolarmente vulnerabili").

Inoltre e principalmente occorre in proposito fare riferimento al comma 6 dell'articolo 70 del Codice delle comunicazioni elettroniche, secondo cui rimane comunque ferma l'applicazione delle norme e delle disposizioni in materia di tutela del consumatore. Si tratta, ad avviso dell'Adunanza, di un rinvio dinamico ad ogni altra disposizione di tutela del consumatore, rinvio che garantisce la chiusura del sistema ed esclude a priori il rischio più volte paventato da Antitrust di possibili lacune della tutela stessa.

9. Quanto alle ulteriori argomentazioni difensive di Antitrust non può convenirsi con la tesi secondo cui il riparto di competenza dovrebbe basarsi sul concreto atteggiarsi dei comportamenti degli operatori, a seconda che si configurino come rivolti a soggetti determinati o in incertam personam, atteso che le modalità di azione dell'operatore economico cui è stata irrogata la sanzione impugnata rendono evidente che inevitabilmente vengono ad essere coinvolti soggetti determinati nell'azione finalizzata al procacciamento di nuovi contratti o alla richiesta di nuovi beni/servizi. Casomai, l'autorità di settore dovrà arretrare il momento di inizio della tutela sotto il profilo della correttezza precontrattuale, ma trattasi di aspetto che non incide sul riparto di competenza in esame.

10. Infine, neppure si può convenire sulla tesi secondo cui la competenza ad individuare la disciplina “ex ante” non esaurisce la disciplina di settore, lasciando spazi per interventi “ex post” ad opera di Antitrust, sulla base del modello del “caso per caso”.

Difatti, premesso che una formulazione più attenta induce piuttosto a ritenere che la possibilità - indubbiamente da ammettersi - di interventi non puntualmente disciplinati trovi il suo fondamento sempre nella normativa, sia primaria che secondaria, come fin qui ricostruita, la necessità di garantire la coerenza logico-sistematica dell'azione repressiva esige che ad essa provveda un'unica autorità, senza distinzioni fondate su una contrapposizione, inaccettabile sul piano pratico prima ancora che su quello teorico, fra una disciplina “ex ante”, affidata alla competenza di una autorità, e una presunta disciplina “ex post”, affidata ad una altra autorità, la cui competenza si amplierebbe o si restringerebbe a seconda della maggiore o minore estensione della disciplina dettata dall'autorità di settore.

11. Né tale conclusione comporta l'adozione di un regime sanzionatorio meno severo: infatti, premesso che un eventuale deficit dal punto di vista sanzionatorio non potrebbe comunque riverberare effetto alcuno in ordine alla individuazione dell'autorità competente nel caso in esame (comportando, semmai, l'obbligo di sollevare una eccezione di illegittimità costituzionale sul punto), occorre evidenziare che le sanzioni edittali attribuite alla competenza di Antitrust non sono superiori a quelle irrogabili da AGCOM. Inoltre, a quest'ultima Autorità, quale istituzione preposta all'intero settore delle comunicazioni elettroniche, spettano poteri inibitori e conformativi, tra l'altro in fatto già più volte esercitati, che non consentono di ritenere che la tutela apprestata da AGCOM possa ritenersi nel complesso qualitativamente inferiore a quella attribuita ad Antitrust.

12. Resta ovviamente inteso che l'assetto interpretativo adottato non riverbera effetto alcuno sul diverso problema affrontato da Cons. Stato, Sezione VI, 10 marzo 2006, n. 1271, ossia sulla possibilità che Antitrust valuti autonomamente il profilo anticoncorrenziale di clausole contrattuali, poste in essere nell'ambito di condotte che possano integrare le fattispecie di abuso di posizione dominante o di intese restrittive della concorrenza.

Come pure rimane fermo che il comportamento delle due autorità deve ispirarsi ad un ovvio principio di collaborazione, che potrà esprimersi sia attraverso segnalazioni di Antitrust all'altra Autorità, sia attraverso richieste di parere alla prima da parte di quest'ultima; e ciò in entrambi i casi a garanzia della uniformità della loro azione.

13. A conclusione delle argomentazioni esposte occorre evidenziare come la soluzione adottata appare più rispettosa del principio costituzionale del “buon andamento” dell'amministrazione, evitando quelle possibili esternalità negative denunciate in sede di rimessione da parte della VI Sezione. Infatti, in questo modo si evita di sottoporre gli operatori a duplici procedimenti per gli stessi fatti, con possibili conclusioni anche differenti tra le due autorità (come in pratica è avvenuto). Inoltre, si consente che si dettino indirizzi univoci al mercato, che altrimenti verrebbe a trovarsi in una situazione di possibile disorientamento, con potenziali ripercussioni sulla stessa efficienza dei servizi nei riguardi degli utenti/consumatori e sui costi che questi ultimi sono chiamati a pagare. Per non parlare, poi, della evidente violazione del principio di proporzionalità che si verrebbe a configurare nel caso di cumulo materiale delle sanzioni da parte di entrambe le autorità.

14. Discende da quanto sopra esposto che è fondata l'eccezione di incompetenza di Antitrust formulata dalla società appellante WIND nel primo motivo di impugnazione, con conseguente obbligo di riforma della sentenza di primo grado e di annullamento del provvedimento

impugnato; a ciò consegue la declaratoria di improcedibilità dell'appello proposto da Antitrust.

Il tenore della presente pronuncia consente di assorbire gli ulteriori motivi di impugnazione proposti.

Tenuto conto della particolare complessità della materia trattata, ritiene il Collegio che sussistano giustificati motivi per compensare interamente tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, previa conferma della loro riunione, accoglie quello proposto da WIND e per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, annulla il provvedimento impugnato; dichiara improcedibile l'appello proposto da Antitrust.

Spese compensate dei due gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Coraggio, Presidente

Gaetano Trotta, Presidente

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Stefano Baccharini, Presidente

Giuseppe Severini, Presidente

Alessandro Botto, Consigliere

Marzio Branca, Consigliere

Aldo Scola, Consigliere

Anna Leoni, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Maurizio Meschino, Consigliere

Raffaele Greco, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE
IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/05/2012

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

Il Dirigente della Sezione

N. 00016/2012REG.PROV.COLL.

N. 00059/2011 REG.RIC.A.P.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 59 di A.P. del 2011, proposto da Wind Telecomunicazioni S.p.A., rappresentato e difeso dal prof. avv. Gian Michele Roberti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Foro Traiano, 1/A;

contro

Autorita' garante della concorrenza e del mercato - Antitrust, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Autorita' per le garanzie nelle comunicazioni- AGCOM, rappresentata e difesa dal prof. avv. Franco Gaetano Scoca, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Giovanni Paisiello 55;

Unione Nazionale Consumatori;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE I n. 04931/2010 del 29 marzo 2010, resa tra le parti, concernente il provvedimento n. 19603 del 5 marzo 2009 di Antitrust, avente ad oggetto l'esame della pratica commerciale scorretta contestata alla società WIND Telecomunicazioni s.p.a. e l'irrogazione a quest'ultima della sanzione di 215.000,00 euro;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorita' garante della concorrenza e del mercato - Antitrust e dell'Autorita' per le garanzie nelle comunicazioni;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 febbraio 2012 il Cons. Alessandro Botto e uditi per le parti gli avvocati Roberti, dello Stato Fiorentino e Gentili, e Scoca.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Wind Telecomunicazioni spa (d'ora in avanti WIND) ha interposto appello avverso la sentenza citata in epigrafe, con cui è stato respinto il ricorso avente ad oggetto il provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (d'ora in avanti Antitrust) di irrogazione della sanzione pecuniaria di 215.000 euro per la riscontrata violazione degli artt.20, 21, 22, 24, 25 e 26, lett. f), del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo).

2. Deduce l'appellante, quale primo motivo di impugnazione, carenza di potere, violazione dei principi di legalità, unicità dell'ordinamento, di certezza del diritto e del ne bis in idem; violazione e falsa applicazione di legge: segnatamente degli artt. da 18 a 27 del Codice del consumo, degli artt. 13, 70, 71 e 98 del d. lgs 1 agosto 2003, n. 259, Codice delle comunicazioni elettroniche, della legge 14 novembre 1995, n. 481, della legge 31 luglio 1997, n. 249, della delibera n. 664/06/CONS, delle direttive nn. 2005/29/CE, 2002/22/CE e 1997/7/CE; motivazione contraddittoria, illogica e carente.

WIND, infatti, ha contestato con il ricorso di primo grado la competenza di Antitrust nel caso in esame ed ha prospettato la competenza in materia dell'Autorità garante delle comunicazioni (d'ora in poi AGCOM). La sentenza di primo grado avrebbe immotivatamente disatteso tale censura, muovendo da un erroneo presupposto, ossia che solo Antitrust sarebbe titolare della cura dell'interesse pubblico primario della tutela dei consumatori e ciò in virtù delle disposizioni in materia di pratiche scorrette di cui agli artt. 18 e segg. del Codice del consumo.

Sempre secondo il giudice di primo grado, all'AGCOM, in base alle disposizioni di settore contenute nel Codice delle comunicazioni elettroniche, spetterebbe il potere (implicito) di delineare ex ante il contenuto essenziale dei contratti inerenti i servizi di connessione e accesso alla rete telefonica pubblica, nonché di vigilare sull'applicazione delle medesime disposizioni. Ciò non esaurirebbe, peraltro, ogni possibile regola di comportamento esigibile dalle imprese medesime a tutela della libertà di scelta del consumatore. AGCOM, in tale assetto, perseguirebbe, quindi, solo in via indiretta la tutela del consumatore, obiettivo servente rispetto all'interesse pubblico primario relativo alla conformazione del mercato delle comunicazioni in senso concorrenziale e pluralistico.

Afferma la società appellante che le condotte contestate nel provvedimento impugnato si riassumono in condotte attive od omissive nell'ambito di operazioni di vendita a distanza, attraverso call center, di servizi di comunicazione elettronica, fattispecie regolata da una specifica disciplina di settore di AGCOM e che il TAR ha ritenuto non applicabili nel caso di specie i principi elaborati dal Consiglio di Stato (Sezione I, n. 3999/2008) in una fattispecie nella quale si faceva questione proprio del rapporto tra disciplina generale contenuta nel Codice del consumo e singola disciplina di settore (in quel caso la materia era rappresentata dai servizi finanziari e la competenza concorrente quella della Commissione nazionale per le società e la borsa (d'ora in avanti CONSOB). In quest'ultimo precedente, infatti, il Consiglio

di Stato ha affermato che principio immanente dell'ordinamento è rappresentato dal divieto di ne bis in idem: non può tollerarsi, infatti, la reiterazione del medesimo intervento autoritativo di attuazione del diritto oggettivo da parte di figure pubbliche diverse.

La società appellante ritiene che anche nel caso di specie si dovrebbe ricorrere al principio di specialità, poiché vi sarebbe sostanziale identità degli interessi che entrambe le autorità indipendenti sono chiamate a perseguire, nonché sarebbe configurabile una effettiva sovrapposizione nell'esercizio di tali competenze.

Infatti, AGCOM sarebbe chiamata a tutelare l'interesse del consumatore non solo nell'ambito del Codice delle comunicazioni elettroniche, unica fonte normativa presa in esame dal TAR, ma anche della legge n. 481 del 1995 e dalla legge n. 249 del 1997 (in particolare, art. 2, comma 12).

Non risponderebbe al vero, in particolare, quanto affermato nella sentenza di primo grado, ossia che il Codice delle comunicazioni elettroniche attribuirebbe ad AGCOM l'interesse pubblico primario relativo solo alla tutela della libertà di iniziativa economica e di manifestazione del pensiero, mentre sarebbe il Codice del consumo a proteggere direttamente l'interesse della parte debole del rapporto contrattuale.

Aggiunge, inoltre, la società appellante che alla normativa generale si accompagna la disciplina attuativa e di dettaglio: trattasi della delibera n. 664/06/CONS di AGCOM che richiama espressamente, oltre che le citate previsioni generali di cui alle leggi nn. 481 del 1995 e 249 del 1997, gli artt. 70 e 71 del Codice delle comunicazioni elettroniche, nonché la disciplina delle vendite a distanza contenuta nel Codice del consumo (artt. 50 e segg.). Ebbene, tale delibera disciplina e in modo esaustivo proprio le vendite a distanza, anche mediante call center, ivi incluse le ipotesi di servizi non richiesti e gli obblighi informativi del gestore.

Non può concordarsi con il giudice di primo grado quindi, ad avviso della società appellante, ove afferma che le norme di settore non sono di per sé sufficienti ad esaurire ogni possibile regola di comportamento esigibile dai gestori che procedano all'offerta ai consumatori dei propri servizi e alla stipula dei relativi contratti a distanza.

D'altronde, aggiunge l'appellante, AGCOM ha intrapreso, proprio in base alla citata delibera 664/06/CONS, una intensa e concreta attività di verifica dei comportamenti adottati dagli operatori del settore, tra i quali anche, con riferimento allo stesso periodo, quelli oggetto del provvedimento sanzionatorio impugnato in questa sede, e li ha spesso ritenuti conformi alle prescrizioni e alle finalità di tutela dei consumatori. Ciò, oltretutto, smentisce in fatto quanto ritenuto dal giudice di primo grado, ossia che l'applicazione delle norme/rimedi di settore non darebbe mai adito al pericolo di sovrapposizione e/o duplicazione di interventi sanzionatori.

La società appellante evidenzia, inoltre, come le considerazioni svolte siano coerenti con la normativa comunitaria in materia di tutela del consumatore. Infatti, il considerando 10 della direttiva 2005/29/CE (fonte normativa questa che ha introdotto la disciplina generale delle pratiche scorrette, poi recepita dagli artt. 18 e segg. del Codice del consumo) disciplina proprio il rapporto tra le norme della direttiva stessa e le disposizioni dettagliate in materia di pratiche sleali applicabili a settori specifici e stabilisce che essa si applichi soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario specifiche che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali. Allo stesso modo, l'art. 3, comma 4, della medesima direttiva prevede che, in caso di contrasto (conflict nella versione francese e conflict in quella inglese)

con altre norme comunitarie che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, debbano prevalere queste ultime, che si applicano a tali aspetti specifici.

3. Quale secondo motivo di impugnazione la società appellante deduce violazione e falsa applicazione di legge e segnatamente degli artt. da 18 a 26 del Codice del consumo, eccesso di potere per tutte le figure sintomatiche ivi incluso il difetto di istruttoria, carenza ed illogicità della motivazione.

Infatti, WIND contesta la sussistenza, nel caso di specie, di una vera e propria prassi, tale da integrare la nozione di pratica commerciale scorretta di cui all'art. 18, lett. d), del Codice di consumo, la contrarietà di detta pratica alla diligenza professionale e l' idoneità della stessa ad alterare sensibilmente il comportamento economico del consumatore medio. A tal fine afferma l'appellante di avere predisposto dei modelli di comportamento, da parte dei call center, idonei a rispettare la libera formazione della volontà negoziale in capo agli utenti; inoltre, WIND evidenzia che le contestazioni risultate fondate erano appena 10 su 80 reclami, su un complesso di 1.042.027 acquisizioni effettuate nello stesso periodo: in sostanza, un fenomeno marginale e non omogeneo. Aggiunge, infine, la società appellante di essere comunque intervenuta, ove necessario, per accordare al consumatore il pieno ristoro del pregiudizio eventualmente sopportato.

Precisa, poi, l'appellante che l'adeguatezza degli script di vendita, di registrazione e di recall elaborati in proposito sarebbe testimoniata dal fatto che AGCOM, pur raggiunta da segnalazioni di consumatori che esprimevano perplessità sul modus operandi di WIND, ha sempre negato la rilevanza di tali contestazioni, senza assumere alcun provvedimento sanzionatorio in merito.

4. Deduce, poi, l'appellante un terzo motivo di impugnazione, con il quale denuncia: violazione e falsa applicazione di legge, in particolare degli artt. 24 e 25, nonché dell'art. 26, lett. f), del Codice del consumo; violazione degli artt. 52 e ss. del Codice del consumo; violazione della direttiva 2005/29/CE e della direttiva 97/07/CE; violazione del principio di non discriminazione e di proporzionalità; illogicità e carenza di motivazione.

Ad avviso dell'appellante il TAR avrebbe errato nel qualificare come aggressiva la tecnica adottata di teleselling, in quanto non risulterebbe limitata in modo considerevole la libertà di scelta o di comportamento del consumatore, tanto da indurlo ad assumere decisioni che altrimenti non avrebbe adottato. In concreto, poi, non sarebbe ravvisabile alcun elemento di quelli che l'art. 25 del Codice del consumo elenca per qualificare come aggressiva una determinata pratica commerciale (es.: minaccia fisica o verbale, sfruttamento di eventi tragici o circostanze gravi tali da alterare la capacità di valutazione del consumatore ecc.).

5. Da ultimo, la società appellante deduce un quarto motivo di impugnazione: violazione e falsa applicazione di legge, in particolare dell'art. 27 del Codice di consumo e dell'art. 11 della legge 24 novembre 1981, n. 689; violazione della direttiva 2005/29/CE; eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche ed in particolare, difetto di istruttoria, violazione del principio di proporzionalità; illogicità e carenza di motivazione.

Secondo l'appellante la sanzione irrogata nel caso in esame sarebbe stata adottata da Antitrust in maniera incoerente e sproporzionata, sulla base di indici del tutto presuntivi, senza una idonea motivazione. Inoltre, difformi criteri sarebbero stati adottati da Antitrust in fattispecie analoghe; illogica e discriminatoria sarebbe, poi, l'applicazione della recidiva.

D'altronde, essendosi WIND sempre ispirata ai canoni di comportamento dettati da AGCOM (e da questa ritenuti corretti), ben avrebbe dovuto essere valutata da Antitrust questa circostanza al fine di valutare nella corretta portata il comportamento assoggettato a sanzione.

6. Si è costituita nel giudizio di appello Antitrust ed ha evidenziato l'infondatezza del gravame proposto da WIND .

In particolare, ad avviso dell'Autorità appellata, l'art. 19, comma 3, del Codice del consumo consentirebbe l'applicazione della disciplina di settore in luogo di quella generale solo ove esista una compiuta ed organica disciplina della materia di specie e comunque il rispetto di tale ultima normativa non varrebbe ad esonerare il professionista dal porre in essere quei comportamenti ulteriori che, pur non espressamente previsti, discendono dall'applicazione del più generale principio di buona fede, cui si ispira tutta la disciplina a tutela del consumatore.

Ove, come nel caso di specie, non esista contrasto tra la normativa generale a tutela del consumatore e la disciplina di settore, dovrebbero dunque concorrere entrambe le discipline.

Aggiunge che, poi, nel caso in esame non sia ravvisabile identità tra gli interessi perseguiti dalle due discipline sarebbe reso evidente dal fatto che la disciplina contenuta nel Codice delle comunicazioni elettroniche riserva ad AGCOM una funzione pro concorrenziale del mercato e di tutela del principio costituzionale del pluralismo nell'informazione. La tutela del consumatore, pertanto, opererebbe in questo caso solo in via mediata ed indiretta: si veda, ad esempio, l'art. 4, comma 3, lett. f), del Codice delle comunicazioni elettroniche, che si occupa principaliter dell'accesso alle reti di comunicazione, nell'ottica della garanzia della concorrenza tra i diversi prestatori di servizi di comunicazione, raggiungendo risultati utili per il consumatore solo in via mediata.

Ritiene Antitrust che l'adozione di una regolamentazione volta a definire ex ante ed in modo puntuale le regole del gioco concorrenziale non costituisce un valido motivo per ritenere che in tali mercati non trovino applicazione i principi antitrust, sui quali la disciplina di settore appare in gran parte modellata.

Né, sempre ad avviso di Antitrust, sarebbe invocabile nel caso di specie il parere del Consiglio di Stato, sezione I, n. 3999/2008 (con il quale è stata dichiarata l'incompetenza di Antitrust nel settore finanziario), poiché l'art. 5, comma 1, lett. b) del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 attribuisce espressamente alla CONSOB la funzione di tutela del consumatore, mentre nessuna norma di analogo tenore risulterebbe contenuta nel Codice delle comunicazioni elettroniche. Aggiunge l'Autorità appellata che la disciplina dei contratti a distanza nel settore delle comunicazioni elettroniche non risulta in nulla diversificata dalle norme di carattere generale di cui all'art. 50 del Codice del consumo.

Il rapporto esistente tra le rispettive discipline, pertanto, sarebbe qualificabile in termini di complementarietà, con conseguente possibilità di intervento di entrambe le autorità in questione.

Altrimenti opinando, sempre secondo Antitrust, si determinerebbe un vuoto di tutela, non colmabile con la disciplina di settore (finalizzata, invece, alla garanzia della maggiore competitività dei mercati).

Quanto, poi, al merito della contestazione all'operatore telefonico, osserva Antitrust che il numero delle segnalazioni pervenute era tale da rendere obbligatoria la verifica della possibile sussistenza di una pratica commerciale scorretta.

Né, ai fini della qualificazione della condotta contestata come ripetitiva occorre un concreto susseguirsi di episodi illeciti, essendo a tal fine sufficiente l'astratta replicabilità del comportamento *contra legem*. Ciò in quanto trattasi di illecito di mero pericolo, per il quale la semplice idoneità ad arrecare un pregiudizio ai consumatori in termini di ingannevolezza/aggressività deve ritenersi presupposto sufficiente a giustificare l'intervento di Antitrust.

Nel caso di specie, poi, tale potenzialità lesiva è ricavabile sia dagli script di registrazione che dai successivi sistemi di controllo: da ciò in sostanza emerge che il consumatore, sulla base delle informazioni comunicate, non veniva posto nella condizione di poter conoscere tutti gli elementi dell'offerta e, quindi, di poter prendere una decisione commerciale consapevole.

Quanto, infine, alla lamentata sproporzione della sanzione adottata, osserva Antitrust di avere idoneamente adottato, in analogia con altri casi simili, una serie di indici di gravità del comportamento, dalla dimensione economica dell'operatore, alla tipologia delle condotte poste in essere, all'impatto delle pratiche sui consumatori ecc., in base ai quali ha individuato il quantum della sanzione inflitta.

In ordine alla contestata recidiva, evidenzia poi che questa può essere applicata in caso di violazioni reiterate nell'ambito del medesimo settore, senza che sia necessario che le condotte accertate siano identiche rispetto alla nuova infrazione.

Comunque, la sanzione irrogata, pari ad euro 215.000,00, si situa ben al di sotto del massimo edittale previsto, pari ad euro 500.000,00.

7. Si è costituita nel presente grado di giudizio anche AGCOM, che ha controdedotto alle tesi argomentative svolte da Antitrust nel seguente modo:

-non risponderebbe al vero che nel Codice delle comunicazioni elettroniche non sarebbe ravvisabile alcuna disposizione dal chiaro intento garantista nei riguardi dei consumatori;

-la sezione III del Capo IV, espressamente dedicata ai "Diritti degli utenti finali", contiene proprio un corpus di norme finalizzate esclusivamente alla tutela dei consumatori;

-ad integrare tale corpus normativo è intervenuta anche la delibera n. 664/06/CONS, che impone, proprio per le vendite a distanza, specifici obblighi comportamentali agli operatori.

Pertanto, ad avviso di AGCOM, la disciplina di settore, di carattere speciale rispetto alla normativa contenuta nel Codice del consumo, conferirebbe esclusivamente a sé la finalità di tutela del consumatore nel settore delle comunicazioni elettroniche.

Tanto è vero ciò che Antitrust, nel provvedimento impugnato in questa sede, ha richiamato proprio le disposizioni regolamentari fissate da AGCOM, essendo palese che le pratiche commerciali sanzionate (1. attivazione di servizi non richiesti in modo consapevole; 2. attivazione di servizi con caratteristiche difformi da quelle promesse) sono espressamente disciplinate, rispettivamente, dall'art. 2 e dall'art. 3 della delibera n. 664/06/CONS .

Discende da quanto sopra che nel caso di specie si sarebbe verificata una sovrapposizione di competenze relative alle medesime pratiche commerciali; da ciò l'obbligo di fare applicazione dell'art. 19, comma 3, del Codice del consumo, ai sensi del quale, in caso di contrasto, deve farsi applicazione delle norme di settore. Ciò in sintonia con quanto affermato da Cons. Stato, sezione I, n. 3999/2008, che per disciplinare il rapporto tra normativa generale e normativa di settore ha fatto applicazione del principio di specialità.

8. Con successiva memoria la società appellante insiste nelle proprie censure ed argomentazioni, evidenziando in particolare che il Codice delle comunicazioni elettroniche attribuisce ad AGCOM in via diretta, e non subordinata, la finalità di tutela del consumatore, comportando, fra l'altro la costituzione nell'organigramma di AGCOM di una apposita Direzione Tutela dei Consumatori, e l'esplicazione di una attività regolatoria posta in essere proprio per la tutela del consumatore dei servizi di comunicazione elettronica, tra cui la delibera n. 664/06/CONS.

9. Con ordinanza pronunciata all'udienza del 19 luglio 2011, la VI Sezione del Consiglio di Stato ha deferito l'esame del presente giudizio all'Adunanza Plenaria sulla base dei seguenti quesiti:

- se la disciplina di cui agli artt. 70 e 71 del Codice delle comunicazioni elettroniche si atteggi come normativa speciale rispetto a quella del Codice del consumo e, quindi, debba trovare applicazione nel caso di specie sia in virtù di un regola di coordinamento generale (cfr. Cons. Stato, sezione I, n. 3999/2008) sia ai sensi dell'art. 19, comma 3, del Codice del consumo;

-ove si escluda il carattere speciale della disciplina contenuta nel Codice delle comunicazioni elettroniche e, quindi, si affermi la concorrenza con la disciplina contenuta nel Codice del consumo, se risulti in questo modo violata la regola generale del ne bis in idem;

- se il regime della complementarietà, che comporta il possibile cumulo delle sanzioni irrogabili dalle due autorità, risponda ai criteri di proporzionalità ed adeguatezza.

Il Collegio remittente, dopo avere esposto le argomentazioni addotte dalle parti per sostenere le proprie tesi, evidenzia poi le criticità che potrebbero discendere dal concorso delle due autorità in questione. Infatti:

- gli operatori verrebbero a subire un duplice ordine di controlli, anche con possibile diversità nell'esito, con pregiudizio alla certezza dei comportamenti;

- la presenza di due distinti procedimenti contrasterebbe con il principio di economicità;

- il concorso di due distinti sistemi sanzionatori determinerebbe un rischio di violazione del principio di congruità e proporzionalità della sanzione in relazione all'illecito;

-rischierebbe di venire compromessa la certezza e l'univocità della vigilanza nei servizi di comunicazione elettronica.

10. Con memoria la società appellante insiste nelle proprie argomentazioni.

Ricorda, fra l'altro, che, in adempimento degli obblighi di cui all'art. 5 del regolamento (CE) 2006/2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori, le autorità italiane hanno comunicato che nel settore delle

comunicazioni elettroniche è AGCOM l'autorità competente a livello nazionale (cfr. Comunicazione della Commissione europea in GUUE C 260 del 2 settembre 2011) e ciò sia con riferimento alle vendite a distanza (ossia la direttiva 97/7/CE) che con riguardo alle pratiche sleali (ossia la direttiva 2005/29/CE).

11. Anche Antitrust ha presentato una memoria illustrativa, con la quale insiste nelle argomentazioni in precedenza svolte. Aggiunge che l'eventuale riconoscimento di una competenza di AGCOM in tale materia determinerebbe un arretramento del livello di tutela, atteso che i poteri di cui gode AGCOM avrebbero una minore portata qualitativa e quantitativa rispetto a quelli di Antitrust.

12. Da ultimo, anche AGCOM ha presentato una memoria finale illustrativa, con la quale sottolinea come nel caso di specie si faccia questione di concorso tra apparati normativi e solo in via subordinata di competenza delle due autorità chiamate ad operare in materia.

Evidenzia, altresì, AGCOM l'illogicità della teoria della complementarietà, oltre che la sua non conformità ai principi di buona amministrazione. Dovrebbe, invece, essere fatta applicazione dell'art. 19, comma 3, del d.lgs. n. 206 del 2005, che dà prevalenza alla disciplina specifica delle pratiche commerciali scorrette: nel caso in esame, infatti, l'operatore si è conformato alla disciplina specifica dettata in materia da AGCOM e ciò impedisce di sottoporre il suo comportamento a sanzione secondo la disciplina antitrust.

Da ultimo, evidenzia AGCOM come la clausola di salvaguardia di cui all'art. 70, comma 6, del Codice delle comunicazioni elettroniche debba essere letta alla luce del disposto di cui all'art. 19, comma 3, del Codice del consumo e, quindi, in modo coerente all'applicazione del principio di specialità.

DIRITTO

1. Viene all'esame dell'Adunanza Plenaria l'actio finium regundorum tra AGCOM e Antitrust in materia di attività di cosiddetto teleselling, ossia cattura a distanza (specialmente mediante call center) di clienti di servizi telefonici ed offerta di questi ultimi da parte degli operatori di settore. Infatti, nel caso in esame WIND ha denunciato l'incompetenza di Antitrust ad irrogare sanzioni a fronte del comportamento tenuto per acquisire nuova clientela e per l'offerta di servizi telefonici, con conseguente dedotta illegittimità della delibera impugnata, con la quale è stata irrogata la sanzione pecuniaria di 215.000,00 euro.

La questione è indubbiamente di principio poiché, come risulta evidente dall'intensa dialettica processuale, entrambe le autorità ritengono di avere competenza nella materia ed operano in concreto in tal senso; e ciò non può non sollevare il problema della coerenza di un sistema del genere con il principio di buon andamento dell'articolo 97 della Costituzione, atteso che i procedimenti in questione sono estremamente onerosi sia per l'amministrazione che per i privati.

2. In via preliminare rileva il Collegio come la citata delimitazione di competenza debba iscriversi in una più ampia analisi, che ha ad oggetto il rapporto tra la normativa generale in materia di tutela del consumatore e la disciplina di settore delle comunicazioni elettroniche. Una volta acclarato tale assetto normativo, finalizzato ad individuare la disciplina da applicare in concreto, potrà essere individuata l'autorità chiamata ad intervenire nella fattispecie in esame, quale autorità preposta alla tutela del corpo normativo di cui si è individuata l'applicazione.

Innanzitutto occorre evidenziare come il Codice delle comunicazioni elettroniche faccia espresso riferimento in numerosi articoli alla tutela del consumatore: ciò avviene, ad esempio, all'art. 4, comma 3, lett. f), ove è previsto che la disciplina delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica è volta, tra l'altro, ad assicurare vantaggi per i consumatori; all'art. 13, comma 4, lett. a), ove si dispone che Ministero ed AGCOM assicurino agli utenti, compresi i disabili, il massimo beneficio sul piano della scelta, del prezzo e della qualità; all'art. 70, che disciplina ex professo l'attività di stipulazione dei contratti con i fornitori di servizi telefonici; all'art. 71, che assicura ai consumatori la fruizione di informazioni trasparenti e aggiornate.

Ad integrare tale corpus normativo è poi intervenuta la delibera n. 664/06/CONS di AGCOM, avente portata regolatoria, che in attuazione delle disposizioni indicate (nelle premesse sono citati espressamente, tra gli altri, gli artt. 13, 70, 71 del Codice delle comunicazioni elettroniche, sopra richiamati), ha declinato compiutamente gli obblighi di comportamento gravanti sugli operatori di settore nella contrattazione a distanza.

A ciò si aggiunga che la stessa denominazione dell'oggetto della delibera in questione richiama espressamente la finalità di tutela dell'utenza in materia di fornitura di servizi di comunicazione elettronica. Inoltre, nelle premesse vengono richiamati anche gli artt. 50 e ss. del Codice del consumo, che disciplinano in via generale, a tutela del consumatore, i contratti a distanza, e nelle premesse viene fornita espressa giustificazione del provvedimento adottato, nel senso di soddisfare le esigenze dell'utenza, spesso costretta ad inviare segnalazioni per la fornitura di servizi e beni non richiesti mediante l'utilizzo di tecniche di comunicazione a distanza.

3. Dall'analisi di tale assetto normativo, cui occorre aggiungere per esigenze di completezza i coerenti principi ricavabili dalle leggi n. 481 del 1995 e 249 del 1997, emerge ictu oculi che l'intenzione del legislatore (sia nazionale che comunitario, trattandosi in gran parte di norme di diretta derivazione comunitaria) è quella di ricomprendere a pieno titolo nella disciplina in esame anche la tutela del consumatore/utente, nell'ambito di una regolamentazione che dai principi scende fino al dettaglio dello specifico comportamento. D'altronde, se così non fosse, non dovrebbe neppure ammettersi la competenza di AGCOM ad intervenire con atti regolatori o linee di indirizzo a tutela dei consumatori (oltre che ad autorganizzarsi con la istituzione di un'apposita direzione denominata "Tutela dei consumatori") e dovrebbe negarsi la legittimità della stessa delibera n. 664/06/CONS, aspetto questo che non risulta in alcun modo contestato da Antitrust né dagli operatori di settore.

La stessa comunicazione effettuata dal Governo italiano alla Commissione Europea in ordine all'autorità nazionale preposta, nel settore delle comunicazioni elettroniche, alla tutela del consumatore, ancorché meramente ricognitiva, denota l'esistenza di una *communis opinio* a livello istituzionale in ordine alla competenza di AGCOM ad occuparsi di tutela del consumatore.

4. Non può, quindi, convenirsi con la tesi sostenuta da Antitrust, che cioè la disciplina di settore delle comunicazioni elettroniche avrebbe finalità di sola tutela della concorrenza e di garanzia del pluralismo informativo, poiché queste ultime finalità non possono non affiancarsi alla tutela del consumatore, come sopra evidenziato.

Anzitutto, appare ben difficile sezionare chirurgicamente la disciplina in esame, al fine di enucleare singoli interessi oggetto di tutela, poiché tale *modus operandi* contrasta

conl'inevitabile unitarietà degli interessi operanti nelle singole fattispecie concrete. Ma soprattutto tale distinzione - ove in ipotesi possibile - non trova riscontro nel dato normativo, come si è fin qui constatato.

5. Ciò premesso, occorre verificare che tipo di rapporto debba instaurarsi con la disciplina generale posta a tutela del consumatore, condensata nel nostro ordinamento nel Codice del consumo ed attribuita alla competenza di Antitrust (ai sensi dell'art. 27). Infatti quest'ultima normativa detta una disciplina articolata proprio al fine di tutelare le esigenze e le aspettative del consumatore/utente in tutti i campi del commercio, senza prendere in considerazione le specificità di singoli settori quale, relativamente alla fattispecie in esame, quello delle comunicazioni elettroniche.

A tal fine sovviene l'art. 19, comma 3, del Codice del consumo, ai sensi del quale, in caso di contrasto, prevalgono le norme che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette. In sostanza, la norma in esame si iscrive nell'ambito del principio di specialità (principio immanente e di portata generale sul piano sanzionatorio nel nostro ordinamento, come si evince dall'art. 15 del cod. pen. e dall'art. 9 della legge n. 689 del 1981), ai sensi del quale non si può fare contemporanea applicazione di due differenti disposizioni normative che disciplinano la stessa fattispecie, ove una delle due disposizioni presenti tutti gli elementi dell'altra e aggiunga un ulteriore elemento di specificità (o per aggiunta o per qualificazione). In altre parole, le due norme astrattamente applicabili potrebbero essere raffigurate come cerchi concentrici, di cui il più grande è quello caratterizzato dalla specificità.

Nè all'applicazione del principio di specialità può opporsi che debba esistere una situazione di contrasto tra i due plessi normativi: difatti, ad una lettura più meditata, occorre ritenere che tale presupposto consista in una difformità di disciplina tale da rendere illogica la sovrapposizione delle due regole.

Ed invero, al riguardo può concretamente soccorrere quanto previsto dal considerando 10 della direttiva 2005/29/CE (testo normativo recepito nel nostro ordinamento nel d.lgs. n. 206 del 2005, ossia nel Codice del commercio), secondo cui la disciplina di carattere generale si applica soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali; in pratica, essa offre una tutela ai consumatori ove a livello comunitario non esista una legislazione di settore. Alla luce di questa impostazione occorre leggere, pertanto, quanto previsto all'art. 3, comma 4, della medesima direttiva, trasfuso nell'art. 19, comma 3, del Codice del consumo, secondo cui prevale la disciplina specifica in caso di contrasto con quella generale: il presupposto dell'applicabilità della norma di settore non può essere individuato solo in una situazione di vera e propria antinomia normativa tra disciplina generale e speciale, poiché tale interpretazione in pratica vanificherebbe la portata del principio affermato nel considerando 10, confinandolo a situazioni eccezionali di incompatibilità tra discipline concorrenti.

Occorre, invece, leggere il termine conflict (o conflit), usato nella direttiva nelle versioni in inglese (e francese) e tradotto nel testo italiano come contrasto, come diversità di disciplina, poiché la voluntas legis appare essere quella di evitare una sovrapposizione di discipline di diversa fonte e portata, a favore della disciplina che più presenti elementi di specificità rispetto alla fattispecie concreta. In altre parole, la disciplina generale va considerata quale livello minimo essenziale di tutela, cui la disciplina speciale offre elementi aggiuntivi e di specificazione.

6. Orbene, alla luce del principio testé affermato occorre impostare il rapporto tra la disciplina contenuta nel Codice del consumo e quella dettata dal Codice delle comunicazioni elettroniche e dai provvedimenti attuativi/integrativi adottati da AGCOM. A tale riguardo, non v'è chi non veda come, anzitutto, la disciplina recata da quest'ultimo corpus normativo, presenti proprio quei requisiti di specificità rispetto alla disciplina generale, che ne impone l'applicabilità alle fattispecie in esame (in coerenza con quanto affermato da Cons. Stato, sezione I, n. 3999/2008; sezione VI, n. 720/2011).

Ma ciò evidentemente non basta: per escludere la possibilità di un residuo campo di intervento di Antitrust occorre anche verificare la esaustività e la completezza della normativa di settore. A quest'ultimo fine è opportuno prendere le mosse della vicenda in esame.

Ed invero, il comportamento contestato all'operatore economico con il provvedimento Antitrust impugnato in questa sede appare interamente disciplinato dalle norme di settore, che impongono determinati obblighi comportamentali agli operatori delle comunicazioni elettroniche nella ricerca a distanza di nuovi clienti o nell'offerta di nuovi servizi o beni. E' sufficiente, in proposito, il richiamo (ad esempio) dell'art. 2 della delibera 664/06/CONS, che disegna una fitta rete di adempimenti e cautele in capo all'operatore che intende procedere alla stipulazione di contatti a distanza per la fornitura di beni/servizi di comunicazione elettronica, in questo modo dando corpo, sul piano concreto, alla disciplina di principio, o comunque a trama non fitta, contenuta negli artt. 70 e 71 del Codice delle comunicazioni elettroniche.

Tale conclusione, d'altronde, è avvalorata dal fatto che la stessa Antitrust, nel provvedimento impugnato, ha fatto richiamo alla delibera: in questo modo trova conferma che il comportamento contestato all'operatore economico era esattamente quello oggetto della disciplina di settore, con conseguente necessità di fare applicazione del principio di specialità, come in precedenza evidenziato.

Né può trovare accoglimento l'argomentazione sostenuta da Antitrust, ossia che nel caso in esame sarebbe stato preso in esame un ulteriore aspetto, esulante da tale disciplina ed individuabile nella violazione dell'obbligo di comportamento dell'operatore diligente, poiché il rispetto della disciplina di settore non può che qualificare il comportamento dell'operatore quale diligente.

7. Più in generale, quest'ultima argomentazione ha evidentemente come presupposto che tale disciplina non copra tutte le possibili fattispecie di pratica commerciale scorretta.

In realtà, innanzitutto, il rischio di lacune o deficit di tutela è scongiurato dalle clausole generali contemplate dalla disciplina di settore, clausole che già di per sé consentono comunque di ritenere che non esistano aree non coperte dalla disciplina regolatoria (si veda, ad esempio, quanto dispone l'art. 2, comma 4, della delibera n. 664/06 di AGCOM, secondo cui l'operatore deve rispettare "i principi di buona fede e di lealtà in materia di transazioni commerciali, valutati alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori particolarmente vulnerabili")..

Inoltre e principalmente occorre in proposito fare riferimento al comma 6 dell'articolo 70 del Codice delle comunicazioni elettroniche, secondo cui rimane comunque ferma l'applicazione delle norme e delle disposizioni in materia di tutela del consumatore. Si tratta, ad avviso dell'Adunanza, di un rinvio dinamico ad ogni altra disposizione di tutela del consumatore,

rinvio che garantisce la chiusura del sistema ed esclude a priori il rischio più volte paventato da Antitrust di possibili lacune della tutela stessa.

8. Quanto alle ulteriori argomentazioni difensive di Antitrust non può convenirsi con la tesi secondo cui il riparto di competenza dovrebbe basarsi sul concreto atteggiarsi dei comportamenti degli operatori, a seconda che si configurino come rivolti a soggetti determinati o in incertam personam, atteso che le modalità di azione dell'operatore economico cui è stata irrogata la sanzione impugnata rendono evidente che inevitabilmente vengono ad essere coinvolti soggetti determinati nell'azione finalizzata al procacciamento di nuovi contratti o alla richiesta di nuovi beni/servizi. Casomai, l'autorità di settore dovrà arretrare il momento di inizio della tutela sotto il profilo della correttezza precontrattuale, ma trattasi di aspetto che non incide sul riparto di competenza in esame.

9. Infine, neppure si può convenire con il giudice di primo grado, ove afferma che la competenza ad individuare la disciplina ex ante non esaurisce la disciplina di settore, lasciando spazi per interventi ex post ad opera di Antitrust, sulla base del modello del "caso per caso".

Difatti, premesso che una formulazione più attenta induce piuttosto a ritenere che la possibilità – indubbiamente da ammettersi – di interventi non puntualmente disciplinati trovi il suo fondamento sempre nella normativa, sia primaria che secondaria, come fin qui ricostruita, la necessità di garantire la coerenza logico-sistematica dell'azione repressiva esige che ad essa provveda un'unica autorità, senza distinzioni fondate su una contrapposizione, inaccettabile sul piano pratico prima ancora che su quello teorico, fra una disciplina "ex ante", affidata alla competenza di una autorità, e una presunta disciplina "ex post", affidata ad una altra autorità, la cui competenza si amplierebbe o si restringerebbe a seconda della maggiore o minore estensione della disciplina dettata dall'autorità di settore.

10. Né tale conclusione comporta l'adozione di un regime sanzionatorio meno severo: infatti, premesso che un eventuale deficit dal punto di vista sanzionatorio non potrebbe comunque riverberare effetto alcuno in ordine alla individuazione dell'autorità competente nel caso in esame (comportando, semmai, l'obbligo di sollevare una eccezione di illegittimità costituzionale sul punto), occorre evidenziare che le sanzioni edittali attribuite alla competenza di Antitrust non sono superiori a quelle irrogabili da AGCOM. Inoltre, a quest'ultima Autorità, quale istituzione preposta all'intero settore delle comunicazioni elettroniche, spettano poteri inibitori e conformativi, tra l'altro in fatto già più volte esercitati, che non consentono di ritenere che la tutela apprestata da AGCOM possa ritenersi nel complesso qualitativamente inferiore a quella attribuita ad Antitrust.

11. Resta ovviamente inteso che l'assetto interpretativo adottato non riverbera effetto alcuno sul diverso problema affrontato da Cons. Stato, Sezione VI, 10 marzo 2006, n. 1271, ossia sulla possibilità che Antitrust valuti autonomamente il profilo anticoncorrenziale di clausole contrattuali, poste in essere nell'ambito di condotte che possano integrare le fattispecie di abuso di posizione dominante o di intese restrittive della concorrenza.

Come pure rimane fermo che il comportamento delle due autorità deve ispirarsi ad un ovvio principio di collaborazione, che potrà esprimersi sia attraverso segnalazioni di Antitrust all'altra Autorità, sia attraverso richieste di parere alla prima da parte di quest'ultima; e ciò in entrambi i casi a garanzia della uniformità della loro azione.

12. A conclusione delle argomentazioni esposte occorre evidenziare come la soluzione adottata appare più rispettosa del principio costituzionale del “buon andamento” dell’amministrazione, evitando quelle possibili esternalità negative denunciate in sede di rimessione da parte della VI Sezione. Infatti, in questo modo si evita di sottoporre gli operatori a duplici procedimenti per gli stessi fatti, con possibili conclusioni anche differenti tra le due autorità (come in pratica è avvenuto). Inoltre, si consente che si dettino indirizzi univoci al mercato, che altrimenti verrebbe a trovarsi in una situazione di possibile disorientamento, con potenziali ripercussioni sulla stessa efficienza dei servizi nei riguardi degli utenti/consumatori e sui costi che questi ultimi sono chiamati a pagare. Per non parlare, poi, della evidente violazione del principio di proporzionalità che si verrebbe a configurare nel caso di cumulo materiale delle sanzioni da parte di entrambe le autorità.

13. Discende da quanto sopra esposto che è fondata l’eccezione di incompetenza di Antitrust formulata dalla società appellante nel primo motivo di impugnazione, con conseguente obbligo di riforma della sentenza di primo grado e di annullamento del provvedimento impugnato.

Il tenore della presente pronuncia consente di assorbire gli ulteriori motivi di impugnazione proposti.

Tenuto conto della particolare complessità della materia trattata, ritiene il Collegio che sussistano giustificati motivi per compensare interamente tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l’effetto, in riforma della sentenza di primo grado, annulla il provvedimento impugnato.

Spese compensate dei due gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Coraggio, Presidente

Gaetano Trotta, Presidente

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Stefano Baccharini, Presidente

Giuseppe Severini, Presidente

Alessandro Botto, Consigliere, Estensore

Marzio Branca, Consigliere

Aldo Scola, Consigliere

Anna Leoni, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Raffaele Greco, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE
IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/05/2012

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

Il Dirigente della Sezione