

Pubblicato il 03/02/2020

N. 01418/2020 REG.PROV.COLL.
N. 07066/2018 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 7066 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Wind Tre S.p.A., società con socio unico, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Gian Michele Roberti, Isabella Perego e Marco Serpone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, Foro Traiano, 1/A;

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso cui domicilia "ex lege" in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso cui domicilia "ex lege" in Roma, via dei Portoghesi, 12;
Codacons - Coordinamento delle Associazioni per la difesa dell'Ambiente e

dei diritti degli Utenti e Consumatori, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Carlo Rienzi e Gino Giuliano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'Ufficio legale nazionale del Codacons in Roma, viale Giuseppe Mazzini, 73;

Telecom Italia S.p.A., Tammaro Maiello, Antonio Maiello, Unione Nazionale Consumatori – Comitato Regionale della Sicilia, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento previa adozione di idonee misure cautelari

1) per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento n. 27110 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 28 marzo 2018, adottato a conclusione del procedimento PS10702 - Wind 3 - Internet illimitato e costi di recesso da rete fissa, che ha comminato a Wind Tre S.p.A. una sanzione complessiva di € 4.250.000 per la violazione degli artt. 20, comma 2, 21 e 22 del d.lgs 206/2005 notificato via pec in data 11 aprile 2018 (n. prot. 0034177);

- della comunicazione del 14 dicembre 2017 (n. prot. 0091822), con cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha rigettato la proposta di impegni presentata da Wind Tre nell'ambito del medesimo procedimento PS10702;

- di ogni altro atto presupposto, connesso o conseguente, ancorché non conosciuto, e con riserva di motivi aggiunti;

2) per quanto riguarda i primi motivi aggiunti:

- del provvedimento n. 27565 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 13 febbraio 2019, notificato via pec il 18 febbraio 2019 (n. prot. 0019128), relativo all'avvio del procedimento IP313 - Wind 3- Offerta Fibra per l'inottemperanza alla delibera dell'Autorità n. 27110 del 28 marzo 2018;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché non conosciuto;

3) per quanto riguarda i secondi motivi aggiunti:

- del provvedimento n. 27864 dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 17 luglio 2019, notificato via pec il successivo 1° agosto 2019 (n. prot. 0053348), relativo alla chiusura del procedimento IP313 - Wind 3-Offerta Fibra, con cui l’AGCM ha irrogato una sanzione amministrativa pecuniaria pari ad € 350.000,00 per l’inottemperanza alla delibera n. 27110 del 28 marzo 2018;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché non conosciuto.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, nonché del Codacons - Coordinamento delle Associazioni per la difesa dell’Ambiente e dei diritti degli Utenti e Consumatori, con la relativa documentazione;

Vista l’ordinanza cautelare di questa Sezione n. 4041/2018 del 5.7.2018;

Visto il decreto presidenziale delegato n. 2742/2019 del 18.4.2019;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del 18 dicembre 2019 il dott. Ivo Correale e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

In seguito a diverse segnalazioni, l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (“AGCM” o “Autorità”) avviava un procedimento volto a rilevare l’eventuale sussistenza di pratiche commerciali “scorrette”, ai sensi degli artt. 20, 21 e 22 del d.lgs. n. 206/2005 (“Codice del Consumo” o “Codice”), da parte della Wind Tre s.p.a. (“Wind”), relativamente all’offerta di servizi telefonici in “mobilità” e da “rete fissa”.

In particolare, erano contestate due condotte, consistenti in:

a) per i servizi “in mobilità” commercializzati con il marchio “3”, nell’assenza di informazioni chiare sui costi del traffico di navigazione su rete Internet, con riferimento alle espressioni quali “Unlimited Plus” e “naviga senza pensieri alla massima velocità con la rete 4G LTE di 3”, non accompagnate da informativa (“alert”) diretta a precisare che, una volta superato il traffico “extra-soglia”, sarebbero stati addebitati costi aggiuntivi in base alla tariffa “a consumo”;

b) per i servizi da rete fissa, con riferimento alla connettività alla rete Internet con tecnologia in “fibra”, nell’aver diffuso, attraverso la stessa Internet e “spot” televisivi, campagne pubblicitarie dirette a promuovere i relativi servizi con il marchio “Infostrada” mediante espressioni quali “Wind Home (fino a 1000Mb 50 GIGA FULL SPEED)” e “Wind Home Infostrada Unlimited (fino a 1000 Mb e chiamate illimitate 50 GIGA FULL SPEED)”, volte a enfatizzare l’utilizzo integrale ed esclusivo della fibra ottica e/o il raggiungimento delle massime prestazioni in termini di velocità e affidabilità della connessione, omettendo di informare adeguatamente i consumatori circa le caratteristiche dell’offerta e le connesse limitazioni nonché le reali potenzialità del servizio “in fibra” offerto su velocità effettiva di navigazione, i servizi fruibili, i limiti derivanti dallo sviluppo geografico della rete e omettendo di indicare gli ulteriori oneri economici per la fruizione delle offerte reclamizzate.

All’esito del procedimento, con il provvedimento conclusivo, l’Autorità, dopo aver descritto le evidenze acquisite, le argomentazioni difensive del professionista, il contenuto del parere dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (“AgCom”) reso ex art. 27, commi 1 bis e 6, del Codice, illustrava le valutazioni conclusive orientate a rilevare la “scorrettezza” delle pratiche, laddove il professionista aveva omesso o indicato in maniera confusa e contraddittoria le informazioni su:

a) i costi del traffico “extra soglia” riguardo ai servizi in mobilità una volta esauriti i “giga” inclusi nell’offerta;

b) per i servizi di connettività ad Internet da rete fissa in fibra ottica, le caratteristiche dell'offerta in fibra, i limiti geografici di copertura delle varie soluzioni di rete, le differenze di servizi disponibili e di "performance" (ad esempio i tempi di attesa per la fruizione dei servizi medesimi) in funzione dell'infrastruttura utilizzata per offrire il collegamento in fibra, nonché le effettive condizioni economiche di fruizione dei suddetti servizi, così che il consumatore, a fronte dell'uso del termine onnicomprensivo "fibra", non era stato messo nelle condizioni di individuare gli elementi che distinguevano, in concreto, le diverse tipologie di offerta, in particolare dal punto di vista del diverso tipo di prestazioni connesse alla tecnologia sottesa alle medesime, che costituisce elemento indispensabile per consentire all'utilizzatore finale di effettuare una scelta consapevole.

Era mancato, poi, un adeguato richiamo alla necessità di verificare le effettive funzionalità dell'offerta nella zona di interesse dell'utente, non essendo sufficienti i generici avvisi che erano indicati, riportati con caratteri piccolissimi nell'ultima sequenza degli "spot" televisivi o posti in una sottosezione nel sito Internet.

Era quindi indicata la modalità di calcolo della relativa sanzione che, considerando una circostanza aggravante e una attenuante, era fissata in euro 4.250.000.

Con rituale ricorso a questo Tribunale, Wind chiedeva l'annullamento, previa sospensione, di tale provvedimento, lamentando, in sintesi, quanto segue.

"I. PRECISAZIONI PRELIMINARI SULLE CONDOTTE SANZIONATE E SULLA LORO QUALIFICAZIONE GIURIDICA: VIOLAZIONE DELL'ART. 3 DELLA LEGGE 241/90 E DIFETTO DI MOTIVAZIONE."

Sulla prima condotta, la ricorrente precisava che, pur essendoci state segnalazioni di consumatori relative a diverse offerte, il provvedimento finale si fondava sulle schermate delle pagine del sito "www.tre.it" acquisite in data

26 e 27 giugno 2017 e tra tali schermate non vi erano quelle riferite all'offerta "Top Unlimited Plus", ma solo quelle (peraltro parziali) relative alle offerte "Free Unlimited Plus" e "All In Start". L'offerta "Free Unlimited Plus", peraltro, risultava non più commercializzata dal 20 novembre 2016 e le schermate acquisite da AGCM erano rinvenibili a quel tempo su Internet (non accedendo direttamente sul sito di "3" ma effettuando una ricerca) a fini puramente informativi e di estrema trasparenza, atteso che vi potevano essere clienti che erano ancora titolari di tale offerta.

In merito alla seconda condotta, Wind, accennando alle differenze tra i collegamenti di tipo "FTTH" (diretti nell'abitazione dell'utenti) e quelli "FTTC" (diretti fino all'"armadio" in strada e poi in rame fino all'abitazione), rilevava che l'AGCM le aveva inizialmente contestato anche una asserita carenza informativa in relazione ai costi applicabili in caso di recesso anticipato dai contratti che presentavano vincoli di durata, carenza non più menzionata nel provvedimento finale.

Sulla qualificazione giuridica delle condotte, la ricorrente osservava che la contestazione dell'Autorità era incentrata sulle carenze e omissioni conseguenti e non sulle espressioni ("claim") in sé considerate e richiamate, come tali riconducibile al solo art. 22 del Codice.

Non era quindi indicato dall'AGCM perché fosse stata contestata anche la violazione dell'art. 21 sulle pratiche "ingannevoli", con conseguente carenza di motivazione.

"II. SUL DIFETTO DI COMPETENZA".

La ricorrente lamentava che l'Autorità aveva inteso sanzionare asserite carenze informative relative ad offerte concernenti servizi di comunicazioni elettronica che, per definizione, si inscrivono nelle prerogative di tutela dei consumatori riconosciute in tale settore all'AgCom, ai sensi dell'art. 3, par. 4, della direttiva 2005/29/CE che codifica il principio di specialità dal "considerando 10" che lo precede.

Infatti, il regime “UE” sulle comunicazioni elettroniche e, in particolare, la direttiva 2002/22/CE, dettavano specifici obblighi in materia informativa sulle caratteristiche dei servizi offerti e sui relativi prezzi, per cui le eventuali loro omissioni rientravano in tale contesto normativo, nonché nelle relative regolamentazioni dell’AgCom, di cui alle delibere nn. 417/01/CONS, 179/03/CONS, 326/10/CONS, 252/16/CONS, delle quali erano richiamati i contenuti.

Doveva, quindi, applicarsi l’art. 27, comma 1 bis, del Codice riconoscendo la prevalenza delle norme speciali di settore e l’art. 71, comma 1 bis, Codice delle Comunicazioni Elettroniche, come introdotto durante il procedimento dal d.l. n. 148/17, conv. in l. n. 172/17, con impossibilità di stabilire e sanzionare “ex ante” condotte che nel settore danno luogo a pratiche commerciali sleali.

“III. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 20, 21 E 22 CDC

(ARTT. 5, 6 E 7 DELLA DIRETTIVA 2005/29/CE) – ECCESSO DI POTERE PER

DIFETTO DI ISTRUTTORIA E DIFETTO DI MOTIVAZIONE, CONTRADDITTORIETÀ,

TRAVISAMENTO ED ERRONEA VALUTAZIONE DEI FATTI”

La ricorrente contestava l’esistenza stessa di una pratica sanzionabile ai sensi del Codice del Consumo, in quanto, nel ripercorrere le caratteristiche delle offerte prese in considerazione, per quella “Free Unlimited Plus”, comunque cessata nel novembre 2016, era chiaramente posto con evidenza grafica immediatamente percepibile che l’illimitatezza era riferita ai soli “minuti/voce” e che la navigazione in Internet era soggetta a una “soglia” mensile di 20 GB in modalità 4G LTE.

Inoltre, la pagina di presentazione di tale offerta non conteneva la locuzione “Naviga senza pensieri alla massima velocità con la rete 4G LTE 3”, dato che tale “claim” era riportato in una diversa pagina, consultabile solo

eventualmente dal consumatore. Il riferimento al navigare “senza pensieri”, per la ricorrente, dalla grafica di cui all’offerta, era comunque accostabile alla circostanza di avvalersi di un collegamento ad alta tecnologia che rendeva “performances” superiori e non alle assenze di limiti al traffico di dati.

In secondo luogo, la chiara indicazione della soglia di traffico (20 giga/mese), riportata con ampia evidenza grafica nella pagina di presentazione dell’offerta, rappresentava già un primo “alert” per il consumatore “medio” – dunque normalmente avveduto e informato – circa l’esistenza di possibili costi in caso di superamento di tale soglia. Tali informazioni erano facilmente consultabili nella apposita sezione “Tariffe ed altri Servizi” e ribadita anche nella sezione “Note”, entrambe riportate sotto la descrizione del contenuto principale dell’offerta, secondo la procedura che era descritta; in più, Wind osservava che le schermate acquisite dall’AGCM erano parziali, perché non comprendevano la parte inferiore dove si trovano appunto le sezioni da aprire. La ricorrente, infine, precisava che quanto detto valeva anche in relazione all’altra offerta a “brand 3” inclusa nelle acquisizioni effettuate dall’AGCM, “All In Start”, che neppure conteneva nella propria denominazione espressioni quali “Free” o “Unlimited”, e le cui schermate erano analoghe.

“IV. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 20, 21 E 22 CDC

(ARTT. 5, 6 E 7 DELLA DIRETTIVA 2005/29/CE) – ECCESSO DI POTERE PER

DIFETTO DI ISTRUTTORIA E DIFETTO DI MOTIVAZIONE, CONTRADDITTORIETÀ,

TRAVISAMENTO ED ERRONEA VALUTAZIONE DEI FATTI”.

Riguardo alla seconda condotta sanzionata, la ricorrente richiamava il contenuto dei tre “spot” televisivi presi in considerazione per precisare che, in due, non era stato utilizzato alcun “claim”, grafico o vocale, volto ad esaltare “la diffusione del servizio in Fibra”, ovvero le sue “prestazioni apicali”. Nel

terzo, l'espressione "Fibra senza limiti" si limitava a riflettere semplicemente le condizioni applicate all'offerta (relativa durata) e non i limiti di utilizzo. Così pure, per il "claim" "Fibra per tutti", che non poteva essere inteso come conferma di una diffusione su tutto il territorio nazionale della connettività in fibra della ricorrente, secondo l'interpretazione dello "spot" televisivo che era illustrata, anche perché non poteva non essere conoscenza comune del consumatore "medio" che le reti in fibra – sia "FTTC" che "FTTH" – hanno iniziato a svilupparsi in Italia soltanto negli ultimi anni.

Il claim "fino a 1000 MB" si limitava, invece, a dare una indicazione della massima velocità dei collegamenti, utilizzando appunto la preposizione "fino" e letto, dunque, nel suo contesto, non poteva che essere percepito dal consumatore "medio" come una mera indicazione che la velocità di navigazione potesse arrivare sino a tale limite massimo, ma non escludeva certo che la stessa potesse essere anche inferiore. Tali "spot", quindi, avevano il contenuto di una iperbole pubblicitaria, in quanto tale consentita perché innocua esaltazione di qualità, del tutto inidonea ad indurre in errore sulle caratteristiche specifiche del prodotto pubblicizzato, fermo restando che tutti invitavano il consumatore ad acquisire ulteriori informazioni.

Wind, poi, si soffermava nuovamente sulle caratteristiche tecniche del servizio in "fibra" e sulla circostanza per la quale solo da ultimo e comunque dopo che l'AGCM aveva avviato il procedimento essa era riferibile alla sola modalità "FTTH", per cui non poteva essere contestata nessuna ambiguità nel riferimento al generico termine "fibra" negli "spot" in questione.

Inoltre, l'Autorità si era limitata ad indicare in astratto le carenze di informazione su limitazioni tecniche, copertura, "performance" e servizi, senza chiarire esattamente quali erano le informazioni rilevanti e con quale livello di dettaglio dovevano essere fornite ai consumatori, fermo restando che l'AGCM non aveva considerato le restrizioni di spazio e di tempo del mezzo di comunicazione televisivo utilizzato, che non consentivano di soffermarsi su complessi dettagli tecnici, ai sensi dell'art. 7 della direttiva

2005/29/CE, come interpretato dalla Corte di Giustizia UE, e che vi erano chiare indicazioni delle condizioni economiche (prezzi) offerte.

Riguardo al sito Internet, la ricorrente riproponeva nella sostanza le stesse osservazioni, smentendo anche che le pagine di rimando fossero difficilmente accessibili, secondo un “menù a tendina” che era descritto. Inoltre era la stessa pagina che consentiva al consumatore di verificare la effettiva disponibilità del collegamento “in fibra” presso il luogo di utilizzo, inserendo in una apposita maschera di ricerca l’indirizzo completo e il numero di telefono fisso su cui attivare la connessione.

“V. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 27, COMMA 7, DEL CDC

E DELL’ART. 9 DELLA DELIBERA DEL 1 APRILE 2015, N. 25411 - DIFETTO DI MOTIVAZIONE – CONTRADDITTORIETÀ”.

In subordine, Wind riteneva che anche il provvedimento del 14 dicembre 2017, con cui l’AGCM aveva respinto gli impegni presentati nel corso del procedimento, doveva essere annullato in quanto gravemente viziato. Ciò perché non erano stati precisati gli indici in forza dei quali pervenire all’affermazione della manifesta scorrettezza e gravità delle condotte che impediva l’accoglimento di tali impegni, secondo quanto concluso dalla giurisprudenza che era richiamata, tenuto conto che non si era al cospetto di una fattispecie nuova e che si era dato luogo sola a omissioni informative non integrali.

“VI. VIOLAZIONE DELL’ART. 11 DELLA LEGGE 689/81 E DELL’ART. 27, CO. 9 E 13, DEL CODICE DEL CONSUMO – ECCESSO DI POTERE PER TRAVISAMENTO DEI PRESUPPOSTI DI FATTO - VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ”.

La ricorrente, in via ulteriormente subordinata, contestava anche l'entità della sanzione, sotto i profili della natura dei profili omissivi, della dimensione economica dell'operatore, della diffusione e penetrazione della pratica che ha interessato i consumatori, dell'assenza di denunce specifiche, della durata della condotta e della "recidiva".

Si costituivano in giudizio l'AGCM e l'AgCom, nonché il Codacons, al fine di contrastare l'impugnativa.

Si costituiva anche la Telecom Italia s.p.a., la quale, però, con successivo atto, ritirava la sua costituzione, affermando che era intervenuta per un disguido.

In prossimità della camera di consiglio, entrambe le parti costituite depositavano memorie a sostegno delle tesi orientate a rilevare l'infondatezza del ricorso e della domanda cautelare.

Con l'ordinanza in epigrafe, questa Sezione, non rinvenendo i presupposti di cui all'art. 119, comma 4, c.p.a. per sospendere l'efficacia del provvedimento impugnato, procedeva comunque a fissare l'udienza di trattazione del merito.

In prossimità di questa, parte ricorrente proponeva rituali motivi aggiunti avverso il provvedimento, del febbraio 2019, relativo all'avvio del procedimento di inottemperanza adottato dall'Autorità sul presupposto per il quale era rilevata la continuità dell'infrazione in relazione alla seconda condotta di cui al procedimento precedente.

La ricorrente specificava che, dopo l'adozione del provvedimento impugnato con il ricorso, aveva comunicato all'AGCM le iniziative assunte ai fini della successiva fase di ottemperanza in relazione a entrambe le condotte.

Per la seconda, era indicato che le modifiche erano adottate in coerenza con le prescrizioni in materia di comunicazioni al pubblico delle offerte di accesso ad Internet nel frattempo definite dall'AgCom nelle delibere n. 292/18/CONS e n. 35/19/CONS, di cui era sintetizzato il contenuto.

Ciò nonostante, risultava che l'AGCM aveva contestato, nel provvedimento impugnato con tali motivi aggiunti, le seguenti condotte:

“(a) negli spot televisivi diffusi nel periodo 3-22 settembre 2018, 21 ottobre-3 novembre 2018 e a gennaio 2019, nonché sul sito web e nelle brochure ed affissioni, non fornirebbe alcun alert evidente ed immediato in merito alle possibili limitazioni tecnologiche e geografiche nella fruibilità del servizio offerto, a fronte di claim enfatici sulle prestazioni dei servizi di connettività basati sulle prestazioni dei servizi di connettività basati sulla “FIBRA”;

(b) inoltre, negli stessi spot tv, nelle brochure e nelle affissioni, non evidenzierebbe in maniera adeguata e completa talune condizioni economiche; in particolare sarebbero indicati “con caratteri ridotti e in posizione defilata rispetto al prezzo principale ulteriori voci di costo quali “MODEM IN VENDITA ABBINATA CON € al mese per 48 mesi”.

Wind, quindi, lamentava in sintesi quanto segue.

“I. L’ILLEGITTIMITÀ DERIVATA DEL PROVVEDIMENTO DI AVVIO”.

Risultando la ritenuta inottemperanza collegata al provvedimento impugnato con il ricorso introduttivo, la ricorrente evidenziava l’illegittimità derivata che contraddistingueva anche il nuovo provvedimento di avvio, secondo le relative censure che erano sintetizzate.

“II. I VIZI AUTONOMI DEL PROVVEDIMENTO DI AVVIO”.

“II.1. Il difetto di competenza”.

Se l’AGCM non aveva il potere di adottare il Provvedimento PS10702, e dunque di sanzionare Wind, essendo la suddetta competenza riservata per legge all’AgCom, a fortiori, dunque, l’AGCM non aveva e non poteva avere il potere di avviare il procedimento di ottemperanza, contestando la continuità dell’infrazione asseritamente accertata.

Tale conclusione valeva anche se la Corte di Giustizia UE aveva pronunciato il 13 settembre 2018 la nota sentenza (in C-54/17 e 55/17) con cui aveva escluso la recessività della disciplina sulle comunicazioni rispetto all’esistenza di pratiche sleali/aggressive come quelle di cui alla fattispecie di rinvio, mentre nel caso di specie si verteva solo sulle modalità di specifica

comunicazione sui servizi elettronici, regolate da una disciplina speciale esaustiva e pertanto idonea a coprire qualunque profilo di ingannevolezza.

La ricorrente riteneva pertanto che, in una situazione quale quella che si è verificata nella specie, in cui non solo vi era stata una sovrapposizione “cilindrica” tra norme consumeristiche speciali e generali rispetto ad una pratica sleale ingannevole, ma si era verificato anche un duplice intervento da parte delle due autorità, con esiti diametralmente opposti, fosse la sola norma speciale a dover trovare applicazione, in linea con il “principio di specialità” enunciato dal “considerando 10” e dell’art. 3, par. 4, della direttiva 2005/29/CE.

“II.2. Violazione e falsa applicazione dei diritti di difesa, del contraddittorio e dei principi del giusto procedimento. Violazione e falsa applicazione degli artt. 20, 21 e 22 CdC (artt. 5, 6 e 7 della direttiva 2005/29/CE) – Eccesso di potere per difetto di istruttoria, difetto di motivazione, contraddittorietà, travisamento ed erronea valutazione dei fatti.”

Wind osservava che talune contestazioni formulate dal provvedimento di avvio impugnato non trovavano alcuna corrispondenza nelle censure di cui al precedente Provvedimento PS10702 e, in quanto tali, si palesavano per tale ragione inammissibili in sede di ottemperanza, prima che infondate.

Infatti, con riferimento agli “alert”, la contestazione da ultimo formulata riguardava sostanzialmente le caratteristiche grafiche e dimensionali che l’informazione al consumatore avrebbe dovuto avere, ma questo specifico aspetto non era stato evocato nel Provvedimento PS10702.

Così pure anche con riferimento alle “brochure” e agli “affissionali” di Wind, mai richiamati nel precedente provvedimento.

Ad ogni modo, l’AgCom aveva confermato la piena idoneità delle comunicazioni al pubblico di Wind relative alle offerte di connettività “in fibra” a fornire un’informativa chiara ed esaustiva ai consumatori, ai sensi della delibera n. 292/18/CONS, adottata in base all’art. 19-quinquiesdecies del d.l. n. 148/2017.

La ricorrente, riportando il contenuto del suo “sito web”, evidenziava che in realtà vi erano contenute puntuali informazioni che consentivano al cliente di venire a conoscenza, prima della stipula del contratto, delle caratteristiche del servizio di connettività in “fibra” commercializzato e della sua concreta disponibilità nella località di interesse, come confermato anche nella delibera AgCom n. 35/19/CONS che ha riconosciuto la piena conformità delle informazioni contenute sui siti di “Wind Tre” agli obblighi di trasparenza e informazione introdotti dalla delibera 292/18/CONS, senza sollevare alcuna obiezione in merito alla dimensione degli “alert” riportati nelle sezioni dedicate alle offerte dell’azienda.

Ad analoghe conclusioni la ricorrente perveniva per le contestazioni relative agli “spot TV” e alle “brochure”, in cui il prezzo del “modem” era sempre comunicato in ogni offerta commerciale.

In relazione alla trattazione di merito, le Autorità costituite e la ricorrente depositavano memorie illustrative.

L’Autorità, dal canto suo, con provvedimento presidenziale delegato, era autorizzata, su richiesta, a depositare in giudizio un “DVD R” contenente filmati di spot pubblicitari e telepromozioni disponibili in solo formato “video”, non previsto dal sistema telematico.

Rinviata l’udienza pubblica dell’8 maggio 2019 su istanza di parte, Wind proponeva nuovi motivi aggiunti avverso il provvedimento in epigrafe del luglio 2019 relativo alla chiusura del procedimento di “inottemperanza”, con cui l’AGCM le aveva irrogato una sanzione amministrativa pecuniaria pari ad euro 350.000,00.

Come riportato dalla stessa ricorrente, in tale provvedimento l’AGCM aveva confermato che le misure adottate avevano fatto venir meno solo gli addebiti relativi alla asserita reiterazione delle carenze informative sulle caratteristiche e sulle limitazioni tecnologiche e geografiche dei servizi di connettività basati sulla “fibra” ma riteneva ancora sussistenti i profili di inottemperanza riferiti alle “condizioni economiche”, perché i messaggi relativi alle “offerte fibra”

continuavano a riportare informazioni non immediatamente percepibili, in quanto scarsamente leggibili o collocate in modo defilato, in ordine al prezzo complessivo da sostenere per ottenere il servizio promosso, con riferimento in particolare al costo aggiuntivo del “modem”, negli “spot tv” di gennaio-febbraio 2019 e di marzo-aprile 2019, e agli oneri da sostenere in caso di recesso anticipato rispetto al periodo di permanenza minima, nelle pagine del sito acquisite nel maggio 2019.

La ricorrente, pertanto, dopo aver richiamato con un primo motivo l'illegittimità derivata dagli altri provvedimenti impugnati (che riportava riassumendoli), lamentava ulteriormente diversi profili.

“II.1. Difetto di competenza e violazione del principio del ne bis in idem”.

Anche in questo caso Wind insisteva nel ritenere l'incompetenza dell'AGCM. Ciò perché, se nel disporre l'avvio del procedimento n. IP313, l'AGCM aveva persistito nel considerare oggetto del procedimento anche la condotta relativa alle modalità di presentazione sul “sito web” delle offerte di connettività ad Internet in merito alle limitazioni tecniche e geografiche, su cui l'AgCom si era già pronunciata, in base alle competenze ad essa assegnate dall'art. 19-quinquiesdecies cit., accertandone la piena conformità rispetto agli obblighi di trasparenza di cui alla delibera 292/18/CONS, nel provvedimento impugnato poi non aveva più formulato più censure su tale aspetto ma, così facendo, aveva comunque svolto attività in merito, in violazione del “ne bis in idem” e sovrapponendosi alle conclusioni dell'AgCom.

Inoltre, le modalità di presentazione di talune delle condizioni economiche applicabili alle offerte (in questo caso sulla “fibra”) erano già state disciplinate compiutamente dalla disciplina di settore, di cui agli artt.20 e 21 della direttiva 2002/22/CE e alle delibere AgCom n. 417//01/CONS, n. 179/03/CONS, n. 326/10/CONS, n. 252/16/CONS, n. 519/15/CONS e, con specifico riferimento ai costi di attivazione, n. 487/18/CONS.

Si era dato luogo, in tal guisa, a sovrapposizione di interventi in un settore in cui il legislatore europeo aveva voluto, contestualmente, introdurre una

normativa settoriale a tutela dello stesso bene giuridico, ma con prevalenza della disciplina “sector-specific” rispetto alla normativa UE “orizzontale”, ancorché di armonizzazione di completa, così che, qualora una diversa regola di condotta enunciata da altra fonte speciale “sector-specific” si fosse trovata in “sovrapposizione” con le norme della direttiva 2005/29/CE, la situazione di “contrasto/conflicto” fra norme doveva essere risolta attraverso la regola di prevalenza del parametro “sector-specific” sopra indicato.

“II.2. Violazione e falsa applicazione degli artt. 20, 21 e 22 e 27 CdC, del principio del legittimo affidamento, dei diritti di difesa, del contraddittorio e del giusto procedimento - Eccesso di potere per difetto di istruttoria, difetto di motivazione, contraddittorietà, travisamento ed erronea valutazione dei fatti”.

Richiamando le censure formulate nei tre provvedimenti in questa sede impugnati, la ricorrente osservava che le contestazioni formulate nel procedimento di “inottemperanza” non coincidevano affatto con il (e, in ogni caso, non avevano formato oggetto di puntuale contestazione nel) Provvedimento PS10702; mentre quest’ultimo accertava e sanzionava l’asserita non chiarezza delle condizioni economiche praticate a seconda della tipologia di clientela interessata, l’inottemperanza, invece, si concentrava su elementi di “costo aggiuntivi” che non avevano formato oggetto di alcuna censura nel provvedimento suddetto e sulla cui correttezza si era, dunque, formato un legittimo affidamento della ricorrente.

“3. La non coincidenza tra il Provvedimento di Avvio e il Provvedimento IP313”.

Il Provvedimento IP313 aveva sanzionato la ricorrente in relazione alle informative diffuse sul “sito web” sul recupero pro-quota dei costi di attivazione in caso di recesso anticipato da parte del consumatore ma ciò non aveva alcuna connessione oggettiva rispetto alle condotte addebitate alla ricorrente nel Provvedimento PS10702 né in quelle oggetto del “Provvedimento di Avvio” (di cui ai primi motivi aggiunti); inoltre, Wind ne aveva avuto contezza soltanto nella fase conclusiva del procedimento, nel momento in cui aveva ricevuto la comunicazione del termine di presentazione

di memorie conclusive, del 5 giugno 2019, poi integrata con l'accesso agli atti concessogli il 14 giugno 2019 grazie a cui ha acquisito le schermate del sito Internet da ultimo considerate dall'AGCM, con conseguente violazione di tutte le garanzie procedurali previste.

“II.3 Violazione e falsa applicazione degli artt. 20, 21 e 22 e 27 CdC - Eccesso di potere per difetto di istruttoria, difetto di motivazione, contraddittorietà, travisamento ed erronea valutazione dei fatti”.

Nella contestazione finale non si era tenuto conto che Wind aveva provveduto ad incrementare e evidenziare in “grassetto” il carattere della informativa, già presente, relativa al costo del “modem”, rendendola visibile per più di 5 secondi nello “spot TV”.

Ad ogni modo, proprio per evitare scelte inconsapevoli e inopportune, negli stessi “spot”, all'indicazione dei contenuti, anche economici, principali dell'offerta faceva sempre seguito l'invito al consumatore ad acquisire informazioni di dettaglio attraverso i diversi canali di vendita messi a disposizione da Wind, in linea con le previsioni “sector-specific” sulle informazioni precontrattuali e contrattuali; tali informazioni erano presenti anche negli ulteriori supporti (“brochure”, affissioni e sito “web”).

Quanto ai costi di attivazione indicati sul sito “web”, la ricorrente evidenziava che l'informativa sul recesso preventivo era contenuta nell'apposita sezione “Informazioni Utili”, “Dettaglio Offerta”, in cui si leggeva: “Attivazione: INCLUSA. Il costo a 120 €, rateizzati in 24 rate mensili da 5 €, in promozione a 0€/mese. In caso di recesso prima dei 24 mesi saranno dovute le rate mancanti”. Questa precisazione era posta in un “menù” a “tendina” adeguatamente evidenziato ed immediatamente consultabile nella pagina in cui era presentato il prezzo promozionale dell'offerta. Non si trattava, dunque, di una rappresentazione defilata dell'informazione, ma di una sezione, messa in evidenza, e facilmente consultabile dal consumatore “medio”, normalmente a conoscenza della circostanza che le offerte di servizi di comunicazione elettronica che comportano componenti promozionali o

sconti sono, in genere, condizionate ad un impegno di permanenza minima del rapporto. Tale informativa era altresì riportata nella sezione “Trasparenza” del sito “web” della ricorrente, in una pagina che ogni operatore è tenuto a prevedere nel proprio sito Internet, come richiesto dalle previsioni settoriali specifiche di cui alla delibera n. 252/16/CONS. Queste informazioni valevano anche per prezzi di attivazione e recesso dell’offerta con riguardo agli “spot TV”.

“II.4 Sulla sanzione pecuniaria: violazione dell’art.11 della legge 689/81 e dell’art. 27, co. 9 e 13 CdC – eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto-violazione del principio di proporzionalità”.

La ricorrente si soffermava anche questa volta sull’entità della sanzione, ritenendola sproporzionata ed eccessiva, anche in relazione alla durata delle promozioni contestate e all’effettiva influenza sui consumatori, fermo restando che, a fronte di condotte analoghe poste in essere da altri operatori, era stato comminato a Wind un trattamento sanzionatorio ingiustificatamente più aspro.

In prossimità della nuova trattazione di merito, le Autorità costituite e il Codacons depositavano memorie riepilogative delle rispettive posizioni, a cui replicava con rituale memoria la ricorrente.

Alla pubblica udienza del 18 dicembre 2019 la causa era trattenuta in decisione.

Dal sistema informatico in uso, risultava che in data 23 dicembre 2019 era depositato un atto di costituzione da parte dell’Unione Nazionale Consumatori – Comitato Regionale della Sicilia in relazione ai secondi motivi aggiunti, di cui il Collegio non può tenere conto essendo stato prodotto dopo che la causa è stata trattenuta in decisione e in evidente violazione dei termini di cui all’art. 73 c.p.a.

DIRITTO

Prima di esaminare nel merito le tre distinte impugnative, di cui al ricorso e ai due motivi aggiunti, il Collegio ritiene necessario riportare - nella sostanza e

sinteticamente - il contenuto del primo provvedimento impugnato, al fine di meglio correlarvi le singole doglianze della ricorrente.

In punto di fatto, deve premettersi che – come riportato nel provvedimento –
“...In sede di avvio veniva, in particolare, ipotizzata l’ingannevolezza della condotta riguardo ai seguenti profili:

- *riguardo ai servizi di navigazione su Internet da rete mobile commercializzati con il marchio “3”, l’assenza di informazioni chiare sui costi del traffico extra-soglia;*
- *per i servizi di rete fissa, l’assenza o la non agevole percepibilità degli effettivi costi da sostenere, oltre a quelli di disattivazione, in caso di recesso anticipato, rispetto al vincolo del numero minimo di rinnovi stabilito contrattualmente dall’operatore.*

In sede di estensione oggettiva l’istruttoria è stata ampliata riguardo all’intera campagna pubblicitaria diffusa da Wind Tre a mezzo spot televisivo e Internet, diretta a promuovere i servizi di connettività ad Internet in fibra ottica utilizzando claim che enfatizzavano il raggiungimento di prestazioni massime in termini di velocità e performance massima del servizio offerto, omettendo, al contempo, di indicarne le limitazioni di fruibilità, lasciando intendere ai consumatori di poter raggiungere sempre o quanto meno ordinariamente le prestazioni apicali reclamizzate. Più specificatamente, tale prospettazione avrebbe indotto l’utenza a ritenere di poter fruire, pagando il prezzo pubblicizzato, di una connessione a internet ad alta affidabilità e massima velocità in quanto sviluppata integralmente in fibra ottica, fino alla propria unità immobiliare. Circostanza, invece, non sempre ricorrente.”.

Era poi indicato, nel richiamo alle evidenze acquisite, che i riferimenti alle offerte specifiche per il servizio in mobilità erano meramente esemplificativi, rilevando il “comportamento complessivo” riconducibile all’azienda, ed erano descritti gli “spot” televisivi presi in considerazione.

Nelle valutazioni finali, una volta esaminate le argomentazioni difensive della parte, l’AGCM concludeva nel senso che si va a riportare.

Era chiarito che oggetto della decisione erano: *“a) le non trasparenti informazioni fornite ai consumatori riguardo al traffico extrasoglia per i servizi in mobilità; b) la deficitaria informativa in ordine alle offerte commerciali dei servizi di connettività da rete*

fissa ad Internet in fibra ottica, nonché alle condizioni economiche di fruibilità delle offerte applicate.”

Sulla prima condotta, pertanto, l’Autorità precisava di aver rilevato che, a fronte di affermazioni enfatiche utilizzate nelle comunicazioni commerciali sulla libertà di navigazione in Internet, non risultavano ulteriori elementi informativi che collegavano in maniera inequivoca il concetto di illimitatezza al (solo) traffico voce; né il “sito” riportava, con adeguato risalto testuale e grafico, l’esistenza e l’entità di costi “a consumo”, una volta superata la soglia del “traffico dati”, come si desumeva dai “claim” richiamati a titolo esemplificativo, non accompagnati da un’adeguata informativa o avvertenze (c.d. “alert”) volte a precisare il suddetto addebito “a consumo” del “traffico dati”. Le indicazioni nel “sito Wind” sul traffico “extrasoglia” con indicazione delle tariffe applicate, pur presenti, erano collocate in posizione defilata e raggiungibile solo dopo numerosi movimenti di “scrolling”, in modo da non consentire ai consumatori di conoscere subito l’esistenza di tale traffico “extra soglia” e le relative modalità di calcolo dei costi.

Sulla seconda condotta, l’AGCM osservava che i “claim” pubblicitari utilizzati risultavano focalizzati sulla massima velocità raggiungibile e sulla massima diffusione (“claim” “Fibra per tutti”, “Fibra senza limiti”), senza fornire indicazioni in merito a limitazioni della velocità di navigazione derivanti dalla tecnologia di trasmissione utilizzata e dallo sviluppo geografico della rete in “fibra”, o alle “performances” dei collegamenti e ai servizi fruibili tramite i medesimi. Gli “spot” in questione erano tutti inequivocabilmente riferiti a offerte in “fibra” commercializzate con marchio ‘Infostrada’, sia pure dedicate a utenti già abbonati ai servizi mobili.

Era pubblicizzata l’esaltazione della velocità apicale (“fino a 1000 Mb”) ma senza alcuna avvertenza sull’esistenza di limitazioni, riscontrabili solo in una “sottosezione” del “sito”, così come “...Riguardo, poi, alla copertura geografica, il sito internet riporta un link “Verifica la disponibilità” in ogni pagina web descrittiva di ciascuna offerta, alla quale si accede per verificare la copertura con riferimento all’indirizzo

d'interesse senza, tuttavia, alcuna specifica in merito alle caratteristiche tecniche dell'offerta e alle relative performance conseguibili presso l'indirizzo indicato." Solo nella sezione "Dettaglio Offerta", con modalità di apertura a tendina, si leggeva che la "Velocità Fibra: - Fibra FTTH fino a 1000 Mb in download e 100 Mb in upload" era disponibile in alcune grandi città indicate. Pertanto, le indicazioni sulle massime "performances" pubblicizzate erano raggiungibili in via meramente teorica e l'uso del termine generico "fibra" non consentiva al consumatore di conoscere le effettive prestazioni ottenibili e le reali limitazioni connesse alla tecnologia disponibile nella zona geografica d'interesse.

Un ulteriore aspetto di incompletezza informativa sotto il profilo delle effettive condizioni economiche dei servizi reclamizzati era poi riscontrato perché se nei messaggi televisivi era indicato che si trattava di un "Prezzo bloccato per i clienti Wind" ciò avveniva solo nel "banner" in sovrainpressione, nei pochissimi secondi di apparizione sullo schermo TV; qui si leggeva che l'offerta con prezzo bloccato era ad adesione limitata e solo per nuovi clienti per il servizio fisso che avevano però già un abbonamento mobile con il professionista, con l'indicazione delle condizioni economiche complete per gli altri clienti. Analoghe conclusioni erano per le comunicazioni commerciali disponibili sul sito Internet, ove si specificava che il suindicato costo del servizio rappresentava un "Prezzo bloccato per i clienti Wind da più di un anno", mentre le effettive condizioni economiche erano riportate in sezioni del sito difficilmente accessibili.

Era riscontrata, quindi, la violazione degli artt. 20, 21 e 22 del Codice del Consumo, perché il professionista aveva omesso o indicato in maniera confusa e contraddittoria le informazioni suddette.

La condotta omissiva assumeva particolare rilievo in considerazione del settore economico interessato, caratterizzato da modelli di consumo ed esigenze degli utenti che stavano mutando radicalmente e rapidamente a fronte di una crescente offerta di servizi digitali "*...del cui livello il consumatore*

deve essere reso, adeguatamente, edotto unitamente alle tipologie di servizi di cui potrà beneficiare per ciascuna offerta di connettività a internet pubblicizzata dagli operatori. L'assenza di un'informazione chiara ed esaustiva su tali profili impedisce al consumatore di prendere una decisione consapevole di natura commerciale sull'acquisto dell'offerta in fibra e lo induce o è idonea ad indurlo in tal modo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.”.

La pratica commerciale in oggetto contrastava, altresì, con la diligenza professionale che può legittimamente attendersi da un operatore nel settore di riferimento. In particolare, l'AGCM non aveva riscontrato, da parte di Wind, il normale grado di correttezza, competenza e attenzione che ci si poteva ragionevolmente attendere nella condotta in esame, tenuto conto delle caratteristiche dell'attività svolta e del fatto che il professionista rappresenta(va) un operatore importante nel contesto del mercato italiano di riferimento.

Chiarito ciò e passando a esaminare il primo motivo di ricorso, il Collegio ne rileva l'infondatezza sull'erroneità dei presupposti e carenza di motivazione come lamentate.

Valga osservare che, come riportato nello stesso provvedimento impugnato, in sede di estensione oggettiva l'istruttoria era stata ampliata riguardo all'intera campagna pubblicitaria diffusa a mezzo di “spot” televisivo e Internet ,che enfatizzavano le prestazioni e omettevano di indicare le limitazioni di fruibilità, per cui la distinzione tra le varie offerte, come proposta dalla ricorrente non rileva ai fini della determinazione dell'AGCM sull'intera campagna pubblicitaria, fondata comunque su “schermate” riprodotte ed esaminate nel loro contenuto. Lo stesso riferimento all'offerta “Free Unlimited Plus” che sarebbe stata non più commercializzata dal 20 novembre 2016 secondo l'affermazione della ricorrente, trova supporto, nel provvedimento impugnato, nella circostanza che la stessa risultava in realtà ancora pubblicizzata, così come lo era l'opzione “4G LTE”, attraverso il “claim” “Naviga senza pensieri alla massima velocità con la rete 4G LTE di

3” (nota 12, par. 26 del p.i.), nonché nella circostanza per la quale dai dati forniti dallo stesso professionista risultavano somme conteggiate per il traffico “extra soglia” a carico dei clienti che avevano sottoscritto tale offerta, ancora fino a giugno 2017.

Se pure i piani non erano più attivabili, i relativi effetti quindi si erano dunque protratti ben oltre la data indicata da Wind, con conseguente vantaggio per il professionista.

Inoltre, come sopra detto, il richiamo alla singola tariffa era meramente esemplificativo, alla luce della motivazione del provvedimento impugnato, che faceva riferimento ai contenuti sostanziali di tutti i “claim”, degli “spot” e del sito Internet al fine di individuare le condotte censurate.

Per quanto riguarda la doglianza relativa alla sussistenza – semmai – di sole condotte omissive che non integrerebbero gli estremi di cui all’art. 21 del Codice, il Collegio rileva che la stessa ricorrente ritiene comunque le stesse rientranti nell’alveo dell’art. 22, per cui tale precisione non esautorerebbe l’Autorità dall’applicazione del suo potere sanzionatorio.

A ciò deve aggiungersi che, nelle motivazioni del provvedimento, l’AGCM ha evidenziato che Windo non aveva solo omesso ma aveva anche “indicato in maniera confusa e contraddittoria” le informazioni evidenziate sub lett. a) e b) del par. 59 del provvedimento impugnato.

E’ stata, quindi, l’assenza di un’informazione chiara ed esaustiva al consumatore – attraverso espressioni “enfatiche” di cui ai “claim” considerati - che risultava sanzionata e, sotto tale profilo, appare richiamabile l’art. 21, comma 1, lett. d), cit. in relazione alla collocazione solo in posizione di non immediata raggiungibilità delle informazioni relative al traffico “extra soglia” di dati, e quindi al prezzo, in violazione dell’onere informativo completo “sin dal primo contatto” che grava sul professionista (Cons. Stato, Sez. VI, 19.9.17, n. 4378).

Non si vede, quindi, quale carenza di motivazione sia riconducibile al provvedimento tale da comportarne la sua illegittimità, se comunque la stessa

ricorrente riconosce che l'AGCM si sia soffermata su omissioni ingannevoli, in quanto tali autonomamente sanzionabili ai sensi dell'art. 22 del Codice del Consumo, comunque richiamato nel provvedimento impugnato.

A ciò deve aggiungersi che alla ricorrente è contestata anche la scorrettezza della pratica per contrasto con la dovuta diligenza professionale di un operatore primario del settore, ai sensi dell'art. 20, comma 2, del Codice esplicitamente richiamato nel provvedimento impugnato, e che lo stesso art. 20, comma 4, chiarisce che tra le pratiche scorrette rientrano sia quelle ex art. 21 che quelle ex art. 22 del medesimo Codice.

Passando all'esame del secondo motivo, se ne rileva ugualmente l'infondatezza.

In tema di rapporto tra gli interventi delle Autorità di settore rispetto all'ambito dei poteri dell'AGCM, questa Sezione si è già recentemente espressa e a tali conclusioni si fa riferimento (TAR Lazio, Sez. I, 19.9.19, n. 11097).

In dettaglio, per quel che qui rileva, la Corte UE, nella suddetta 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.

La Corte ricorda infatti: “...nonostante l’art. 20, par. 1, della direttiva “servizio universale” imponga al fornitore di servizi, in materia di comunicazioni elettroniche, di fornire determinate informazioni nel contratto, né tale disposizione né altre disposizioni della medesima direttiva contengono norme disciplinanti aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali...” (punto 66).

Aggiunge che: “...l’articolo 1, paragrafo 4, della direttiva «servizio universale» prevede che le disposizioni di tale direttiva relative ai diritti degli utenti finali si applichino fatte salve le norme dell’Unione in materia di tutela dei consumatori e le norme nazionali conformi al diritto dell’Unione. Orbene, dall’espressione «fatte salve le norme [dell’Unione] in materia di tutela dei consumatori» risulta che l’applicabilità della direttiva 2005/29 non è pregiudicata dalle disposizioni della direttiva «servizio universale»” (punto 67).

Quindi conclude nel senso che: “...non vi è contrasto tra le disposizioni della direttiva 2005/29 e le norme sancite dalla direttiva «servizio universale» per quanto concerne i diritti degli utenti finali”, con la conseguenza che, in presenza di pratiche commerciali sleali anche nel campo delle comunicazioni elettroniche, la sanzionabilità non è del Regolatore ma dell’autorità competente ai sensi della direttiva 2005/29 cit. e, quindi, del Codice del Consumo.

Non essendo ravvisabile nessun contrasto, 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 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).

Non possono trovare condivisione, pertanto, le pur suggestive tesi della ricorrente in ordine alla non riconducibilità della fattispecie ai fondamenti individuati dalla Corte.

Si è già detto, in relazione al primo motivo, che l’impianto motivazionale era ben chiarito dal contesto della lettura integrale del provvedimento impugnato e non si incentrava solo sulla omissione delle informazioni fornite ma anche

sulla struttura dei “claim” con i quali, nel sito internet e negli “spot” televisivi, Wind “agganciava” (l’attenzione de) il cliente finale.

La “ingannevolezza” del messaggio veicolato con i suddetti “claim” induceva il consumatore, all’atto della lettura dei medesimi, nell’errore di ritenere possibile, sempre e comunque, di non considerare il pagamento di traffico di dati “extra soglia” e il raggiungimento della massima velocità di connessione in qualunque zona di Italia, laddove le informazioni essenziali per la corretta comprensione da parte del pubblico, in particolare in relazione a quanto lasciato intendere dal “claim”, dovevano essere fomite contestualmente, potendo servire il rimando ad altra fonte al più ad integrare i contenuti di quanto prospettato, ma non a circoscriverne la portata di ingannevolezza (TAR Lazio, Sez. I, n. 11097/19 cit.).

A ciò si aggiunga che, per quanto riguarda 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) aveva 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 nella sua memoria conclusiva abbiano apportato elementi idonei a derogare a tale conclusione (TAR Lazio, Sez. I, 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.

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

Ciò è tanto più vero con riferimento alle richiamate delibere dell'AGCom, proprio perché non integranti normativa comunitaria e aventi mera funzione regolatoria.

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

Né può rilevare il richiamo all'art. 71, comma 1 bis, d.lgs. n. 259/2003 – peraltro entrato in vigore nel suo testo attuale solo in costanza di procedimento e dopo le condotte sanzionate – il quale si sofferma sul richiamo alle caratteristiche tecniche e alle corrispondenti denominazioni delle diverse tipologie di infrastruttura fisica, individuando come infrastruttura in fibra ottica completa solo quella che assicura il collegamento fino all'unità immobiliare del cliente.

Come sopra più volte evidenziato, infatti, non è stata posta in discussione la descrizione della infrastruttura e la definizione di servizio “FTTH” o “FTTC” posta all'attenzione degli utenti ma l'enfatizzazione e la omissioni di particolari profili esclusivamente legati all'offerta commerciale pubblicizzata, nel senso sopra evidenziato (non trasparenza e ingannevolezza) e coerente con la ricostruzione di cui alla richiamata sentenza della Corte di Giustizia UE, come recepita dalla giurisprudenza di questa Sezione, senza che fosse richiamata l'assenza dell'indicazione di parametri tecnici come regolati dell'AgCom.

Ne discende che (continua a) sussiste(re) la competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato a valutare la scorrettezza di una pratica commerciale, qualora la stessa, come nel caso di specie, riguardi informazioni ingannevoli o poco chiare in ordine alla reale entità del prezzo finale di un prodotto (TAR Lazio, Sez. I, 1.8.19, n. 10193).

Ugualmente infondato è il terzo motivo di ricorso.

Riguardo all'offerta “Free Unlimited Plus”, la ricorrente sostiene che la locuzione “Naviga senza pensieri” era in realtà contenuta non nella pagina di presentazione dell'offerta ma in altra pagina, di cui la rappresentazione grafica costituiva l'elemento principale di collegamento.

Il Collegio osserva, però, che, dal testo del provvedimento impugnato, è chiarito che è il termine “illimitato” a essere stato posto al centro dell’attenzione, e questo anche nella pagina principale dell’offerta ove in grafica più evidente è indicato “Free Unlimited Plus”.

Correttamente, quindi, l’AGCM ha riscontrato che, in assenza di precisazioni contestuali volte a chiarire subito l’esistenza e l’entità di costi “extra soglia”, risultava prevalente il concetto di “illimitatezza” che catturava l’immediata attenzione del consumatore e che era confermato anche nella ulteriore pagina in cui era presente la locuzione suddetta la quale, nel riferimento al “navigare”, certo induceva il consumatore a collegare tale espressione al “traffico dati”, anche perché legato alla “Opzione 4G LTE” con cui si apriva la pagina in questione.

In nessuna di tali pagine né in chiari richiami grafici o espressivi presenti in esse si riscontrano informazioni immediate sui costi “extra soglia” o i c.d. “alert” di rimando, dovendo invece l’utente effettuare numerosi movimenti di “scrolling” per giungere a conoscere l’esistenza dei costi che sarebbero stati addebitati in base alla tariffa “a consumo”.

Neppure vale il richiamo alla circostanza per la quale la stessa espressione “Internet 20 Giga” poteva costituire essa stessa un “alert”, dato che quel che è stato contestato era la mancata indicazione della sussistenza della tariffa “a consumo” oltre tale soglia, non essendo sufficiente indicare la mera esistenza di una soglia, peraltro individuabile meramente “per deduzione”, per il cui costo potevano esserci tariffe agevolate, tariffe “normali”, tariffe “a forfait”, tariffe “a tempo” oppure poteva non esserci proprio la possibilità di continuare la “navigazione”.

In sostanza, correttamente l’AGCM ha chiarito, senza alcuna carenza di istruttoria o di motivazione; che l’offerta necessitava di più incisive e immediate indicazioni sulla sussistenza di tali costi specifici (tariffa “a consumo”) che l’utente “medio” doveva essere in grado di verificare subito come esistenti.

Sul punto, senza soffermarsi ulteriormente, è sufficiente richiamare la giurisprudenza ormai pacifica, per la quale rientra nell'alveo degli artt. 20-22 del Codice sia la non coincidenza tra il messaggio che svolge funzione di "aggancio" e il prodotto commercializzato, sia la difficile e/o ritardata accessibilità dei dati che attengono alla natura del servizio e ai suoi costi effettivi (TAR Lazio, Sez. I, n. 10193/19 cit.).

È nota e consolidata, poi, l'ulteriore giurisprudenza sul punto, ancora di questa Sezione, ove è rimarcato che è riconducibile al "claim" principale il pericolo o l'effetto di "aggancio" del consumatore, il quale, allettato dall'offerta con lo stesso veicolata, massimamente visibile, corre il rischio di omettere l'integrale lettura delle parti meno evidenziate del messaggio pubblicitario recanti la integrale e completa descrizione del prodotto o dell'offerta e delle sue caratteristiche (da ultimo, Tar Lazio, Sez. I, 11.4.19, n. 4789 e già 18.10.2017, n. 10834).

Nel caso di specie, quindi, non rilevano i richiami della ricorrente alla ulteriori pronunce di giurisprudenza, riferite al c.d. "e-commerce", per le quali non può escludersi la legittimità (rectius liceità) di un "claim" di un prezzo il cui esborso finale scaturisca da un insieme di informazioni in successione nella stessa procedura informatica prima della volontà di acquisto, perché nel caso di specie non vi è proprio l'indicazione di un prezzo nel "claim" di "aggancio" e l'esistenza dello stesso è riscontrabile solo dopo diversi passaggi di "scrolling".

Analogamente deve concludersi per la condotta relativi agli "spot" televisivi, di cui al quarto motivo di ricorso.

Dalla lettura della motivazione del provvedimento impugnato, come sopra sintetizzata, si evince chiaramente che gli "spot", nel loro complesso, inducevano il consumatore a ritenere di poter usufruire, pagando il prezzo pubblicizzato, di una connessione a internet ad alta affidabilità e massima velocità in quanto sviluppata integralmente in fibra ottica, fino alla propria unità immobiliare, circostanza, che non era sempre ricorrente e per la cui

verifica doveva darsi luogo a operazioni di controllo non immediatamente poste in evidenza “al primo contatto”.

Oggetto della contestazione e dell’analisi dell’AGCM erano gli “spot” del periodo tra il gennaio e il settembre 2017, ove era evidenziato il servizio in “fibra” con enfatica evidenza grafica sulla diffusione del servizio (“Fibra per tutti”, “Fibra senza limiti”) e sulle prestazioni c.d. “apicali” (“Fibra illimitata fino a 1000 MB”) ma era assente una corretta informazione sul livello di copertura geografica della rete in questione e sulle caratteristiche della stessa, senza alcun “avviso” sulla necessità di verificare le zone coperte dal servizio alla massima velocità indicata; il tutto con offerta commercializzata con marchio “Infostrada” ma dedicata agli utenti già abbonati ai “servizi mobili”.

Riguardo al sito Internet, era appurato che, per i servizi di collegamento a Internet (in “fibra”) recanti il marchio “Infostrada”, era stata esaltata la velocità “apicale” (“fino a 1000 Mb”), in assenza di avvertenze sull’esistenza di limitazioni, potendosi solo appurare nella sezione “a tendina” denominata “Wind Informa”, in corrispondenza alla sottosezione sulla “Velocità di connessione”, la presenza dell’informazione per cui le velocità di navigazione citate nelle varie offerte “fisse” erano le massime raggiungibili e che quelle “effettive” dipendevano dalla capacità dei “server” a cui si era collegati, dal livello di affollamento della rete e dalla capacità tecnica della linea (verificata successivamente all’attivazione del servizio).

Vi era, poi, un “link”, denominato “Verifica la disponibilità” in ogni pagina “web” descrittiva di ciascuna offerta, a cui si accedeva per verificare la copertura con riferimento all’indirizzo d’interesse ma sempre senza alcuna indicazione specifica sulle caratteristiche tecniche dell’offerta e sulle relative “performance” conseguibili presso il preciso indirizzo fisico di riferimento. Solo, infine, nella sezione “Dettaglio Offerta”, sempre con apertura “a tendina”, era scritto che la “Velocità Fibra: - Fibra FTTH fino a 1000 Mb in download e 100 Mb in upload” era disponibile solo in alcune grandi città,

quali: Milano, Bologna, Torino, Perugia, Bari, Napoli, Catania, Venezia, Cagliari, Padova, Palermo e Genova.

Ebbene, con tali premesse, si palesa congrua, e coerente con l'impianto sopra descritto del Codice del Consumo, la conclusione dell'AGCM secondo la quale tutte le suddette "avvertenze", pur presenti ma così collocate, non risultavano chiarire con immediatezza le effettive prestazioni ottenibili, tenuto conto che le velocità pubblicizzate erano raggiungibili non sempre e non da tutti.

Pertanto era contestato non che fosse assente la descrizione del servizio, sotto il profilo tecnico di cui al d.lgs. n. 259/03, come regolamentato dall'AgCom, ma che l'uso del termine generico "fibra" non era idoneo a permettere al consumatore di conoscere le effettive prestazioni ottenibili nella zona geografica d'interesse e ciò in coerenza con quanto detto dalle stessa ricorrente, secondo cui il servizio in "fibra" era presente in Italia solo da poco tempo.

Inoltre, i servizi erano tutti reclamizzati a determinati prezzi ma solo nel "banner" in sovraimpressione, che appariva per pochissimi secondi sullo schermo televisivo, ove era scritto che l'offerta con prezzo bloccato era ad adesione limitata e solo per nuovi clienti per il servizio fisso che avevano già un abbonamento mobile con il professionista, con l'indicazione delle condizioni economiche complete per gli altri clienti.

Anche sul sito Internet, le effettive condizioni economiche che vedevano diverse tariffe erano riportate in sezioni difficilmente accessibili.

In tal modo, posta la enfaticizzazione sul termine "fibra", senza alcuna specificazione tecnica sulla caratteristica del servizio, collegata alla altrettanto enfatica messa in evidenza della facile accessibilità ("per tutti", "illimitata", "senza limiti"), al di là del gioco di parole presente in uno spot e riferito a un noto cantante, poneva in evidenza la decettività del messaggio in sé considerato in riferimento alla facilità di "navigazione".

Non era richiesta alla ricorrente, quindi, una specificazione sulle differenze tra servizi “FFTC” e “FFTH”, successivamente affrontata dall’AgCom, anche in riferimento alle ulteriori valutazioni sulla velocità in “download” e “upload”, ai tempi di attesa, alla resilienza, al tasso di errore e quant’altro – come richiamato nel ricorso da Wind – ma era stata correttamente sanzionata dall’AGCM l’assenza di una completezza e chiarezza informativa. Ciò perché, come osservato nella sue difese dall’Autorità, ogni messaggio deve rappresentare i caratteri essenziali di quanto mira a reclamizzare e la loro omissione, a fronte della enfattizzazione di taluni elementi, è sempre sanzionabile ai sensi degli artt. 20-22 citt., qualora non è reso chiaramente percepibile il reale contenuto ed i termini dell’offerta o del prodotto, così inducendo in errore il consumatore, attraverso il falso convincimento del reale contenuto degli stessi e condizionandolo nell’assunzione di comportamenti economici che altrimenti non avrebbe adottato.

Non era quindi richiesta la descrizione tecnica specifica del “servizio fibra” ma la presenza di adeguate informazioni sulle caratteristiche del servizio che si andava a offrire negli “spot” e sul sito Internet.

Non può non concludersi, poi, osservando che l’“effetto aggancio” era particolarmente incisivo in un settore come quello in esame, ove sono proprio le prestazioni e la diffusione sul territorio a essere particolarmente appetibili dall’utenza che richiede una sempre maggiore qualità e rapidità di risposta della “rete”.

Si è già detto, infatti, che l’onere di completezza e chiarezza informativa previsto dalla normativa a tutela dei consumatori richiede che ogni messaggio rappresenti i caratteri essenziali di quanto mira a reclamizzare e sanziona la loro omissione, a fronte della enfattizzazione di taluni elementi, qualora ciò renda non chiaramente percepibile il reale contenuto ed i termini dell’offerta o del prodotto, così condizionando l’utente nell’assunzione di comportamenti economici che altrimenti non avrebbe adottato, secondo una valutazione “ex ante”, che prescinde sia dall’idoneità della condotta ingannevole rispetto alle

effettive competenze dei soggetti che sono specificamente venuti in contatto con l'operatore, sia dal concreto danno ad essi procurato (TAR Lazio, Sez. I, 10.1.17, n. 312 e 8.1.13, n. 106).

Per quanto riguarda il richiamo al contenuto del sito Internet e alle sezioni di cui era composto operato dalla ricorrente nella parte finale dell'esposizione del quarto motivo e ripreso nelle memorie difensive, il Collegio non può che ribadire quanto sopra illustrato, nel senso che la scorrettezza della pratica commerciale, in ordine alla reale portata del prodotto, non può ritenersi sanata dalla possibilità per il consumatore di ottenere, anche in un momento immediatamente successivo, ulteriori dettagli informativi, laddove il messaggio promozionale, attraverso il suo contenuto non trasparente, determinato dalle modalità di presentazione del prodotto, risulta già idoneo ad agganciare il consumatore al primo contatto (TAR Lazio, Sez. I, n. 312/17 cit.).

Infondato è anche il quinto motivo del ricorso introduttivo, con il quale la ricorrente sostanzialmente contesta il rigetto degli impegni da lei presentati nel corso del procedimento.

In merito il Collegio rileva che l'Autorità ha negato l'accoglimento sulla base della manifesta gravità e scorrettezza delle pratiche considerate.

Parte ricorrente, sul punto, ritiene di ricostruire la fattispecie, evidenziando una carenza di motivazione e l'insussistenza di un'effettiva gravità delle omissioni contestate "ab origine".

In ordine a tale impostazione, il Collegio evidenzia che la giurisprudenza ha precisato che il parametro della gravità dell'intesa è di per sé adeguato a giustificare una reiezione degli "impegni". Secondo un indirizzo consolidato, infatti, allorché l'Autorità ritenga di dovere irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria in considerazione della natura e dell'entità dell'illecito, correttamente può respingere gli impegni, senza che sia tenuta ad osservare ulteriori obblighi motivazionali. L'istituto degli "impegni" ha carattere derogatorio del procedimento ordinario di accertamento

dell'infrazione, e pertanto – a norma dell'articolo 27, comma 7 del Codice del Consumo – non può trovare applicazione, nei “casi di manifesta scorrettezza e gravità della pratica commerciale” e, quindi, le motivazioni addotte dall'Autorità sulla prevalenza dell'interesse a procedere all'accertamento dell'infrazione risultano in sé legittime (per tutte: Cons. Stato, Sez. VI, 13.1.20, n. 321).

Ancor più approfonditamente, la giurisprudenza ha infatti rilevato che l'Autorità gode di ampia discrezionalità nell'accogliere o nel respingere le offerte di impegno a cessare dal comportamento scorretto da parte dei soggetti che risultano destinatari dell'apertura di una procedura di infrazione e tale lata discrezionalità si estrinseca, più nel dettaglio, in una duplice direzione: anzitutto nell'accertare se il caso, per la sua gravità intrinseca e per la natura manifesta della scorrettezza accertata, merita in ogni caso la finalizzazione del procedimento sanzionatorio, che resterebbe altrimenti inibita dall'accettazione della dichiarazione di impegno; in secondo luogo, nella valutazione dei contenuti specifici della dichiarazione espressiva dello “ius poenitendi” (TAR Lazio, Sez. I, 9.4.19 n. 4621).

Quindi, la suddetta discrezionalità non viene meno a seguito dell'interlocuzione procedimentale in concreto intervenuta, che non è idonea a creare uno specifico affidamento del professionista in ordine all'accettazione degli impegni stessi (TAR Lazio, Sez. I, 22.7.19, n. 9700).

Invero, in presenza di pratiche scorrette non può essere disconosciuto il diritto dell'Autorità, corrispondente ad un suo ampio spazio di discrezionalità amministrativa, di scegliere di proseguire il procedimento e di concluderlo con un provvedimento sanzionatorio, che rappresenta il modo più appropriato per enunciare principi e regole di condotta utili a prevenire future pratiche commerciali scorrette, analoghe a quelle già in istruttoria (Cons. Stato, Sez. VI, 21.3.18, n. 1820).

La gravità della pratica commerciale contestata, peraltro, risulta comprensibile nella prospettiva ora riprodotta, in ragione dell'alto numero di utenti raggiunti

dalle campagne pubblicitarie e dal diverso strumento utilizzato (“spot” e Internet) nonché del coinvolgimento di servizi innovativi e a elevato contenuto tecnologico.

Da ultimo, infondato è anche il sesto motivo di ricorso sull’entità della sanzione.

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

Con riferimento alla gravità della violazione, il provvedimento ha evidenziato la dimensione economica del professionista, che rappresenta uno dei principali operatori di telefonia, la pluralità e la natura dei profili di scorrettezza, la diffusività e penetrazione della pratica.

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

Né la somma irrogata importa una violazione del principio di ragionevolezza e proporzionalità, alla luce del consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui, ai fini di una efficace funzione deterrente, la sanzione va parametrata al fatturato realizzato dall’impresa (così, ex multis, TAR Lazio, Sez. I, 22.6.18, n. 7009).

La riconducibilità della fattispecie ad un illecito “di pericolo” esclude, poi, la prospetta marginalità dell’impatto delle condotte sanzionate o la rilevanza dell’esiguo numero di denunce pervenute all’Autorità, dato che l’effettiva incidenza della pratica commerciale scorretta sulle scelte dei consumatori non costituisce un elemento idoneo a elidere o ridurre i profili di scorrettezza della stessa (TAR Lazio, Sez. I, 21.1.19, n. 782; Cons. Stato, Sez. VI, 16.3.18, n. 1670).

Per quanto riguarda l'applicazione dell'aggravante della recidiva, riferita a un precedente che la ricorrente afferma essere ancora "sub iudice" e relativa alla violazione di norme diverse (contratti "a distanza"), il Collegio osserva che al momento dell'adozione del provvedimento evidentemente la sanzione era ancora efficace e che, come precisato dalla giurisprudenza, la recidiva è la ricaduta - anche a far riferimento alla c.d. "recidiva aggravata" - nella medesima materia, in condotte della stessa indole, non richiedendosi la "identità" completa della fattispecie (Cons. Stato, Sez. VI, 15.5.15, n. 2479).

Chiarito ciò e passando a esaminare i primi motivi aggiunti, volti a censurare la comunicazione di avvio del procedimento per inottemperanza, si rileva la loro inammissibilità perché rivolti avverso un atto endoprocedimentale.

La comunicazione di avvio del procedimento, infatti, quale strumento di mera partecipazione procedimentale, è atto non dotato di autonoma capacità lesiva, dato che la lesione della sfera giuridica del destinatario è, invero, di regola imputabile solo all'atto che conclude il procedimento.

Ciò perché, in linea generale, la "comunicazione di avvio" è un atto che ha la sola funzione di portare a conoscenza del soggetto destinatario del futuro provvedimento amministrativo l'inizio nei suoi confronti del prodromico "iter" procedimentale all'esito del quale, mediante l'adozione dell'atto conclusivo di tale sequenza, si potrebbero - ma anche no - produrre effetti giuridici pregiudizievoli per la sua situazione giuridica soggettiva.

Dunque, solo quest'ultimo provvedimento, ove assunto e sfavorevole per la sfera giuridica dell'interessato, è un atto impugnabile, quale unico dal quale derivano effetti lesivi per il suo destinatario (per tutte: TAR Abruzzo, Pe, 26.5.14, n. 240).

Chiarito ciò, rimane al Collegio la valutazione dei secondi motivi aggiunti, peraltro ove era riportata, quale illegittimità derivata, anche quanto contestato avverso il suddetto provvedimento di avvio.

Ebbene, in sintesi, l'AGCM, dopo aver descritto le evidenze acquisite, tra cui altri "spot" del 2019, concludeva nel senso che si riporta:

“La società ha infatti continuato, anche dopo l'adozione del suindicato provvedimento, a non riportare in modo chiaro e trasparente le effettive e complete condizioni economiche delle offerte in fibra ottica reclamizzate. Al riguardo, si osserva che i messaggi relativi a tali offerte hanno continuato a riportare informazioni non immediatamente percepibili in ordine al prezzo complessivo da sostenere per ottenere il servizio promosso, con riferimento in particolare al costo aggiuntivo del modem o agli oneri da sostenere in caso di recesso anticipato rispetto al periodo di permanenza minima. Contrariamente a quanto eccepito dal professionista, le evidenze documentali attestano la persistenza di indicazioni scarsamente leggibili e collocate in modo defilato rispetto al claim principale volto a reclamizzare le offerte ad un prezzo particolarmente conveniente.”

Aggiungeva l'Autorità che *“...l'analisi della continuazione della pratica censurata con il provvedimento n. 27110 del 28 marzo 2018 oggetto del procedimento riguarda le complessive modalità di presentazione delle condizioni economiche delle offerte reclamizzate che, nel caso in esame, risultano ancora presentare profili di opacità e non percepibilità da parte del consumatore, indipendentemente da quali componenti di costo siano interessate da tali criticità.”*

Sulla base di tali osservazioni, era quindi calcolata la relativa sanzione, pari a euro 350.000, considerata anche una circostanza attenuante indicata nel provvedimento.

Tutto ciò premesso e alla luce di quanto sopra esposto, si rileva in primo luogo l'infondatezza delle censure di invalidità derivata e di incompetenza, secondo quanto già illustrato e a cui si rimanda.

Altresì deve rilevarsi la tardività di ogni nuovo profilo di censura avverso il provvedimento di cui al procedimento “PS10702”, oggetto del ricorso introduttivo.

Così pure, per quanto riguarda il rigetto degli “impegni”, si ribadisce che, all'approvazione dei c.d. “impegni”, non consegue alcuna limitazione dei poteri autoritativi dell'AGCM sull'ulteriore valutazione di una condotta anticoncorrenziale, anche in sede di “ottemperanza”, non essendo la proposizione di impegni uno strumento in mano alle imprese finalizzato solo

ad evitare la sanzione al fine di chiudere definitivamente il procedimento per la ritenuta condotta anticoncorrenziale, limitando, in alcun modo, i poteri dell'Autorità o riducendoli ad una funzione meramente “notarile” in grado di comprimere gli ulteriori poteri di accertamento e di sanzione (TAR Lazio, Sez. I., 29.4.19, n. 5362; 4.11.15, n.12428 e Cons. Stato, Sez. VI, 19.11.09, n. 7307).

Passando quindi all'esame dei motivi avverso il provvedimento “di inottemperanza”, di cui al procedimento “IP313”, il Collegio parimenti ne rileva l'infondatezza.

In relazione ai profili sul difetto di competenza e sulla ritenuta violazione del “ne bis in idem”, si richiama quanto sopra sull'incompetenza.

Inoltre, non è chiarito dalla ricorrente quale lesività essa lamenti se la stessa ammette che l'AGCM non ha più formulato censure sull'assenza di adeguati richiami circa le possibili limitazioni tecnologiche e geografiche dei servizi di connettività basati sulla “fibra” in relazione alla ottemperanza della delibera impugnata con il ricorso introduttivo (par. 26 del p.i.), tenendo conto che a tale conclusione l'Autorità è pervenuta sulla base delle risultanze istruttorie e non ammettendo l'errore di essere incorsa in un vizio di incompetenza, come sostenuto da Wind (pag. 21, secondi motivi aggiunti). Non si è dato luogo, sul punto, pertanto, ad alcuna lesione perché l'AGCM non ha adottato un provvedimento sfavorevole all'interessata sul punto ma, anzi, l'ha “elogiata”, riconoscendo che aveva perseguito “...un processo di continua implementazione e miglioramento delle proprie comunicazioni commerciali su vari mezzi di comunicazione, finalizzato a meglio chiarire l'effettiva esistenza di limitazioni tecniche e geografiche per il consumatore. Tale attività ha determinato un effettivo miglioramento dell'informativa resa al consumatore” (par. 27 del p.i.).

Per quanto riguarda l'effettiva (e unica) violazione riscontrata come inottemperanza, essa è consistita, nella sostanza, nel non riportare in modo chiaro, trasparente le effettive e complete condizioni economiche delle offerte in fibra ottica reclamizzate, continuando Wind a riportare informazioni non

immediatamente percepibili in ordine al prezzo complessivo da sostenere per ottenere il servizio promosso, con riferimento in particolare al costo aggiuntivo del “modem” e agli oneri da sostenere in caso di recesso anticipato rispetto al periodo di permanenza minima.

Sul punto il Collegio rileva che il primo provvedimento sanzionatorio chiaramente indicava che era stata riscontrata l’indicazione in maniera “confusa e contraddittoria” delle informazioni anche sulle effettive condizioni economiche di “fruizione dei suddetti servizi” (par. 59 del provvedimento n. 27710). Emerge, quindi, che sia stata contestata una condotta rilevante sotto il profilo dell’ingannevolezza, così come emergeva nel provvedimento PS10702 e nel provvedimento di comunicazione di avvio.

Inoltre, l’inottemperanza riscontrata è sull’ingannevolezza nell’indicare le effettive condizioni economiche dei servizi di connettività a Internet in modalità “fibra”, così come nei precedenti provvedimenti.

E’ questo il punto sostanziale della condotta sanzionata, in linea con la giurisprudenza amministrativa secondo la quale qualunque reiterazione dei disvalori descritti nel provvedimento “inottemperato” è idonea a rappresentare una violazione della delibera di riferimento, a prescindere dalle modalità impiegate per realizzarla (Cons. Stato, Sez. VI, 15.10.18, n. 5912).

Nel provvedimento n. 27110 era chiaramente indicato, al punto a) del dispositivo, che era vietata la continuazione della pratica descritta, tra cui quella sulla ingannevolezza dell’indicazione degli (ulteriori) oneri economici per usufruire dei servizi in questione.

Si trattava quindi di una condotta sostanziale “omogenea” rispetto a quella contestata e sanzionata in precedenza e corrispondente al medesimo servizio offerto (Cons. Stato, Sez. VI, 11.5.17, n. 2177 e 18.5.15, 2514), senza che fosse necessario pretendere dall’AGCM, in sede di prima sanzione, una descrizione dettagliata di ogni comportamento da tenere in relazione a qualunque risvolto collegato agli oneri economici per la fruizione dell’offerta.

Che, quindi, in questo caso siano stati considerati il costo del “modem” e i costi di recesso anticipato, che in precedenza non erano in quanto tali stati evidenziati, non è circostanza che rileva, visto che comunque l’AGCM ha riscontrato di nuovo – come “nucleo” rilevante e sostanziale - la (continuazione della) pratica censurata con il provvedimento n. 27110 del 28 marzo 2018, riguardante le complessive modalità di presentazione delle condizioni economiche dell’offerta reclamizzata e ciò era ampiamente chiarito anche nel provvedimento di avvio del procedimento di cui ai primi motivi aggiunti.

Pertanto, il provvedimento impugnato con i secondi motivi aggiunti non ha affatto sanzionato una condotta “nuova”, la scorrettezza della quale non aveva formato oggetto del provvedimento asseritamente inottemperato, atteso che la condotta descritta appariva un logico sviluppo della pratica commerciale generale, la cui declinazione è stata peraltro anche modellata sulle misure concretamente adottate dal professionista in esecuzione del provvedimento impugnato, tali da coprire alcuni, ma non tutti, i profili di illiceità in precedenza rilevati.

Riguardo alla lamentata violazione delle garanzie procedurali, per aver conosciuto la contestazione sul recupero pro-quota dei costi di attivazione in caso di recesso anticipato solo nella fase conclusiva del procedimento, il Collegio osserva che comunque la ricorrente aveva fornito difese sul punto né, in questa sede, acclude elementi idonei a chiarire che avrebbe adeguatamente svolto il contraddittorio aggiungendo diversi apporti istruttori se avesse conosciuto prima la specifica contestazione.

Chiarito ciò e passando all’esame della pratica stessa, il Collegio osserva quanto segue.

In primo luogo, proprio perché – come evidenziato dalla ricorrente - il consumatore “medio” sa che, per poter fruire di un’offerta di accesso a Internet, vi è bisogno di un “modem”, quest’ultimo costituisce un onere economico per poter usufruire del servizio in “fibra” e quindi ben rientra

nella pratica contestata quale condizione economica del servizio, per quanto sopra evidenziato.

La ricorrente sostiene che negli “spot” indicati, del gennaio e marzo 2019, si fa sempre riferimento, con caratteri arancioni di notevole dimensione, all’informazione di recarsi presso i “negozi Wind”, di consultare il sito Internet o di chiamare uno specifico numero telefonico e che le indicazioni specifiche non potevano essere maggiori in ragione del limitato tempo a disposizione.

Orbene, il Collegio rileva però che la contestazione dell’AGCM era relativa al rapporto tra “claim” principale, fondato in assoluto sulla convenienza del prezzo, e le ulteriori indicazioni sui costi, tra cui quelle richiamate dalla ricorrente, collocate in modo defilato e scarsamente leggibile.

Non era quindi la componente complessiva del prezzo a essere posta in contestazione ma la ingannevolezza del messaggio, con conseguente non rilevanza del richiamo alla delibera AgCom 487/18/CONS, di mera natura regolatoria e generale.

Che la informazione sui costi di attivazione/recesso fosse inserita a fianco di quelli relativi all’acquisizione del “modem”, come riportato dalla ricorrente sugli “spot TV”, è circostanza ininfluyente, dato che è la non evidenza proporzionale che ha spinto l’AGCM a concludere nel senso di cui al provvedimento impugnato.

Inoltre, l’indicazione dei costi in questione che rimandava a mezzi di consultazione differita ed eventuale, come negozi “fisici”, sito Internet e numero telefonico aziendale, non costituiva una modalità idonea a rendere al consumatore l’informativa in questione in modo chiaro ed evidente, considerato che, per quanto illustrato in precedenza, sussiste per il professionista l’onere di fornire tale informativa al consumatore sin dal primo contatto.

Inoltre, la nozione di consumatore “medio” al quale sia diretta una pratica commerciale “in rete” individua un tipo di consumatore né pienamente

informato e avveduto né completamente disinformato e sprovvisto e non può pertanto coincidere con una tipologia riconducibile ad un consumatore che abbia particolare dimestichezza e frequentazione di siti Internet, che consentano al medesimo di orientarsi, con avveduta dimestichezza e con sicura pratica, tra “link” e rinvii da una ad altra sezione del sito.

Pertanto, nessuna portata sanante può annettersi ad informazioni successive, irrilevante essendo la possibilità che informazioni più dettagliate siano fornite o rese comunque disponibili in un contesto diverso o in una fase successiva a quella in cui la condotta si realizza, dovendo la correttezza della stessa essere verificata nell’ambito dello stesso contesto di comunicazione in cui la pratica commerciale oggetto di indagine viene effettuata, e non già sulla base di ulteriori informazioni caratterizzanti diverse condotte o sulla base di informazioni che il professionista renda disponibili a contatto già avvenuto.

La giurisprudenza, anche di questa Sezione, ha sempre evidenziato la rilevanza primaria del messaggio che “prende l’attenzione” al primo contatto, che i relativi “claim” pubblicitari devono sempre essere connotati da tutti gli elementi essenziali per un corretto e obiettivo discernimento (TAR Lazio, Sez. I, 12.6.15, n. 8253) e che la decettività del messaggio promozionale può anche riguardare singoli aspetti dello stesso e le specifiche modalità di presentazione del prodotto al fine di “agganciare” l’immediata attenzione del consumatore, senza che possa rilevare in senso contrario la circostanza per la quale, in altri e successivi momenti, lo stesso consumatore possa approfondire la modalità di fruizione del prodotto stesso e le sue effettive qualità in relazione a quanto enfatizzato al primo contatto con evidenza grafica primaria (per tutte: TAR Lazio, Sez. I, 19.9.19, n. 11097 e 30.10.17, n. 10834).

Non può assumere quindi rilievo scriminante quanto più volte invocato da Wind in tutti i suoi scritti difensivi in ordine alla possibilità lasciata al cliente finale di approfondire, sia attraverso il “numero verde”, sia attraverso il “sito web”, o recandosi personalmente in negozi “fisici” ad accertare la reale

portata dell'offerta o addirittura direttamente l'acquisto, gli ulteriori elementi che precisavano i termini dell'offerta.

E' stato, altresì, affermato in giurisprudenza che è riconducibile al "claim" principale l'effetto di "aggancio" del consumatore, il quale, allettato dall'offerta in esso contenuta, massimamente visibile, corre il rischio di omettere l'integrale lettura delle parti meno evidenziate del messaggio pubblicitario recanti la completa descrizione del prodotto e dei suoi effetti di assunzione, i quali vengono così resi disponibili e forse appresi in un momento successivo a quello in cui il consumatore deve, secondo il paradigma individuato dagli articoli del Codice del Consumo posti a presidio della libertà di scelta del medesimo, disporre contestualmente, e con identica evidenza grafica, di tutte le informazioni utili ad assumere una consapevole decisione di natura commerciale (TAR Lazio, Sez. I, 31.1.18, n. 1158).

Asserita l'infondatezza dei precedenti motivi, anche quello conclusivo sulla entità della sanzione pecuniaria non può trovare accoglimento.

Riprendendo quanto sopra evidenziato in senso generale per la sanzione adottata con il provvedimento impugnato con il ricorso introduttivo, il Collegio evidenzia, riguardo alla effettiva diffusione delle offerte pubblicizzate, che è sufficiente richiamare il costante orientamento giurisprudenziale secondo cui "Nell'assetto di interessi disciplinato dal D.Lgs. n. 206 del 2005, le norme a tutela del consumo delineano una fattispecie «di pericolo», essendo preordinate a prevenire le possibili distorsioni delle iniziative commerciali nella fase pubblicitaria, prodromica a quella negoziale, sicché non è richiesto all'Autorità di dare contezza del maturarsi di un pregiudizio economico per i consumatori, essendo sufficiente la potenziale lesione della loro libera determinazione" (TAR Lazio, Sez. I, 6.2.17, n. 1877).

Né la somma irrogata importa una violazione del principio di ragionevolezza e proporzionalità, alla luce del consolidato orientamento giurisprudenziale sopra richiamato secondo cui, ai fini di una efficace funzione deterrente, la sanzione deve essere parametrata al fatturato realizzato dall'impresa (così, ex

multis, TAR Lazio, Sez. I, 22.6.18, n. 7009 e Cons. Stato, Sez. VI, 5.8.13, n. 4085).

Sostanzialmente generiche e assertive, poi, appaiono le contestazioni in punto di disparità di trattamento con operatori delle telecomunicazioni terzi, destinatari di precedenti provvedimenti sanzionatori, atteso da un lato, che non emerge dal ricorso la predicata identità di situazioni, e considerata, dall'altro, la fisiologica complessità e peculiarità delle valutazioni compiute in materia dall'Autorità, in relazione alle quali, pur in presenza di elementi di analogia, risulta ordinariamente esclusa l'identità dei casi, così che il richiamo ai diversi importi determinati non è idoneo di per sé a tradursi, come "tertium comparationis", in un vizio di legittimità della valutazione negativa intervenuta in una diversa ipotesi (TAR Lazio, Sez. I, 21.1.19, n. 782, 9.1.15, n. 238 e 6.6.08, n. 5578).

Per quanto riguarda, infine, il riferimento alla durata, il Collegio rileva che l'Autorità ha correttamente considerato, trattandosi di inottemperanza a precedente provvedimento, il momento iniziale 26 luglio 2018, ossia il termine fissato dall'Autorità nella diffida di cui al dispositivo del provvedimento di contestazione n. PS10702.

La somma finale, che peraltro tiene conto anche di una circostanza economica attenuante, appare quindi proporzionata e adeguata, anche in relazione al fatturato dell'azienda, primaria in Italia nell'offerta dei servizi di cui si occupa.

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

La peculiarità e complessità della fattispecie consente 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 e i motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 18 dicembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Ivo Correale, Presidente FF, Estensore

Roberta Cicchese, Consigliere

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Ivo Correale

IL SEGRETARIO