



**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 11024 del 2011, proposto da:  
Società Acea Spa (Acea Energia Spa), in persona del legale rappresentante p.t.,  
rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Piazza, con domicilio eletto presso il  
medesimo in Roma, via Luigi Robecchi Bricchetti,10;

***contro***

Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale  
rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato,  
presso i cui Uffici è domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***nei confronti di***

Valeria Nizzi, non costituita;

***per l'annullamento***

*previa sospensione dell'esecuzione,*

- del provvedimento n. 22978 adottato dall'Autorità Garante della Concorrenza e  
del Mercato (di seguito anche "Autorità" o "AGCM) nell'adunanza del 16.11.2011,  
comunicato ad Acea Energia S.p.A. in data 7.12.2011;

- del provvedimento dell'Autorità del 19 luglio 2011 "Comunicazione di avvio del procedimento ai sensi dell'art. 27, comma 3, del d.lgs 6.9.2005, n. 206, nonché ai sensi dell'art. 6 del "Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette" e contestuale richiesta di informazioni ai sensi dell'art. 12, comma 1, del suddetto Regolamento;
- di ogni altro atto ad essi presupposto, connesso, collegato e consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 marzo 2012 il cons. Rosa Perna e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Con nota del 19 luglio 2011 l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comunicava di aver deliberato nei confronti della società Acea Energia (di seguito, anche AE) l'avvio di un procedimento in relazione ad ipotizzate violazioni degli artt. 20-26 del Codice del Consumo per pratiche commerciali scorrette.

In particolare, veniva ipotizzata la sussistenza di due pratiche commerciali scorrette, consistenti, rispettivamente: A) nell'attivazione non richiesta di fornitura di energia elettrica e B) nell'attivazione non richiesta di fornitura di gas naturale.

Con riferimento a ciascuna pratica AGCM focalizzava la propria attenzione sulle seguenti condotte materiali:

- Attivazione non richiesta di fornitura di energia elettrica e/o gas naturale realizzata da Acea Energia in assenza di qualsiasi sottoscrizione del contratto o

manifestazione di volontà in tal senso dei consumatori ovvero in virtù di firme asseritamente false;

- Comunicazione di informazioni ingannevoli al fine di ottenere la sottoscrizione dei contratti, sia attraverso i propri agenti commerciali in occasione delle attività di promozione e vendita c.d. porta a porta, sia mediante il proprio numero verde (*call center c.d. inbound*);

- Imposizione di ostacoli all'esercizio del diritto di ripensamento, mediante l'invio di lettere di benvenuto nonché fatture per supposti consumi, nonostante i consumatori avessero tempestivamente esercitato il diritto di recesso (ex art. 64 del Codice del Consumo).

AGCM effettuava accertamenti ispettivi presso la sede della società indagata; quest'ultima dava riscontro alla richiesta di informazioni con memoria difensiva del 27 settembre 2011.

In data 20 ottobre 2011, alla predetta società veniva comunicata la data di conclusione della fase istruttoria, ai sensi dell'art. 16, comma 1, del "Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette".

Infine, l'Autorità deliberava di condannare la stessa AE al pagamento di sanzioni amministrative pecuniarie di importo complessivo pari ad € 500.000,00 a fronte delle due pratiche commerciali – precedentemente indicate – connotate dal carattere di "scorrettezza".

In particolare, l'AGCM riteneva che : (a) l'attivazione dei servizi in assenza di sottoscrizione o in virtù di firme asseritamente falsificate avrebbe rappresentato una condotta aggressiva ai sensi degli artt. 20, 24, 25, lettera a), e 26, lettera f), del Codice del Consumo; (b) la comunicazione di informazioni ingannevoli al fine di ottenere la sottoscrizione dei contratti circa lo scopo delle visite a domicilio, le obbligazioni nascenti dal contratto, i supposti vantaggi economici conseguenti alla scelta di AE come nuovo fornitore, nonché, in merito al diritto di recesso, di cui

all'art. 64 del Codice del Consumo, avrebbero rappresentato condotte ingannevoli ai sensi degli artt. 20 e 21, comma 1, lettere b), f) e g), del Codice del Consumo; (c) l'imposizione di ostacoli all'esercizio del diritto di recesso avrebbe costituito una condotta aggressiva ai sensi degli artt. 20, 24 e 25, lettera d), del Codice del Consumo.

L'Autorità disponeva altresì, a cura e spese della società, la pubblicazione di un estratto della delibera, ai sensi dell'art. 27, comma 8, del Codice del Consumo, per due uscite in un mese a distanza di dieci giorni sulla cronaca di Roma dei quotidiani Il Messaggero e La Repubblica in uno spazio di almeno mezza pagina.

Con il ricorso in epigrafe la società Acea Energia ha impugnato il provvedimento sanzionatorio, chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia limitatamente alla parte recante l'obbligo di pubblicazione dell'estratto della delibera impugnata, nonché la condanna dell'Autorità al risarcimento dei danni.

Questi i dedotti argomenti di doglianza:

1) *Violazione e falsa applicazione degli artt. 24, 11 e 97 Cost.; violazione del diritto di difesa, violazione delle regole del giusto procedimento; violazione dell'art. 12, comma 2, del Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette, adottato con delibera dell'autorità del 15.11.2007; violazione dei principi generali in materia di procedimento ed, in particolare, violazione del principio del contraddittorio e di partecipazione; eccesso di potere per carenza di istruttoria.*

L'Autorità avrebbe violato il diritto di difesa e il principio del contraddittorio respingendo le richieste di audizione e di proroga del termine di conclusione del procedimento istruttorio avanzate dalla ricorrente; AGCM avrebbe in tal modo precluso alla società ricorrente di illustrare adeguatamente e compiutamente i meccanismi e le attività poste in essere a fronte dei casi segnalati; il tempo a disposizione di AE per l'attività di ricostruzione ed analisi necessaria a fornire un

esaustivo riscontro all'Autorità sarebbe stato esiguo anche perché l'avvio del procedimento veniva comunicato a ridosso del periodo feriale.

2) *Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 19, comma 1, del Codice del Consumo. Irragionevolezza, carenza di istruttoria, difetto di motivazione, contraddittorietà manifesta.*

L'Autorità avrebbe errato nel considerare autonome l'una rispetto all'altra le condotte oggetto del procedimento istruttorio, relative rispettivamente alla fornitura di energia elettrica e alla fornitura di gas naturale; le vendite effettuate dalla società, al contrario, si caratterizzerebbero proprio per la inscindibilità delle due offerte energia elettrica e gas naturale; il comportamento contestato ad AE sarebbe unico ed unitario e prescinderebbe dall'oggetto della fornitura, né potrebbe essere sdoppiato per la sola ragione che trattasi di prodotti differenti; le peculiarità del caso dovrebbero indurre a ritenere sussistente il carattere congiunto delle due offerte di fornitura di energia e gas.

3) *Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche, in particolare per carenza di istruttoria, difetto di motivazione, contraddittorietà, travisamento dei fatti.*

L'Autorità avrebbe errato nel valutare gli elementi istruttori con specifico riguardo a:

a) la disciplina dei contratti di agenzia; b) l'attività di controllo della ricorrente sull'operato degli agenti; c) la procedura di gestione dei reclami implementata dalla ricorrente; d) la formazione degli agenti; e) le modalità di esercizio del diritto di ripensamento. In particolare:

a') la ricorrente contesta l'assunto secondo il quale, nei contratti di agenzia, la previsione di una remunerazione rapportata al numero dei clienti acquisiti e la disciplina sugli scarti sarebbero inidonee a disincentivare condotte scorrette degli agenti o procacciatori di affari (Business Partner, di seguito BP) di cui essa si avvale; AE deduce in contrario che: in nessun contratto sarebbero previsti meccanismi sanzionatori per l'ipotesi di mancato raggiungimento da parte del BP

di soglie minime di contratti acquisiti; le modalità di svolgimento delle attività risulterebbero dettagliatamente disciplinate, oltre che dalla normativa vigente e dalle decisioni e direttive delle competenti Autorità, anche dal Codice di condotta commerciale per la vendita di energia elettrica e gas naturale ai clienti finali di cui alla Delibera n. 104/2010 dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas (di seguito, AEEG); una clausola risolutiva espressa consentirebbe ad AE la risoluzione del contratto per l'inadempimento delle obbligazioni poste a carico dell'agente; in caso di infrazione nello svolgimento dell'incarico da parte dell'agente sarebbe prevista l'applicazione di una penale, fatto salvo il risarcimento del maggior danno che, per il BP di maggior rilevanza, sarebbe pari a 20.000,00 euro; il contratto con i BP definirebbe le Proposte di Adesione Contrattuale (di seguito, anche PDA) scartate, le quali non sarebbero accettate da AE ai fini della remunerazione; in considerazione di possibili scarti erroneamente generati dal sistema e del ripensamento dei clienti, solo gli scarti superiori al 10% del totale delle PDA caricate a sistema non concorrerebbero alla quantificazione delle provvigioni;

b') con riguardo all'attività di controllo sull'operato degli agenti, AE in primo luogo asserisce che la *Quality call* (contatto telefonico con i clienti acquisiti volto a verificare la correttezza dell'attività di vendita dei soggetti incaricati) sarebbe effettuata da soggetti terzi rispetto agli incaricati alle vendite, registrate e successivamente controllate tramite riascolto a campione da AE; la ricorrente contesta poi le valutazioni dell'Autorità circa l'inidoneità dello *script* a verificare l'avvenuta sottoscrizione del contratto, come pure la mancata considerazione da parte di AGCM delle iniziative assunte dalla società medesima per l'integrazione degli *script* da allegare ai prossimi contratti; infine, l'Autorità non darebbe correttamente conto del rigoroso sistema di monitoraggio e dei plurimi e diversi meccanismi di verifica attivati da AE;

c') la società contesta le valutazioni di AGCM in ordine alla gestione dei reclami, con riguardo ad ipotesi in cui il rientro in regime di Maggior Tutela del cliente che abbia disconosciuto la firma sarebbe avvenuto in ritardo e con addebito al medesimo delle spese per il rientro nel precedente regime; deduce che il rientro in questione avverrebbe nei modi e tempi previsti dalla normativa di AEEG;

d') AE contesta le considerazioni che l'Autorità svolge in ordine alla formazione della rete commerciale e all'insussistenza di provvedimenti sanzionatori nei confronti degli agenti o loro incaricati a fronte della emersione di condotte scorrette; deduce in contrario che la stessa società dedicherebbe particolare attenzione alla formazione, espressamente prevista nei contratti con i BP con specifico riferimento ai segmenti di clientela cui sia applicabile il Codice di Condotta Commerciale; quanto ai provvedimenti sanzionatori, la società avrebbe provveduto, in presenza di reclami, alla contestazione dell'addebito all'agente chiedendo la revoca dell'incaricato;

e') nelle proposte formulate mediante mezzi di comunicazione a distanza (*teleselling* e vendita "porta a porta") il cliente avrebbe diritto di recedere senza alcuna penalità e senza specificarne il motivo, secondo le condizioni generali della proposta di adesione e nel rispetto del Codice del Consumo; il termine di dieci giorni lavorativi decorrerebbe dalla data di sottoscrizione della proposta contrattuale ovvero, nel caso di *teleselling*, dalla data di ricezione del contratto inviato da AE al cliente; la società, di prassi, accetterebbe il ripensamento anche oltre il termine stabilito; il ripensamento risulterebbe inoltre correttamente gestito e pertanto sarebbe palese la assoluta erroneità della valutazione su cui si basa la decisione di AGCM.

4) *Violazione e falsa applicazione degli artt. 20, 24, 25 e 27 del codice del consumo. eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e, in particolare, sviamento, erroneità, illogicità.*

*Irragionevolezza, arbitrarietà, difetto di motivazione, erroneità dei presupposti, ingiustizia manifesta sotto il profilo del calcolo delle sanzioni.*

AGCM avrebbe errato nella quantificazione delle sanzioni, sotto il profilo della sussistenza dei presupposti per l'irrogazione di due distinte sanzioni nonché della valutazione della gravità e della durata delle condotte; l'Autorità non avrebbe adeguatamente valutato la esiguità della posizione di AE nel mercato della fornitura del gas naturale rispetto a quello dell'energia elettrica e pertanto sarebbe contraddittoria l'irrogazione della stessa sanzione per le due condotte.

*5) Violazione e falsa applicazione degli artt. 20, 24, 25 e 27 del codice del consumo. eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e, in particolare, sviamento, erroneità, illogicità. Irragionevolezza, arbitrarietà, difetto di motivazione, erroneità dei presupposti, ingiustizia manifesta relativamente all'obbligo di pubblicazione di un estratto della delibera sulla cronaca di Roma dei quotidiani La Repubblica e il Messaggero. Violazione degli artt. 3 e 97 Cost.. Disparità di trattamento.*

L'Autorità avrebbe errato nell'irrogare anche la misura sanzionatoria accessoria della pubblicazione di un estratto della delibera, essendo assente un'adeguata e sufficiente motivazione nonché ogni valutazione in ordine agli strumenti e le iniziative già predisposte da AE per evitare che la condotta censurata possa continuare a produrre effetti; la decisione contestata sarebbe altresì viziata sotto il profilo dell'ingiustificata disparità di trattamento rispetto ad altre imprese che per condotte simili non avrebbero subito tale grave sanzione.

Nel presente giudizio si è costituita, per resistere al ricorso, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che ne ha chiesto il rigetto nel merito siccome infondato.

Le parti hanno depositato documenti e memorie.



Con ordinanza collegiale n. 290/2012 del 25 gennaio 2012 è stata accolta la domanda incidentale di sospensione dell'atto impugnato, con esclusivo riferimento alla parte recante l'obbligo di pubblicazione dell'estratto della delibera gravata.

Il ricorso, infine, è stato trattenuto per la decisione alla pubblica udienza del 7 marzo 2012.

## DIRITTO

Con il primo motivo la ricorrente lamenta di non essere stata messa nelle condizioni di rappresentare adeguatamente e compiutamente all'Autorità la propria posizione, dal momento che non venivano accolte né la sua richiesta di essere sentita in audizione né la sua istanza di proroga del termine di chiusura del procedimento a fini difensivi.

Le censure non sono condivisibili.

Con riguardo al rigetto della richiesta di audizione ai sensi dell'art. 12, comma 2, del Regolamento sulle procedure istruttorie, va richiamato il consolidato orientamento della Sezione per il quale l'audizione delle parti nel corso del procedimento costituisce *"uno strumento funzionale all'acquisizione di elementi istruttori e non precipuamente finalizzato ad esigenze di difesa, con la conseguenza che il mancato accoglimento della richiesta della parte formulata in tal senso può riverberarsi in un vizio di illegittimità solo laddove la parte dimostri che il mancato espletamento del mezzo istruttorio ha impedito l'acquisizione di elementi determinanti o ha dato causa ad un'errata valutazione delle circostanze di fatto"* (Tar del Lazio, sez. I, 16 novembre 2010, n. 33475; id., 19 aprile 2010, n. 7460; 16 dicembre 2010, n. 37091; 9 settembre 2010, n. 32200), dimostrazione che nel caso di specie è mancata.

Il carattere facoltativo e discrezionale dell'audizione della parte è stato affermato anche dal Giudice di seconde cure, rilevando che il procedimento istruttorio delineato dal regolamento sulle procedure in materia di pratiche scorrette risulta di per sé già caratterizzato dalla più ampia possibilità per il soggetto incolpato di

interloquire con l'Autorità attraverso la produzione di documentazione, per cui non sembra che l'audizione personale costituisca di per sé un presidio incomprimibile di partecipazione procedimentale (Consiglio di Stato, 21 gennaio 2011, n. 2256; id., 20 luglio 2011, n. 4391; 23 luglio 2009, n. 4598).

D'altra parte, nel corso del procedimento istruttorio in esame alla odierna ricorrente veniva significato che *"allo stato e tenuto conto degli argomenti contenuti nelle memorie depositate, la posizione di Acea Energia S.p.A. risulta adeguatamente rappresentata e gli elementi nel complesso acquisiti consentono la valutazione della pratica commerciale oggetto del procedimento in corso"* (comunicazione del 20 ottobre 2011).

