

Pubblicato il 24/09/2020

N. 09764/2020 REG.PROV.COLL.
N. 01978/2016 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 1978 del 2016, proposto da Hera Comm S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Sciaudone, Riccardo Sciaudone, Flavio Iacovone e Andrea Neri, con domicilio eletto presso il loro studio (Studio Legale Grimaldi) in Roma, via di Porta Pinciana, 25;

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e Autorità per l'Energia Elettrica il Gas e il Sistema Idrico, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentate e difese dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso cui domiciliario "ex lege" in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Federconsumatori Federazione Nazionale dei Consumatori ed Utenti, non costituita in giudizio;

per l'annullamento previa sospensione

- del provvedimento dell'AGCM n. 25700 del 4 novembre 2015, con il quale, a conclusione del procedimento PS/9999 – "Hera – Attivazioni non

richieste”, l’Autorità:

- ha qualificato come pratiche commerciali scorrette alcuni profili della condotta della ricorrente relativi all’attivazione di forniture di energia elettrica e di gas naturale nel mercato libero;
- ha ritenuto violata la disciplina posta a tutela dei diritti dei consumatori in materia di contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali, introdotta nel D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 per effetto del D.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21 che ha dato attuazione alla direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori e per l’effetto,
- ha irrogato alla Società quattro distinte sanzioni pecuniarie per un importo complessivo pari ad euro 366.000,00; nonché
- di tutti gli atti presupposti, tra i quali, anche il Protocollo d’intesa sottoscritto dall’AGCM e dall’Autorità per l’Energia elettrica, il Gas e il Sistema Idrico in data 3 settembre 2012, come da ultimo modificato dalla successiva delibera dell’AEEGSI n. 505/2014/A del 16 ottobre 2014, nonché di tutti gli atti conseguenti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, dell’Autorità per l’Energia Elettrica e il Gas e dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, con i relativi allegati;

Vista l’ordinanza collegiale di questa Sezione n. 2548/2017 del 17.2.2017;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti l’art. 84 d. l. n. 18/2020, conv. in l. n. 27/2020, e l’art. 4 d.l. n. 28/2020, conv. in l. n. 70/2020;

Relatore nell’udienza del giorno 20 luglio 2020, tenutasi in collegamento da remoto in videoconferenza, il dott. Ivo Correale, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Collegio rileva che si è già pronunciato sull'attuale contenzioso con ordinanza collegiale n. 2548/2017, la cui parte “in fatto” si riporta.

“1. L'oggetto della controversia e i fatti rilevanti.

1.1. Con provvedimento adottato nell'adunanza del 4 novembre 2015, l'Autorità Garante della Concorrenze e del Mercato (AGCM) deliberava che:

a) due pratiche commerciali, come ivi descritte e poste in essere dalla Hera Comm s.r.l. (Impresa), erano ritenute “scorrette”, ai sensi degli artt. 20, comma 2, 24, 25 e 26, lett. f) del d.lgs. 6.9.2005, n. 206 (Codice del Consumo),

b) una condotta, sempre posta in essere dalla medesima società, aveva violato gli artt. 49, comma 1, lett. h), e 51, commi 6 e 7, e 52 del medesimo Codice del Consumo. Ne era quindi imposta “inibitoria” ed era irrogata la sanzione pecuniaria amministrativa di euro 366.000,00 totali.

In particolare, le due “pratiche” commerciali “scorrette” erano consistite nella conclusione di contratti non richiesti di fornitura di energia elettrica e di gas naturale finalizzate all'acquisizione di clientela sul “mercato libero” mentre la “condotta” sanzionata corrispondeva all'aver concluso - dopo la data del 13.6.2014 di entrata in vigore del d.lgs. 21.2.2014, n. 21, concernente “Attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, recante modifica delle direttive 93/13/CEE e 1999/44/CEE e che abroga le direttive 85/577/CEE e 97/7/CE” – contratti a distanza e fuori dai locali commerciali, in violazione dei diritti attribuiti al consumatore dal suddetto d.lgs.

1.2. L'AGCM, nel provvedimento, descriveva le fasi di avvio del procedimento (originato da numerose segnalazioni) e di acquisizione di documentazione, riportava le argomentazioni difensive dell'impresa, di cui era stata consentita la partecipazione procedimentale, illustrava i pareri dell'Autorità di settore (Autorità per l'Energia Elettrica, il Gas e il Sistema Idrico – AEEGSI) nonché dell'Autorità per le garanzie nelle Comunicazioni – AgCom.

Le valutazioni conclusive dell'AGCM, in sintesi, riportavano quanto segue.

1.3. In premessa, l’Autorità evidenziava che l’Impresa era una società operante nella vendita al dettaglio di energia elettrica e gas naturale a clienti domestici e non domestici di piccole dimensioni. Era quindi descritta l’evoluzione del mercato legato alla liberalizzazione delle suddette forniture (c.d. “mercato libero”), quale “mass market”, in cui i consumatori agiscono in condizioni di “razionalità limitata” e subiscono una forte inerzia dovuta a elevati costi di ricerca e di cambiamento percepiti e ove sono presenti un elevato livello di disinformazione e uno scarso livello di comprensione delle offerte, anche tra coloro i quali hanno abbandonato il regime di “tutela”. Tali ragioni configuravano il mercato di riferimento come “mercato push”, ove i nuovi potenziali clienti devono essere contattati singolarmente e convinti mediante mezzi di comunicazione particolari, quali vendite a domicilio o “teleselling” che, per la loro peculiarità, sono maggiormente idonei a vincolare consumatori non pienamente consapevoli o anche indotti in errore riguardo all’effettivo momento di instaurazione di un vincolo contrattuale.

1.4. Nel descrivere le condotte dell’Impresa – prese in considerazione distintamente perché non era riscontrato un carattere necessariamente e indissolubilmente congiunto dell’offerta di energia e/o gas naturale – l’AGCM rilevava che la violazione degli artt. 20, 24, 25, lett. d) e 26, lett. f) del Codice del Consumo era legata a profili di aggressività, concernenti le modalità della condotta mediante acquisizione di contratti di fornitura senza consenso effettivo del consumatore (assenza del medesimo o di manifestazione di volontà ovvero falsità della sottoscrizione) ovvero con comunicazione di informazioni ingannevoli e/o con omissione di informazioni rilevanti, al fine di ottenere un’adesione non consapevole alla proposta di contratto, e con imposizione di ostacoli all’esercizio del diritto di recesso nonché richiesta di pagamento di importi non dovuti. Le risultanze istruttorie, poi, evidenziavano anche il mancato rispetto dei requisiti di forma previsti dagli artt. 49, lett. h), 51, commi 6 e 7, 52 e 54 del Codice del

Consumo, come modificato dal d.lgs. n. 21/2014, di recepimento della Direttiva 2011/83/UE (c.d. “consumer rights”).

1.5. Con ricorso a questo Tribunale, ritualmente notificato e depositato, l'Impresa chiedeva l'annullamento, previa sospensione, del provvedimento in questione, deducendo cinque, articolati, motivi di ricorso.

Con il primo motivo, l'Impresa evidenziava che il provvedimento era stato adottato sulla scorta dell'art. 27, comma 1 bis, del Codice del Consumo, che poteva però porsi in contrasto con l'art. 3, comma 4, della direttiva 2005/29/CE e con il principio di “specialità” ivi richiamato, per quanto evidenziato anche dalla Commissione europea nell'ambito della procedura di infrazione 2013/2169 ancora pendente, per cui chiedeva che fosse rimessa alla Corte di Giustizia UE la questione della relativa interpretazione in merito all'applicabilità della disciplina generale di cui al Codice del Consumo in settori e per condotte già prese in considerazione dalla disciplina settoriale.

Con il secondo motivo, la ricorrente evidenziava che non erano riscontrabili comunque le violazioni del Codice del Consumo a lei addebitate, dato che risultava da lei predisposto un valido sistema di protezione del consumatore, sia nell'ipotesi di acquisizione di clientela sul mercato libero con il metodo “porta e porta”, sia nell'ipotesi di acquisizione tramite il c.d. “teleselling”, che era descritto minuziosamente. Non erano considerati, poi, dall'AGCM i rimedi adottati dall'Impresa per sanare immediatamente le irregolarità riscontrate, peraltro in un numero esiguo e non sistematico di casi, ed era stata data un'erronea interpretazione al documento sul controllo di qualità aziendale acquisito in sede di ispezione.

Con il terzo motivo, la ricorrente contestava la definizione di “aggressività” della pratica commerciale considerata dall'AGCM, non riscontrandosi, dall'esame della documentazione acquisita nel corso del procedimento e illustrata nella sua effettiva consistenza, i profili che la giurisprudenza ha ritenuto necessari per configurarla, ai sensi degli artt. 24, 25 e 26, lett. f) del Codice del Consumo. Per quanto riguardava la sanzionata condotta relativa a

richiesta di pagamenti di forniture non volute, l'Impresa ricordava che la normativa di cui all'art. 66-quinquies del Codice del Consumo, che esauriva la fattispecie, non era stata contestata, anche perché la condotta era rispettosa di quanto previsto dall'Autorità di settore, AEEGSI, con la delibera n. 153/2012/R/com, il cui art. 12 prescrive una regolazione ben specifica dei pagamenti, cui il consumatore è tenuto per aver usufruito del servizio erogato dal "venditore non richiesto", durante il periodo transitorio del ripristino verso il precedente venditore.

Con il quarto motivo, l'Impresa lamentava che l'art. 51, comma 6, del Codice del Consumo aveva di fatto introdotto dei limiti all'espansione del "teleselling" e comunque il contesto normativo nel quale tale norma si inserisce non era pacifico né consolidato, ferma restando la normativa di settore che la ricorrente aveva comunque ritenuto di aver osservato, anche in relazione alle modalità di perfezionamento della volontà contrattuale.

Con il quinto motivo, infine, l'Impresa contestava l'entità della sanzione, in relazione all'erronea valutazione della frequenza della pratica addebitata, della sua intenzionalità e dell'importanza del danno cagionato al consumatore nonché in relazione alla riscontrata "gravità", con conseguente sproporzione dell'importo individuato dall'AGCM.

1.6 Si costituiva in giudizio l'AGCM, illustrando in distinta memoria per la camera di consiglio le proprie tesi orientate alla reiezione del ricorso.

1.7 Rinviata la fase cautelare a quella di merito, in prossimità della pubblica udienza, le parti costituite depositavano memorie (la ricorrente anche "di replica") a sostegno delle rispettive tesi difensive.

2. La rimessione alla Corte di Giustizia.

2.1 All'esito della pubblica udienza del 25 gennaio 2017, questa Sezione pronunciava l'ordinanza collegiale sopra richiamata, con la quale rimetteva alla Corte di Giustizia UE, ai sensi dell'art. 267 TFUE, le seguenti questioni pregiudiziali:

“1) Se la “ratio” della direttiva “generale” n. 2005/29/CE, intesa quale “rete di sicurezza” per la tutela dei consumatori, nonché, nello specifico, il “Considerando n. 10”, l’art. 3, paragrafo 4, e l’art. 5, paragrafo 3, della medesima direttiva ostino a una norma nazionale che riconduca la valutazione del rispetto degli obblighi specifici previsti dalle direttive settoriali n. 2009/72/CE e n. 2009/73/CE a tutela dell’utenza nell’ambito di applicazione della direttiva generale n. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali scorrette, escludendo, per l’effetto, l’intervento dell’autorità di settore - nel caso di specie AEEGSI - a reprimere una violazione della direttiva settoriale in ogni ipotesi che sia suscettibile di integrare altresì gli estremi di una pratica commerciale scorretta o sleale;

2) Se il principio di specialità di cui all’art. 3, paragrafo 4, della direttiva 2005/29/CE deve essere inteso quale principio regolatore dei rapporti tra ordinamenti (ordinamento generale e ordinamenti di settore), ovvero dei rapporti tra norme (norme generali e norme speciali) ovvero, ancora, dei rapporti tra autorità indipendenti preposte alla regolazione e vigilanza dei rispettivi settori;

3) Se la nozione di “contrasto” di cui all’art. 3, paragrafo 4, della direttiva 2005/29/CE possa ritenersi integrata solo in caso di radicale antinomia tra le disposizioni della normativa sulle pratiche commerciali scorrette e le altre norme di derivazione europea che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali, ovvero se sia sufficiente che le norme in questione dettino una disciplina difforme dalla normativa sulle pratiche commerciali scorrette, tale da determinare un concorso di norme in relazione a una stessa fattispecie concreta;

4) Se la nozione di norme comunitarie di cui all’art. 3, paragrafo 4, della direttiva 2005/29/CE abbia riguardo alle sole disposizioni contenute nei regolamenti e nelle direttive europee, nonché alle norme di diretta trasposizione delle stesse, ovvero se includa anche le disposizioni legislative regolamentari attuative di principi di diritto europeo;

5) Se il principio di specialità, sancito al “Considerando 10” e all’art. 3, paragrafo 4, della direttiva 2005/29/CE e gli artt. 37 della direttiva 2009/72/CE e 41 della direttiva 2009/73/CE ostino a una interpretazione delle corrispondenti norme di trasposizione nazionale per cui si ritenga che, ogni qualvolta si verifichi in un settore regolamentato, contenente una disciplina “consumeristica” settoriale con attribuzione di poteri regolatori e sanzionatori all’autorità del settore, una condotta riconducibile alla nozione di “pratica aggressiva”, ai sensi degli articoli 8 e 9 della direttiva 2005/29/CE, o “in ogni caso aggressiva” ai sensi dell’Allegato I della direttiva 2005/29/CE, debba sempre trovare applicazione la normativa generale sulle pratiche scorrette, e ciò anche qualora esista una normativa settoriale, adottata a tutela dei (medesimi) consumatori e fondata su previsioni di diritto dell’Unione, che regoli in modo compiuto le medesime “pratiche aggressive” e “in ogni caso aggressive” o, comunque, le medesime “pratiche scorrette/sleali”.

2.2 La Corte di Giustizia, con ordinanza della X Sezione del 14 maggio 2019 si pronunciava su quattro giudizi riuniti e relativi a cause promosse da Acea Energia SpA (C-406/17), Green Network SpA (C-407/17), Enel Energia SpA (C-408/17).

2.3 In particolare la Corte affermava che:

“...l’articolo 3, paragrafo 4, 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, nonché l’articolo 3, paragrafo 2, della direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa

nazionale in forza della quale determinate condotte, come quelle controverse nei procedimenti principali, consistenti nella stipulazione di contratti di fornitura non richiesti dai consumatori o di contratti a distanza e di contratti negoziati fuori dei locali commerciali in violazione dei diritti dei consumatori, devono essere valutate alla luce delle rispettive disposizioni delle direttive 2005/29 e 2011/83, con la conseguenza che, conformemente a tale normativa nazionale, l'autorità di regolamentazione di settore, ai sensi della direttiva 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 2003/54/CE, e della direttiva 2009/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 2003/55/CE, non è competente a sanzionare siffatte condotte”.

2.4. Il presente giudizio era quindi ritualmente riassunto avanti a questo Tribunale e le Autorità costituite e parte ricorrente depositavano memorie illustrative, insistendo nelle rispettive tesi, e, all'udienza del 20 luglio 2020, la causa era trattenuta nuovamente in decisione con le modalità “da remoto” illustrate nel relativo verbale.

