

Pubblicato il 22/07/2019

N. 09695/2019 REG.PROV.COLL.
N. 04224/2015 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 4224 del 2015, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Wind Telecomunicazioni S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Gian Michele Roberti, Isabella Perego e Marco Serpone, elettivamente domiciliata in Roma, Foro Traiano 1/A, presso lo studio dell'avv. Gian Michele Roberti;

contro

Autorità garante della concorrenza e del mercato, 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 domiciliano in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Codacons, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Carlo Rienzi, elettivamente domicilio in Roma, viale Mazzini, 73, eletto presso lo studio dell'avv. Rienzi presso il Codacons;

per l'annullamento,

quanto al ricorso introduttivo,

del provvedimento n. 25263 dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato del 13 gennaio 2015, notificato il 22 gennaio 2015, adottato a conclusione del procedimento PS9465 - WIND Servizi Premium, che ha comminato a WIND Telecomunicazioni S.p.A. una sanzione di 800.000 Euro, per la violazione degli artt. 20, 22, 24, 25, lett. a), e 26, lett. f), del d.lgs. 206/2005;

del provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato del 5 novembre 2014 (Prot. n. 0052283), notificato il 7 novembre 2015, con cui l'Autorità ha rigettato gli impegni proposti da WIND nel quadro del procedimento PS9465;

e, quanto ai primi motivi aggiunti,

per l'annullamento

del provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato del 18 giugno 2015 di avvio del procedimento n. IP234 per l'inottemperanza al provvedimento n. 25263

e, quanto ai secondi motivi aggiunti,

per l'annullamento

del provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato del 14 ottobre 2015 di conclusione del procedimento n. IP234, che ha accertato l'inottemperanza al provvedimento n. 25263.

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 del Codacons;

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. 25263 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 Wind Telecomunicazioni S.p.A. (d'ora in avanti Wind) – 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, lettera a), e 26, lettera f), del codice del consumo e ha irrogato alla ricorrente la sanzione amministrativa pecuniaria di 800.000 euro.

Tale provvedimento, unitamente alla delibera di rigetto degli impegni, assunta in corso di procedimento, è stato impugnato da Wind con il ricorso introduttivo.

Il ricorso è affidato alle seguenti censure:

I. Difetto assoluto di competenza – Violazione del principio di specialità, del ne bis in idem e del buon andamento della pubblica amministrazione. Carezza e illogicità della motivazione.

II. Violazione e falsa applicazione degli artt. 20 e 22 del codice del consumo – difetto di istruttoria – illogicità, contraddittorietà e carezza della motivazione.

III. Violazione e falsa applicazione degli artt. 24, 25 e 26, lettera f), del codice del consumo - Difetto di istruttoria – Illogicità, contraddittorietà e carezza della motivazione.

IV. Violazione e falsa applicazione dell'art. 27, comma 3, del codice del consumo - Irragionevole e immotivato rigetto degli impegni presentati – Difetto di istruttoria – Illogicità, contraddittorietà e carezza della motivazione.

V. Violazione e falsa applicazione dell'art. 27, comma 7, del codice del consumo e dell'art. 11 della legge 689/81 – Violazione del principio di proporzionalità e di parità di trattamento – Illogicità, contraddittorietà e carezza della motivazione.

Con i primi motivi aggiunti la ricorrente ha poi impugnato la comunicazione di avvio del procedimento volto ad accertare l'inottemperanza alla delibera n. 25263, oggetto del ricorso introduttivo.

Il provvedimento è stato censurato per invalidità derivata e per vizi propri.

Con successivo provvedimento n. 25665 del 14 ottobre 2015, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha accertato l'inottemperanza di Wind al provvedimento n. 25263, in considerazione del fatto che l'operatore telefonico non avrebbe *“implementato misure idonee a prevenire la fornitura non richiesta di servizi premium derivante da attivazioni casuali effettuate inconsapevolmente dal consumatore”*.

Il provvedimento è stato impugnato da Wind a mezzo di secondi motivi aggiunti, con i quali è stato pure censurato il rigetto della richiesta di sospensione del procedimento.

Il ricorso è affidato ai seguenti motivi di doglianza:

I. Illegittimità in via derivata.

II Difetto di competenza. Violazione e falsa applicazione delle direttive 2005/29/CE – Difetto assoluto e carenza dei presupposti – Violazione e falsa applicazione dell'art. 27, commi 3 e 12, del codice del consumo – Violazione e falsa applicazione gli artt. 18, 20, 22, 24, 25 e 26, lettera f), - travisamento dei fatti – difetto di motivazione.

III Violazione e falsa applicazione dell'art. 27, comma 12, del codice del consumo – Violazione dell'art. 11 della legge 689/81- Violazione del principio di proporzionalità e di parità di trattamento – illogicità, contraddittorietà e carenza della motivazione.

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

L'associazione di consumatori Codacons, denunciante nel corso del procedimento, si è costituita in giudizio chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza collegiale n. 8904 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

Con il provvedimento n. 25263 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 Wind e 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 si sarebbe articolata in due tipologie di condotte.

La prima condotta sarebbe consistita nell'omissione di informazioni rilevanti e/o nella diffusione di informazioni non rispondenti al vero circa l'oggetto del contratto di telefonia mobile.

In particolare, al consumatore non sarebbero stati resi noti l'abilitazione della Sim alla ricezione di servizi a pagamento durante la navigazione in mobilità, le caratteristiche essenziali, le modalità di fornitura e di pagamento dei suddetti servizi, nonché la possibilità di disattivare la detta abilitazione mediante il c.d. blocco selettivo, per l'attivazione del quale era necessaria una richiesta esplicita dell'utente volta ad aderire alla procedura di blocco.

La seconda condotta sarebbe consistita nell'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), soggetti che editano i contenuti digitali a pagamento, e nel 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 pratica è stata ritenuta, nel suo insieme, contraria agli artt. 20, 22, 24, 25, lettera a) e 26, lettera f), del codice del consumo.

Con successivo provvedimento del 14 ottobre 2015, l'Autorità, sulla base della relazione di ottemperanza presentata dalla ricorrente e tenuto conto delle segnalazioni pervenute dopo l'emanazione della relazione medesima, ha rilevato la ricorrenza di profili di inottemperanza da parte di Wind, con specifico riguardo alla mancata implementazione di misure tecniche relative all'acquisizione del consenso consapevole del consumatore all'atto dell'acquisto dei servizi premium, atte a impedire le attivazioni involontarie derivanti dalla previsione di un unico click per l'acquisto del servizio, e ha irrogato a Wind una sanzione pecuniaria.

Prima di passare all'esame dei diversi motivi di doglianza articolati dalla ricorrente, il Collegio ritiene necessario richiamare il contenuto della recente sentenza n. 54 del 13 settembre 2018 della Corte di giustizia dell'Unione europea, la quale, pronunciandosi nelle cause riunite C-54/17 e C-55/17, su domande di pronuncia pregiudiziale ad essa rimesse dal Consiglio di Stato, ha affermato che:

1) *“La nozione di «fornitura non richiesta», ai sensi dell'allegato I, punto 29, della direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»), dev'essere interpretata nel senso che, con riserva di verifiche da parte del giudice del rinvio, essa ricomprende condotte come quelle di cui trattasi nei procedimenti principali, consistenti nella commercializzazione, da parte di un operatore di telecomunicazioni, di carte SIM (Subscriber Identity Module, modulo d'identità dell'abbonato) 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.*

2) *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, come quelle di cui trattasi nei procedimenti principali, 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.”

Diversamente da quanto sostenuto dalla ricorrente nelle memorie da ultimo depositate, le conclusioni raggiunte dalla Corte sono perfettamente traslabili alla fattispecie in esame, ciò che comporta il rigetto delle censure volte a contestare l'ascrivibilità della pratica commerciale posta in essere a una pratica aggressiva e la competenza dell'AGCM all'adozione dell'atto.

Sotto il primo profilo, sviluppato nel secondo e nel terzo motivo del ricorso introduttivo, deve, in primo luogo, osservarsi come, alla luce della motivazione dell'atto e, in particolare della sua parte dispositiva, l'Autorità, pur avendo individuato diverse modalità operative nelle quali si articolava la condotta, abbia accertato e sanzionato un'unica pratica commerciale, consistita nella fornitura agli utenti di telefonia mobile di Wind di servizi premium a pagamento non richiesti e/o richiesti inconsapevolmente, generando così l'addebito dei relativi importi sul credito telefonico dei consumatori.

In sostanza accadeva che determinati contenuti digitali pubblicizzati dall'operatore telefonico mediante dei banner presenti in siti web o in applicazioni per cellulare comparivano all'improvviso durante la navigazione.

Senza che ne avesse consapevolezza, quindi, il consumatore che cliccava sul banner veniva fatto atterrare su una landing page, ciò che costituiva modalità di conclusione dell'acquisto di un servizio a sovrapprezzo (con addebiti fino a 12€ per mese), circostanza della quale l'utente veniva a conoscenza solo a seguito del prelievo della somma dal conto telefonico.

Al consumatore non era neppure previamente comunicata la possibilità di disattivare tale modalità di acquisto attivando il c.d. blocco selettivo.

Sebbene il meccanismo di atterraggio venisse predisposto dal fornitore del servizio (Content Service Provider – CSP) era Wind a gestire il servizio dell'automatico trasferimento del numero di telefono e conseguente automatico addebito sul credito telefonico della SIM del cliente (enrichment).

Alla produzione del risultato finale - acquisto inconsapevole di servizi a pagamento dal parte del consumatore e addebito automatico delle somme - contribuivano, pertanto, sia la condotta consistente nell'omissività informativa sia il meccanismo di trasferimento dei dati dell'utente da parte dell'operatore telefonico ai CSP con il successivo prelievo dell'importo.

Le dette circostanze di fatto non sono utilmente contestate in ricorso, avendo la ricorrente inequivocabilmente riconosciuto il fatto che le informazioni in ordine alle modalità di attivazione dei servizi a sovrapprezzo, ai costi e alla possibile disattivazione diventavano accessibili in tempo successivo alla stipula del contratto di acquisto di servizi a sovrapprezzo, atteso che le informazioni erano accessibili a mezzo di canali di conoscenza (quali il sito internet dell'operatore o il suo canale telefonico) di attivazione meramente eventuale da parte del consumatore e comunque in maniera non contestuale alla conclusione dell'acquisto del servizio a pagamento (cfr. ricorso introduttivo, pagine 44 e seguenti).

Neppure è stato contestato il fatto che l'addebito della tariffazione al cliente finale, che in misura percentuale significativa veniva poi attribuita all'operatore telefonico, si realizzava tramite un sistema gestito dallo stesso operatore telefonico, il quale trasferiva in via automatica al CSP il numero di telefono del consumatore, sul conto telefonico del quale, sempre con modalità automatica e in assenza di consapevolezza dell'utente, veniva addebitato il costo del servizio.

Alla luce di quanto esposto, appare evidente come la condotta posta in essere da Wind abbia integrato la fattispecie vietata dall'articolo 26, lettera f) del

Codice del Consumo, secondo cui costituisce pratica commerciale aggressiva *“esigere il pagamento immediato o differito o la restituzione o la custodia di prodotti che il professionista ha fornito, ma che il consumatore non ha richiesto”*.

Sulla contrarietà di tale pratica al codice del consumo si è già pronunciata la giurisprudenza della sezione, con riferimento ad un provvedimento dell'AGCM emesso nell'ambito di un gruppo di delibere relative a diversi operatori che avevano attivato servizi premium operanti con le medesime caratteristiche (cfr. Tar Lazio Roma sez. I, 9 maggio 2015, n. 11122).

Conclusivamente, con riferimento ai due motivi di ricorso in esame, va dunque osservato che:

- a) il provvedimento ha compiutamente descritto la condotta posta in essere dall'operatore telefonico, individuando puntualmente le prescrizioni di legge da questa violate;
- b) le informazioni omesse (concernenti le modalità di conclusione del contratto di acquisto dei servizi premium o la possibilità di bloccare preventivamente l'acquisto di tali tipi di prodotti mediante l'attivazione del blocco preventivo) erano sicuramente rilevanti con riferimento al contratto di acquisto dei servizi a sovrapprezzo che il consumatore andava a stipulare, diverso e distinto da quello, già stipulato, di acquisto della Sim, alla completezza informativa del quale fa invece riferimento la ricorrente;
- c) alla luce del contenuto delle informazioni omesse e del fatto che le attivazioni avevano comunque luogo in maniera spesso involontaria e inconsapevole, il provvedimento risulta aver puntualmente evidenziato il nesso causale tra le omissioni informative e l'alterazione della libertà di scelta del consumatore;
- d) il giudizio di scorrettezza della pratica non ha riguardato il meccanismo dell'enrichment in sé, il quale *“appare del tutto congeniale alla rapidità e flessibilità della rete, e suscettibile di importanti sviluppi commerciali, anche in favore dei consumatori, ad esempio con il diffondersi dei sistemi di mobile payment mediante cellulare o smartphone”*, ma ha avuto ad oggetto *“la 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.” (così Tar Lazio, Roma, sez. I, n. 11122/2015, nello stesso senso, Consiglio di Stato 5 marzo 2015, n. 1104);

e) la circostanza che l’operatore telefonico conseguisse, in virtù di un meccanismo di *revenue sharing*, un significativo guadagno, corrispondente a una consistente percentuale per ogni attivazione dei predetti servizi premium, determina la corretta qualificazione dell’operatore telefonico quale “*professionista*” ai sensi 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 secondo il noto principio della net neutrality (impropriamente citato da parte ricorrente al riguardo) ma che, al contrario, è 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*” (così Tar Lazio, Roma, sez. I, n. 11122/2015; nel senso 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. pure Tar Lazio, 17 maggio 2016, n. 5809).

Quanto alla doglianza di incompetenza dell’AGCM all’adozione del provvedimento sanzionatorio, sostenuta con il primo motivo di doglianza del ricorso introduttivo e con il secondo motivo dei secondi motivi aggiunti, la stessa va del pari respinta alla luce della citata decisione della Corte di Giustizia.

E, infatti, la Corte, premesso che il “*conflitto*” tra disposizioni rilevanti ai sensi dell’art. 3, paragrafo 4, della direttiva 2005/29, e tale da comportare la sola applicazione della normativa speciale rispetto a quella generale, deve riguardare norme dell’Unione e non norme nazionali, ha rilevato come un “*contrasto*” possa 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.

La Corte ha poi rilevato come, poiché, alla luce dell’art. 1, paragrafo 4, della direttiva “*servizio universale*” (la quale prevede che le disposizioni di tale direttiva relative ai diritti degli utenti finali si applichino fatte salve le norme dell’Unione in materia di tutela dei consumatori e le norme nazionali conformi al diritto dell’Unione), non vi è contrasto tra il diritto dell’Unione in materia di comunicazioni elettroniche e le norme consumeristiche in materia di pratiche commerciali sleali integranti forniture non richieste, l’applicabilità della direttiva 2005/29 non è pregiudicata dalle disposizioni della direttiva “*servizio universale*”, con la conseguenza che la competenza sanzionatoria in materia di forniture non richieste nell’ambito di comunicazioni elettroniche non appartiene all’autorità di regolazione.

Ne discende, nel diritto nazionale, la competenza dell’AGCM e non dell’AGCom all’emanazione di provvedimenti sanzionatori in materia di forniture non richieste.

Dall’affermazione secondo cui il contrasto cui si riferisce l’articolo 3, para 4, della direttiva 2005/29/Ce riguarda solo norme dell’Unione e non norme nazionali, deriva pure che il principio di specialità, invocato dalla ricorrente con particolare insistenza nella memoria da ultimo depositata, non opera là dove le norme destinate a prevalere su quelle della direttiva 2005/29/Ce siano disposizioni nazionali, peraltro di fonte secondaria, che non costituiscono diretta trasposizione di disposizioni europee.

E' stato infatti chiarito che il principio di specialità deve essere analizzato a livello di disposizioni europee, potendosi solo in questo modo garantire l'obiettivo di armonizzazione massima perseguito dalla direttiva 2005/29/Ce.

Ne consegue che, diversamente da quanto asserito dalla ricorrente, con argomentazione che ricorre insistentemente in tutti i motivi di doglianza, nessun rilievo può essere attribuito, nel caso di specie, alla conformità delle condotte tenute dall'operatore alle delibere adottate dall'Agcom.

Gli stessi principi sono stati ribaditi nell'ordinanza della 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, in cui pure erano stati sollevati quesiti concernenti l'interpretazione dell'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva 2005/29/Ce.

In relazione alle diverse doglianze di incompetenza (articolate nella prima censura del ricorso introduttivo e nella seconda dei secondi motivi aggiunti) va dunque conclusivamente osservato che:

- a) la motivazione dell'Autorità che ha richiamato i commi 1 bis e 6 dell'art. 27 del codice del consumo appare del tutto legittima e sufficiente;
- b) i due provvedimenti (quello sanzionatorio e quello di accertata inottemperanza) presentano un contenuto inequivocabilmente puntuale, privo di valenza generale e, di conseguenza, della pretesa portata regolatoria, così che non appare in alcun modo ravvisabile la violazione del principio del *ne bis in idem*, lamentata dalla ricorrente sub specie di duplice esercizio di un potere regolamentare sulla medesima fattispecie, né le pure prospettate violazioni, invero genericamente evocate, dei principi costituzionali di parità di trattamento e di buon andamento.

Con il quarto motivo la ricorrente ha censurato il provvedimento con il quale l'AGCM ha respinto gli impegni da essa proposti in corso di procedimento. 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 alla ricorrenza di un 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).

L'esercizio di tale ampio potere discrezionale, con riferimento alla ritenuta gravità della condotta, poi, appare contestato in maniera sostanzialmente assertiva, laddove la ricorrente mira a sovrapporre la sua valutazione in ordine agli effetti della pratica a quella operata dall'Autorità.

Diversamente da quanto ritenuto, inoltre, non vi è alcuna contraddizione tra il provvedimento di rigetto degli impegni e la favorevole valutazione della spontanea esecuzione degli stessi quale elemento utile in punto di determinazione della sanzione.

In tale ultimo caso, infatti, come pure nel diniego di impegni, resta fermo il giudizio di illiceità della condotta alla luce della normativa consumeristica.

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).

Va infine respinto il 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 5 miliardi di euro e rappresenta uno dei principali operatori di telefonia a livello nazionale, nonché la pluralità e la natura dei profili di scorrettezza che ricomprendono anche comportamenti aggressivi di particolare impatto sull'autoderminazione del consumatore nelle proprie scelte commerciali.

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 analizzata nell'esame del secondo e del terzo motivo di ricorso.

Quanto alla addebitabilità della pratica a Wind, oltre che ai fornitori del servizio, si richiama poi quanto sopra osservato in punto di ricorrenza

dell'illecito e alla corretta qualificazione dell'operatore telefonico quale “*professionista*” con riferimento alla fornitura di servizi premium.

La riconducibilità della fattispecie ad un illecito di pericolo esclude, poi, la prospetta marginalità dell'impatto delle condotte sanzionate o la rilevanza dello scarso numero di denunce pervenute all'Autorità (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).

Né la somma irrogata importa una violazione del principio di ragionevolezza, 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).

La peculiare rilevanza della dimensione economica del professionista, inoltre, diversamente da quanto sostiene la ricorrente, non è in alcun modo alterata dalla percentuale di mercato ad esso riferibile.

Del pari generiche e assertive, poi, sono 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. T.A.R., Lazio, Roma, sez. I, 21 gennaio 2019, n. 782, 9 gennaio 2015, n. 238 e 6 giugno 2008, n. 5578).

Ancora 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, sotto tale censura articolati, alla già respinta censura di difetto di proporzionalità.

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

Il ricorso introduttivo va pertanto respinto.

I primi motivi aggiunti, volti a censurare la comunicazione di avvio del procedimento per inottemperanza, sono inammissibili perché rivolti avverso un atto endoprocedimentale, come prospettato alle parti ai sensi dell'art. 73, comma 3, c.p.a.

Vanno del pari respinti i secondi 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, Wind ha inviato all'Autorità una relazione di ottemperanza nella quale ha dato atto di aver adottato le seguenti misure:

- aggiornamento delle condizioni generali di contratto, mediante inserimento dell'avviso che la Sim è abilitata alla fruizione di servizi a pagamento, forniti anche da parti terze e addebitabili sul conto o sul credito telefonico del consumatore, e con esposizione del funzionamento del sistema di blocco preventivo;
- integrazione della modulistica fornita alla clientela in fase di stipula dei contratti di telefonia mobile;
- aggiornamento della pagina del sito internet e del sito web e sensibilizzazione degli operatori dei punti vendita.

L'Autorità, alla luce dello stesso contenuto della relazione di ottemperanza e delle segnalazioni di consumatori successive all'adozione delle misure, ha quindi rilevato come Wind non avesse implementato le misure idonee a prevenire le forniture non richieste derivanti da attivazioni dovute all'esercizio di una pressione casuale sul tasto di conferma.

In particolare, l'AGCM ha considerato che la procedura di addebito dei servizi a sovrapprezzo è fondata su un prelevamento automatico delle somme dal credito telefonico del cliente a seguito di un unico click su un pulsante di attivazione che – seppure posto sotto il diretto controllo dell'operatore con contestuale informativa circa le modalità di addebito – non consente dopo la conferma di avere la possibilità di annullare la richiesta.

Pur tenuto conto delle modifiche apportate, di conseguenza, restava in essere la possibilità che il consumatore attivasse il servizio per effetto di un singolo atto dispositivo che, in un contesto come quello della navigazione in mobilità da smartphone di dimensioni ridotte e caratterizzati da comandi in touchscreen, poteva anche risultare del tutto casuale o involontario.

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

Con tale doglianza la ricorrente ha lamentato l'estraneità della condotta sanzionata al perimetro dell'ottemperanza.

La censura è infondata.

Rileva, infatti, il Collegio come dal raffronto tra le condotte descritte nel provvedimento sanzionatorio originale e nel provvedimento di accertamento dell'inottemperanza emerge chiaramente come il secondo atto non ha affatto sanzionato una condotta nuova, mai contestata prima, atteso che la condotta omissiva descritta appare un logico sviluppo della scorrettezza della pratica commerciale già sanzionata, la cui declinazione è stata necessariamente

modellata, in via residuale, sulla base delle misure concretamente adottate dal professionista in esecuzione del provvedimento impugnato, tali da coprire alcuni, ma non tutti, i profili di illiceità in precedenza rilevati.

Tale attività non ha in alcun modo comportato la creazione di una nuova regola di condotta, essendo palese la riconducibilità dell'omissione sanzionata a una violazione puntuale del codice del consumo, della cui illegittimità l'Autorità aveva dato conto nel precedente provvedimento sanzionatorio.

Alcuna efficacia esimente poteva poi essere attribuita, in ordine alla parziale inottemperanza, alla necessità di attendere la definizione di un tavolo pendente presso l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni sulla procedura di revisione regolamentare relativa alla delibera 418/07/CONS.

Va pure respinto il terzo motivo di doglianza, con il quale la ricorrente ha censurato l'attività della quantificazione della sanzione irrogata per l'inottemperanza, attese: a) la corretta commisurazione della sanzione alla dimensione economica del professionista; b) l'irrilevanza della quota di mercato ad esso riferibile; c) l'ininfluenza del numero di denunce ricevute (trattandosi di illecito di pericolo); d) l'oggettiva insidiosità della pratica, in ragione della diffusione tramite internet e dell'ampia motivazione del provvedimento sul punto; e) il corretto apprezzamento della durata (la stessa ricorrente, a pagina 60 e seguenti dei secondi motivi aggiunti, riconosce che la completa implementazione è avvenuta alla fine di ottobre).

Da ultimo va 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.

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 di Codacons, in considerazione della peculiarità della fattispecie.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, respinge il ricorso introduttivo e i secondi motivi aggiunti, dichiara inammissibili i primi motivi aggiunti.

Condanna la ricorrente al pagamento in favore dell'AGCM delle spese processuali, liquidate in € 6.000,00 oltre accessori di legge, se dovuti.

Compensa le spese nei rapporti tra ricorrente e controinteressato.

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