Per le suindicate ragioni, ritenendo l'insieme degli elementi istruttori acquisiti tale da consentire la piena valutazione delle condotte oggetto del procedimento, l'Autorità riteneva altresì congruo il termine di conclusione della fase istruttoria dalla stessa stabilito ai sensi dell'art. 16, comma 1, del Regolamento citato e, dunque, non meritevole di accoglimento la richiesta di proroga del termine di chiusura del procedimento avanzata dalla società ricorrente.

Con il secondo motivo, AE contesta l'imputazione di due distinte e autonome pratiche commerciali, operata da AGCM con l'avversato provvedimento, trattandosi di condotte analoghe poste in essere sia in relazione alla fornitura di energia elettrica, sia in relazione alla fornitura di gas; la ricorrente deduce in contrario che, in ragione della inscindibilità delle due offerte, il comportamento contestato sarebbe unico e unitario e prescinderebbe dall'oggetto della fornitura.

La censura non può trovare accoglimento, risultando destituita di fondamento sotto ogni profilo, fattuale, economico e giuridico.

Si osservi che le condotte contestate hanno ad oggetto due beni diversi e non suscettibili di assimilazione, sia riguardo alla fonte di produzione, sia riguardo agli impieghi, vale a dire ai bisogni da soddisfare.

Sotto il primo profilo, infatti, i beni in questione non scaturiscono necessariamente dallo stesso processo produttivo di tal che non si può produrre l'uno senza produrre anche l'altro, stante che il gas naturale deriva dallo sfruttamento dei giacimenti esistenti in natura mentre l'energia elettrica viene prodotta dall'uomo attraverso l'utilizzo di fonti energetiche tra le quali, anzi, è annoverabile proprio il gas naturale; pertanto, riguardo alla fase della produzione, deve recisamente escludersi che i suddetti prodotti rappresentino dei beni ad offerta congiunta nel senso individuato dalla dottrina economica.

Ma nemmeno dal lato della fornitura si rinviene un vincolo tecnico tra i beni in questione che supporti la pretesa inscindibilità dell'offerta di AE.

E invero, se si ha riguardo ai differenti bisogni che essi sono chiamati a soddisfare, risulta evidente che tra gas naturale ed energia elettrica non sussiste una relazione economica di complementarietà tale che l'utilizzo congiunto degli stessi si renda necessario per soddisfare, anche solo in modo più completo, il medesimo bisogno. Nel caso in esame, dunque, un'ipotesi di beni a offerta congiunta non è tecnicamente configurabile né dal lato della produzione né dal lato della fornitura di essi.

Un'eventuale inscindibilità delle offerte di energia elettrica e di gas naturale, pertanto, potrebbe teoricamente e residualmente discendere solo da scelte di politica commerciale dell'azienda fornitrice.

Dalla documentazione in atti, tuttavia, emerge che l'offerta di Acea non si pone come inscindibilmente unitaria, potendo il consumatore optare per l'uno o per l'altro tipo di fornitura (o per entrambi) (AGCM - Provvedimento n. 22978 – p. 47).

Orbene, considerato che, ai sensi dell'art. 19, comma 1, del Codice del Consumo, costituisce pratica commerciale scorretta quella posta in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale “relativa a un prodotto”; e rilevata la non

sostituibilità nel piano del consumatore tra i servizi di fornitura di energia elettrica e i servizi di fornitura di gas naturale, in quanto volti a soddisfare bisogni di natura diversa – bisogni al più tra di loro connessi in via di mero fatto essendo entrambi strumentali ad esigenze abitative di tipo residenziale – ne consegue che *“le condotte in esame rappresentano due pratiche commerciali scorrette, caratterizzate da un’autonomia strutturale riconducibile all’esistenza di due distinti servizi”* (AGCM - Provvedimento n. 22978 – p. 45).

Ritiene pertanto il Collegio che correttamente l’Autorità, nel caso di specie, abbia riscontrato l’assenza di un carattere necessariamente ed indissolubilmente congiunto dell’offerta di fornitura di energia elettrica e gas di Acea Energia, tale da imporre, pur in presenza di prodotti evidentemente diversi, un’unitaria considerazione della sottesa condotta commerciale.

Una siffatta valutazione dell’Autorità risulta infatti del tutto conforme al consolidato orientamento giurisprudenziale maturato da questo Tribunale (Tar del Lazio, I, 9 aprile 2009, n. 3722 e, da ultimo, 26 gennaio 2012, n. 866), per il quale *“non è infatti revocabile in dubbio che l’offerta di energia elettrica e di gas implichi la presenza di due beni (rectius: due prodotti) in rapporto di reciproca diversità. E conseguentemente, non appare controvertibile che, laddove il riferimento concerna esclusivamente il “prodotto” [cfr. disposizioni dettate dal Codice del Consumo], i due beni all’esame non rivelino profili di assimilabilità ontologica suscettibili di condurre ad un’opzione ermeneutica di reductio ad unum delle condotte con le quali è stata veicolata l’offerta dei beni stessi presso il pubblico dei consumatori/utenti”*.

Ciò, in quanto, *“affinché la pur constatabile integrazione del mercato relativamente all’offerta (ed all’acquisizione da parte dei consumatori) dell’erogazione dell’energia elettrica e del gas possa assumere [. . .] giuridica rilevanza e significatività, avrebbe dovuto venire in considerazione il carattere necessariamente (ed indissolubilmente) congiunto dell’offerta stessa, tale da imporre, anche in presenza di prodotti evidentemente diversi, un’unitaria considerazione della stessa condotta commerciale”*. E pertanto, anche nel caso che ne occupa, va ribadito che *“in*

*presenza della fondamentale "diversità" del (l'offerta del) gas naturale e dell'energia elettrica, la (pur consentita) esercitabilità da parte del consumatore di un'opzione volta all'acquisizione di una fornitura congiunta dei beni non ha costituito oggetto di un'offerta (come sopra) inscindibilmente unitaria: quanto, piuttosto, si è atteggiata quale scelta (liberamente) rimessa al consumatore stesso" (Tar del Lazio, I, 9 aprile 2009, n. 3722).*

Con il terzo mezzo la ricorrente contesta nel merito la correttezza della valutazione condotta dall'Autorità rispetto all'accertamento delle pratiche scorrette e agli strumenti attivati dalla società per prevenire condotte scorrette degli agenti e procacciatori incaricati di veicolare l'offerta dei beni in parola.

Le relative doglianze non sono meritevoli di accoglimento.

In proposito va preliminarmente sottolineato che il giudizio di scorrettezza delle pratiche commerciali di AE veniva formulato all'esito di un'ampia istruttoria, avviata a seguito di numerose segnalazioni volte a denunciare le condotte oggetto di contestazione.

Come si evince dalle copiose evidenze agli atti, l'Autorità accertava la scorrettezza di due distinte pratiche commerciali, singolarmente ed autonomamente valutabili, e dunque sanzionabili, consistenti nell'attivazione dei servizi in assenza di sottoscrizione o in virtù di firme asseritamente falsificate, nella comunicazione di informazioni ingannevoli al fine di ottenere la sottoscrizione dei contratti, nell'imposizione di ostacoli all'esercizio del diritto di recesso. Si trattava pertanto di condotte sicuramente connotate dal carattere di estrema gravità e come tali sanzionate dal Codice del Consumo, in quanto poste in essere dal professionista in mercati particolarmente complessi, quello dell'energia e del gas, caratterizzati da una particolare asimmetria informativa.

A tal proposito, si consideri che per effetto della liberalizzazione, il consumatore ha facoltà di scelta tra diversi professionisti operanti nel mercato della fornitura dei servizi della specie, sulla base di calcoli di convenienza economica legati a variabili

tecniche ed economiche di non facile comprensione, che lo espongono ad eventuali abusi da parte del professionista e che proprio per questo richiedono al professionista medesimo il rispetto di un livello di diligenza "rafforzato" (Tar Lazio, I, 26 gennaio 2012, n. 866 e 5 ottobre 2009, n. 9743).

E se nei mercati oggetto di recente liberalizzazione si rende necessario raggiungere un punto di equilibrio nella individuazione delle misure a tutela del consumatore, va comunque ribadito che *"la definizione di tale punto di equilibrio spetta però alla stessa Autorità Antitrust, il cui giudizio non è, come ovvio, sindacabile nel merito, quanto secondo i consueti parametri di valutazione del corretto esercizio della discrezionalità tecnica. [ ... ] Il giudice, in definitiva, può sol verificare la correttezza dei parametri utilizzati e del procedimento seguito, ma non già sovrapporre un proprio modello di "professionista diligente" (ovvero, specularmene, di "consumatore medio") a quello delineato dalla competente Autorità"* (Tar Lazio, I, 26 gennaio 2012, n. 866).

Le esposte considerazioni valgono sicuramente nel caso di specie, in cui la ricorrente società, operante nel settore da diversi anni e pur consapevole dei vantaggi, come pure dei problemi, legati al ricorso alle agenzie per lo svolgimento dell'attività di promozione porta a porta per la vendita di beni, si è limitata a "delegare" in prevalenza l'attività di controllo alle stesse agenzie e a reagire, peraltro con notevoli ritardi, alle contestazioni soltanto una volta sollevate dai consumatori (AGCM - Provvedimento n. 22978 – p. 70).

Sullo specifico punto, inoltre, va precisato che il grado di diligenza professionale richiesto al professionista non può essere parametrato solo alla luce degli obblighi imposti dall'Autorità di regolazione competente per il settore di riferimento (nel caso di specie, AEEG) in quanto, secondo un ormai consolidato principio giurisprudenziale, *"Le norme in materia di contrasto alle pratiche commerciali sleali richiedono ai "professionisti" l'adozione di modelli di comportamento in parte desumibili dalla disciplina posta da Autorità di regolazione, ove esistenti, in parte dall'esperienza propria del settore di*

*attività, nonché dalla finalità di tutela perseguita dal Codice del Consumo"* (con particolare riferimento al settore dell'energia elettrica e del gas: Tar Lazio, I, 26 gennaio 2012, n. 866, 8 settembre 2009, n. 8399; 8 settembre 2009, n. 8400; 8 settembre 2009, n. 8402). L'assolvimento degli obblighi di informazione e trasparenza nei confronti del consumatore stabiliti dall'Autorità di settore non esclude, pertanto, di per sé, l'esistenza di una pratica scorretta (Tar Lazio, I, 8 settembre 2009, n. 8399), né *"...qualsiasi ipotesi di violazione del Codice del Consumo"* (Tar Lazio, I, 5 ottobre 2009, n. 9743).

Nel caso di specie, invece, risulta che la società ricorrente attivava a numerose utenze domestiche forniture di energia elettrica e, a volte, di gas non solo sulla base di rilevanti carenze informative, ma altresì adottando anche condotte particolarmente aggressive quali la falsificazione delle sottoscrizioni di consumatori che non avevano voluto aderire alle offerte prospettate o anche l'assenza stessa delle necessarie sottoscrizioni dei contratti e l'imposizione di ostacoli all'esercizio del diritto di recesso, oltre alla comunicazione di informazioni ingannevoli.

Riguardo all'attivazione dei servizi in assenza di sottoscrizione o in virtù di firme asseritamente falsificate, le condotte descritte integrano una fattispecie di pratica commerciale aggressiva in quanto la fornitura non richiesta comporta un indebito condizionamento che limita o è comunque idoneo a limitare considerevolmente la libertà di scelta e di comportamento del consumatore, fermo restando che il fatto di esigere il pagamento di una fornitura non richiesta è annoverata tra le condotte considerate in ogni caso aggressive (AGCM - Provvedimento n. 22978 – p. 69).

Con riguardo alla comunicazione di informazioni ingannevoli al fine di ottenere la sottoscrizione dei contratti, le pratiche commerciali in questione risultano ingannevoli in quanto, nella loro presentazione complessiva, appaiono idonee ad indurre in errore il consumatore medio che viene così ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

Rispetto ai settori di riferimento, peraltro, la valutazione della completezza e chiarezza delle informazioni fornite alla clientela si presenta particolarmente rigorosa in considerazione della richiamata asimmetria informativa tra operatori economici e consumatori; pertanto, nel caso di specie, non si riscontra "il normale grado della specifica competenza ed attenzione" che, ai sensi dell'art. 18, comma 1, lettera h), del Codice del Consumo, ragionevolmente un consumatore può attendersi da un operatore dello specifico settore di attività, avuto riguardo alla qualità del professionista ed alle caratteristiche dell'attività svolta (AGCM - Provvedimento n. 22978 – p. 84).

Quanto, infine, all'imposizione di ostacoli all'esercizio del diritto di recesso, si tratta di una tipica fattispecie aggressiva che non risulta conforme al livello di ordinaria diligenza ragionevolmente esigibile dal professionista, il quale infatti non ha adottato misure idonee a tenere i consumatori al riparo dalle conseguenze dei comportamenti illeciti contestati, annullando sollecitamente gli effetti dei medesimi comportamenti senza onere alcuno per gli stessi consumatori (AGCM - Provvedimento n. 22978 – pp. 92 e 93).

Tanto precisato in ordine alle singole condotte scorrette emerse nel corso del procedimento istruttorio, va ora considerato che delle violazioni accertate dall'Autorità la società Acea risponde in qualità di professionista attivo nella fornitura elettrica e gas naturale ai clienti finali in Italia.

Essa infatti svolge la propria attività tramite una rete di agenzie di diversa dimensione, operanti per suo conto sulla base di un contratto che regola i rapporti con la società.

Tuttavia, le misure di prevenzione e monitoraggio adottate in via generale da Acea al fine di favorire una condotta corretta da parte degli agenti e/o promotori, si rivelavano inidonee ad evitare sul nascere eventuali condotte abusive e disservizi a



carico dei consumatori, costretti ad effettuare segnalazioni direttamente all'Autorità o al Regolatore.

Più precisamente, l'Autorità rilevava carenze tanto nelle modalità adottate dalla società per controllare l'operato degli agenti, quanto nell'adozione di misure volte ad impedire ripercussioni sui consumatori del comportamento dei propri agenti e pertanto riteneva Acea responsabile dell'attività svolta dai suoi agenti e/o promotori.

Le richiamate valutazioni dell'Autorità sono condivisibili in quanto del tutto coerenti con l'orientamento espresso dalla Sezione in tema di imputazione della responsabilità ad un professionista, ai cui fini "*rileva [ .. ] non già un profilo di responsabilità diretta nell'attivazione di contratti [ . . . ], piuttosto, il mancato impiego della diligenza (ordinariamente pretendibile da parte dell'operatore commerciale) la cui attuazione deve riguardare non soltanto le condotte direttamente poste in essere da quest'ultimo, ma anche le attività che siano state demandate ad altri (e che vengono, conseguentemente, nell'immediato interesse del mandante o preponente)*" .

In particolare, l'asserita mancanza di responsabilità di AE per l'operato di soggetti terzi (agenti) non è fondatamente sostenibile "*[. . .] non potendosi ritenere ammissibile - quale esimente da responsabilità - l'evocazione di un autonomo ambito di operatività (in capo agli agenti) quale dirimente argomentazione per escludere qualsivoglia ascrivibilità in capo al committente delle azioni e/o omissioni poste in essere a danno della clientela*" (Tar Lazio, I, 9 aprile 2009, n. 3722).

E invero, il fondamentale canone della diligenza professionale impone all'operatore commerciale che si avvalga dell'opera di altri soggetti un complessivo atteggiamento di assidua e puntuale attenzione sulla condotta che questi ultimi abbiano posto in essere; in mancanza di ciò, il ricorso al modulo negoziale di agenzia precostituirebbe al professionista una facile esimente da responsabilità per le condotte che egli stesso volesse assumere non riconducibili al fatto proprio.

Pertanto, nel caso di specie, come correttamente rilevato da AGCM, sarebbe stato ragionevole attendersi che AE mettesse in atto maggiori e più pervasivi controlli diretti dell'operato materialmente svolto dai venditori, cercando di anticipare le contestazioni - in caso di criticità già individuate in particolari aree o in relazione a determinati soggetti - e in tal modo riducendo l'incentivo a porre in essere condotte simili; e tale carenza di iniziativa da parte della società ricorrente risulta ancora più grave in relazione alla circostanza, evidenziata nel provvedimento impugnato (AGCM - Provvedimento n. 22978 - p. 16), che essa era ben consapevole dell'esistenza di pratiche commerciali non conformi alla diligenza professionale da parte di alcuni agenti, almeno dall'ottobre 2008.

Tuttavia, sulla base delle ampie evidenze istruttorie acquisite, l'Autorità ricostruiva un sistema di controlli non sistematico e carente sotto più profili (AGCM - Provvedimento n. 22978 - pp. 54-60).

In particolare, i sistemi di remunerazione delle agenzie incentrati esclusivamente sul numero di clienti acquisiti appare suscettibili di creare un forte incentivo in capo agli agenti a raccogliere, in qualsiasi modo, la sottoscrizione del contratto da parte del consumatore, senza che la disciplina delle proposte c.d. scartate possa costituire idoneo correttivo posto che, almeno nel caso del Business Partner di maggiore rilevanza, dette proposte continuano a concorrere, qualora non superino una certa percentuale, alla quantificazione delle provvigioni.

Il sistema di controllo non sistematico, ma a campione, predisposto dalla società ricorrente non appare idoneo a tutelare i consumatori da eventuali condotte scorrette: non è infatti prevista, in capo ad Acea, una specifica attività di verifica del lavoro svolto dagli agenti nella fase dell'acquisizione del cliente, atteso che la correttezza dell'attività di vendita posta in essere dagli agenti (c.d. *qualitycall*) viene svolta direttamente dalle agenzie. Parimenti, i successivi stadi di verifica, consistendo nel controllo automatico effettuato dal sistema informatico (c.d.

Portale Agenzie) di Acea Energia nonché in quello affidato alla società esterna Acea8cento S.p.a., non appaiono idonei a risolvere i casi in questione, posto che i controlli sono finalizzati a verificare il corretto inserimento nel sistema di alcuni dati nella Proposta di adesione, nonché la consistenza e la congruenza dei dati riportati dagli agenti sul contratto rispetto a quelli inseriti nel sistema Acea dalle stesse agenzie. Allo stesso modo, il controllo a campione eseguito, con frequenza semestrale, da AE mediante contatto telefonico con i clienti finali, nonché l'indagine di *Customer Satisfaction* affidata ad una società esterna risultano finalizzati alla sola verifica del livello di soddisfazione della clientela in merito alle relazioni commerciali ed alla qualità del contatto degli Incaricati.

Insufficiente si appalesa altresì la previsione di misure sanzionatorie in capo ai Business Partners e, in particolare, alla previsione di penali per l'ipotesi di disconoscimento di firma, ricompresa tra i c.d. scarti, posto che le stesse sono previste solo nel caso in cui tali "scarti" superino una certa percentuale e, nel loro ammontare, non possono mai superare una certa soglia percentuale del corrispettivo.

Con riguardo, infine, all'imposizione di ostacoli all'esercizio del diritto di recesso, nel corso dell' istruttoria è emerso che Acea non ha implementato un adeguato sistema di verifica circa l'esercizio del diritto di ripensamento da parte del cliente, attesa peraltro la mancanza di un adeguato sistema di trattamento dei reclami.

Correttamente dunque l'Autorità ha ritenute entrambe le pratiche scorrette, in violazione degli articoli 20, 21, comma 1, lettere b), j) e g), 24, 25, lettere a) e d), e 26, lettera j) del Codice del Consumo.

Con il quarto motivo la ricorrente contesta l'applicazione delle sanzioni, lamentando l'omessa od erronea valutazione dei presupposti per l'irrogazione delle stesse, sotto il profilo della gravità e della durata; in ogni caso la sanzione avrebbe dovuto essere unica, in relazione dell'unica condotta riferibile ad AE.

Le censure non sono meritevoli di favorevole apprezzamento.

Osserva il Collegio che l'Autorità, in ragione della sussistenza di due distinte pratiche commerciali scorrette, rispettivamente per la fornitura di energia elettrica e per la fornitura di gas, irrogava una sanzione per ciascuna delle due condotte, facendo corretta applicazione dei criteri individuati dall'art. 11 della legge n. 689/81, come richiamati dall'art. 27, comma 13, del Codice del Consumo, ai fini della quantificazione della sanzione.

E invero, come più volte affermato dalla Sezione (Tar Lazio, I, 9 aprile 2010, n. 3722; 20 gennaio 2010, n. 633; 19 giugno 2009, n. 5809), allorché si sia in presenza di una molteplicità di condotte dotate di autonomia strutturale e funzionale (concorso materiale di illeciti), trova applicazione il criterio del "cumulo materiale" di sanzioni, come è avvenuto nel caso di specie.

Quanto alla contestata quantificazione delle sanzioni, l'Autorità (AGCM - Provvedimento n. 22978 – pp. 94 ss), con riguardo alla gravità della violazione, ha tenuto conto, in primo luogo, della dimensione economica del professionista che nel 2010 ha realizzato un fatturato di 2,1 miliardi di euro circa, di cui 1,7 miliardi derivanti dalla vendita di energia elettrica e gas naturale sul mercato libero. Tale parametro - che va sicuramente considerato in quanto incluso tra i criteri di carattere generale dettati dall'art. 11 della L. n. 689 del 1981, senza che tuttavia l'Autorità sia tenuta ad una puntuale considerazione delle quote di mercato (a differenza di quanto avviene, ad esempio, in materia di tutela della concorrenza) (Tar Lazio, I, 26 gennaio 2012, n. 866) - non solo assicura gli effetti deterrenti della sanzione, ma è anche idoneo, di per sé, a rendere più efficace la comunicazione pubblicitaria e, pertanto, ad aggravarne la valenza lesiva ove la stessa integri anche una pratica commerciale scorretta (Tar Lazio, I, 20 dicembre 2010, n. 3648; 22 novembre 2010, n. 33791; 3 novembre 2010, n. 33131).

Inoltre, l'Autorità ha tenuto conto dell' ampia diffusione delle pratiche contestate, "*in quanto hanno interessato un numero significativo di consumatori*" in settori caratterizzati da particolare asimmetria informativa.

Alla luce di quanto rilevato, AGCM ha ragionevolmente qualificato le condotte come gravi.

Quanto alla durata della violazione, l'Autorità ha rilevato che la pratica commerciale è stata caratterizzata da una durata prolungata, essendo stata posta in essere a partire dal mese di ottobre 2008 e almeno fino all' adozione del provvedimento impugnato (16 novembre 2011).

Con il quinto mezzo, infine, la ricorrente contesta la decisione dell'Autorità nella parte in cui dispone la pubblicazione di un estratto del provvedimento sanzionatorio, lamentando l'insufficienza della motivazione, la mancanza di proporzionalità nonché la dannosità della misura sul piano reputazionale, oltre che la disparità di trattamento rispetto ad altre imprese che avrebbero posto in essere condotte analoghe.

Anche tali censure appaiono destituite di fondamento.

A parere del Collegio, l'esercizio del potere di disporre la pubblicazione della delibera, attribuito all'Autorità dall'art. 27, comma 8, del Codice del Consumo, è avvenuto nel rispetto del criterio di valutazione dettato dalla stessa norma, vale a dire "*in modo da impedire che le pratiche commerciali scorrette continuino a produrre effetti*"; e invero, ai sensi di tale disposizione, il ricorso alla misura aggiuntiva è funzione della possibilità di evitare in tal modo la protrazione degli effetti della condotta, tale essendo il senso fatto palese dal significato proprio delle parole usate dal legislatore con l'utilizzo della suddetta proposizione subordinata finale implicita.

E in effetti la misura accessoria in contestazione assolve ad una funzione restitutoria, mirando, per un verso, ad impedire che la pratica scorretta accertata

continui a produrre effetti, per altro verso, e a ricostituire la situazione di fatto *quo ante* in cui trovava espressione l'interesse leso attraverso la pratica scorretta.

E, contrariamente all'assunto di parte ricorrente, nel provvedimento impugnato le motivazioni a sostegno dell'ordine disposto da AGCM trovano ampia espressione nell'ultimo "ritenuto", in cui si legge che *"in ragione dei comportamenti adottati dagli agenti di Acea, della pervasività accertata delle pratiche commerciali di cui al paragrafo II, punto 4, lettere A) e B, e dei conseguenti effetti pregiudizievoli per i consumatori, in quanto questi vengono vincolati a rapporti contrattuali di lunga durata, si rende necessario disporre la pubblicazione per estratto del presente provvedimento a cura e spese del professionista ai sensi dell'art. 27, comma 8, del Codice del Consumo su due quotidiani, nella cronaca di Roma, avendo avuto la pratica commerciale scorretta accertata diffusione prevalentemente nel territorio del Comune di Roma, al fine di impedire che la pratica commerciale in questione continui a produrre effetti?"* (AGCM - Provvedimento n. 22978 - pag. 73).

Per altro verso, proprio la disposta pubblicazione sui quotidiani a diffusione locale (Roma) costituisce un ulteriore indice di proporzionalità della misura inflitta, venendo la stessa in tal modo ad operare e, quindi, a ripristinare la preesistente situazione di fatto nello stesso ambito spaziale ed ambientale interessato dalla pratica commerciale scorretta accertata, che aveva avuto diffusione, appunto, prevalentemente nel territorio del Comune di Roma.

Infine, quanto agli eventuali effetti negativi per il professionista, prospettati nel ricorso in termini di danno alla reputazione, si osserva che gli stessi sarebbero comunque riconducibili unicamente alla condotta di quest'ultimo e dunque, nella comparazione di interessi che l'Autorità è chiamata a compiere, risulterebbero sempre recessivi.

Infine, appare indimostrato l'assunto della ricorrente società che lamenta di aver subito, con la misura aggiuntiva disposta dall' Autorità, una disparità di trattamento rispetto ad altri operatori del settore.

In proposito va ribadito l'orientamento di questa Sezione secondo cui la sussistenza del vizio di disparità di trattamento rispetto ad un diverso professionista nell'ambito di un differente procedimento per analoga fattispecie, postula "l'identità (o almeno la totale assimilabilità) delle situazioni di base poste a raffronto" (Tar Lazio, I, 19 maggio 2010, n.12325) e la completa sovrapposibilità di tutti gli elementi di rilievo delle fattispecie sanzionate (Tar Lazio, I, 13 dicembre 2010, n. 36114; 13 dicembre 2010, n. 36112; 22 novembre 2010, n. 33791; 9 agosto 2010, n. 30466); tuttavia, l'autonomia di ogni singolo accertamento dell'Autorità circa l'esistenza di profili di scorrettezza di pratiche commerciali e la "contestualizzazione" della valutazione delle stesse a fini di determinazione delle pertinenti conseguenze sanzionatorie, determinano una preclusione alla suggerita indagine comparativa, la quale richiederebbe una oggettiva verifica della completa sovrapposibilità delle fattispecie sanzionate, concretamente non percorribile.

Per le considerazioni complessivamente svolte il ricorso è infondato e deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e restano liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento nei confronti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato delle spese del presente giudizio, che liquida complessivamente e forfetariamente in euro 5.000,00 (=cinquemila/00).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente

Angelo Gabbricci, Consigliere

Rosa Perna, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/03/2012

IL SEGRETARIO

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