DIRITTO

Esaminando il merito della controversia dopo la pronuncia della Corte di Giustizia, il Collegio rileva l'infondatezza del gravame.

Per quanto riguarda il primo motivo di ricorso, il Collegio rileva che - come peraltro già osservato anche da questa Sezione (TAR Lazio, Sez. I, 3.2.20, n. 1418 e 19.9.19, n. 11097) - la Corte UE, nella sentenza del 18 settembre 2018, ha affermato la prevalenza della disciplina di settore solo se sia individuabile un “contrasto” insanabile con quella di cui alla normativa generale (in Italia del “Codice del Consumo”), nel senso che la nozione di “contrasto” denota un rapporto, tra le disposizioni cui si riferisce, che va oltre la mera difformità o la semplice differenza, mostrando una divergenza che non può essere superata mediante una formula inclusiva che permetta la coesistenza di entrambe le realtà, senza che sia necessario snaturarle.

Dunque, secondo la Corte, il contrasto sussiste solo quando disposizioni di stretta derivazione UE, disciplinanti aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, impongono ai professionisti, senza alcun margine di manovra, obblighi “incompatibili” con quelli stabiliti dalla direttiva 2005/29, dando vita a una divergenza insanabile che non ammette la coesistenza di entrambi i plessi normativi.

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

Osserva il Collegio che le riportate conclusioni della Corte di Giustizia depongono, quindi, per l'affermazione di una specialità normativa “per fattispecie” e non “per settore”, configurando i rapporti tra i due corpi normativi in termini di complementarietà più che di specialità (TAR Lazio, Sez. I, 16.4.19, n. 4922).

In sostanza, la disciplina consumeristica non trova applicazione unicamente quando disposizioni estranee a quest'ultima, disciplinanti aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, impongono ai professionisti, senza alcun margine di manovra, obblighi incompatibili con quelli stabiliti dalla direttiva 2005/29 (Tar Lazio, sez. I, 10.1.20, n. 261); circostanza, questa, non rinvenibile nel caso di specie.

Per quanto riguarda, poi, l'estensione interpretativa dell'art. 27, comma 1 bis, del Codice (nel testo inserito dall'art. 1, comma 6, lett. a), del d.lgs. n. 21/2014), si evidenzia che tale norma ha così disposto: *“Anche nei settori regolati, ai sensi dell'articolo 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente. Resta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta. Le Autorità*

possono disciplinare con protocolli di intesa gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze”.

Ebbene, sul punto l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 3/16) ha già chiarito che: “...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.”

Questa Sezione di recente si è già pronunciata a conferma di tale conclusione, senza che gli argomenti di parte ricorrente nelle sue memorie ultime abbiano apportato elementi idonei a derogare a tale conclusione (TAR Lazio, Sez. I, n. 1418/20 cit. e 3.6.19, n. 7123).

La Corte di Giustizia ha anche osservato come il contrasto rilevante ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva 2005/29/Ce: a) deve riguardare norme dell'Unione e non norme nazionali e b) può ritenersi sussistente solo là dove disposizioni diverse rispetto a quelle della direttiva 2005/29/Ce, disciplinanti aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, impongono ai professionisti senza alcun margine di manovra obblighi incompatibili con quelli stabiliti da tale direttiva.

Parimenti infondato si palesa il secondo motivo di ricorso.

Parte ricorrente si sofferma solo sulla sussistenza di un sistema di controlli, a lei riconducibile, ma non in grado di arginare le condotte dei promotori che facevano sì che i consumatori erano indotti a una scelta commerciale non voluta o sufficientemente meditata, a nulla rilevando che la fornitura era attivata successivamente, dato che la buona fede del professionista deve essere sempre sussistente e verificabile anche nella fase di relazione prodromica al contratto.

Il Collegio, inoltre, osserva che il professionista che si avvale dell'opera di soggetti terzi è tenuto, in osservanza del canone di diligenza esigibile da operatori del settore, ad esercitare una assidua e puntuale attenzione sulla condotta di tali soggetti, in difetto di che il ricorso a soggetti terzi diventerebbe una esimente volta a porre il professionista al riparo da condotte che quest'ultimo assuma non riconducibili a fatto proprio.

Secondo la consolidata giurisprudenza amministrativa (TAR Lazio, Sez. I, 25.2.20, n. 2474 e 12.4.17, n. 4522; Cons. Stato, Sez. VI, 22.7.14, nn. 3896 e 3897), il professionista è responsabile dell'attività svolta anche dai suoi agenti/promotori, sia qualora gli possa essere attribuita una "culpa in eligendo", sia qualora gli possa essere imputata una "culpa in vigilando", ovvero qualora non dimostri di avere posto in essere un sistema di monitoraggio effettivo e preventivo sui contenuti delle iniziative promozionali pubblicitarie realizzate e diffuse da soggetti terzi, anch'essi interessati alla pratica commerciale, o non si sia dotato nell'ambito della propria organizzazione di un sistema di monitoraggio idoneo a consentire il puntuale adempimento del dettato legislativo.

In tema di imputazione della responsabilità ad un professionista, infatti, rileva non già un profilo di responsabilità diretta nell'attivazione di contratti quanto 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).

Il Collegio evidenzia, inoltre, che il grado di diligenza richiesto al professionista in ambito consumeristico non può essere parametrato solo alla luce degli obblighi imposti dall'Autorità di regolazione competente per il settore di riferimento.

Il sistema di tutela del consumatore prevede, infatti, che il rispetto della normativa di settore non esaurisca gli obblighi di diligenza gravanti sul professionista, il quale dovrà, in ogni caso, porre in essere quei comportamenti ulteriori che discendono comunque dall'applicazione del più generale principio di buona fede a cui si ispira tutta la disciplina a tutela del consumatore sotto un profilo contrattuale (Cons. Stato, Sez. VI, 30.9.16, n. 4048 e Tar Lazio, Sez. I, 1.8.19 e 3.1.17, n. 62).

Inoltre, per quanto riguarda il terzo motivo di ricorso, si osserva che è conclusione pacifica quella per la quale l'illecito di scorrettezza di cui al Codice del Consumo è un illecito "di pericolo", che non richiede per la sua configurazione l'attualità di una lesione agli interessi dei consumatori, quanto, piuttosto, che una pratica sia idonea a produrla. Il bene giuridico tutelato, infatti, è soltanto indirettamente la sfera patrimoniale del consumatore: in via immediata, infatti, attraverso la libertà di scelta, si vuole salvaguardare il corretto funzionamento del mercato concorrenziale (Cons. Stato, Sez. VI, 12.3.20, n. 1751), per cui non rileva che sia stato considerato solo un numero esiguo di segnalazioni.

In relazione, poi, alla definizione di "pratica aggressiva", il Collegio evidenzia che l'indebito condizionamento che la contraddistingue comprende tutti i casi in cui, pur senza vere e proprie molestie o coercizioni, sia comunque rinvenibile uno sfruttamento, da parte del professionista, di una posizione di potere rispetto al consumatore per esercitare una pressione tale da limitare notevolmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole (Cons. Stato, 11.12.17, n. 5795). Nel caso di specie ciò è emerso

incofutabilmente dalle segnalazioni riguardanti anche casi di richiesta di pagamento del servizio pur dopo il recesso attivato.

Inoltre il Collegio ha già evidenziato che il grado di diligenza richiesto al professionista in ambito consumeristico non può essere parametrato solo alla luce degli obblighi imposti dall'Autorità di regolazione competente per il settore di riferimento.

In particolare, con riferimento ai contratti sottoscritti in “teleselling”, non era previsto alcun meccanismo sanzionatorio idoneo a disincentivare la realizzazione di pratiche scorrette, così come nemmeno sussistevano dei meccanismi premianti, parametrati non alla quantità, bensì sulla qualità e sul grado di soddisfazione della clientela.

Inoltre, non può essere attribuita una funzione di controllo agli strumenti relativi alla lettera di benvenuto o “welcome letter”, strumento, questo, che si risolveva in un semplice contatto postumo con il consumatore e che non era idoneo ad acquisire la previa conoscenza delle modalità mediante le quali si sarebbe svolto il processo di sottoscrizione della fornitura.

Per quanto concerne gli “script” utilizzati dall'operatore, non era prevista alcuna domanda avente ad oggetto la conferma, da parte del consumatore, di aver voluto lui chiedere l'attivazione del contratto mediante la registrazione della chiamata.

Deve pertanto considerarsi altrettanto sussistente la responsabilità per quanto attiene la comunicazione di informazioni ingannevoli al fine di ottenere la sottoscrizione dei contratti, dato che sussiste l'evidenza, in atti, di segnalazioni dirette a rilevarne l'attivazione e la successiva fatturazione dei relativi consumi, pur non avendo il consumatore sottoscritto il relativo contratto o non avendo comunque manifestato la propria volontà in tal senso; anche il contenuto della telefonata diretta alla conclusione del contratto non era esente da critiche, considerando che una maggiore chiarezza circa il valore giuridico dell'assenso manifestato avrebbe consentito di evitare proprio quelle criticità e quei comportamenti emersi a seguito dell'istruttoria svolta dall'AGCM.

Valga osservare che, nei settori di riferimento, la valutazione della completezza e chiarezza delle informazioni fornite alla clientela si presenta particolarmente rigorosa in considerazione della sussistente 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.

Sull'entità della sanzione, di cui al quarto motivo, il Collegio rileva la quantificazione è avvenuta, considerando il minimo e il massimo edittale, le dimensioni economiche e l'importanza del professionista, incidendo per una percentuale minima sul fatturato della ricorrente.

Invero, la somma irrogata non appare quantificata in violazione del principio di ragionevolezza e proporzionalità, alla luce del consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui, ai fini di una efficace funzione deterrente, la sanzione deve essere parametrata al fatturato realizzato dall'impresa (TAR Lazio, Sez. I, 3.2.20, n. 1418).

In particolare, è conclusione giurisprudenziale che il Collegio richiama e a cui ritiene di conformarsi quella per la quale, nella materia delle pratiche commerciali scorrette, non sussiste il vincolo legale di ancorare la sanzione amministrativa pecuniaria ad una percentuale del fatturato "rilevante" della società, come avviene invece nel settore della concorrenza (Cons. Stato, Sez. VI, 13.1.20, n. 318).

Osserva il Collegio che, nella ponderazione della sanzione da irrogare, l'Autorità, avuto riguardo a tutti i parametri di riferimento e dovendo garantire l'effettiva efficacia deterrente della sanzione pecuniaria, secondo criteri di proporzionalità ed adeguatezza, ha tenuto conto di tutte le circostanze caratterizzanti il caso di specie, ivi comprese le attenuanti, ed ha determinato la sanzione nell'esercizio di una discrezionalità sindacabile, in

sede giurisdizionale, solo nei limiti del travisamento o della macroscopica illogicità o della manifesta mancanza di proporzione, nel caso di specie non ravvisabili (TAR Lazio, Sez. I, 30.6.20, n. 7335).

In ogni caso, deve rilevarsi che la norma non indica parametri fissi né impone un calcolo algebrico, lasciando viceversa all'Autorità un margine di apprezzamento discrezionale che, nel caso di specie, non appare male esercitato, per le ragioni sopra espresse.

Alla luce di quanto dedotto, pertanto, il gravame non può trovare accoglimento.

La peculiarità e la complessità della fattispecie consentono di compensare eccezionalmente le spese di lite tra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 luglio 2020, in collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 84, comma 6, d.l. n. 18/2020, come convertito in l. n. 27/2020, con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Ivo Correale, Consigliere, Estensore

Laura Marzano, Consigliere

L'ESTENSORE

Ivo Correale

IL PRESIDENTE

Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO