



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 7803 del 2018, proposto da Fastweb s.p.a., società a socio unico soggetta alla direzione ed al coordinamento di Swisscom Ag, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Elenia Cerchi ed Elisabetta Pistis, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Foro Traiano, n. 1/A;

contro

Autorità garante della concorrenza e del mercato, Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese entrambe dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

Associazione Codici, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Ivano Giacomelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Vodafone Italia s.p.a., Tim s.p.a., Open Fiber s.p.a., non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, adottato nell'adunanza dell'11 aprile 2018, notificato in data 22 aprile 2018, con cui l'Autorità ha accertato in esito al procedimento PS 11003, ai sensi degli artt. 20, 21 e 22 del d.lgs. 206/05 una pratica commerciale scorretta di cui ha inibito la continuazione ed ha inflitto a Fastweb una sanzione di € 4.400.000;
- di ogni atto ai predetti antecedente, conseguente, connesso o presupposto, con particolare riguardo, ove occorrer possa alla comunicazione di avvio del procedimento, alla comunicazione del termine di conclusione della fase istruttoria (prot. 18261 del 6 febbraio 2018), al provvedimento di rigetto degli impegni del 17 gennaio 2017, notificato in pari data con comunicazione rif. PS/11003, prot. 13384, a firma del segretario generale, anch'essa impugnata, se ed in quanto occorrer possa del parere reso dall'Agcom nel corso del procedimento;

Visti il ricorso 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 dell'Associazione Codici;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 novembre 2022 il dott. Matthias Viggiano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società ricorrente impugnava il provvedimento in epigrafe per mezzo del quale l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm),

ravvisata una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20 ss. d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (cod. cons.), irrogava una sanzione amministrativa pari ad € 4.400.000,00. Si tratta di un provvedimento che si inserisce in un più ampio filone di attività istruttorie avviate dall'Agcm nei confronti degli operatori di telecomunicazioni e conclusosi con la comminazione di notevoli sanzioni a tutti i principali professionisti operanti in Italia.

1.1. In particolare, l'Autorità censurava *«il comportamento posto in essere dal professionista consistente nell'aver utilizzato, in relazione alle campagne pubblicitarie realizzate a mezzo Internet, attraverso gli spot televisivi e altri canali, claim volti ad 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 della tecnologia di trasmissione utilizzata e le connesse limitazioni, nonché le reali potenzialità del servizio in fibra offerto (inclusa l'effettiva velocità di navigazione, i servizi fruibili e i limiti derivanti dallo sviluppo geografico della rete). Inoltre, nelle offerte commerciali della connettività in fibra, non è stata data adeguata visibilità all'opzione aggiuntiva, a pagamento dopo un primo periodo di gratuità, che consente di ottenere la massima velocità pubblicizzata»*.

2. Si costituivano in resistenza le Autorità; si costituiva in giudizio anche un'associazione di consumatori.

3. Le parti si scambiavano ulteriori documenti e memorie in vista della pubblica udienza del 9 novembre 2022, all'esito della quale il Collegio tratteneva la causa per la decisione.

4. Terminata l'esposizione dello svolgimento del processo, è possibile passare all'esame delle doglianze spiegate nel ricorso.

5. Con il primo motivo si denuncia l'incompetenza dell'Autorità, trattandosi di pratiche commerciali relative alla pubblicizzazione di servizi

comunicazione elettronica, i quali sono regolamentati dall'art. 71, comma 1-*bis* d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259 (c.c.e.): conseguentemente, l'Agcm avrebbe invaso la sfera di competenza dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom), soggetto deputato all'irrogazione delle sanzioni per violazioni della richiamata disposizione. In ogni caso, pur ammettendo la competenza dell'Agcm, il provvedimento evidenzerebbe un difetto d'istruttoria atteso che l'Agcom non avrebbe (al momento dell'infrazione) ancora completato l'adozione dell'atto d'implementazione dell'art. 71, comma 1-*bis* c.c.e.

5.1. La censura non può essere condivisa.

5.2. Difatti, va osservato come il provvedimento dell'Agcm non si sia spinto sino ad invadere il campo di competenza dell'Agcom: invero, il ridetto art. 71, comma 1-*bis* c.c.e. si limita a demandare all'Agcom la definizione delle *«caratteristiche tecniche e le corrispondenti denominazioni delle diverse tipologie di infrastruttura fisica»*, chiarendo che *«ogni comunicazione al pubblico dell'offerta di servizi di comunicazione elettronica che non rispetti le caratteristiche tecniche»* costituisca pratica commerciale scorretta. Quest'ultima, in forza dell'art. 27, comma 1-*bis* cod. cons., deve essere accertata e sanzionata esclusivamente dall'Agcm: il che esclude in radice il vizio di incompetenza dedotto dalla parte ricorrente.

5.3. La circostanza, poi, che l'art. 98, comma 16, c.c.e. consenta l'intervento repressivo anche dell'Agcom, determina una necessità di coordinamento tra le fattispecie che deve esser risolta secondo gli insegnamenti desumibili dai recenti pronunciamenti della giurisprudenza amministrativa (sui rapporti tra violazione consumeristica e illecito settoriale, v. Cons. Stato, ad. plen., 9 febbraio 2016, n. 3, che evidenzia come si applichi il principio di assorbimento dell'illecito meno offensivo in quello più grave; oppure, Cons. Stato, sez. VI, 2 febbraio 2022, n. 732,

anche per la corretta ermeneusi della disciplina eurounitaria), con conseguente competenza dell'Agcm.

5.4. In ogni caso, appare preferibile interpretare l'art. 98, comma 16, c.c.e. come riferito alle fattispecie ulteriori rispetto a quelle dell'art. 71, comma 1-*bis* c.c.e., atteso che quest'ultima disposizione espressamente qualifica come *pratica commerciale scorretta* la comunicazione al pubblico dell'offerta di servizi irrispettosi dei dettami dell'Agcom.

5.5. Infine, quanto alla mancata adozione della delibera Agcom attuativa dell'art. 71, comma 1-*bis* c.c.e. (intervenuta solo successivamente all'avvio della pratica commerciale), va rilevato che la contestazione in esame non si esaurisce nel mancato rispetto della disciplina settoriale, bensì afferisce ad una pratica ingannevole, ossia concerne una condotta commerciale posta in essere senza la dovuta diligenza professionale idonea a falsare la determinazione del consumatore. In altri termini, la violazione della delibera Agcom costituisce *ex se* (presunzione *iuris et de iure*) pratica commerciale scorretta; nel tempo intercorso per l'adozione della delibera, inoltre, la condotta del professionista deve essere esaminata caso per caso, verificando se risulta o meno violato il generale precetto fissato dagli artt. 20 ss. cod. cons. (cfr. Tar Lazio, sez. I, 1° agosto 2019, n. 10193).

6. Le successive due censure, stante la loro intima connessione, possono essere trattate congiuntamente.

6.1. In particolare, con il secondo motivo si deduce l'erroneità della valutazione dell'Agcm essendo la campagna pubblicitaria relativa alla connessione in *fibra ottica* genericamente intesa, senza cioè promuovere l'impiego integrale ed esclusivo di questa tecnologia, in conformità con la del. Agcom 623/15/Cons (viepiù, parte ricorrente evidenzia come la del. 584/16/Cons, in tema di verifiche di replicabilità, assuma l'equivalenza a livello *retail* delle offerte Fttc e Fttb). In aggiunta, utilizzando l'espressione «*fino a...*» l'impresa avrebbe moderato il messaggio pubblicitario di guisa da rendere edotto il consumatore della possibilità di non esser

raggiungimento di quella particolare velocità di connessione. Inoltre, la pratica non potrebbe definirsi scorretta in quanto il consumatore non verrebbe indotto con l'inganno a stipulare un contratto per la connessione *ultrafibra* in assenza dell'idonea infrastruttura.

6.2. A mezzo della terza doglianza, invece, si contesta il giudizio di ingannevolezza del *claim*: difatti, nei vari messaggi pubblicitari, venivano sempre fornite (in rapporto al mezzo impiegato) le informazioni sufficienti ad un consumatore medio per poter compiere una corretta scelta negoziale; in ogni caso, al momento della conclusione del contratto, il cliente riceva comunque tutte le informazioni relative al servizio acquistato. Quanto poi alla durata, la parte ricorrente evidenzia di aver cessato in corso d'istruttoria la pratica commerciale, ma che tale circostanza, sebbene appurata dall'Autorità, non veniva valutata ai fini del giudizio di cessazione della condotta.

6.3. Le censure non possono essere accolte.

6.4. Preliminarmente, appare opportuno evidenziare come il servizio offerto concerna la connessione *internet* tramite fibra ottica; ciononostante, esistono varie ipotesi di connessione, in base al luogo di «arrivo» della fibra ottica. In particolare, si distingue principalmente la connessione completa in fibra ottica (c.d. Ftth – ossia *fiber to the home*), da quella che si interrompe all'armadietto in strada e poi «prosegue» su un cavo di rame sino all'abitazione dell'utente finale (c.d. Fttc – *fiber to the cabinet*; questa tecnologia, nella nomenclatura della società, è indicata come Ftts – *fiber to the street*): è abbastanza intuitivo comprendere che quest'ultima connessione sarà tanto meno performante quanto più lungo è il percorso che i dati debbono compiere sul cavo in rame.

6.5. Fatta questa precisazione «tecnologica», va rilevato come sia incontestato che il professionista abbia pubblicizzato la *performance* del proprio prodotto senza distinguere in alcun modo tra le due ipotesi: ciò appare *ictu oculi* ingannevole, atteso che il consumatore, incuriosito dalla

pubblicità, immagina di poter fruire della massima velocità senza sapere che ciò dipende dall'esistenza di una determinata infrastruttura. L'impiego della locuzione «*fino a...*» non esime da responsabilità l'impresa, atteso che la condotta contestata rimane decettiva non chiarendo che il raggiungimento della massima velocità deriva dall'effettiva disponibilità della connessione FttH (cfr. Tar Lazio, sez. I, 8 novembre 2021, n. 11419).

6.6. Quanto alle delibere Agcom citate dalla parte ricorrente, va rilevato come trattasi di richiami inconferenti, atteso che regolano fattispecie differenti. La delibera di identificazione ed analisi dei mercati dei servizi di accesso alla rete fissa (del. Agcom 623/15/Cons), equipara e considera nel medesimo mercato sia le varie reti in fibra ottica (FttH, Fttc etc...), sia quelle in rame sia quelle *Wwl*: appare evidente, quindi, che l'allargamento operato ai fini dell'individuazione del mercato non possa essere impiegato in questa sede, poiché per il consumatore non sono comparabili le offerte in fibra ottica con quelle su cavo in rame. Quanto alla del. 584/16/Cons, in tema di verifiche di replicabilità, va rilevato che l'Agcom differenzia le offerte in base alla tecnologia di rete sottostante (cfr. all. A, punto 75), ossia tra connessioni Fttc ed FttH.

6.7. In relazione poi all'ingannevolezza della pratica commerciale va rilevato che quel che viene contestato dall'Autorità non è la stipula di contratti con oggetto difforme rispetto a quanto pubblicizzato, bensì l'omissione di informazioni rilevanti in quest'ultima sede. Appare infatti incontrovertibile che chi non avesse avuto la disponibilità di una connessione FttH non avrebbe potuto concludere il relativo negozio: ciò non toglie rilievo al pericolo di ingannevolezza della pratica. Sul punto appare opportuno richiamare la consolidata giurisprudenza amministrativa che qualifica le pratiche vietate dal codice del consumo come *illeciti di pericolo*, relativamente ai quali non è necessaria la effettiva lesione del bene giuridico protetto dalla norma (Cons. Stato, sez. VI, 10 gennaio 2022, n. 161; similmente, nella giurisprudenza europea è stata reputata illecita

anche una pratica che coinvolgeva un singolo consumatore v. Corte Giust. Ue, sez. I, 16 aprile 2015, causa C-388/13).

6.8. Pertanto, correttamente l'Agcm interveniva per reprimere una comunicazione commerciale che nella primissima fase (c.d. *aggancio*) si esternava in messaggi poco chiari e fuorvianti (v. Cons. Stato, sez. VI, 18 maggio 2022, n. 3925). Né potrebbe scriminare la circostanza che, in un secondo momento, il consumatore potesse ottenere le necessarie informazioni per una scelta consapevole, atteso che si farebbe in tal modo gravare sull'utente un onere non dovuto (Cons. Stato, sez. VI, 12 marzo 2020, n. 1751).

6.9. Ciò dimostra la palese incompletezza dell'informazione commerciale fornita attraverso i vari canali di comunicazione analizzati dall'Autorità. Tale giudizio, poi, appare corroborato dal parere infraprocedimentale dell'Agcom che rappresentava la potenzialità decettiva della pratica, essendo in grado di indurre il consumatore all'assunzione di decisioni che altrimenti non avrebbe preso.

6.10. In aggiunta, volendo analizzare i singoli mezzi di comunicazione, va osservato che in riferimento agli *spot* pubblicitari le informazioni venivano fornite in maniera parziale, senza consentire all'utente la piena ed immediata percezione degli elementi essenziali dell'offerta, a volte adoperando termini allusivi («*ultrafibra*», poi espunto dalla campagna promozionale), oppure impiegando *banner* o simili diciture poco leggibili (per indicare la temporaneità dell'offerta) ed omettendo l'esistenza di limiti tecnologici ovvero (in alcuni casi) geografici (v. Tar Lazio, sez. I, 24 febbraio 2022, n. 2215).

6.11. Quanto al sito *web* aziendale, va rilevato che l'Autorità verificava le diverse modalità di presentazione dell'offerta (mutate nel periodo 2017-2018), evidenziando come le informazioni di dettaglio venivano fornite in maniera poco leggibile nelle pagine *web* (ad esempio, non era presente alcun *alert* circa la necessità di verifica della copertura nella zona

d'interesse) oppure in distinte pagine cui l'utente veniva rimandato. Si tratta, quindi, dell'imposizione al consumatore dell'onere di cercare autonomamente (tra le pagine *web*) le informazioni di cui necessita al fine di esser pienamente consapevole dei costi e dei limiti del servizio offerto (in termini, Tar Lazio, sez. I, 18 novembre 2022, n. 15326).

6.12. Similmente, nel caso degli opuscoli informativi, le informazioni venivano presentate in una pagina separata da quella di esposizione dell'offerta, ove non erano indicati i limiti tecnologici o geografici, di modo da non risultare di immediata evidenza per il consumatore; inoltre, anche su questo mezzo vi sono rinvii generici al sito *internet* del professionista. Si tratta, dunque, in ragione della presentazione, di una comunicazione parziale ed ingannevole (cfr. su altro opuscolo informativo, Cons. Stato, sez. VI, 31 dicembre 2021, n. 8757).

6.13. Quanto agli affissionali, le informazioni relative alla limitazione dell'offerta e ai costi da sostenere dopo il primo periodo annuale venivano fornite in caratteri minuti e omettendo le avvertenze circa limitazioni geografiche o tecnologiche, nonché con rinvio al sito *internet*: si tratta, quindi, di una comunicazione insufficiente, come già chiarito dalla Sezione (v. Tar Lazio, sez. I, 20 gennaio 2010, n. 633, specificamente sulla cartellonistica; oppure Tar Lazio, sez. I, 4 marzo 2021, n. 2694, sul rinvio ad altri mezzi d'informazione).

6.14. La complessiva esposizione che precede consente di affermare l'ingannevolezza della pratica.

7. Anche il quarto ed il quinto motivo, relativi entrambi al rigetto della proposta degli impegni presentati dalla società, possono essere trattati congiuntamente.

7.1. In particolare, la quarta ragione di gravame è incentrata sulla violazione del contraddittorio nella fase procedimentale non essendo stata concessa audizione all'impresa sugli impegni presentati.

7.2. La quinta doglianza, invece, è rivolta specificamente al rigetto degli impegni.

7.3. Orbene, anche queste due censure sono infondate.

7.4. In particolare, non risulta in alcun modo violato il diritto di difesa durante il procedimento, atteso che la società aveva accesso agli atti, presentava memorie ed otteneva anche l'audizione orale (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 9 maggio 2022, n. 3572, oppure Tar Lazio, sez. I, 26 aprile 2022, n. 5013). La circostanza che quest'ultima si sia tenuta successivamente al rigetto degli impegni proposti non costituisce irregolarità, non risultando obbligatorio tale modulo procedimentale: viepiù, l'audizione successiva al rigetto costituisce opportunità per esporre all'Autorità, immediatamente dopo all'adozione dell'atto infraprocedimentale, le proprie ragioni, allargando così le possibilità di difesa. Nessun pregio, poi, ha l'invocata disparità di trattamento rispetto ad una società concorrente (Tim): premesso che anche tale professionista, nonostante una più approfondita interlocuzione, vedeva rigettati gli impegni presentati (con l'irrogazione di una sanzione amministrativa pari ad € 4.800.000,00), va osservato che il vizio prospettato si riscontra solo nell'ipotesi di assoluta identità delle fattispecie, circostanza non verificatasi nel caso in esame, attesa la mera affinità delle pratiche commerciali contestate (cfr. Tar Lazio, sez. I, 25 novembre 2022, n. 15792).

7.5. Quanto al rigetto degli impegni, va rammentato che ciò consegue ad una valutazione ampiamente discrezionale dell'Agcm che verifica la maggiore o minore conformità all'interesse pubblico dell'irrogazione della sanzione rispetto alla chiusura con impegni dell'istruttoria (v. Cons. Stato, sez. VI, 18 giugno 2020, n. 3907). All'ampiezza della discrezionalità amministrativa corrisponde una minore estensione del sindacato del giudice amministrativo, limitato ai casi di difetto dei presupposti, patente illogicità ovvero travisamento di fatto (Cons. Stato, sez. VI, 12 gennaio 2022, n. 203).

7.6. Orbene, nel caso di specie, l'Agcm chiariva che non poteva accettare la proposta del professionista in quanto le condotte commerciali si presentavano «*manifestamente gravi e scorrette*» in ragione delle omissioni nelle informazioni e dei tanti mezzi di comunicazione impiegati: ciò appare coerente con il fine istituzionale perseguito dall'Autorità, tenuto conto della peculiarità del rapporto consumeristico interessato, caratterizzato da un'evidente asimmetria tra le parti.

8. La sesta ragione di gravame, poi, concerne l'obbligo conformativo che secondo parte ricorrente sarebbe inattuabile, soprattutto alla luce della nuova regolamentazione in procinto d'esser adottata dall'Agcom.

8.1. Trattasi di censura infondata.

8.2. Difatti, è facilmente inferibile dalla lettura del provvedimento impugnato quali siano gli obblighi posti a carico del professionista: invero, se la sanzione consegue alla violazione degli obblighi informativi (v. *supra* §§ 6.3 ss.) nella commercializzazione di un prodotto, appare chiaro che il professionista debba impostare la promozione di guisa da fornire in maniera chiara e comprensibile le informazioni necessarie affinché il consumatore possa determinarsi liberamente nella scelta contrattuale.

8.3. In aggiunta, qualora il professionista non dovesse cogliere immediatamente la portata della diffida amministrativa, è in sua facoltà domandare all'Agcm di fornire i necessari chiarimenti per la corretta ottemperanza.

9. Infine, con l'ultimo motivo, si contesta, in via subordinata, l'entità della sanzione, sproporzionata rispetto a quelle irrogate ai concorrenti.

9.1. Neppure questa doglianza può essere accolta.

9.2. In particolare, va rilevato che, attesa la diffusione e la gravità della pratica, nonché verificato l'impatto sui consumatori, la sanzione si presenta proporzionata ed efficace, soprattutto se si considera la necessaria finalità deterrente (in termini, Tar Lazio, sez. I, 18 luglio 2022, n. 10148):

difatti, va tenuto conto che l'importo è meno dello 0,3% del fatturato annuale, quindi assolutamente congruo rispetto allo scopo.

9.3. Parte ricorrente, poi, spiega molte doglianze sull'importo evidenziando come ai concorrenti siano state comminate sanzioni in percentuali assai inferiori rispetto al fatturato. Orbene, deve osservarsi come i ricavi costituiscano solo uno dei dati valutabili dall'amministrazione nella determinazione dell'entità della sanzione: in particolare, l'Agcom deve evitare da un lato di comminare una sanzione puramente simbolica e dall'altro di cagionare un danno irreversibile all'impresa (v. Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2020, n. 2111). A tal fine, il riferimento non può che essere il fatturato che evidenzia la forza economica dell'impresa: in ogni caso, va osservato come il legislatore abbia posto dei limiti edittali fissi (€ 5.000,00 - € 5.000.000,00) non superabili dall'Autorità anche nell'ipotesi di impresa con fatturati ultra-miliardari.

9.4. Tuttavia, la determinazione della sanzione richiede anche una valutazione oggettiva del fatto illecito, in base a gravità, durata e diffusione (Tar Lazio, sez. I, 8 luglio 2022, n. 9428): orbene, come evidenziato al paragrafo che precede, il giudizio dell'Autorità si è sviluppato correttamente. Quanto all'eventuale disparità di trattamento, discendente dalla maggiore gravità della condotta contestata ad altri operatori telefonici, va osservato che il menzionato vizio non può essere invocato al fine domandare l'applicazione di un trattamento maggiormente favorevole riservato illegittimamente ad altri (v. Cons. Stato, sez. V, 23 settembre 2015, n. 4452).

10. La complessiva infondatezza dei motivi, determina il rigetto del ricorso.

11. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

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

Compensa le spese nei confronti dell'associazione Codici, e condanna la ricorrente alla rifusione in favore delle Autorità resistenti delle spese di lite, che si liquidano in complessivi € 3.500,00.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Francesca Petrucciani, Consigliere

Matthias Viggiano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Matthias Viggiano

IL PRESIDENTE
Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO