

N. 00004/2016 REG.PROV.COLL.

N. 00017/2015 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 17 di A.P. del 2015, proposto da:

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Wind Telecomunicazioni Spa, in persona del legale rappresentate pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Gian Michele Roberti, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, via del Foro Traiano, 1/A;

nei confronti di

Associazione Altroconsumo;

Vito Rizzo;

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, in persona del Presidente pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Bruno Nascimbene e Aristide Police, con domicilio eletto presso l'avvocato Aristide Police in Roma, via di Villa Sacchetti, 11;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Telecom Italia S.p.A., in persona del legale rappresentate pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Fausto Caronna e Mario Siragusa, con domicilio eletto presso l'avvocato Mario Siragusa in Roma, piazza di Spagna, 15;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, n. 01754/2013, resa tra le parti, concernente l'irrogazione di sanzione amministrativa pecuniaria per pratica commerciale scorretta.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Wind Telecomunicazioni Spa, di Telecom Italia Spa e dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 dicembre 2015 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti l'Avvocato dello Stato Meloncelli e gli avvocati Roberti, Nascimbene, Caronna, e Siragusa;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Roma, Sez. I, con la sentenza 18 febbraio 2013, n. 1754, ha accolto il ricorso proposto dall'attuale parte appellata Wind Telecomunicazioni Spa per l'annullamento della decisione 6 marzo 2012, n. 23356, assunta all'esito del procedimento PS7002 e notificata a Wind Telecomunicazioni Spa in data 23 marzo 2012, con cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha condannato Wind Telecomunicazioni Spa, in qualità di professionista, al pagamento della sanzione amministrativa pecuniaria di euro 200.000,00 in relazione alla pratica commerciale giudicata scorretta ai sensi degli artt. 20, 24, 25 e 26, lett. f), d.lgs. n. 206-2005 (Codice del Consumo), e "consistente nell'aver omesso di informare in maniera adeguata gli acquirenti delle SIM dell'esistenza di servizi accessori già attivati, fra i quali, in particolare, la navigazione in internet ed il servizio di segreteria telefonica".

La sentenza è stata appellata avanti al Consiglio di Stato e la Sezione VI, cui è stato assegnato il ricorso, con ordinanza 18 settembre 2015, n. 4351, ha rimesso all'Adunanza Plenaria le seguenti questioni:

a) se l'articolo 27, comma 1-bis, del Codice del consumo, sia da interpretarsi come norma attributiva di una competenza esclusiva ad AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette, anche a fronte di condotte disciplinate da specifiche norme settoriali di derivazione europea (ritenute idonee a reprimere il comportamento sia con riguardo alla completezza ed esaustività della disciplina, sia con riguardo ai poteri sanzionatori, inibitori e conformativi attribuiti all'Autorità di regolazione);

b) in caso affermativo, se la circostanza che lo jus superveniens abbia attribuito ad AGCM la competenza all'esercizio del potere sanzionatorio in materia di pratiche commerciali scorrette comporti il venir meno dell'interesse alla decisione in ordine alla censura di incompetenza – formulata con riguardo alla sanzione adottata da tale Autorità nel precedente regime – anche nell'ipotesi in cui la nuova norma abbia aggravato il procedimento di irrogazione della sanzione con la previsione della necessaria acquisizione del parere dell'Autorità di regolazione.

Le parti, in sede di discussione avanti a questa Adunanza all'udienza 9 dicembre 2015, hanno riproposto le tesi già ribadite negli atti depositati in giudizio, insistendo sulla necessità di deferimento della questione oggetto del giudizio alla Corte di Giustizia.

DIRITTO

1. Rileva preliminarmente questa Adunanza che la fattispecie che ha dato luogo all'irrogazione della sanzione contestata in questo giudizio consiste nell'aver attivato, da parte del professionista, i servizi di navigazione in internet e di segreteria telefonica sulle SIM vendute senza aver previamente acquisito il consenso del consumatore e senza averlo reso edotto dell'esistenza della preimpostazione di tali servizi e della loro onerosità, così esponendolo ad eventuali addebiti inconsapevoli connessi alla navigazione internet e al servizio di segreteria.

Questa condotta è stata ritenuta "idonea a determinare un indebito condizionamento tale da limitare considerevolmente, e in alcuni casi addirittura escludere, la libertà di scelta degli utenti in ordine all'utilizzo e al pagamento dei servizi reimpostati" e, quindi, integrante la fattispecie della "pratica commerciale considerata in ogni caso aggressiva", attuata esigendo 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, vietata ai sensi dell'art. 26, comma 1, lett. f), d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206.

La condotta appena descritta, oggetto di sanzione da parte dell'Antitrust, è contestata nella misura in cui dà luogo a conflitti di norme sostanziali applicabili appartenenti a corpus normativi differenti, segnatamente riferibili nel caso di specie, nella prospettiva dell'appellata Wind, al settore regolato dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ("AgCom").

Ciò anche in considerazione del fatto che questa Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza 11 maggio 2012, n. 11 (e successive sentenze da 12 a 16-2012) ha stabilito l'incompetenza dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) ad applicare la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette (artt. 21 e ss. Codice del Consumo) nei settori in cui la tutela del consumatore è attribuita ad un'autorità regolamentare, secondo lo schema della cd. specialità "per settori".

2. Questa Adunanza ritiene di poter risolvere la questione relativa alla competenza dell'Autorità appellante (cui entrambi i quesiti, sostanzialmente, fanno riferimento), valorizzando nel caso in esame le condotte in specifico contestate.

Secondo questa Adunanza, la fattispecie in esame integra pacificamente una condotta anticoncorrenziale ai sensi della normativa appena citata, pur attuata mediante l'inosservanza di obblighi imposti dal Codice delle comunicazioni elettroniche e dalla normativa ad esso riferibile.

Tali condotte, infatti, consistono specificamente in pratiche commerciali aggressive messe in opera attraverso la violazione di obblighi informativi circa i servizi telefonici reimpostati.

Nel nostro sistema, mentre la pratica commerciale aggressiva è inequivocabilmente attratta nell'area di competenza dell'Autorità Antitrust appellante, la violazione degli obblighi informativi suddetta è invece, di per sé, suscettibile di sanzione da parte dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.

E' evidente, quindi, che nel caso di specie si assiste ad una ipotesi di specialità per progressione di condotte lesive che, muovendo dalla violazione di meri obblighi informativi comportano la realizzazione di una pratica anticoncorrenziale vietata ben più grave per entità e per disvalore sociale, ovvero di una pratica commerciale aggressiva.

Si realizza quindi nell'ipotesi in esame, sempre ai fini dell'individuazione dell'Autorità competente, più che un conflitto astratto di norme in senso stretto, una progressione illecita,

descrivibile come ipotesi di assorbimento-consunzione, atteso che la condotta astrattamente illecita secondo il corpus normativo presidiato dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni è elemento costitutivo di un più grave e più ampio illecito anticoncorrenziale vietato secondo la normativa di settore presidiata dall'Autorità Antitrust appellante.

Infatti, la violazione dei predetti obblighi informativi di per sé non è sufficiente ad integrare la fattispecie di illecito concorrenziale, poiché da tali obblighi è necessario inferire l'esistenza di un condizionamento tale da limitare considerevolmente, e in alcuni casi addirittura escludere, la libertà di scelta degli utenti in ordine all'utilizzo e al pagamento dei servizi reimpostati e, per conseguenza, ritenere integrata la condotta del "pagamento immediato o differito di prodotti che il consumatore non ha richiesto" che costituisce, ai sensi dell'art. 26 del Codice del consumo citato, "pratica commerciale considerata in ogni caso aggressiva".

3. Tale conclusione non è in contrasto con le citate pronunce dell'Adunanza Plenaria da 11 a 16-2012, atteso che le stesse stabilivano (al punto 6 della sentenza n. 11-2012) da un lato che "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 dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni", muovendo dalla circostanza che "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".

Dall'altro, tuttavia, si specificava che "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".

Proprio attuando tale ultimo inciso nel caso di specie, si può evidenziare, alla luce di quanto appena descritto che il comportamento contestato all'operatore economico con il provvedimento Antitrust impugnato in questa sede non è per nulla interamente ed esaustivamente disciplinato dalle norme di settore, che non comprende affatto un'ipotesi di illecito come quella considerata, ovvero una "pratica commerciale considerata in ogni caso aggressiva", ricostruita sulla base dei processi inferenziali sopra descritti.

4. Peraltro, ritiene questo Collegio di dovere parzialmente ritornare sulle decisioni citate di questa Adunanza Plenaria da 11 a 16-2012, optando per un revirement parziale delle medesime nella misura in cui esse possano essere lette come mera applicazione del criterio di specialità per settori e non per fattispecie concrete.

Tale revirement, nel senso ora precisato, si impone anche in considerazione del fatto che, con lettera di costituzione in mora in data 18 ottobre 2013, ex art. 258 TFUE, la Commissione Europea ha aperto una procedura di infrazione (n. 2013-2169) nei confronti della Repubblica Italiana per scorretta attuazione ed esecuzione della direttiva 2005/29/UE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e della direttiva al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica.

La Commissione ha contestato l'inadeguata applicazione da parte italiana dell'art. 3, par. 4, e degli artt. da 11 a 13 della direttiva in materia di pratiche sleali poiché, in sostanza, nell'ordinamento italiano non sarebbe correttamente applicato il principio della "lex specialis" contenuto nella direttiva, che regola il coordinamento tra tale disciplina (a carattere transettoriale) e le normative specifiche di settore.

In particolare, la Commissione ha addebitato all'Italia che tale errata applicazione del diritto europeo, riconducibile a criteri interpretativi delle disposizioni italiane di recepimento della

normativa europea stabiliti in alcune sentenze di giudici amministrativi e in delibere dell'AGCM, avrebbe provocato la mancata attuazione della direttiva pratiche commerciali sleali nel settore delle comunicazioni elettroniche.

La Commissione contesta, in particolare, la tesi per cui l'esistenza di una disciplina specifica settoriale, in quanto considerata esaustiva, comporterebbe la prevalenza di tale disciplina su quella generale, ancorché di derivazione europea, in materia di tutela dei consumatori.

Nell'interpretazione data dalle autorità italiane si determinerebbe un contrasto tra legge speciale e norma generale non soltanto quando esista una opposizione – tesi sostenuta dalla Commissione europea – ma anche in presenza di una sovrapposizione per cui la disciplina speciale regolerebbe la totalità delle fattispecie al punto che non avrebbe ragione l'applicazione, sia pure in funzione sussidiaria o come norma di chiusura, della disciplina generale.

Secondo la Commissione, inoltre, a causa di tale lacuna in Italia non vi sarebbe alcuna autorità indipendente competente a far rispettare la direttiva pratiche commerciali sleali nel settore delle comunicazioni elettroniche.

Nell'atto di avvio della procedura d'infrazione si legge tra l'altro che "l'art. 3, par. 4, della direttiva non consente di concludere che l'applicazione della stessa possa essere esclusa solo perché esiste una legislazione più specifica per un dato settore. Tale affermazione è corretta solo se tale legislazione più specifica si fonda su altre norme dell'Unione e se è limitata agli aspetti da essa disciplinati".

5. Tale procedura di infrazione, che si è aperta sul presupposto che questo Consiglio avesse completamente integralmente e senza eccezioni adottato lo schema della specialità per settori, presupposto per altro erroneo come si è visto, poiché una tale lettura ermeneutica, eccessivamente rigida e schematica oblitera il contenuto articolato e complesso delle pronunce, induce comunque ad un ripensamento di tale schema.

Schema che non può che essere quello della specialità basato sul raffronto tra le fattispecie, secondo il collaudato principio di specialità conosciuto nel nostro ordinamento che assurge a criterio generale di regolazione dei rapporti tra norme sanzionatorie, penali e amministrative, in tutte le materie disciplinate dalla legge nel nostro ordinamento ove si verificano conflitti apparenti di norme e sia necessario, pertanto, risolvere le antinomie giuridiche.

Pertanto, ove disposizioni appartenenti ai due diversi ambiti convergano sul medesimo fatto se ne applica una sola, quella speciale, individuata in base ai criteri noti nel nostro ordinamento e in modo compatibile, come è ovvio, con l'ordinamento comunitario nella specifica materia di pertinenza comunitaria.

Nel caso di specie, e sempre ai fini della competenza ad irrogare la sanzione, è evidente che l'art. 3, par. 4, della direttiva 2005/29/UE impone che vi sia sempre l'intervento di un'Autorità indipendente competente a far rispettare la predetta direttiva, sanzionando all'uopo le pratiche commerciali sleali anche nel settore delle comunicazioni elettroniche.

L'Autorità indipendente menzionata dalla direttiva è, nel nostro sistema nazionale, l'Autorità Antitrust.

6. Sul tema della competenza si deve peraltro osservare che con l'art. 1, comma 6, lett. a), d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, recante l'attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori (v. anche l'art. 1, e l'Allegato B, della l. n. 96/2013 – legge di delega europea 2013), è stato inserito, nell'art. 27 del codice del consumo, il comma 1-bis, secondo cui “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”.

La relazione illustrativa allo schema del citato d.lgs. n. 21-2014 evidenzia che la norma di modifica del codice del consumo con la quale si attribuisce in via esclusiva all'Antitrust, acquisito il parere dell'Autorità di settore, la competenza a intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, ha l'obiettivo di superare la citata procedura d'infrazione n. 2013-2069 avviata dalla Commissione europea con lettera di costituzione in mora del 18 ottobre 2013.

Ciò posto, alla luce di quanto appena detto, è evidente che tale norma ha una portata esclusivamente di interpretazione autentica, atteso che, come detto, anche alla luce di una corretta analisi ermeneutica delle sentenze dell'Adunanza Plenaria da 11 a 16-2012 e dell'applicazione dei principi da essa scaturiti è indubbia la competenza dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) ad applicare la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette nel caso oggetto del presente giudizio già in base alla normativa antecedente che l'art. 1, comma 6, lett. a), d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21 si è limitata, per quanto qui rileva, soltanto a confermare.

7. Né in senso contrario può opporsi la previsione, contenuta in tale norma sopravvenuta, di un eventuale previo parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, poiché tale segmento procedimentale, ora previsto nell'art. 16 della Delibera AGCM 1° aprile 2015, n. 25411 (Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di tutela del consumatore) era già previsto in precedenti delibere (cfr. Delibera AGCM 15 novembre 2007, n. 17589); il legislatore, pertanto, non ha fatto altro che innalzare al rango di norma primaria una disposizione già esistente nell'ordinamento, che, per tale motivo, non può ritenersi avere portata sostanzialmente innovativa.

Tale considerazione esime l'Adunanza dall'esaminare il tema del principio del “tempus regit actum”, peraltro correttamente applicato dalla sentenza della VI Sezione 5 marzo 2015, n. 1104, in base al quale l'Amministrazione adotta i provvedimenti di sua competenza sulla base della normativa anche, appunto, relativa alla competenza vigente nel momento (nella specie, posteriore alla modifica normativa intervenuta) dell'adozione del nuovo provvedimento da emanare nel riesercizio del potere amministrativo.

8. Inoltre, deve essere rilevato che in nessun modo potrebbe porsi nel caso di specie, con specifico riferimento all'individuazione dell'Autorità competente, un problema di compatibilità comunitaria della normativa italiana, su cui insistono le controparti in appello, tenendo conto del noto principio di indifferenza dell'Unione rispetto all'organizzazione interna.

A questo riguardo, si osserva, infatti, che in numerose occasioni la Corte di Giustizia ha affermato l'indifferenza dell'ordinamento europeo rispetto all'articolazione delle competenze amministrative all'interno degli Stati membri (cfr. ex multis, Corte di Giustizia, sentenza 25 maggio 1982, Commissione delle Comunità europee c. Regno dei Paesi Bassi, causa C-96/81, in Raccolta 1982, p. 1791; sentenza 17 giugno 1986, Commissione delle Comunità

europee c. Regno del Belgio, causa 1/86, in Raccolta 1987, p. 2797; sentenza 13 dicembre 1991, Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana, causa C-33/90, in Raccolta 1991, p. I-5987).

Il principio sul quale si incentrano queste decisioni è una dichiarazione di indifferenza del giudice comunitario rispetto alla distribuzione delle competenze attuative all'interno degli Stati membri dell'UE: ciò che la Corte di giustizia intende sottolineare è soprattutto la volontà di non ascoltare giustificazioni ad inadempimenti di obblighi comunitari che invocano meccanismi interni di riparto delle competenze.

9. Né, infine, si può condividere la tesi di una violazione del principio ne bis in idem, poiché l'art. 4, Prot. n. 7 CEDU implica soltanto, nella sostanza, la tendenziale messa al bando del c.d. "doppio binario" sanzionatorio, vale a dire della previsione, per il medesimo fatto, di sanzioni di natura distinta (sul piano della qualificazione interna) applicabili alla stessa persona tramite procedimenti di diverso tipo.

La violazione della norma convenzionale è innescata non dalla mera pendenza contemporanea di due procedimenti (peraltro, nel caso di specie, ne risulta pendente soltanto uno), ma dal fatto che uno di essi venga instaurato o prosegua dopo che l'altro si è chiuso con una decisione definitiva, non importa se di assoluzione o di condanna (cfr. Corte CEDU, decisione Grande Stevens contro Italia 4 marzo 2014 e i c.d. criteri Engel, elaborati in una vecchia decisione del 1976 e progressivamente affinati).

Pertanto, nessuna violazione del principio del ne bis in idem può dedursi come sussistente nel caso in esame.

10. In conclusione, in risposta ai quesiti sottoposti dalla Sezione VI, l'Adunanza Plenaria enuncia i seguenti principi di diritto:

- la competenza ad irrogare la sanzione per "pratica commerciale considerata in ogni caso aggressiva" è sempre individuabile nell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato;
- non viene meno l'interesse alla pronuncia di annullamento per incompetenza dell'Antitrust, dovendo essere invece direttamente respinta la censura di incompetenza.

L'Adunanza restituisce per il resto il giudizio alla Sezione remittente ai sensi dell'art. 99, comma 4, c.p.a., cui spetterà ovviamente anche la liquidazione delle spese.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, enuncia i seguenti principi di diritto:

- la competenza ad irrogare la sanzione per "pratica commerciale considerata in ogni caso aggressiva" è sempre individuabile nell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato;
- non viene meno l'interesse alla pronuncia di annullamento per incompetenza dell'Antitrust, dovendo essere invece direttamente respinta la censura di incompetenza.

Restituisce per il resto il giudizio alla Sezione remittente ai sensi dell'art. 99, comma 4, c.p.a.

Spese al definitivo.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 dicembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Virgilio, Presidente

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Stefano Baccarini, Presidente

Alessandro Pajno, Presidente

Paolo Numerico, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Raffaele Greco, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/02/2016

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

Il Dirigente della Sezione