

TAR LAZIO

29 MARZO 2010

PRESIDENTE: GIOVANNINI

ESTENSORE: MARTINO

PARTI WIND

TELECOMUNICAZIONI

S.P.A.

(avv.ti Perego,

Roberti, Serpone)

AUTORITÀ GARANTE

DELLA CONCORRENZA

E DEL MERCATO

(Avv. Stato)

Teleselling • