

Pubblicato il 19/03/2025

N. 02255/2025REG.PROV.COLL.
N. 07920/2023 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7920 del 2023, proposto da:

Fastweb s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Elisabetta Pistis, con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura
Generale dello Stato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia;

nei confronti

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per la riforma:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Sezione Prima) n. 08860/2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 febbraio 2025 il Consigliere Lorenzo Cordì e lette le conclusioni rassegnate dalle parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Fastweb s.p.a. ha appellato la sentenza n. 8850/2023, con la quale il T.A.R. per il Lazio ha respinto il ricorso proposto dalla Società avverso: *i*) il provvedimento dell'A.G.C.M. del 5.7.2017, n. 26675 (adottato a conclusione del procedimento PS 10686), con cui l'Autorità ha sanzionato Fastweb per la violazione delle previsioni di cui agli artt. 49, comma 1, lettera *h*) e *l*), 50, comma 3, 51, comma 8, 54, commi 1, 2 e 3, 55, comma 1, lett. *b*), 57, commi 3 e 4, lettera *a*), del D.Lgs. n. 206/2005, irrogando la sanzione amministrativa pecuniaria complessiva pari a euro 2.000.000; *ii*) ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ivi compresi la comunicazione di conclusione dell'istruttoria e la nota del 5.4.2017 di reiezione della proposta di impegni presentata dalla Società.

2. Con il provvedimento indicato al punto precedente l'A.G.C.M. ha accertato la sussistenza di quattro condotte, ritenute contrarie alle previsioni del D.Lgs. n. 206/2005 e consistenti:

i) nell'aver omesso di fornire, in maniera chiara e comprensibile e prima che il consumatore fosse vincolato da un contratto a distanza *online* mediante il sito internet www.fastweb.it e/o negoziato fuori dei locali commerciali, o da una corrispondente offerta rivolta al professionista (c.d. inversione dei ruoli), le informazioni richieste dall'articolo 49, comma 1, lettera *l*), del D.Lgs. n. 206/2005, e, in particolare: *a*) dal 14.6.2014 alla fine ad aprile 2016, l'informazione in merito alla circostanza che, nel caso di esercizio del diritto di recesso dopo

aver presentato una richiesta, rispettivamente, ai sensi dell'articolo 51, comma 8, o dell'articolo 50, comma 3, del D.Lgs. n. 206/2005, il consumatore sarebbe stato responsabile del pagamento al professionista dei costi indicati nell'articolo 57, comma 3, del D.Lgs. n. 206/2005; *b)* da maggio 2016, l'informazione che, così come previsto dall'articolo 57, comma 3, del D.Lgs. n. 206/2005, eventuali costi sarebbero stati dovuti solo nel caso in cui il consumatore avesse esercitato il diritto di recesso dopo aver presentato la suddetta richiesta esplicita (di seguito anche “*violazione A*”);

ii) nella conclusione di contratti a distanza (sia *online* mediante il sito internet www.fastweb.it che per telefono) e/o negoziati fuori dei locali commerciali ovvero nell'acquisizione di una corrispondente proposta vincolante rivolta dal consumatore a Fastweb, nell'aver dato principio di esecuzione al contratto ovvero nell'aver proceduto all'avvio del processo di attivazione della linea e/o di migrazione da altro operatore durante il periodo di recesso, senza esigere la relativa autonoma richiesta esplicita da parte del consumatore prevista rispettivamente dall'articolo 51, comma 8, e dall'articolo 50, comma 3, del D.Lgs. n. 206/2005, e, in ogni caso, senza mettere il consumatore nella condizione di poter liberamente scegliere tale opzione e di poter concludere il contratto a distanza e/o negoziato fuori dai locali commerciali anche in assenza di tale volontà (di seguito anche “*violazione B*”);

iii) in assenza dell'informativa di cui all'articolo 49, comma 1, lettera *l)*, del D.Lgs. n. 206/2005, e, comunque, in assenza della richiesta esplicita di cui all'articolo 51, comma 8, e/o all'articolo 50, comma 3, del Codice del Consumo, nell'aver richiesto e/o addebitato al consumatore che esercitava il diritto di ripensamento da un contratto a distanza online e/o negoziato fuori dei locali commerciali una serie di costi relativi ai costi del servizio o dei consumi non rientranti negli importi mensili, ritenuti non dovuti e

contrari a quanto previsto dalla disposizione di cui all'art. 57, comma 3, del D.Lgs. n. 205/2005 (di seguito anche “*violazione C*”);

iv) nell'aver acquisito a distanza mediante il sito internet www.fastweb.it e/o in occasione di contratti negoziati fuori dei locali commerciali una proposta vincolante rivolta dai consumatori a Fastweb, senza informarli e senza consentire loro di esercitare sin da subito il diritto di ripensamento di cui all'articolo 52 del D.Lgs. n. 206/2005, secondo le modalità di esercizio previste dall'articolo 54 del D.Lgs. n. 206/2005 e con i conseguenti effetti previsti dall'articolo 55, comma 1 lettera b), del D.Lgs. n. 206/2005 sull'obbligo del consumatore di concludere il contratto, prevedendo unicamente che la proposta del consumatore potesse essere revocata in forma scritta tramite raccomandata A/R finché il contratto non era concluso (di seguito anche “*violazione D*”).

3. In punto di fatto, Fastweb ha esposto, in sintesi, che: i) l'A.G.C.M. aveva avviato il procedimento con comunicazione del 7.12.2016, ipotizzando la possibile commissione degli illeciti successivamente accertati con il provvedimento impugnato e relativi ai contratti conclusi da Fastweb a distanza o fuori dei locali commerciali; ii) Fastweb aveva evidenziato la liceità della propria condotta, ritenuta conforme alle previsioni del D.Lgs. n. 205/2006 e alla normativa di settore; iii) la Società aveva, comunque, presentato una proposta di impegni ma l'Autorità l'aveva respinta con nota del 5.4.2017; iv) l'Autorità aveva richiesto un parere all'A.G.Com., reso con la delibera n. 225/17/CONS; v) l'A.G.C.M. aveva ritenuto sussistenti le violazioni ipotizzate nell'atto di contestazione e aveva irrogato alla Società una sanzione amministrativa pecuniaria complessiva pari a euro 2.000.000,00, di cui euro 450.000,00 per la violazione A, euro 700.000,00 per la violazione B, euro 400.000,00 per la violazione C e euro 450.000,00 per la violazione D.

4. Fastweb ha impugnato i provvedimenti indicati articolando dodici motivi di ricorso, riassunti ai ff. 4-6 del ricorso in appello. Il T.A.R. ha respinto

integralmente il ricorso, con motivazione che saranno, di seguito, esposte, per quanto di interesse per la presente trattazione. Fastweb ha articolato sette motivi di ricorso in appello, anch'essi di seguito esaminati. Si è costituita l'A.G.C.M., chiedendo di respingere il ricorso in appello. In vista dell'udienza pubblica del 20.2.2025 l'A.G.C.M. ha depositato memoria conclusionale; Fastweb ha depositato memoria di replica. All'udienza del 20.2.2025 la causa è stata trattenuta in decisione.

5. Con il primo motivo di ricorso in appello Fastweb ha dedotto l'erroneità della sentenza di primo grado nella parte in cui ha respinto il primo e il secondo motivo di impugnazione, relativi alla violazione A. Con tali motivi Fastweb aveva evidenziato che: *i)* le condotte avrebbero interamente dovuto essere ricondotte all'ambito di applicazione della normativa settoriale delle comunicazioni elettroniche, che disciplina in maniera esaustiva gli obblighi, anche di carattere informativo, e i comportamenti imposti all'operatore nella negoziazione con l'utente, la cui violazione è presidiata da un apposito apparato sanzionatorio, il cui governo rispetto è affidato all'A.G.Com.; *ii)* era stata violata la disposizione di cui all'art. 4 della L. n. 689/1981, secondo cui non risponde delle violazioni amministrative chi ha commesso il fatto nell'adempimento di un dovere, individuato nel caso di specie nei doveri imposti dal Codice delle comunicazioni elettroniche.

5.1 Il T.A.R. per il Lazio ha respinto le censure osservando che: *i)* le condotte erano relative alla violazione degli obblighi di protezione dei consumatori, previsti dalla Parte III del D.Lgs. n. 206/2005; *ii)* in relazione a queste fattispecie, la tutela amministrativa è espressamente attribuita all'A.G.C.M. (art. 66), che la esercita secondo le modalità di cui all'art. 27 del medesimo articolato normativo; *iii)* la disposizione di cui all'art. 46, comma 2, del D.Lgs. n. 206/2005 prevede che, in caso di conflitto tra le disposizioni delle Sezioni da I a IV del Capo I del Titolo II del D.Lgs. 206/2005 e una disposizione di un atto dell'Unione europea che disciplina

settori specifici, quest'ultima e le relative norme nazionali di recepimento prevalgono e si applicano a tali settori specifici; *iv*) tale conflitto è ravvisabile solo solamente nelle ipotesi in cui l'operatore economico sia obbligato a tenere due condotte tra loro incompatibili; viceversa, qualora la disciplina di settore dovesse lasciare una margine d'azione alla libertà imprenditoriale, l'A.G.C.M. può verificare l'eventuale violazione delle regole consumeristiche; *v*) l'operato della Società non sarebbe stato scriminato alla luce dei contenuti del parere dell'A.G.Com., considerato che il mero rispetto delle regole di settore costituisce un *prius* logico rispetto all'illecito consumeristico e non anche un'esimente; *v*) la verifica della rigidità o meno della regolamentazione di settore, e quindi dell'esigibilità del rispetto delle disposizioni del codice del consumo, doveva essere condotta caso per caso, e, quindi, scrutinando le singole censure.

5.2. Fastweb ha dedotto l'erroneità della sentenza osservando che: *i*) alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia, doveva tenersi conto del contrasto tra normativa a tutela del consumatore e normativa settoriale; *ii*) nel caso di specie, la disciplina in materia di recesso del consumatore contrastava con le regole in tema di procedure di migrazione e portabilità o, comunque, imponevano di ricercare un punto di mediazione tra i due plessi normativi; *iii*) la normativa di settore richiamata per l'ipotesi di recesso nel settore delle comunicazioni elettroniche poneva oneri informativi diversi e non compatibili con quelli individuati dal D.Lgs. n. 206/2005, e andavano, altresì, considerati gli obblighi imposti per assicurare la continuità del servizio, illustrati anche nel parere dell'A.G.Com.; *iv*) l'adempimento di tali obblighi avrebbe dovuto comportare il riconoscimento da parte del Giudice dell'operatività delle regole di cui agli articoli 3 e 4 della L. n. 689/1981, che escludono l'imputazione di responsabilità al soggetto agente dell'adempimento di doveri.

5.3. Osserva il Collegio come il motivo rechi, in sostanza, due diversi ordini di censure: *i)* il primo, relativo all'incompetenza dell'A.G.C.M.; *ii)* il secondo, relativo alla conformità delle condotte alla regolazione di settore, che sarebbe stato testimoniata anche dal parere espresso dall'A.G.Com. Si tratta di due aspetti differenti, afferendo il primo alla sussistenza del potere e il secondo alla correttezza dell'atto di esercizio. Per tale ragione il Collegio ritiene di operare una trattazione differenziata, affrontando in questo segmento della sentenza la prima questione e, nella disamina dei motivi relativi alle varie condotte, la seconda.

5.4. In relazione al tema della competenza deve confermarsi la pronuncia di primo grado non essendo revocabile in dubbio la sussistenza del potere dell'A.G.C.M. di accertare e sanzionare condotte che sono state ritenute contrarie alla disciplina consumeristica. Come esposto dalla Sezione, all'esito di una ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale sul punto, i rapporti tra i poteri di accertamento dell'A.G.C.M. e delle Autorità di settore devono ricostruirsi in termini di complementarietà, abilitando, quindi, l'intervento dell'A.G.C.M. nei casi – come quello di specie – ove sia affermato (fondatamente o meno è questione di merito) un contrasto con la disciplina dettata dal Codice del Consumo [Consiglio di Stato, Sez. VI, 10 luglio 2024, n. 6142, a cui si rinvia anche ai sensi della previsione di cui all'art. 88, comma 2, lett. *d)*, c.p.a.]. Sul punto, va, certamente, osservato come, in caso di condotte relative all'informazione e alla trasparenza delle clausole negoziali, il crinale tra il piano della tutela consumeristica e quello settoriale sia certamente sottile, in quanto – come osservato dalla dottrina - i problemi di apparente sovrapposizione dei settori sono ascrivibili a una sorta di “*ibridazione*” tra disciplina della concorrenza e regolazione settoriale, dovuta al progressivo avvicinamento fra discipline e relativi strumenti di *enforcement*, specie in relazione alla materia contrattuale. Tuttavia, la completezza dell'informazione e la chiarezza delle condizioni contrattuali imposte dalla disciplina possono, in

alcuni casi, rilevare ai soli fini dell'applicazione della normativa settoriale, ma, in altri casi, ben possono trascinare in una pratica commerciale scorretta, ove si accerti la sussistenza degli specifici presupposti previsti dalla normativa generale (v., sul punto, Consiglio di Stato, Sez. V, 19 marzo 2024, n. 2683; Id., 26 marzo 2024, n. 2858: v., altresì, Consiglio di Stato, Sez. VI, 6 marzo 2024, n. 2203; Id., 6 marzo 2024, n. 2212). Del resto, in termini speculari all'ipotesi in esame, la Sezione ha evidenziato come le tutele offerte dal complessivo quadro di derivazione unionale operano, piuttosto, in modo congiunto, e possibili contrasti non sono risolvibili escludendo *a priori* la competenza dell'Autorità settoriale, o, nel caso di specie, dell'A.G.C.M. (Consiglio di Stato, Sez. VI, 10 luglio 2024, n. 6142).

5.5. In ragione di quanto esposto, il primo motivo deve essere respinto in relazione alle censure esaminate.

6. Con il secondo motivo ha dedotto l'erroneità della sentenza di primo grado nella parte in cui ha respinto l'originario terzo motivo del ricorso introduttivo del giudizio, relativo all'impossibilità di considerare contratti stipulati fuori dai locali commerciali quelli sottoscritti presso gli stand ubicati nei centri commerciali o in strutture simili.

6.1. Il T.A.R. ha respinto la censura osservando che: *i*) era condivisibile la valutazione dell'Autorità atteso che i luoghi indicati non si caratterizzavano per la loro destinazione permanente o abituale all'attività di vendita; *ii*) era irrilevante la giurisprudenza indicava dalla parte in quanto relativa al previgente sistema normativo e, comunque, ad una ipotesi non sovrapponibile a quella in esame; *iii*) nei dépliant forniti dalla stessa Società gli stand di vendita erano assimilati alle contrattazioni degli agenti porta a porta ovvero alle ipotesi di contratti a distanza.

6.2. La Società ha contestato la decisione di primo grado evidenziando come gli spazi in questione dovessero essere assimilati, per le loro

caratteristiche, ai locali commerciali e come non potessero avere rilievo le informazioni contenute in meri dépliant illustrativi.

6.3. Osserva il Collegio come il motivo non possa essere condiviso per la dirimente considerazione che la valutazione dell'A.G.C.M. è stata effettuata sulla base della documentazione predisposta per i contratti fuori dai locali commerciali. Non hanno, quindi, rilievo le questioni relative alle caratteristiche degli stand utilizzati da Fastweb (fra l'altro incentrate su elementi fattuali non univoci come la destinazione abituale alla vendita di stand presenti al di fuori della sede dell'impresa), atteso che la condotta è stata accertata con riferimento al diverso profilo inerente i contenuti della documentazione negoziale.

7. Con il terzo motivo (nella rubrica indicato come "IV") Fastweb ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha escluso (respingendo il quarto motivo del ricorso introduttivo del giudizio) un contrasto tra la previsione di cui all'art. 49, comma 1, lett. l), del D.Lgs. n. 206/2005 e la disciplina di settore, e ha ritenuto sussistenti le condotte ritenute illecite da parte dell'A.G.C.M.

7.1. Sul punto – con il quale torna in evidenza il rapporto fra disciplina di settore e disciplina consumeristica, ma, questa volta, nel merito - si osserva come il Giudice di primo grado abbia respinto le censure osservando che: *i*) quanto al merito dell'omissione informativa contestata, non emergeva il conflitto tra le regole del settore delle comunicazioni e la disciplina consumeristica; *ii*) al contrario, l'art. 70 del codice delle comunicazioni elettronica si integrava con la disposizione di cui all'art. 49, comma 1, lett. l), del D.Lgs. n. 206/2005, trattandosi di un mero obbligo informativo che poteva essere facilmente fornito al consumatore e, in relazione al quale, non parevano sussistere ostacoli di natura tecnologica.

7.2. Fastweb ha dedotto l'erroneità della sentenza, evidenziando la conformità della condotta alle disposizioni di riferimento e insistendo sul preteso conflitto tra la regola ritenuta violata dall'A.G.C.M. e la disciplina

di settore. In ultimo, Fastweb ha prospettato una questione da sottoporre alla Corte di Giustizia dell'Unione europea.

7.3. Partendo dal dato normativo si osserva come l'A.G.C.M. abbia ritenuto violata la previsione di cui all'art. 49, comma 1, lett. l), del D.Lgs. n. 206/2005, a mente della quale, *“prima che il consumatore sia vincolato da un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali o da una corrispondente offerta, il professionista fornisce al consumatore”*, in maniera chiara e comprensibile, l'informazione che, se il consumatore esercita il diritto di recesso dopo aver presentato una richiesta ai sensi dell'articolo 50, comma 3, o dell'articolo 51, comma 8, egli è responsabile del pagamento al professionista di costi ragionevoli, ai sensi dell'articolo 57, comma 3. La disposizione opera, quindi, nella fase precontrattuale e impone al professionista di fornire al consumatore, in modo chiaro e comprensibile, la sussistenza dell'obbligo di corrispondere costi ragionevoli, nel caso in cui lo stesso eserciti il diritto di recesso dopo aver presentato una richiesta di esecuzione del contratto nella pendenza del termine per l'esercizio del recesso *ex art. 50, comma 3, del D.Lgs. n. 206/2005* (per i contratti negoziati fuori dai locali commerciali) e *ex art. 51, comma 8, del medesimo articolato normativo* (per i contratti a distanza).

7.4. In primo luogo va evidenziato come tale disciplina – operando, come spiegato, nella fase precontrattuale – non si ponga in contrasto con alcuna disposizione di settore, atteso che, come rilevato dal Giudice di primo grado, si tratta di un obbligo informativo aggiuntivo a quelli già previsti dal Codice di settore, la cui esigibilità non è esclusa, quindi, dalla regola di cui all'art. 70 del Codice delle comunicazioni elettroniche, né da alcuna ragione di carattere tecnico. Del resto, anche gli obblighi informativi contenuti nelle delibere n. 519/15/CONS e n. 520/15/CONS si collocano nel solco della disposizione di cui all'art. 49 del D.Lgs. n. 206/2005, mirando – anch'esse – ad imporre indicazioni chiare e puntuali al consumatore.

7.5. Nel merito, si osserva come l'accertamento effettuato sul punto dall'A.G.C.M. abbia preso le mosse da due rilievi condivisibili sulla portata e sulle *rationes* su cui la disposizione riposa. L'A.G.C.M. ha, infatti, osservato: i) *“il dettato dell'articolo 49 comma 1, lettera l) Cod. Cons. [...], per un verso, richiede che il professionista comunichi, nella fase precontrattuale, il regime dei costi praticati qualora il consumatore eserciti il diritto di ripensamento in un regime di anticipazione dell'esecuzione del contratto durante la pendenza del termine di cui all'articolo 52, Cod. Cons.; per altro verso, la norma presuppone che l'informativa assolva al compito di rendere consapevole il consumatore anche in merito alla circostanza che eventuali costi sono dovuti solo nel caso in cui l'anticipazione dell'esecuzione del contratto durante la pendenza del periodo di recesso contemplata dall'articolo 51, comma 8, Cod. Cons. (e dall'articolo 50, comma 3 Cod. Cons.) sia stata espressamente richiesta dal consumatore”*; ii) tale obbligo informativo *“grava sul professionista oltre che in ragione della posizione di vantaggio di cui quest'ultimo gode rispetto all'altro contraente, anche in considerazione del fatto che la procedura di conclusione del contratto via web analogamente alla procedura di conclusione del contratto fuori dei locali commerciali sono predefinite unilateralmente dal professionista”* (parr. 63 e 64 del provvedimento).

7.6. Declinando tali principi al caso di specie, l'A.G.C.M. ha ritenuto che Fastweb non avesse, in alcun modo, fornito tale informativa al consumatore nel periodo dal 14.6.2014 alla fine del mese di aprile del 2016 (par. 60 del provvedimento). Inoltre, secondo l'Autorità, nel periodo dal maggio 2016 alla data dell'accertamento, Fastweb non aveva chiarito che eventuali costi sarebbero stati dovuti solo in presenza di una *“richiesta esplicita”* di attivazione immediata del servizio e *“sino al momento in cui il consumatore ha informato il professionista dell'esercizio del diritto di recesso”*.

7.7. La contestazione dell'A.G.C.M. impone una verifica fattuale sull'informazione resa da Fastweb in relazione alle varie tipologie di contratto e con riferimento ai vari periodi temporali presi in considerazione.

7.8. Partendo dall'informativa resa dal 14.6.2014 alla fine del mese di aprile 2016 nel caso di contratto a distanza *online* e contratti negoziati fuori dai locali commerciali, il Collegio osserva come non fosse presente alcuna informativa sugli eventuali costi da sostenere in caso di esercizio del diritto del recesso dopo la richiesta di esecuzione immediata del servizio.

7.9. Fastweb ha contestato tale accertamento osservando che: i) l'art. 49, comma 1, lett. l), del Codice del Consumo non imponeva gli obblighi informativi, richiedendo al professionista di informare il consumatore che *“se esercita il diritto di recesso dopo aver richiesto l'immediata esecuzione, egli è responsabile del pagamento al professionista di costi ragionevoli ai sensi dell'art. 57, comma 3”*; tali costi *“ragionevoli”*, proprio in quanto tali non erano suscettibili di una esatta preventiva quantificazione; ii) in relazione a tutti i contratti *“stipulati e per poter rispettare gli stringenti vincoli temporali imposti dalla disciplina di settore, Fastweb si premurava sempre di ottenere (per iscritto o mediante check call) la manifestazione della volontà dell'utente di esecuzione immediata dei servizi”*; iii) per tale ragione, *“qualunque informazione sui costi del recesso era riferita ai costi in cui l'utente sarebbe incorso dopo aver richiesto l'esecuzione immediata del contratto”*; iv) l'A.G.C.M. aveva considerato soltanto *“il testo delle condizioni generali di contratto”*, ma era stata offerta *“una specifica informativa sul punto all'utente anche nella proposta di acquisto che egli riceveva nell'ambito di una comunicazione mail trasmessa da Fastweb subito dopo la richiesta di fornitura, per tutti i canali di vendita”* e prima che il contratto fosse stato concluso; v) a questo si doveva aggiungere *“l'eshaustività delle condizioni generali vigenti sino*

all'aprile 2014, ove il cliente era reso perfettamente edotto dei costi da sopportare".

7.10. Osserva il Collegio che: *i) la regola di cui all'art. 49, comma 1, lett. l), del D.Lgs. n. 206/2005 esige, proprio, un'informazione preventiva sui costi, la cui quantificazione preventiva ben può essere determinata dal professionista, che, in assenza, può, comunque, far riferimento ai "costi ragionevoli" proprio per assolvere l'obbligo di informazione; ii) la questione relativa all'acquisizione di una richiesta espressa attiene all'attivazione dell'apposita clausola e non al diverso profilo relativo all'informativa sui costi da sostenere in caso di successivo esercizio del diritto di recesso; iii) la dedotta sussistenza di ulteriori informative difetta di puntuali indicazioni e riferimenti a quali sarebbero stati gli specifici documenti in questione, non indicati nel punto esaminato; iv) la dedotta esaustività delle condizioni generali di contratto in epoca antecedente al 14.6.2014 non è rilevante, non trattandosi del periodo oggetto dell'accertamento dell'A.G.C.M.*

7.11. Nel periodo successivo all'aprile del 2016 la Società ha modificato le condizioni generali di contratto prevedendo: *"Fermo restando quanto sopra previsto, qualora il Contratto Fastweb sia stato stipulato fuori dei locali commerciali in presenza di un funzionario di vendita Fastweb o nel caso in cui il Contratto sia stato stipulato a distanza, il Cliente potrà altresì recedere entro 14 (quattordici) giorni dalla conclusione del Contratto mediante registrazione vocale tramite Customer Care, apposito modulo reperibile sul sito www.fastweb.it nella sezione modulistica o altra comunicazione da inviare a Fastweb all'indirizzo di cui all'articolo 10.3 con eventuale addebito pro quota dei costi del Servizio e/o di consumi che non rientrano negli Importi Mensili".*

7.12. Tuttavia, tale comunicazione non costituisce una chiara informazione sui costi da sostenere nella specifica ipotesi regolata dalla disciplina in esame, che è quella relativa all'esercizio del diritto di recesso dopo la

richiesta di attivazione immediata del servizio. Al contrario, la formula utilizzata è, del tutto, generica e, come tale, non può ritenersi informativa rispondente a quanto previsto dall'art. 49, comma 1, lett. l), del D.Lgs. n. 206/2005. Inoltre, anche per tale condotta valgono i rilievi di cui al punto 7.11 della presente sentenza a cui si rinvia.

7.13. In ragione di quanto esposto l'accertamento dell'A.G.C.M. deve ritenersi in *parte qua* esente dai vizi dedotti.

7.14. La Società ha chiesto, inoltre, al Collegio di sottoporre alla Corte di Giustizia la seguente questione pregiudiziale: *“Se l'art. 57, comma 3, del Codice del Consumo (“Qualora un consumatore eserciti il diritto di recesso dopo aver presentato una richiesta in conformità dell'articolo 50, comma 3, o dell'articolo 51, comma 8, il consumatore versa al professionista un importo proporzionale a quanto è stato fornito fino al momento in cui il consumatore ha informato il professionista dell'esercizio del diritto di recesso, rispetto a tutte le prestazioni previste dal contratto”, con particolare riferimento al limite temporale ivi indicato “(fino al momento in cui il consumatore ha informato il professionista dell'esercizio del diritto di recesso) possa trovare applicazione al settore delle comunicazioni ove, per l'ipotesi di migrazione e/o portabilità si stabiliscono tempistiche così stringate da rendere impossibile non avviare esecuzione durante il periodo di ripensamento (art. 80 e 89 CCE)”*.

7.14.1. La questione – prospettata in calce ad un motivo relativo alla violazione A) – è irrilevante per la dirimente considerazione che, in relazione alla condotta esaminata, non vengono in rilievo i costi di cui all'art. 57, comma 3, del D.Lgs. n. 206/2005 (legittimamente addebitabili per la disciplina di settore nel caso di ripensamento), ma, al contrario, gli obblighi informativi di carattere pre-negoziale, che non sono stati assolti nel caso di specie. Occorre osservare come, nonostante le indubbie interrelazione tra le violazioni contestate, le stesse non debbono essere, tuttavia, sovrapposte, tenendo conto, altresì, che si tratta di profili che

assumono rilievo in relazione a piani o fasi distinte del contratto: *i)* l'informativa di cui all'art. 49 del D.Lgs. n. 206/2005 opera, infatti, in fase pre-contrattuale; *ii)* le regole di cui agli artt. 50, comma 3, e 51, comma 8, riguardano la formazione del consenso all'inserzione di una clausola aggiuntiva del contratto, che consenta la sua esecuzione in pendenza del termine per l'esercizio del recesso; *iii)* l'art. 57, commi 3 e 4, riguarda, invece, i costi da sostenere per un periodo nel quale il contratto (già stipulato) ha già avuto esecuzione. Di conseguenza, la questione prospettata – incidendo sui costi relativi ad un contratto che ha già avuto esecuzione – non può ritenersi rilevante in relazione alla condotta relativa alla fase pre-contrattuale.

8. Con il quarto motivo di ricorso in appello (rubricato, erroneamente, “V”) Fastweb ha dedotto l'erroneità della sentenza di primo grado nella parte in cui ha respinto i motivi V-VIII del ricorso introduttivo del giudizio, relativo alla violazione B).

8.1. Sul punto il T.A.R. ha affermato che: *i)* nel caso di contratti stipulati online la procedura di acquisto si concludeva con il *click* da parte del consumatore sul pulsante «*conferma*» presente nella pagina di «*riepilogo*», successivamente alla compilazione di tre pagine denominate «*dati personali*», «*dati di pagamento*» e «*riepilogo*»; *ii)* nel caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali veniva utilizzato un modulo che prevedeva la formulazione di una proposta sottoscritta dal consumatore e rivolta al professionista secondo lo schema della c.d. inversione dei ruoli; una volta firmata e completa di tutti i dati, la proposta veniva, quindi, inserita nei sistemi gestionali dell'impresa entro il giorno successivo alla sottoscrizione; *iii)* in ambedue i casi il consumatore riceveva istantaneamente una e-mail contenente la proposta di abbonamento, l'informativa privacy, la carta dei servizi e le condizioni generali di contratto; a distanza di due ore veniva recapitata una seconda e-mail di benvenuto con i vari passaggi di “*provisioning*” (ossia le procedure atte a

rendere operativa l'infrastruttura telefonica) e un sms con le credenziali per accedere all'area riservata da cui controllare il processo di attivazione; iv) entro i tre giorni successivi al momento in cui il consumatore cliccava sul pulsante «*conferma*» (ovvero dopo l'inserimento a sistema dei dati contenuti nel modulo sottoscritto), l'utente riceveva una chiamata (non registrata) volta a verificare la bontà dei dati comunicati ed a fissare un appuntamento con un tecnico; al termine della telefonata veniva dato avvio, sia nel caso di nuova attivazione sia di migrazione da altro operatore, alle procedure di *provisioning*; v) dalle risultanze istruttorie emergeva che, nel caso dei contratti di telefonia fissa voce e/o dati conclusi a distanza via web o fuori dei locali commerciali, la società procedeva ad avviare il processo di attivazione del servizio ovvero il processo di migrazione da altro operatore entro quattro/cinque giorni dalla data in cui il servizio veniva richiesto; vi) con particolare riferimento all'ipotesi di migrazione, l'operazione era strutturata in varie fasi e, in particolare, il nuovo operatore raccoglieva la richiesta da parte dell'utente finale, poi inoltrava (entro un giorno) la richiesta di portabilità al precedente fornitore, il quale a sua volta doveva (entro un breve termine) rendere disponibile l'utenza al nuovo operatore; vii) l'A.G.Com. aveva chiarito che, in caso di recesso nelle prime fasi del processo di migrazione il processo veniva interrotto, mentre nell'ultima fase era impossibile procedere all'interruzione e, pertanto, era necessario completare il percorso per far poi, eventualmente, rientrare l'utenza nel precedente servizio; viii) nel caso di specie, l'esecuzione del contratto era avvenuta immediatamente ma senza una richiesta espressa da parte del cliente; ix) in particolare, nei contratti conclusi tramite il sito web la pagina di riepilogo aveva previsto un box già selezionato con la dicitura «*autorizzo Fastweb a procedere subito con l'esecuzione del contratto*»: pur essendo possibile la de-selezione da parte del consumatore, la società procedeva in ogni caso ad anticipare l'esecuzione del contratto durante la pendenza del diritto di

recesso; x) nel caso dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali, il modulo che veniva fatto sottoscrivere al cliente conteneva un box vuoto accanto alla seguente affermazione *«ai sensi del Codice del Consumo il cliente richiede a Fastweb di procedere con l'esecuzione immediata del contratto»* che, secondo le dichiarazioni di Fastweb, il cliente era tenuto a selezionare pena la mancata conclusione del contratto.

8.2. Fastweb ha dedotto l'erroneità del capo di sentenza osservando che: i) i contratti avevano rimesso al cliente la scelta di attivare immediatamente l'esecuzione, come evidenziato nell'audizione e nelle istruzioni interne diramate al personale dei call center; ii) nei contratti conclusi fuori dai locali commerciali, il supporto durevole era rappresentato dalla proposta di acquisto, ove il consumatore era chiamato a scegliere l'opzione *“ai sensi del codice del consumo il cliente richiede a Fastweb di procedere con l'esecuzione immediata del contratto”*, contrassegnando la relativa casella, mentre nei contratti a distanza la richiesta esplicita era integrata dalla combinazione del modulo pre-flaggato e dell'assenso acquisito con la successiva *check call* non registrata; iii) l'attivazione immediata era, comunque, imposta dalla regolazione di settore ed era una scelta imprenditoriale non sindacabile; iv) la disposizione di cui all'art. 52 del D.Lgs. n. 206/2005 consente alle parti di adempiere ai loro doveri contrattuali durante il periodo valevole per l'esercizio del diritto di recesso, senza richiedere formalità; v) l'avvio delle operazioni propedeutiche e preparatorie all'avvio del servizio è, comunque, indispensabile per poter rispettare i termini previsti dalla regolazione di settore. La Società ha, in ultimo, prospettato una questione pregiudiziale, chiedendo al Collegio di sottoporla alla Corte di Giustizia.

8.3. Osserva il Collegio come l'A.G.C.M. abbia ritenuto violate, nel caso di specie, le disposizioni di cui: i) all'art. 50, comma 3, del D.Lgs. n. 206/2005, (relativa ai contratti negoziali fuori dai locali commerciali) a mente del quale: *“Se un consumatore vuole che la prestazione dei servizi*

ovvero la fornitura di acqua, gas o elettricità, quando non sono messi in vendita in un volume limitato o in quantità determinata, o di teleriscaldamento inizi durante il periodo di recesso previsto all'articolo 52, comma 2, e il contratto impone al consumatore l'obbligo di pagare, il professionista esige che il consumatore ne faccia esplicita richiesta su un supporto durevole e chiede inoltre al consumatore di riconoscere che, una volta che il contratto sarà stato interamente eseguito dal professionista, il consumatore non avrà più il diritto di recesso”; ii) all’art. 51, comma 8, del D.Lgs. n. 206/2005 (relativa ai contratti a distanza), a mente della quale: “Se un consumatore vuole che la prestazione dei servizi ovvero la fornitura di acqua, gas o elettricità, quando non sono messi in vendita in un volume limitato o in quantità determinata, o di teleriscaldamento inizi durante il periodo di recesso previsto all'articolo 52, comma 2, e il contratto impone al consumatore l'obbligo di pagare, il professionista esige che il consumatore ne faccia richiesta esplicita e chiede inoltre al consumatore di riconoscere che, una volta che il contratto sarà stato interamente eseguito dal professionista, il consumatore non avrà più il diritto di recesso”.

8.4. Queste regole non si pongono in contrasto con la regolazione di settore o, comunque, con la normativa contenuta nel Codice delle comunicazioni elettroniche, atteso che la procedura di portabilità descritta dall’A.G.Com. non intacca, invero, sulle previsioni in esame che attengono al consenso del consumatore all’attivazione immediata del servizio e, quindi, ad un momento propriamente antecedente all’ambito di operatività della regolazione, che, inoltre, non impone alcuna attivazione immediata del contratto (v., anche, *infra*, punti 8.11 ss.).

8.5. La considerazione sopra esposta chiarisce, altresì, come l’aspetto centrale per verificare la fondatezza dell’impostazione dell’A.G.C.M. sia la verifica delle modalità di acquisizione del consenso all’esecuzione immediata del servizio, e, in particolare, la sussistenza di una richiesta espressa da parte del consumatore.

8.6. Sul punto l'A.G.C.M. ha preso le mosse dall'esatta premessa secondo la quale le disposizioni contengono espressioni inequivocabilmente riferite alla volontà del consumatore (*"se il consumatore vuole"*) e alla sua iniziativa (*"il professionista esige che il consumatore ne faccia richiesta esplicita"*) (par. 71 del provvedimento). Va, però, evidenziato come le due disposizioni esigano che la volontà di esecuzione immediata del servizio discenda dal consumatore, ma non impongono alcuna formula rigida, limitandosi a richiedere, per l'appunto, che sia evidente la riferibilità della scelta al consumatore.

8.7. Tale notazione va declinata e, ulteriormente, specificata in relazione alle varie tipologie negoziali esaminate dall'Autorità.

8.8. Nel caso dei contratti a distanza conclusi tramite web la pagina di riepilogo conteneva in fondo alla sezione *"Informazioni per il consumatore"* la dicitura *"autorizzo fastweb a procedere subito con l'esecuzione del contratto"*, ma il relativo box era pre-flaggato.

8.8.1. Osserva il Collegio come una simile modalità non integri una richiesta espressa, atteso che il consenso all'apposizione della clausola di immediata esecuzione deve esprimersi mediante un'azione positiva del consumatore e non mediante una casella di spunta preselezionata dal professionista. Tale modalità non sostanzia, quindi, un comportamento attivo del consumatore che, con tale azione, esprime la propria richiesta. Sul punto, possono, quindi, mutuari le considerazioni espresse dalla Corte di Giustizia – che, seppur in un settore diverso, ha affermato come l'utilizzo di *"una casella di spunta preselezionata"* non può neppure ritenersi un consenso espresso del consumatore (C.G.U.E., 1.10.2019, causa C-673/17), e, quindi, neppure una *"richiesta"*, *nomen* che maggiormente evoca la necessità di un'azione positiva da parte del consumatore. Valgono, inoltre, i condivisibili richiami effettuati dall'A.G.C.M., la quale ha evidenziato che, rispetto alle corrispondenti disposizioni della Direttiva 2011/83/UE (articolo 7, paragrafo 3 e articolo 8

paragrafo 8) nelle linee Guida della Commissione Europea sulla Direttiva 2011/83/UE si legge: *“per analogia con le norme sui pagamenti supplementari di cui all’articolo 22 [attuato in Italia dall’articolo 65 Cod. Cons.] l’espressione “esplicita richiesta” va interpretata come un elemento dell’azione positiva del consumatore, come contrassegnare una casella sul sito web. L’utilizzo di una casella pre-contrassegnata o di una clausola in tal senso nelle condizioni generali non soddisfa questi obblighi”* (par. 80 del provvedimento).

8.8.2. In ultimo, l’assenza di una richiesta espressa non può ritenersi surrogata dalla successiva procedura di *check-call*. Sul punto, è dirimente considerare come il modello predisposto comporti la *“conferma”* di una richiesta, che, per le ragioni spiegate, non può ritenersi validamente espressa. In sostanza, il modello predisposto non può ritenersi conforme al modello richiesto dal Codice del consumo considerato che: *i)* nel primo momento difetta una richiesta espressa da parte del consumatore; *ii)* nella *check-call* si chiede di confermare una scelta che, come esposto, non può ritenersi una richiesta espressa del consumatore. Pertanto, simile meccanismo è, da un lato, strutturato sulla conferma di una richiesta invalidamente acquisita, e, dall’altro, è caratterizzato da una formulazione linguistica che non esprime, comunque, una cesura rispetto al consenso previamente espresso ma, al contrario, ne replica le caratteristiche, e, in particolare, non consente di ritenere integrata quell’azione attiva del consumatore, che, come spiegato, è necessaria per assicurare il rispetto delle previsioni esaminate.

8.9. Un discorso diverso vale per i contratti negoziati fuori dai locali commerciali, in relazione ai quali l’Autorità ha evidenziato quanto segue: *“nel caso dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali, il modulo che viene fatto sottoscrivere al cliente contiene nella sezione “sottoscrizione”, tra gli altri, un box vuoto accanto alla seguente affermazione: “ai sensi del Codice del Consumo il cliente richiede a Fastweb di procedere con*

l'esecuzione immediata del contratto” che, secondo le dichiarazioni di Fastweb, il cliente è obbligato a selezionare pena la mancata conclusione del contratto” (par. 82 del provvedimento).

8.9.1. Osserva il Collegio come nell'ipotesi in esame vi era, invece, una richiesta espressa in quanto la scelta era rimessa alla volontà del consumatore, il quale poteva optare per l'accettazione della clausola o meno. Questa opzione è espressione della volontà negoziale del consumatore e, in quanto tale, può ritenersi idonea integrare una “*richiesta espressa*”, come imposto dalla normativa in esame. Inoltre, non è predicabile una sostanziale nullificazione della volontà del consumatore discendente dall'interruzione del processo di acquisto in caso di non mancata manifestazione della richiesta di esecuzione immediata del contratto.

8.9.2. Nella logica dell'A.G.C.M. simile modalità avrebbe costituito, in sostanza, una forma di coazione indiretta per il consumatore, il quale – vedendo sfumata la possibilità di acquisto – sarebbe stato, quindi, indotto a richiedere l'esecuzione immediata. Ma una simile tesi esprime un dato di fatto e non è immediatamente ricavabile dal solo dato giuridico; pertanto, tale prospettazione – per quanto, in astratto, non priva di una propria logicità – si sarebbe dovuta supportare su evidenze idonee a ritenere provata la sussistenza di un simile meccanismo di coazione indiretta. Evidenze che non sono state, tuttavia, fornite, limitandosi l'A.G.C.M. a trarre dal dato normativo un elemento in sé alieno allo stesso e asseribile solo dimostrando che, di fatto, una modalità come quella di specie, avrebbe determinato una forte coazione ad esprimere la richiesta anticipata, e, quindi, avrebbe privato di genuinità la volontà negoziale del consumatore.

8.9.3. Le considerazioni esposte conducono, quindi, a ritenere acquisita una richiesta espressa, con la conseguenza che – nel caso in esame – la conferma della check call era priva di rilievo, e, comunque, in modo

speculare a quanto prima osservato, poggiava su una manifestazione di consenso validamente manifestata.

8.10. In ragione di quanto esposto il motivo deve essere parzialmente accolto. In relazione alle condotte ritenute violative delle previsioni in esame, il Collegio precisa come l'affermazione di illiceità delle stesse non può escludersi evocando la libertà di impresa. Infatti, il Collegio non mette in discussione – diversamente da quanto ritenuto dall'A.G.C.M. – la scelta commerciale di Fastweb di consentire, in alcune ipotesi, solo la stipula dei contratti con esecuzione anticipata. Ciò che è, tuttavia, da considerarsi illecito è che, pur nell'ambito di una legittima scelta commerciale, non era, comunque, consentito obliterare all'obbligo di ottenere una richiesta espressa del consumatore, nei termini sopra indicati.

8.11. La considerazione da ultimo esposta rende, priva di rilievo la questione pregiudiziale prospettata da Fastweb [*“Se gli articoli 50, comma 3, e 51, comma 8, del Codice del Consumo, che prevedono che il professionista debba acquisire espressamente il consenso del consumatore all'immediato avvio del servizio, laddove siano ritenuti ostativi alla possibilità per il professionista di concludere contratti unicamente muniti della clausola di immediata esecuzione, siano compatibili con la disciplina richiamata nel quesito A sopra formulati che impongono al professionista di procedere senza indugio e senza interruzioni alla portabilità del numero”*].

8.11.1. Come esposto il Collegio non mette in discussione la possibilità per l'impresa di consentire la stipulazione di contratti a distanza o fuori dai locali commerciali solo in caso di attivazione del servizio nella pendenza del termine per l'esercizio del recesso. Di conseguenza non si configura l'ipotesi alla quale la parte ha condizionato la questione pregiudiziale (e, cioè, di ritenere le disposizioni ostative del Codice del Consumo ostative *“alla possibilità per il professionista di concludere contratti unicamente muniti della clausola di immediata esecuzione”*). In ogni caso, va ribadito

che, in relazione al quadro normativo vigente *ratione temporis* non si poteva ritenere illegittimo il rifiuto dell'impresa di stipulare contratti (a distanza o stipulati fuori dai locali commerciali) privi della clausola di immediata esecuzione.

8.11.2. Una strategia commerciale come quella adottata dalla Società rifletteva, plausibilmente, anche una ragione di carattere tecnico/commerciale facilmente intuibile, e, cioè, quella di avviare subito dopo la stipula del contratto le procedure di portabilità del numero (evitando, quindi, un disallineamento temporale tra stipula e procedura di portabilità), dando, altresì, in tal modo (e anche questo è ragionevolmente comprensibile) immediata soddisfazione al cliente che aveva scelto l'operatore ricorrendo a modalità di conclusioni del contratto (a distanza o fuori dai locali commerciali) ove, evidentemente, la “*tenuta*” del rapporto contrattuale era percepita come più flebile, e, di conseguenza, sul piano commerciale era preferibile fornire subito il servizio.

8.11.3. Se questa politica commerciale non poteva ritenersi vietata, neppure può, però, ritenersi che l'attivazione immediata del servizio fosse imposta dalla disciplina di settore. In sostanza, Fastweb legittimamente poteva riservare la fornitura del servizio negoziato a distanza o fuori locali commerciali alla modalità di vendita alla sua immediata attivazione, ma ciò, per l'appunto, per una decisione commerciale della Società e non anche – come prefigurato – in ragione di un obbligo, che è, invece, insussistente.

8.11.4. Infatti, la disciplina di settore evocata da Fastweb, nel regolare le procedure di migrazione e portabilità del numero, non ha inteso agire sul tema della raccolta del consenso del consumatore all'attivazione immediata del servizio (questione oggetto del motivo esaminato), ma ha regolato gli aspetti successivi all'acquisizione di tale consenso. In sostanza, la normativa del codice delle comunicazioni elettroniche e la regolazione dell'A.G.Com. hanno investito le procedure funzionali ad assicurare la

portabilità del numero e la continuità del servizio, mantenendo ferma la regola – dettata dal Codice del Consumo – di acquisire, comunque, un consenso espresso del consumatore all’attivazione anche nella pendenza del recesso.

8.11.5. Nel dettaglio, deve, infatti, osservarsi che: *i)* la regola di cui all’art. 80 del Codice delle comunicazioni elettroniche (nella versione vigente *ratione temporis*) aveva regolato i soli meccanismi di portabilità, senza, tuttavia, imporre l’immediata attivazione del contratto quale condizione necessaria per applicare tale normativa; *ii)* infatti, nel testo di tale disposizione non compare alcuna regola dal cui tenore possa ricavarsi la doverosità dell’attivazione immediata del servizio, e, del resto, Fastweb non ha neppure indicato quale fosse la specifica regola impositiva di tale obbligo; *iii)* l’obbligo di garantire la continuità del servizio e di non interrompere la migrazione non impone necessariamente l’attivazione immediata del servizio, ben potendosi attendere la scadenza del periodo entro il quale esercitare il recesso per dare poi avvio alla procedura di attivazione e, quindi, di portabilità del numero; *iv)* priva di rilievo è la disposizione di cui all’art. 89 del Codice delle comunicazioni elettroniche (nel testo vigente *ratione temporis*), evocata in modo del tutto generico da Fastweb senza alcun puntuale riferimento a supporto della tesi.

8.11.6. Nei termini esposti depone anche la regolazione dell’A.G.Com. relativa ai contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali, a cui ha fatto riferimento l’Autorità di settore nel proprio parere. Deve, infatti, osservarsi come l’A.G.Com. abbia regolato in *parte qua* gli obblighi informativi per i contratti conclusi a distanza o fuori dai locali commerciali (art. 4 dell’Allegato A alla delibera 519/2015/Cons). Questa regolamentazione si è limitata a prevedere che: “1. Gli operatori includono tra le informazioni da pubblicare ai sensi dell’articolo 71 del Codice quelle relative alle modalità di conclusione dei contratti a distanza, con specifico riferimento a quelli conclusi per telefono. 2. Nel caso di contratti

che comportano il trasferimento ad altro operatore conclusi a distanza o fuori dai locali commerciali, gli operatori, prima della conclusione del contratto, informano i consumatori della conseguente cessazione del rapporto con il precedente fornitore del servizio oggetto del trasferimento e della circostanza che l'eventuale esercizio del diritto di recedere ai sensi dell'articolo 52 del Codice del consumo non comporta il ripristino automatico di tale rapporto contrattuale". La regolazione si è, quindi, incentrata su aspetti specifici e, in particolare sulle conseguenze del recesso che presenta sicuramente profili di peculiarità nel settore delle comunicazioni elettroniche (v. anche, infra, nella disamina della violazione C). Queste regole non hanno, tuttavia, ritenuta imposta l'attivazione immediata del servizio al fine di consentire la continuità dello stesso e la portabilità del numero.

8.11.7. Al contrario, la regolamentazione ha prefigurato come una mera possibilità quella della richiesta di attivazione immediata, dando, quindi, per scontato che fosse possibile anche la non attivazione immediata. Ciò che rileva in questa sede è che il tema relativo al consenso del consumatore quale elemento scriminante per l'una o l'altra opzione sia stato mantenuto fermo, richiamando, espressamente, la disciplina del Codice del Consumo sul punto. Lo si evince dalla lettura delle valutazioni dell'A.G.Com. successive alla consultazione che ha poi condotto all'adozione della delibera in questione. Lo schema di provvedimento prevedeva quanto segue [art. 4, comma 2, lett. a) e b)]: *"2. In particolare, l'operatore fornisce adeguata informativa relativamente alle eventuali modifiche o restrizioni del servizio di natura tecnica o economica che possano derivare dalla conclusione del contratto, chiarendo, in caso di passaggio tra operatori: a) che la conclusione della procedura di passaggio comporta la cessazione definitiva del rapporto con il precedente fornitore del servizio; b) per i contratti conclusi con i consumatori, che se l'interessato ne autorizza l'esecuzione prima della scadenza del termine*

per esercitare il diritto di recesso, di cui all'articolo 52 del Codice del Consumo, il successivo esercizio di tale diritto potrebbe comportare la necessità di stipulare un nuovo contratto, non essendo garantito il ripristino automatico della situazione contrattuale precedente". L'Autorità ha spiegato di aver unificato le due previsioni, non essendovi ragioni per distinguere tra utenti e consumatori e ha poi preso posizione in ordine ad un'osservazione di un'associazione di consumatore che aveva evidenziato *"perplessità circa il rischio insito nella possibilità di far accettare al cliente l'attivazione immediata, con relativi costi"* (f. 15 della sintesi delle consultazioni). Su tale aspetto, l'A.G.Com. ha evidenziato come tali osservazioni fossero *"astrattamente condivisibili"* ma non potevano essere accolte *"in quanto entrambe atten[evano] a profili già oggetto di disciplina specifica da parte del Codice del consumo (art. 51, commi 5 e 8)"*. Il passaggio è di particolare rilievo in quanto disvela come la stessa Autorità di settore, lungi dal ritenere l'attivazione immediata obbligatoria, nutrisse, persino, delle perplessità su tale meccanismo nei contratti a distanza e in quelli stipulati fuori dai locali commerciali, ma, al contempo, chiarisse come fossero aspetti regolati dal Codice del Consumo (evocando proprio l'art. 51, comma 8, del D.lgs. n. 206/2005, posto a fondamento del provvedimento dell'A.G.C.M.). Tale passaggio conferma, con chiarezza, l'assenza di un dovere di attivazione immediata (di cui non vi è, del resto, traccia nella regolazione citata da Fastweb), e, al contempo, come l'aspetto in trattazione – e, cioè, il tema della formazione del consenso all'attivazione immediata – fosse rimesso alla disciplina generale del Codice del Consumo, confermando, quindi, ulteriormente, la ricostruzione sin qui operata dal Collegio.

8.11.8. La normativa di settore e gli obblighi di portabilità e continuità del servizio non possono, quindi, intendersi come regole idonee ad obliterare lo specifico dovere dell'operatore di acquisire il consenso all'attivazione immediata del servizio da parte del consumatore. Nel caso di specie,

Fastweb non si è, invece, peritata di acquisire comunque lo spontaneo consenso del consumatore all'attivazione immediata, con conseguente illiceità della condotta posta in essere, seppur solo con riferimento alle tipologie contrattuali indicate dal Collegio.

8.12. In definitiva il motivo di ricorso in appello esaminato deve essere in parte accolto, con conseguente riforma in parte qua della sentenza di primo grado.

9. Con il quinto motivo di ricorso in appello (rubricato, erroneamente, "VI"), Fastweb ha censurato il capo di sentenza con il quale il T.A.R. ha respinto il nono motivo del ricorso introduttivo, relativo alla violazione C.

9.1. Sul punto, il T.A.R. ha osservato che l'addebito dei costi sostenuti nel periodo successivo alla comunicazione della volontà di recesso risultava illegittimo, essendo la conclusione contrattuale carente sia dell'idonea informazione al consumatore, sia dell'acquisizione dell'espressa volontà di anticipata esecuzione. Inoltre, secondo il T.A.R. la circostanza che il processo tecnico di migrazione, una volta giunto alla Fase III, fosse irreversibile non comportava la necessità di addebitare costi ulteriori a quelli sopportati dal professionista fino alla comunicazione del recesso. Secondo il T.A.R. le difese di Fastweb sarebbero state smentite dal parere dell'A.G.Com, che aveva riferito come gli operatori non avessero riscontrato alcuna difficoltà nel gestire le ipotesi di ripensamento, riuscendo ad avviare una migrazione inversa anche senza addebitare costi ai clienti.

9.2. Fastweb ha dedotto l'erroneità della pronuncia osservando come la previsione di cui all'art. 57, commi 3 e 4, del D.lgs. n. 206/2005 non potesse trovare applicazione nello specifico settore regolato dal Codice delle comunicazioni elettroniche, dovendosi tener conto degli obblighi di continuità del servizio e dei limiti tecnici del procedimento di reversibilità.

9.3. Osserva il Collegio come il T.A.R. abbia ritenuto esente da illegittimità l'accertamento dell'A.G.C.M. che, in *parte qua*, aveva ritenuto che

Fastweb avesse - *“in assenza dell’informativa di cui all’articolo 49, comma 1, lettera l), del Codice del Consumo e, comunque, in assenza della richiesta esplicita di cui all’articolo 51, comma 8, e/o all’articolo 50, comma 3, del Codice del Consumo”* – chiesto e/o addebitato al consumatore una serie di costi relativi *“ai costi del servizio o dei consumi che non rientrano negli importi mensili”*, ritenuti non dovuti e, comunque, superiori a quanto previsto dall’art. 57, comma 3, del Codice del Consumo, che consente l’imputazione di costi *“sino al momento in cui il consumatore ha informato il professionista dell’esercizio del diritto di recesso”*.

9.4. L’A.G.C.M. ha, quindi, ritenuto sussistenti nel caso di specie i presupposti per dare applicazione alle previsioni di cui all’art. 57, comma 3 (a mente della quale: *“Qualora un consumatore eserciti il diritto di recesso dopo aver presentato una richiesta in conformità dell’articolo 50, comma 3, o dell’articolo 51, comma 8, il consumatore versa al professionista un importo proporzionale a quanto è stato fornito fino al momento in cui il consumatore ha informato il professionista dell’esercizio del diritto di recesso, rispetto a tutte le prestazioni previste dal contratto. L’importo proporzionale che il consumatore deve pagare al professionista è calcolato sulla base del prezzo totale concordato nel contratto. Se detto prezzo totale è eccessivo, l’importo proporzionale è calcolato sulla base del valore di mercato di quanto è stato fornito”*) e 4 [a mente della quale il consumatore non sostiene alcun costo per *“la prestazione di servizi o la fornitura di acqua, gas o elettricità, quando non sono messi in vendita in un volume limitato o in quantità determinata, o di teleriscaldamento, in tutto o in parte, durante il periodo di recesso quando [...] il professionista ha omissso di fornire informazioni in conformità all’articolo 49, comma 1, lettere h) ed l) oppure [...] il consumatore non ha espressamente chiesto che la prestazione iniziasse durante il periodo di recesso in conformità all’articolo 50, comma 3, e dell’articolo 51, comma 8”*].

9.5. In sostanza, le disposizioni indicate impongono al consumatore di sostenere dei costi nel caso in cui abbia esercitato il recesso dopo aver chiesto l'attivazione immediata del servizio. Tali costi sono limitati ad un importo proporzionale a quanto fornito fino alla comunicazione di recesso e non sono, invece, dovuti se è mancata l'informativa relativa alla possibilità di dover sostenere tali costi o il servizio sia stato attivato senza una richiesta espressa.

9.6. Prendendo l'abbrivio dal dato di fatto si osserva come l'A.G.C.M. avesse ritenuto illegittimo l'addebito dei costi a consumo e nel caso delle offerte *flat* il pro-quota dei giorni di utilizzo del servizio relativi al traffico generato con Fastweb, maturati dall'esercizio del diritto di recesso fino al completamento della procedura di migrazione verso altro operatore o di cessazione della linea.

9.7. Il motivo articolato da Fastweb è fondato per due dirimenti rilievi.

9.8. La previsione ritenuta violata dall'A.G.C.M. riguarda la fase che ha inizio con la stipula del contratto (e l'inizio dell'esecuzione) e la comunicazione del recesso. La disposizione di cui all'art. 57, comma 3, del D.Lgs. n. 206/2005 riguarda, infatti, specificatamente tale fase che è, quindi, la fase di esecuzione del contratto e i costi ad essa connessi. Costi che, come esposto, non sono dovuti ove sia stata omessa l'informativa o si sia stata disposta l'attivazione del servizio in assenza di richiesta espressa. Ma questo esonero dei costi ha – come, evidenziato, dalla stessa Autorità – natura sostanzialmente sanzionatoria, non potendo trovare spiegazione su un piano squisitamente sinallagmatico. Ora, ritenere che questa sanzione possa operare in termini assoluti significa, però, estendere una regola che ha preso come punto di riferimento il momento di esecuzione del contratto ad un momento successivo, che, secondo la dottrina civilistica moderna, è, per l'appunto, la fase del post-contratto, e, cioè, la disciplina valevole per il momento successivo alla cessazione del vincolo negoziale, che, nel caso di specie, si determina con la comunicazione del recesso. In sostanza,

l'interpretazione e l'applicazione della disposizione effettuata dall'Autorità non ha tenuto conto che, in tal modo, si determinava un'estensione di una disposizione (peraltro con chiara finalità sanzionatoria) ad un altro e diverso momento, che è, per l'appunto, quello del post-contratto. Né una diversa conclusione può affermarsi evidenziando come la regola prevista da Fastweb fosse inserita nei documenti negoziali atteso che tale circostanza non trasforma una regola volta a regolare i rapporti nella fase del post-contratto in una regola che riguarda, invece, l'esecuzione del contratto stesso.

9.9. In ragione di quanto esposto, deve escludersi la sussistenza della violazione accertata dall'A.G.C.M.

9.10. In ogni caso, vi è un ulteriore aspetto che va, necessariamente, preso in considerazione. Deve, infatti, osservarsi come l'esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore intervenga nell'ambito di una procedura tecnica di migrazione, illustrata in modo analitico dall'A.G.Com. e dalla stessa regolata in modo puntuale. In particolare, occorre considerare come la disciplina di cui all'art. 80 del D.Lgs. 259/2003 (nel testo vigente *ratione temporis*) imponesse all'A.G.Com. di provvedere affinché tutti i contraenti con numeri appartenenti al piano nazionale di numerazione dei servizi di comunicazione elettronica che ne avessero fatto richiesta conservassero il proprio o i propri numeri indipendentemente dall'impresa fornitrice del servizio, e di stabilire il processo globale della portabilità del numero, tenendo conto delle disposizioni nazionali in materia di contratti, della fattibilità tecnica e della necessità di assicurare al contraente la continuità del servizio.

9.11. In forza della regolazione contenuta nella delibera 274/07/CONS (all'epoca vigente), l'Autorità aveva imposto agli operatori di procedere celermente a completare le procedure di portabilità e impedito all'operatore “recipient” di bloccare la procedura di portabilità, una volta avviata, o di disattivare la numerazione, sancendo espressamente che “[le] procedure di

passaggio tra operatori e migrazione tra servizi diversi garantiscono, per quanto tecnicamente possibile, il minimo disservizio per l'utente finale" (art. 20 delibera 274/07/CONS). Nel parere in atti A.G.Com. ha evidenziato che le procedure di portabilità sono soggette ad una disciplina tecnica e dettagliata che non sempre consente all'operatore "recipient" di bloccare il passaggio richiesto dal cliente ed il conseguente utilizzo dei servizi. In particolare, l'Autorità ha spiegato che: i) *"se il recipient riceve la comunicazione di ripensamento da parte del cliente nei primi giorni dall'avvio della procedura [tipicamente entro 5 giorni, tale è la durata della c.d. fase II], lo stesso blocca la procedura di passaggio"*; ii) se, invece, *"la comunicazione avviene dopo i suddetti 5 giorni, essendo stata già avviata la procedura tecnica" [c.d. fase III], "la procedura non è in genere interrompibile"*. In quest'ultima ipotesi gli operatori attendono il completamento della procedura e ne avviano una inversa, ripristinando la situazione iniziale. L'A.G.Com. ha, inoltre, spiegato che, ai sensi dell'art. 4, comma 3, della delibera n. 519/15/CONS, nel *"caso di contratti che comportano il trasferimento ad altro operatore conclusi a distanza o fuori dai locali commerciali, gli operatori, prima della conclusione del contratto, informano i consumatori della conseguente cessazione del rapporto con il precedente fornitore del servizio oggetto del trasferimento e della circostanza che l'eventuale esercizio del diritto di recedere ai sensi dell'articolo 52 del Codice del consumo non comporta il ripristino automatico di tale rapporto contrattuale"*.

9.12. Nello specifico settore in esame, il recesso successivo alla richiesta di esecuzione anticipata si interseca, quindi, con un procedimento tecnico finalizzato ad evitare che il consumatore resti privato del servizio. Questo procedimento varia a seconda del momento in cui interviene il recesso. Se questo viene comunicato in un momento in cui l'operazione tecnica è suscettibile di interruzione, l'operatore blocca il passaggio. Se, invece, viene comunicato in un momento successivo l'operatore attende il

completamento della procedura, non essendo più tecnicamente possibile procedere all'interruzione del procedimento e dovendosi, altresì, assicurare la fruizione del servizio. Ora, è in relazione a questa specifica situazione che Fastweb procede all'addebito dei costi parametrati al servizio usufruito dal consumatore. Non si tratta, quindi, di costi propriamente riferibili alla fase che intercorre tra l'esecuzione immediata del servizio e la comunicazione di recesso (regolata dalla previsione di cui all'art. 57, commi 3 e 4, del D.lgs. n. 205/2006), ma di costi relativi ad una fase successiva, nella quale la prestazione da parte del professionista è effettuata al fine di garantire la non interruzione del servizio e la relativa remunerazione non è che il *quantum* dovuto in considerazione di quanto fruito dal consumatore in questo segmento temporale.

9.13. I costi addebitati non possono, quindi, ricondursi al perimetro applicativo dell'art. 57, commi 3 e 4, del D.Lgs. n. 206/2005, trattandosi di costi propriamente successivi al recesso e dovuti in ragione di una prestazione sostanzialmente imposta all'operatore, a garanzia della continuità del servizio dello stesso consumatore.

9.14. Pertanto, a prescindere dalle questioni relative alle violazioni "A" e "B" accertate dell'Autorità (e, in parte, ritenute esenti da illegittimità dal Collegio), la violazione "C" deve, comunque, escludersi per le dirimenti considerazioni sin qui esposte.

9.15. Le considerazioni esposte esimono il Collegio dal sollevare le questioni pregiudiziali prospettate dall'appellante e che, come già spiegato, si riferiscono, in particolare, proprio a tale porzione dell'accertamento compiuto dall'A.G.C.M. Affermata la fondatezza delle censure per le ragioni spiegate, la sottoposizione delle questioni alla Corte di Giustizia risulta superflua.

10. Con il sesto motivo Fastweb ha dedotto l'erroneità del capo di sentenza che ha ritenuto esente dai vizi prospettati l'accertamento relativo alla violazione D.

10.1. Il Giudice di primo grado ha osservato che: *i)* la previsione contrattuale che imponeva una determinata forma per la comunicazione del recesso (segnatamente, invio di raccomandata A/R), si poneva in evidente contrasto con l'art. 54, commi 1 e 3 cod. cons. che facilita invece la possibilità di recedere anche per mezzo di moduli online; *ii)* era irrilevante l'enfasi riposta sulla distinzione tra revoca della proposta e recesso del consumatore, atteso che, nel caso di inversione dei ruoli (nei quali cioè il consumatore assume la veste di proponente), la revoca della proposta doveva assimilarsi ad un recesso e seguire la medesima disciplina alla luce di un'interpretazione sistematica dell'art. 55 cod. cons.; *iii)* l'accoglimento di proposte di recesso presentate con modalità differenti non costituiva esimente, atteso che assumeva rilievo unicamente il testo dei singoli contratti sottoscritti, con la conseguenza che non poteva considerarsi sufficiente ad integrare il contenuto normativo del contratto la descritta prassi commerciale, in ragione della sua mutevolezza ed incertezza.

10.2. Il T.A.R. ha, quindi, ritenuto privo di illegittimità l'accertamento compiuto dall'Autorità, la quale aveva osservato come Fastweb avesse proceduto ad acquisire una proposta vincolante rivolta dai consumatori, prevedendo nelle condizioni generali di contratto unicamente che la proposta potesse essere *revocata* in forma scritta tramite raccomandata A/R finché il contratto non si fosse concluso, senza informarli e senza consentire loro di esercitare sin da subito il diritto di ripensamento di cui all'articolo 52 del D.Lgs. n. 206/2005.

10.3. Fastweb ha dedotto l'erroneità della sentenza osservando che: *i)* la previsione di cui all'art. 54, comma 3, del D.Lgs. n. 206/2005 si limita a conferire una mera facoltà di compilare e inviare elettronicamente il modulo di recesso; *ii)* la Società aveva, comunque, consentito il recesso nel periodo intercorrente tra la proposta e la conclusione del contratto; *iii)* l'impiego della raccomandata era imposta dall'art. 17, comma 7, della Delibera 274/07CONS dell'A.G.Com.

10.4. Il motivo è infondato atteso, in primo luogo, che l'A.G.C.M. ha stigmatizzato il fatto che le condizioni generali di contratto avevano previsto solo la revoca della proposta e non anche il recesso previsto dal D.Lgs. n. 206/2005. In sostanza, nel procedimento di formazione del contratto previsto da Fastweb era il consumatore a formulare l'offerta al professionista e, prima dell'accettazione, era prevista solo la facoltà di revoca della proposta e non anche la possibilità di esercizio del recesso. In questo meccanismo non era, quindi, prevista la possibilità di recesso e la revoca poteva essere comunicata solo mediante raccomandata a/r. Il dato rilevante è, quindi, costituito dall'assenza nel documento negoziale della possibilità di recesso, trovando spazio solo la revoca che, tuttavia, ha gli specifici limiti di cui all'art. 1328 c.c. Non è corretto, quindi, il riferimento alla previsione di cui all'art. 54, comma 3, del D.Lgs. n. 206/2005 atteso che, nel caso di specie, non si tratta solo della possibilità di effettuare una comunicazione in via elettronica del recesso ma, al contrario, dell'impossibilità di comunicarlo, essendo prevista solo la comunicazione della revoca. Stesse considerazioni valgono per il richiamo alla previsione di cui all'art. 17, comma 7, della delibera 274/07/CONS dell'Autorità, la quale rinviava alla disposizione di cui all'art. 5, comma 3, dell'Allegato A alla delibera n. 665/06/CONS. Si tratta, infatti, di regole relative alla comunicazione del recesso, che – come spiegato – non è stato, però, previsto da Fastweb, con conseguente irrilevanza delle deduzioni.

10.5. La Società ha, poi, affermato di aver consentito, comunque, il recesso, ma – come, correttamente, evidenziato dal T.A.R. – il dato rilevante risiede nelle condizioni generali del contratto (che non prevedevano tale ipotesi) e non anche in una eventuale prassi negoziale diversa, che non è stata, comunque, compiutamente documentata.

11. Con il settimo motivo Fastweb ha dedotto l'erroneità del capo di sentenza con cui è stata ritenuta legittima la reiezione della proposta di impegni presentata. La Società ha esposto che la reiezione della proposta

sarebbe stata priva di reale motivazione, effettuata sulla base di una mera valutazione astratta, effettuata da un soggetto incompetente e viziata dall'omessa valutazione della conformità delle condotte alla regolazione di settore. Fastweb ha prospettato un'ulteriore questione pregiudiziale, chiedendo di rimettere alla Corte il seguente quesito: *“Si chiede di chiarire se è compatibile con l'ordinamento europeo, e segnatamente con l'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva 2005/29, una normativa nazionale, come quella contenuta nel Codice del Consumo, che consenta all'AGCM di sanzionare e di qualificare come particolarmente grave e/o manifestamente illecita e/o scorretta, tanto da giustificare la mancata considerazione degli impegni proposti ai sensi dell'art. 27, comma 7, del Codice del Consumo, una condotta conforme alla disciplina settoriale; si chiede quindi di chiarire se il concetto di prevalenza espresso nell'articolo 3 della direttiva 2005/29 debba essere inteso anche nel significato di considerare la presenza di una disciplina settoriale sovrapposta a quella consumeristica (se pur non in termini conflittuali nel senso indicato dalla Corte di Giustizia) quale circostanza attenuante nel corso del procedimento sanzionatorio e nella determinazione delle sanzioni a carico dei professionisti”*.

11.1. Il motivo è infondato.

11.2. Secondo la condivisibile giurisprudenza della Sezione la discrezionalità dell'A.G.C.M. nel valutare gli impegni risulta giustificata in ragione dell'esigenza di *“verificare in concreto quale sia lo strumento più efficace per garantire la tutela della parte contrattuale più debole e in particolare dei consumatori [...]”*. Se è vero, infatti, che gli impegni assunti dall'operatore possono essere in grado di ridurre od eliminare completamente gli effetti negativi della pratica scorretta è altrettanto innegabile che accanto a questo obiettivo l'Autorità persegue anche quello di scoraggiare per il futuro ogni tentativo di pratica scorretta. L'irrogazione della sanzione può essere, da questo punto di vista, più

efficace rispetto alla correzione di un comportamento inizialmente censurabile e solo per l'intervento dell'Autorità riportato nell'alveo della correttezza" (cfr.: Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 gennaio 2022, n. 203).

11.3. Nel caso di specie non si ravvisano i vizi dedotti dalla Società, tenuto conto che: *i)* la valutazione dell'A.G.C.M. non è stata apodittica ma ha tenuto conto della specifica gravità delle condotte, contrarie a diverse previsione del Codice del consumo, e relativa ad aspetti di peculiare importanza per la tutela del consumatore, come la chiarezza e completezza dell'informazione e l'esercizio del diritto di recesso; *ii)* la reiezione degli impegni è stata espressa dall'Autorità competente, come esposto in precedenza; *iii)* le fattispecie esaminate non si ponevano in contrasto con la normative di settore, come esposto nella presente sentenza e il solo aspetto della regolazione che non è stato, correttamente, esaminato è stato quello relativo ai costi per il momento successivo all'esercizio del recesso; *iv)* la gravità e natura delle infrazione era, quindi, tali da non potersi ritenere illegittima la decisione di respingere la proposta di impegni proseguendo nell'accertamento delle condotte.

11.4. Non sussistono i presupposti per investire la Corte di Giustizia della questione prospettata, anche in questo caso, e riassuntivamente su tutti i punti relativi alla richiesta rimessione, atteso che: *i)* in relazione alle violazioni A) e B) è già stato chiarito come le fattispecie non potessero ritenersi in contrasto con la normativa di settore; *ii)* la violazione C) è stata esclusa dal Collegio, e, quindi, in *parte qua* la questione è priva di concretezza; *iii)* in relazione alla condotta D non sono stati prospettati profili di contrasto con la disciplina unionale; *iv)* la sussistenza di un generale contrasto tra la normativa applicata e la regolazione di settore è stata, comunque, esclusa nella disamina del primo motivo di ricorso in appello [anche in conformità alla giurisprudenza unionale sui rapporti fra le Autorità; inoltre, si rammenta, sul punto, l'importanza che assumono le informazioni riguardo alle condizioni contrattuali fornite al consumatore

prima della conclusione del contratto (in senso conforme, v. sentenza del 7 settembre 2016, Deroo-Blanquart, C-310/15, punto 40 e giurisprudenza ivi citata); dall'altra parte, si ricordi la considerazione per la quale il prezzo deve essere necessariamente comunicato per consentire al consumatore medesimo di prendere una decisione commerciale il più consapevole possibile (*ex multis*, sentenza del 26 ottobre 2016, Canal Digital Danmark, C-611/14, punto 55 qui si tratta della trasparenza sui costi) ciò per l'esigenza di creare una “rete di sicurezza” ai sensi della direttiva 2005/29 per il conseguimento di un elevato livello di tutela del consumatore che, soprattutto in un settore ad alto tecnicismo come quello delle comunicazioni elettroniche, si trova in una posizione di inferiorità, acuita dalla notevole asimmetria tra le parti per quanto riguarda l'informazione e le competenze tecniche (v., in tal senso, sentenza del 16 aprile 2015, UPC Magyarorszá, C-388/13, punto 53), dovendosi ritenere sussistente il contrasto, non come una mera diversità di discipline, ma come «una divergenza che non può essere superata mediante una formula inclusiva che permetta la coesistenza di entrambe le realtà, senza che sia necessario snaturarle in quanto diverse»; sicché il contrasto in parola sussiste solo nei casi in cui previsioni normative, estranee alla direttiva del 2005, impongano ai professionisti obblighi incompatibili con quelli da essa stabiliti, di fatto impedendo l'integrazione o l'applicazione congiunta dell'una e delle altre cfr. Corte Giustizia Sentenza 13 settembre 2018, cause C-54/17 e C-55/17 Agcm c. Wind e Vodafone; sulla base di questi principi pacifici ritiene questo Giudice che la convivenza delle normative sia ben possibile].

12. Con l'ultimo motivo Fastweb ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha respinto il motivo con cui era stato richiesto, in subordine, di ridurre il *quantum* della sanzione. Sul punto il Giudice di primo grado ha ritenuto l'importo congruo in considerazione della dimensione economica del professionista e della sua importanza nel settore delle

telecomunicazioni, nonché della potenziale capacità di penetrazione della pratica, desumibile dalle modalità di diffusione della medesima.

12.1. Fastweb ha censurato il capo di sentenza osservando come il T.A.R. non avesse esaminato le plurime censure articolate, che ha, quindi, riproposto all'attenzione del Collegio.

12.2. Prima di esaminare le deduzioni di Fastweb occorre, comunque, evidenziare come il parziale accoglimento del motivo relativo alla violazione B) e l'integrale accoglimento del motivo relativo alla violazione C) comportino, in ogni caso, l'obbligo per l'A.G.C.M. di rivedere la sanzione irrogata per la prima violazione e di scomputare la sanzione corrispondente alla seconda e conseguentemente riproporzionando la sanzione. In particolare, per quanto riguarda la violazione B), l'Autorità dovrà, quindi, acquisire i dati relativi al numero di pratiche interessate rispetto alle quali non è stata riscontrata alcuna violazione da parte del Collegio, provvedendo, quindi, alla determinazione del nuovo importo.

12.3. Operata tale precisazione si osserva come Fastweb abbia lamentato l'omessa valutazione del limitato impatto sui consumatori delle condotte sanzionate. La censura è sul punto ben fondata atteso la sanzione amministrativa irrogata per violazione della disciplina a tutela dei consumatori deve, comunque, tener conto della effettiva importanza dell'eventuale danno cagionato (C.G.U.E., 16 aprile 2015, causa C-388/13).

12.4. Fastweb ha, altresì, evidenziato come non fosse stata valutata l'incertezza derivante dalla sovrapposizione tra la normativa del Codice del Consumo e la regolazione di settore, chiedendo al Collegio di sottoporre alla Corte di Giustizia un'ulteriore questione pregiudiziale (*“Si chiede di chiarire se è compatibile con l'ordinamento europeo, e segnatamente con l'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva 2005/29, una normativa nazionale, come quella contenuta nel Codice del Consumo, che consenta all'AGCM di sanzionare e di qualificare come particolarmente grave e/o*

manifestamente illecita e/o scorretta, tanto da giustificare la mancata considerazione degli impegni proposti ai sensi dell'art. 27, comma 7, del Codice del Consumo, una condotta conforme alla disciplina settoriale; si chiede quindi di chiarire se il concetto di prevalenza espresso nell'articolo 3 della direttiva 2005/29 debba essere inteso anche nel significato di considerare la presenza di una disciplina settoriale sovrapposta a quella consumeristica (se pur non in termini conflittuali nel senso indicato dalla Corte di Giustizia) quale circostanza attenuante nella determinazione delle sanzioni a carico dei professionisti").

12.4.1. La censura è infondata atteso che: i) il contratto tra la normativa contenuta nel Codice del consumo e quella di settore è stato escluso dal Collegio, con argomentazioni che possono richiamarsi anche per il punto in esame; ii) la Società costituisce uno degli operatori primari del settore e, pertanto, era in grado di rendersi conto – o, comunque, avrebbe dovuto farlo usando l'ordinaria diligenza – dei diversi piani di operatività delle regole dettate dal Codice del Consumo e di quelle contenute nella disciplina di settore; iii) la questione pregiudiziale è priva di rilevanza in quanto imperniata sulla sovrapposizione tra le discipline che è stata, invece, esclusa dal Collegio e che, come spiegato, ben avrebbe potuta essere colta dall'operatore, con esclusione della sussistenza di una possibile circostanza attenuante.

12.5. Fastweb ha dedotto, altresì, la disparità di trattamento rispetto a Telecom ma tale deduzione è stata contenuta in due proposizioni (f. 28, punto 4, del ricorso in appello), ove non sono stati indicati gli elementi di identità delle condotte, necessari per apprezzare l'eventuale ingiustizia nell'operato dell'Autorità.

12.6. Fastweb ha, altresì, dedotto, la necessità di dare applicazione al cumulo giuridico e non materiale delle sanzioni, osservando come le condotte non potevano ritenersi autonome.

12.6.1. Il motivo è infondato. Va osservato, in linea generale, come, ai sensi dell'art. 8 della L. n. 689/1981, il c.d. cumulo giuridico tra sanzioni opera nella sola ipotesi di concorso formale (omogeneo od eterogeneo) tra le violazioni contestate, ovvero per le sole ipotesi di violazioni plurime, ma commesse con un'unica azione od omissione; tale trattamento sanzionatorio non è, quindi, invocabile con riferimento alla (diversa) ipotesi di concorso materiale, ossia di concorso tra violazioni commesse con più azioni od omissioni, senza che possa, ancora, ritenersi applicabile a tale ultima ipotesi, in via analogica, la normativa dettata dall'art. 81 c.p., in tema di continuazione tra reati, sia perché la previsione di cui all'art. 8 della L. n. 689/1981 ne circoscrive l'applicazione alle sole violazioni in materia di previdenza ed assistenza (con conseguente evidenza dell'intento del legislatore di non estendere la disciplina del cumulo giuridico agli altri illeciti amministrativi), sia perché la differenza morfologica tra reato penale ed illecito amministrativo non consente che, attraverso un procedimento di integrazione analogica, le norme di favore previste in materia penale vengano estese alla materia degli illeciti amministrativi (v.: Consiglio di Stato, Sez. VI, 6 febbraio 2024, n. 1195). Nel caso di specie, le azioni illecite della Società sono state plurime e le violazioni accertate hanno avuto riguardo ad aspetti diversi e funzionalmente autonomi come l'informazione pre-negoziale, la richiesta di immediata attivazione (e, quindi, il momento di avvio del rapporto), l'entità dei costi in caso di recesso (e, quindi, la somma da corrispondere a rapporto esaurito), il meccanismo del recesso in caso di inversione dei ruoli.

12.7. Parimenti infondata è la deduzione relativa all'erronea applicazione della recidiva, avendo l'Autorità, correttamente, constatato la precedente commissione di una violazione della medesima indole, e, in particolare, nella violazione di altra regola posta a tutela del consumatore.

12.8. Deve, altresì, considerarsi infondata la deduzione con la quale si è lamentato il mancato riconoscimento di un'attenuante in ragione

dell'atteggiamento operativo dell'operatore, atteso che la presentazione di una proposta di impegni non è *ex se* ragione per ridurre la sanzione e tenuto conto che la collaborazione di Fastweb è stata, semplicemente, conforme alle regole previste in materia.

12.9. Non è, in ultimo, suscettibile di accoglimento la deduzione relativa alla presunta sproporzione della sanzione rispetto a quella indicata a Telecom atteso che gli importi non sono determinati solo in considerazione del fatturato e che, quindi, in difetto di puntuale allegazione degli aspetti principali relativi alla vicenda di Telecom non può affermarsi alcuna irragionevolezza nella misura della sanzione.

13. In definitiva, il ricorso in appello deve essere solo parzialmente accolto. In particolare: *i)* vanno respinti il primo e il secondo motivo; *ii)* va respinto il terzo motivo, relativo all'insussistenza dei presupposti della violazione A); *iii)* va, invece, parzialmente accolto il quarto motivo relativo alla violazione B), limitatamente ai contratti negoziati fuori dai locali commerciali; *iv)* va accolto il quinto motivo relativo alla violazione C); *v)* va respinto il sesto motivo relativo alla violazione D); *vi)* va parzialmente accolto il settimo motivo relativo al trattamento sanzionatorio, limitatamente alla valutazione di impatto delle condotte, che dovrà, quindi, essere valutata rideterminando le sanzioni per le violazioni A), B), e D).

14. Le questioni esaminate esauriscono la disamina dei motivi, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante; *cfr.*, *ex plurimis*, Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 settembre 2021, n. 6209; Id., 13 settembre 2022, n. 7949), con la conseguenza che gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

15. Le spese del doppio grado di giudizio possono essere compensate in considerazione della soccombenza reciproca delle parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte, e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza appellata, annulla il provvedimento impugnato nei sensi e nei limiti indicati in motivazione, e ordina all'Autorità di provvedere alla rideterminazione delle sanzioni per le violazioni A) e D), nel rispetto delle statuizioni contenute al punto 12.3 della motivazione, e per la sanzione B), nel rispetto delle statuizioni contenute ai punti 8.9-8.9.3 e al punto 12.3 della motivazione.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 febbraio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Giordano Lamberti, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere

Lorenzo Cordi', Consigliere, Estensore

Thomas Mathà, Consigliere

L'ESTENSORE

Lorenzo Cordi'

IL PRESIDENTE

Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO