

Pubblicato il 22/07/2019

N. 09700/2019 REG.PROV.COLL.
N. 04311/2015 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4311 del 2015, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Telecom Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Lirosi, Piero Fattori e Alessandro Costantino, elettivamente domiciliata in Roma, via delle Quattro Fontane n. 20, presso lo studio legale Gianni, Origoni, Grippo & Partners;

contro

Autorità garante della concorrenza e del mercato e Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dall'Avvocatura generale dello Stato, presso la quale domiciliato in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Altroconsumo, non costituito in giudizio;

e con l'intervento di

Acotel S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Eugenio Prosperetti e Isabella Maria Stoppani,

elettivamente domiciliata in Roma, via Brenta, 2/A, presso lo studio dell'avv. Isabella Maria Stoppani;

per l'annullamento,

quanto al ricorso introduttivo,

- del provvedimento dell'AGCM n. 25264 (caso PS9466) assunto in data 13 gennaio 2015, notificato a Telecom il successivo 21 gennaio e pubblicato nel Bollettino dell'AGCM n. 1/2015, con il quale è stato deliberato: "a) che la pratica commerciale descritta al punto II del [...] provvedimento costituisce per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, 22, 24, 25, lettera a), e 26, lettera f), del Codice del Consumo, e ne vieta la diffusione o continuazione; b) che, con riferimento alla pratica commerciale descritta al punto II, sub a), b) e c), del presente provvedimento, posta in essere dalla società Telecom Italia S.p.A., alla stessa sia irrogata una sanzione amministrativa pecuniaria di 1.750.000 € (unmilionesettecentocinquantamila euro); d) che i professionisti comunichino all'Autorità, entro il termine di sessanta giorni dalla notifica del presente provvedimento, le iniziative assunte in ottemperanza alla diffida di cui al punto a)";

- del provvedimento dell'AGCM assunto in data 7 novembre 2014, con il quale è stato deliberato "di non accogliere gli impegni presentati" da Telecom;

- di ogni altro atto preordinato, conseguente o comunque connesso, ivi compresa la comunicazione dell'AGCM del 25 giugno 2014 di avvio del procedimento istruttorio PS9466, notificata a Telecom in data 1 luglio 2014, e, quanto ai motivi aggiunti,

per l'annullamento

del provvedimento dell'AGCM del 14 ottobre 2015 con il quale è stata accertata l'inottemperanza di Telecom.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e di Acotel

S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 luglio 2019 la dott.ssa Roberta Cicchese e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il provvedimento n. 25264 del 13 gennaio 2015 l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (d'ora in avanti anche Autorità o AGCM) ha ritenuto che una pratica commerciale posta in essere dalla Telecom Italia S.p.A. (d'ora in avanti Telecom) – e consistita nella fornitura agli utenti di telefonia mobile di servizi a pagamento (c.d. servizi premium) non richiesti e/o richiesti inconsapevolmente e nell'addebito dei relativi importi sul credito telefonico dei consumatori o in bolletta - costituisse una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, 22, 24, 25 e 26, lettera f), del codice del consumo e ha irrogato alla ricorrente la sanzione amministrativa pecuniaria di 1.750.000 euro.

Il ricorso, volto pure a contestare il rigetto degli impegni avvenuto in corso di procedimento, è affidato alle seguenti censure:

A Sull'incompetenza dell'AGCM ad adottare il provvedimento impugnato.

B Le condotte di Telecom oggetto di censura

I Violazione e falsa applicazione degli artt. 20, 22, 24, 25 e 26, lettera f), del codice del consumo. Eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche ed in particolare, contraddittorietà, difetto di motivazione, falsità di causa, falsità dei presupposti, eccesso e sviamento di potere.

C Censure avverso il provvedimento di rigetto degli impegni

II Violazione e falsa applicazione dell'art. 27, comma 8, del codice del consumo e dell'art. 9 del regolamento di procedura. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche ed in particolare falsità di causa, falsità dei presupposti.

III Sulla illegittimità della sanzione imposta a Telecom. Violazione e falsa applicazione dell'art. 27, comma 9, del codice del consumo, violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 11 della l. 689/81. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche ed in particolare difetto di motivazione, difetto di prova, illogicità manifesta, difetto di istruttoria, ingiustizia ed irragionevolezza manifeste, Sviamento. Difetto assoluto dei presupposti per l'irrogazione della sanzione.

Con successivo provvedimento n. 25666 del 14 ottobre 2015, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato accertava la parziale inottemperanza di Telecom al provvedimento oggetto dei ricorso introduttivo.

Il provvedimento è stato impugnato dalla ricorrente a mezzo di motivi aggiunti, affidati ai seguenti motivi di ricorso:

A Sull'invalidità derivata del provvedimento di inottemperanza

B Incompetenza e carenza di potere dell'AGCM ad imporre una specifica misura tecnica di attivazione dei servizi premium. Violazione e falsa applicazione dell'art. 27, commi 1 bis e 12, del codice del consumo. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche ed in particolare difetto di motivazione, illogicità manifesta, difetto di istruttoria, ingiustizia e irragionevolezza manifesta. Sviamento di potere

C. Violazione e falsa applicazione dell'art. 27, commi 1 bis e 12, del codice del consumo. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche ed in particolare difetto di motivazione, illogicità manifesta, difetto di istruttoria, ingiustizia e irragionevolezza manifesta. Sviamento di potere.

D Omessa richiesta di parere all'Autorità di regolazione competente, violazione e falsa applicazione dell'art. 27, comma 1 bis, del codice del consumo.

E Sulla illegittimità della sanzione imposta a Telecom. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 11 della l. 689/81. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche ed in particolare difetto di motivazione, difetto di prova, illogicità manifesta, difetto di istruttoria, ingiustizia ed irragionevolezza

manifeste. Sviamento. Difetto assoluto dei presupposti per l'irrogazione della sanzione.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato si è costituita in giudizio, instando per la reiezione del ricorso e dei motivi aggiunti.

La società Acotel s.p.a., che, con il medesimo provvedimento è stata sanzionata per una delle condotte in cui si è concretizzata la pratica, è intervenuta ad adiuvandum.

Con ordinanza collegiale n. 8902 del 24 luglio 2017 il Collegio ha disposto la sospensione del giudizio in considerazione della pendenza, dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea, di una questione pregiudiziale.

All'udienza del 3 luglio 2019 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso e i motivi aggiunti sono infondati.

Con il provvedimento n. 25264 del 13 gennaio 2015 l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha ritenuto la ricorrenza di una pratica commerciale scorretta, posta in essere da Telecom e da Acotel S.p.A., concernente la fornitura di servizi a pagamento (cd. servizi premium) non richiesti e/o richiesti inconsapevolmente e l'addebito dei relativi importi sul credito telefonico dei consumatori durante la navigazione in mobilità.

La pratica, unitariamente valutata, si è articolata, secondo la ricostruzione contenuta nel provvedimento, in tre tipologie di condotte.

La prima condotta è consistita nell'omissione di informazioni rilevanti circa l'oggetto del contratto di telefonia mobile e, in particolare, in ordine all'abilitazione dell'utente alla ricezione di servizi a pagamento durante la navigazione in mobilità, le caratteristiche essenziali, le modalità di fornitura e di pagamento dei suddetti servizi.

L'omissione riguardava pure la mancata esternazione all'utente dell'esistenza del c.d. blocco selettivo, ossia di un meccanismo di disattivazione dei c.d. servizi premium, nonché la necessità per l'utente di doversi attivare mediante una richiesta esplicita di adesione alla procedura di blocco.

La seconda condotta ha comportato l'implementazione, da parte dell'operatore di telefonia mobile, di un sistema automatico di trasferimento del numero di telefono dell'utente (c.d. "enrichment") dal gestore ai Content Service Provider (CSP), ossia i soggetti che editano i contenuti digitali a pagamento, e il successivo automatico addebito del servizio sul credito telefonico dell'utente senza che quest'ultimo avesse mai adottato un comportamento attivo (inserimento del proprio numero telefonico o altro codice di riconoscimento ecc.) o si fosse, in altro modo consapevole, reso riconoscibile.

La terza, infine, è consistita nella diffusione di messaggi volti a promuovere i servizi a pagamento che omettevano informazioni rilevanti circa gli elementi principali dell'offerta e i diritti dei consumatori nella contrattazione a distanza (recesso, ecc.), nonché caratterizzati da meccanismi che determinavano l'accesso ai predetti servizi e la loro attivazione con conseguente relativo addebito sul credito telefonico, in modo accidentale o, comunque, in assenza di una espressa manifestazione di volontà del consumatore (sfioramento manuale dello schermo da parte dell'utente, klik sul pulsante che identifica il comando di chiusura del relativo banner, ecc.).

Il provvedimento ha ritenuto l'addebitabilità a Telecom di tutte e tre condotte, nel loro insieme contrarie agli artt. 20, 22, 24, 25, lettera a), e 26, lettera f), del codice del consumo, e la riferibilità anche ad Acotel solo della terza modalità operativa.

Con il primo motivo di doglianza, ribadito con la prima censura dei motivi aggiunti, Telecom lamenta l'incompetenza dell'AGCM all'adozione del provvedimento impugnato

Secondo Telecom il comma 1 bis dell'art. 27 del codice del consumo - introdotto dal d.lgs. 21/2014 e a norma del quale *"Anche nei settori regolati, ai sensi dell'articolo 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'Autorità garante della concorrenza e*

del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente. Resta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta' - si porrebbe in contrasto con la disciplina dettata a livello comunitario dalla Direttiva 2005/29/CE, la quale, ponendo un principio di specialità tra norme, consentirebbe l'applicazione della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette solo ove non esistano norme di diritto comunitario che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali.

Tanto comporterebbe, in ragione della conformità dell'operato di Telecom ai provvedimenti emanati dall'autorità di regolazione (AGCom), l'incompetenza di AGCM all'adozione di provvedimenti sanzionatori.

La prospettazione non può essere condivisa.

Viene in proposito in rilievo la recente sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea n. 54 del 13 settembre 2018, la quale, pronunciandosi su una domanda pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato, ha affermato due importanti principi, entrambi applicabili alla fattispecie in esame.

La Corte ha in primo luogo ritenuto che *“la nozione di «fornitura non richiesta», ai sensi dell'allegato I, punto 29, della direttiva 2005/29, deve essere interpretata nel senso che, con riserva di verifiche da parte del giudice del rinvio, essa ricomprende condotte [...] consistenti nella commercializzazione, da parte di un operatore di telecomunicazioni, di carte SIM sulle quali sono preimpostati e preattivati determinati servizi, [...] senza che il consumatore sia stato previamente ed adeguatamente informato né di tale preimpostazione e preattivazione né dei costi di tali servizi?”*.

La Corte ha poi rilevato come *“L'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva 2005/29 dev'essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale in virtù della quale una condotta che costituisce una fornitura non richiesta, ai sensi dell'allegato I, punto 29, della direttiva 2005/29, [...], deve essere valutata alla luce delle disposizioni di tale direttiva, con la conseguenza che, secondo tale normativa, l'autorità nazionale di regolamentazione, ai sensi della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del*

Consiglio, del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro), come modificata dalla direttiva 2009/140/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, non è competente a sanzionare una siffatta condotta”.

Sotto tale ultimo profilo, la Corte, rilevando l'infondatezza di deduzioni spese anche dall'odierna ricorrente e poste da questa a base di una richiesta di rinvio pregiudiziale e utilizzando argomenti di natura interpretativa aventi portata generale, ha osservato come il contrasto rilevante ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva 2005/29/Ce “ a) deve riguardare norme dell'Unione e non norme nazionali” e “ b) può ritenersi sussistente solo là dove disposizioni diverse rispetto a quelle della direttiva 2005/29/Ce, disciplinanti aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, “impongono ai professionisti senza alcun margine di manovra obblighi incompatibili” con quelli stabiliti da tale direttiva (evidenziazione aggiunta)”.

Inoltre, secondo la Corte, la direttiva quadro e la direttiva servizio universale non solo “non prevedono una completa armonizzazione degli aspetti relativi alla protezione dei consumatori”, ma in base all'articolo 1, comma 4, della direttiva servizio universale, quest'ultima non pregiudica l'applicabilità della direttiva 2005/29/Ce, con la conseguenza che “non vi è contrasto” tra le norme di tali direttive per quanto concerne la tutela dei diritti degli utenti”.

Non essendo ravvisabile nessun contrasto, di conseguenza, il rapporto tra le due discipline non è di specialità e le stesse possono trovare applicazione parallela.

Ne discende che, anche nell'ordinamento interno i rapporti tra gli articoli 70 e 71 del Codice delle comunicazioni elettroniche (che danno attuazione agli articoli 20 e 21 della direttiva servizio universale) e gli articoli 20, 22, 24, 25, lettera a), e 26, lettera f), del Codice del Consumo non integrano un contrasto al quale debba applicarsi il principio di specialità.

Ciò è tanto più vero con riferimento alle delibere dell'AGCom, proprio perché non integranti normativa comunitaria.

Il medesimo principio è stato ribadito nella successiva ordinanza della medesima Corte di giustizia del 14 maggio 2019, nelle cause C-406/17, C-408/17 e C-417/17, riguardanti i settori dell'energia elettrica e del gas.

Anche in tali casi erano stati sollevati quesiti concernenti l'interpretazione dell'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva 2005/29/Ce ed è stato ribadito il medesimo principio, avendo la Corte di giustizia specificato che disposizioni, che riguardano il principio secondo cui gli Stati membri devono adottare misure per tutelare i consumatori garantendo un elevato livello di tutela di questi ultimi con particolare riguardo alla trasparenza delle condizioni di contratto, alle informazioni generali ed alle procedure di risoluzione delle controversie, non possono essere considerate speciali, poiché non disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali (nello stesso senso e per la portata generale del principio a tutte le ipotesi di pratiche aggressive, cfr. Tar Lazio Roma, sez. I, 16 aprile 2019, n. 4922).

Con il motivo di doglianza sub B), molto articolato, la ricorrente ha contestato la ricorrenza di profili di scorrettezza e di aggressività nelle pratiche commerciali sanzionate

Anche tale censura va respinta.

Vanno in proposito, in primo luogo, rigettate le argomentazioni, in sostanza riprodotte di motivi già spesi nella censura di incompetenza, secondo cui l'AGCM avrebbe violato il principio di specialità e sanzionato condotte comunque conformi alle previsioni regolamentari dettate dall'AGCom.

In sostanza il rispetto di tali previsioni regolamentari non esclude l'operatività di previsioni a tutela dei consumatori.

Né, come pure sostenuto da Telecom, le omissioni informative in materia di blocco selettivo ovvero l'attività di predisposizione delle landing page sono addebitabili ai soli CSP.

Come infatti osservato dalla sezione in una pronuncia concernente, al pari di quella odierna, servizi premium a sovrapprezzo, l'operatore telefonico va in tali casi senz'altro qualificato come "*professionista*", e pertanto responsabile in

proprio delle violazioni del codice del consumo, atteso che questi *“non si limita a mettere a disposizione la propria piattaforma tecnologia a qualsiasi operatore terzo con cui il proprio cliente voglia entrare in contatto”*, ma è, al contrario, *“parte, insieme col gestore terzo, di un ulteriore e lucroso rapporto commerciale con il proprio cliente, essendo in tal modo tenuto allo scrupoloso rispetto di un obbligo di diligenza, nei rapporti con il consumatore, adeguato alle particolarissime condizioni sopra indicate, rispondendo altresì del rispetto del medesimo obbligo di diligenza anche da parte del proprio partner commerciale.* (Tar Lazio, Roma, sez. I, 9 settembre 2015, n. 11122).

Come pure affermato in giurisprudenza, va poi considerato che, ai fini perseguiti dal Codice del consumo, costituisce causa di imputabilità della condotta al professionista il mancato impiego da parte di quest'ultimo della diligenza ordinariamente pretendibile *in eligendo* ed *in vigilando* per le attività svolte anche nell'immediato interesse di quest'ultimo (cfr., ex multis, Tar Lazio, Roma, sez. I, 17 maggio 2016, n. 5809).

Né possono esservi dubbi in ordine all'ascrivibilità del c.d. enrichment a una pratica aggressiva, avendo in proposito l'Autorità ravvisato la scorrettezza dell'attività del professionista nei confronti del consumatore non nel mero meccanismo di trasferimento dei dati *“bensì dalla predisposizione di una procedura priva, da un lato, di qualsiasi autorizzazione espressa e verificata del cliente allo specifico pagamento (essendo sufficiente un unico –anche inavvertito- click sulla landing page) e, dall'altro, di qualsiasi verifica preventiva da parte dell'operatore telefonico circa la effettiva volontà negoziale del cliente, che dovrà se del caso prendersi l'onere di disdire il servizio a seguito degli SMS inviati solo successivamente.”* (Tar Lazio, Roma, sez. I, 9 settembre 2015, n. 11122)

In conclusione, non appare, logicamente contestabile l'ascrivibilità della condotta complessivamente descritta a una fornitura non richiesta e dunque a un'ipotesi tipizzata di pratica aggressiva (art. 26, comma 1, lett. f), del codice del consumo).

Né vale enfatizzare il dato secondo cui l'oggetto principale dell'acquisto di una sim sia costituito dall'utilizzo della medesima per finalità di connessione e

comunicazione, atteso che l'onere di completezza informativa riguarda tutte le prestazioni riconducibili all'oggetto pubblicizzato o venduto, tanto più che le omissioni censurate attengono alla (inconsapevole) conclusione del distinto contratto di acquisto di servizi a pagamento.

La decettività della condotta, poi, non viene meno in ragione del fatto che l'utilizzo dei servizi premium sia meramente eventuale, atteso che l'esigenza di completezza informativa sottesa alla normativa consumeristica riguarda anche gli esiti possibili dell'utilizzo di un certo bene e non solo quelli altamente probabili.

Nessun valore può poi essere attribuito alla prospettata inesistenza di puntuali doglianze dei consumatori in ordine all'incompletezza informativa.

Come costantemente affermato in giurisprudenza, infatti, le condotte integranti pratiche commerciali scorrette costituiscono illeciti di pericolo, così che l'onere probatorio dell'Autorità è assolto dimostrando il possibile effetto negativo della pratica sui consumatori, ciò che nel caso in esame è avvenuto con diffuso richiamo ai servizi forniti e ai riscontri istruttori (sul principio per cui non si è in presenza di un illecito di danno, con la conseguenza che l'effettiva incidenza della pratica commerciale scorretta sulle scelte dei consumatori non costituisce un elemento idoneo a elidere o ridurre i profili di scorrettezza della stessa, cfr., oltre le pronunce sopra richiamate, Tar Lazio, Roma, sez. I, 21 gennaio 2019, n. 782).

Dalla stessa ricostruzione di parte ricorrente emerge poi come le informazioni e delucidazioni rese disponibili dall'operatore telefonico (concernenti i servizi premium e la possibilità di avvalersi del blocco preventivo) erano accessibili solo in un momento successivo all'acquisto della Sim o del servizio a sovrapprezzo, e dunque non *“al primo contatto”*, ciò che priva di rilievo la pretesa acquisibilità delle stesse sul sito del professionista.

Quanto infine alla posizione parzialmente diversa espressa dall'AGCom nel parere acquisito nel corso del procedimento, va poi rilevata la natura

obbligatoria ma non vincolante del parere medesimo (cfr., ex multis, Tar Lazio, Roma I, 9 maggio 2015, n. 11122).

Con il terzo motivo di doglianza la ricorrente ha censurato il provvedimento con il quale l'AGCM, in corso di procedimento, ha respinto gli impegni da essa proposti.

Anche tale motivo è infondato.

Il diniego degli impegni, per quanto riguarda la pratica oggetto di sanzione, è stato, infatti, motivato con riferimento alla ricorrenza di un interesse istituzionale a procedere all'accertamento dell'infrazione, in considerazione del fatto che gli impegni erano relativi a condotte che, ove accertate, avrebbero potuto integrare una fattispecie di pratica commerciale manifestamente scorretta e grave.

Il diniego appare, dunque, conforme alla previsione contenuta nel comma 7 dell'art. 27 del codice del consumo, che esclude la possibilità di presentare impegni nei *“casi di manifesta scorrettezza e gravità della pratica commerciale”*.

Quanto al pure richiamato interesse istituzionale all'accertamento, va poi ricordato come il provvedimento di rigetto degli impegni sia espressione di ampio potere discrezionale.

In proposito la giurisprudenza ha rilevato come *“[L]’Autorità gode di ampia discrezionalità nell'accogliere o nel respingere le offerte di impegno a cessare dal comportamento scorretto da parte dei soggetti che risultano destinatari dell'apertura di una procedura di infrazione. Tale lata discrezionalità si estrinseca, più nel dettaglio, in una duplice direzione: anzitutto nell'accertare se il caso, per la sua gravità intrinseca e per la natura manifesta della scorrettezza accertata, merita in ogni caso la finalizzazione del procedimento sanzionatorio, che resterebbe altrimenti inibita dall'accettazione della dichiarazione di impegno; in secondo luogo, nella valutazione dei contenuti specifici della dichiarazione espressiva dello ius poenitendi”* (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, 21 marzo 2018, n. 1820, Tar Lazio, Roma, sez. I, 22 marzo 2018, n. 3186 e 8 febbraio 2018, n. 1523).

La detta discrezionalità non viene certo meno a seguito dell'interlocuzione procedimentale in concreto intervenuta, che non è idonea a creare uno specifico affidamento del professionista in ordine all'accettazione degli impegni.

La motivazione del diniego appare poi corretta anche laddove afferma la manifesta scorrettezza e gravità della pratica, ad escludere le quali, come ampiamente sopra rilevato, non vale la sola conformità delle condotte a prescrizioni dettate dall'Autorità di regolazione.

Quanto alla circostanza dell'avere quest'ultima, nel parere acquisito in fase infraprocedimentale, ritenuto la scorrettezza delle sola omissione informativa relativa all'oggetto del contratto e al blocco selettivo, poi, deve ricordarsi la natura obbligatoria, ma non vincolante del parere stesso (cfr., ex multis, Tar Lazio, Roma, sez. I, 9 maggio 2015, n. 11122).

Va infine respinto l'ultimo motivo di doglianza, con il quale la ricorrente ha contestato l'attività di quantificazione della sanzione.

In proposito deve osservarsi come, nella determinazione della sanzione, l'Autorità si è attenuta ai parametri di riferimento individuati dall'art. 11 della legge n. 689/81, in virtù del richiamo previsto all'articolo 27, co. 13, del d.lgs. n. 206/05, e quindi ha considerato, in generale, la gravità della violazione e la durata della stessa.

Con riferimento alla gravità della violazione, il provvedimento ha evidenziato la dimensione economica del professionista, che presenta un fatturato pari a circa 15 miliardi e mezzo di euro e rappresenta uno dei principali operatori di telefonia, la pluralità e la natura dei profili di scorrettezza, che ricomprendono anche comportamenti aggressivi di particolare impatto sull'autodeterminazione del consumatore nelle proprie scelte commerciali, la diffusività e penetrazione della pratica e l'insidiosità della condotta.

L'Autorità ha poi tenuto conto della diffusione e della penetrazione della pratica e della sua durata (iniziata nel marzo 2014 ancora in corso al momento dell'adozione del provvedimento impugnato, gennaio 2015).

Ne risulta il corretto apprezzamento della gravità della pratica, considerata anche la puntuale e argomentata motivazione del provvedimento in ordine alla idoneità della condotta posta in essere dal professionista a produrre l'indebito condizionamento dei consumatori, già sopra rilevata.

Sul profilo soggettivo, poi, in ordine alla asserita mancanza dell'elemento psicologico nella condotta posta in essere, il Collegio richiama il costante orientamento della giurisprudenza, secondo il quale, nelle sanzioni amministrative, è necessaria e sufficiente la coscienza e volontà della condotta attiva od omissiva, senza che occorra la concreta dimostrazione del dolo o della colpa, giacché la norma pone una presunzione di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che lo abbia commesso (cfr. Tar Lazio, Roma, sez. I, 23 marzo 2019, n. 4182, 21 gennaio 2019, n. 782, 24 aprile 2018, n. 4571, 30 ottobre 2017, n. 10834 e 17 gennaio 2017, n. 765).

Né la somma irrogata importa una violazione del principio di ragionevolezza e proporzionalità, alla luce del consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui, ai fini di una efficace funzione deterrente, la sanzione va parametrata al fatturato realizzato dall'impresa (così, ex multis, Tar Lazio, Roma, sez. I, 22 giugno 2018, n. 7009 e Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 agosto 2013, n. 4085).

Sostanzialmente generiche e assertive, poi, appaiono le contestazioni in punto di disparità di trattamento con operatori destinatari di precedenti provvedimenti sanzionatori, atteso, da un lato, che non emerge dal ricorso la predicata identità di situazioni, e considerata, dall'altro, la fisiologica complessità e peculiarità delle valutazioni compiute in materia dall'Autorità, in relazione alle quali, pur in presenza di elementi di analogia, risulta ordinariamente esclusa l'identità dei casi, così che il richiamo ai diversi importi determinati non è idoneo di per sé a tradursi, come *tertium comparationis*, in un vizio di legittimità della valutazione negativa intervenuta in una diversa ipotesi (cfr. Tar Lazio, Roma, sez. I, 21 gennaio 2019, n. 782, 9 gennaio 2015, n. 238 e 6 giugno 2008, n. 5578).

Del pari assertiva appare la doglianza relativa alla mancata commisurazione della sanzione alla durata della pratica, atteso che la ricorrente non contesta il corretto calcolo dell'arco temporale durante il quale la condotta si è dispiegata, attenendo gli ulteriori profili argomentativi alla già respinta censura di difetto di proporzionalità.

Diversamente da quanto ritenuto in ricorso, infine, l'Autorità ha correttamente bilanciato la circostanza aggravante costituita dalla recidiva con l'attenuante integrata dalla spontanea attuazione degli impegni.

Vanno del pari respinti i motivi aggiunti, volti a contestare l'accertata inottemperanza al provvedimento impugnato con il ricorso introduttivo e la correlativa inflizione di una sanzione.

In punto di fatto appare opportuno ricordare come, a seguito dell'emanazione del primo provvedimento, Telecom ha inviato una relazione di ottemperanza nella quale ha dato atto di aver adottato le seguenti misure:

- adozione di un meccanismo tecnico che consente di gestire e controllare direttamente l'area della landing page proposta all'attivazione dei servizi I-frame, provvedendo ad includere in tale area le informazioni relative al fatto che il costo del servizio viene addebitato sul credito/conto telefonico del cliente e che con l'attivazione il numero dell'utente è trasferito al CSP per la fornitura;
- rafforzamento delle attività di monitoraggio e di repressione delle bad practices dei CSP;
- previsione di una procedura di ristoro dei consumatori che lamentano una fornitura non richiesta.

L'Autorità, anche alla luce di segnalazioni di consumatori successive all'adozione dell'atto, ha rilevato come Telecom non avesse *“implementato misure idonee a prevenire la fornitura non richiesta di servizi premium derivante da attivazioni materialmente involontarie”*.

In particolare, a giudizio dell'AGCM, *“non risultano essere state adottate soluzioni atte ad impedire che l'acquisto del servizio e il conseguente automatico addebito sul credito*

telefonico del cliente derivino dalla digitazione casuale dell'unico pulsante previsto per l'attivazione (c.d. click to accept) e non siano, dunque, realmente e consapevolmente voluti dal consumatore”.

Tanto premesso, può procedersi direttamente all'esame del terzo motivo di doglianza, attesa, alla luce di quanto sopra esposto, l'infondatezza della censura di invalidità derivata, articolata con il primo motivo, ed essendo già stata sopra esaminata e respinta la censura di incompetenza, articolata con il secondo motivo di ricorso.

Con riferimento al terzo motivo rileva, dunque, il Collegio come, diversamente da quanto sostenuto dalla ricorrente, il provvedimento non ha affatto sanzionato una condotta nuova, la scorrettezza della quale non aveva formato oggetto del provvedimento asseritamente inottemperato, atteso che la condotta omissiva descritta appare un logico sviluppo della pratica commerciale, la cui declinazione è peraltro modellata sulle misure concretamente adottate dal professionista in esecuzione del provvedimento impugnato, tali da coprire alcuni, ma non tutti, i profili di illiceità in precedenza rilevati.

Va pure respinto il quarto motivo di doglianza, con il quale la ricorrente ha lamentato la mancata acquisizione del parere dell'Autorità di regolazione competente.

Come già affermato più volte dalla Sezione, il procedimento di verifica dell'inottemperanza, di cui al comma 12 dell'art. 27 del codice del consumo, non è riconducibile ad un procedimento di accertamento dell'esistenza di pratiche commerciali scorrette, con la conseguenza che la disciplina applicabile non è quella invocata dalla ricorrente, ma quella di carattere generale contenuta nella l. n. 689 del 1981 (TAR Lazio, sez. I, 3 settembre 2014, n. 9314, 28 marzo 2013, n. 3209, 27 settembre 2012, n. 8170 e 8 aprile 2009, n. 3723).

Medesima reiezione si impone per l'ultimo motivo di ricorso, con il quale la ricorrente ha censurato l'attività della quantificazione della sanzione irrogata

per l'inottemperanza, attesa la palese ravvisabilità di una condotta inottemperante, già ritenuta nell'esame della terza doglianza dei motivi aggiunti, la corretta commisurazione della sanzione al patrimonio del professionista, l'irrilevanza dell'asserita assenza di elemento psicologico.

In proposito va pure considerato che proprio la natura del provvedimento, che ha constatato la parziale mancata esecuzione del precedente deliberato dell'Autorità, esclude che la (altrettanto parziale) esecuzione dell'atto possa integrare utilmente una circostanza attenuante.

Da ultimo va rilevata la tardività della doglianza di violazione del *ne bis in idem*, nella formulazione spiegata con la memoria del 17 giugno 2019, peraltro infondata, alla luce del diverso oggetto e dei diversi periodi considerati dai due provvedimenti che, nella ricostruzione di parte, avrebbero posto in essere il duplice intervento sanzionatorio.

Non ricorrono, infine, alla luce di quanto osservato nell'esame della censura di incompetenza, i presupposti per una nuova rimessione alla Corte di giustizia, contenendo la richiamata pronuncia del 2018 argomentazioni sufficienti a consentire la decisione della presente controversia, né per una rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità dell'art. 27 bis del codice del consumo, attesa l'assenza, alla luce di quanto sopra esposto, di profili di sovrapposizione di competenze tra Autorità di regolazione e Autorità competente per la tutela del consumatore.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo a favore dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, mentre sono compensate nei confronti dell'interventore ad adiuvandum, che ha sviluppato in sostanza argomentazioni oggetto di autonomo ricorso.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento in favore dell'AGCM delle spese processuali, liquidate in € 10.000,00 oltre accessori di legge, se dovuti.

Compensa le spese nei rapporti tra intervenore ad adiuvandum e AGCM.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 luglio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Roberta Cicchese, Consigliere, Estensore

Roberta Ravasio, Consigliere

L'ESTENSORE
Roberta Cicchese

IL PRESIDENTE
Carmine Volpe

IL SEGRETARIO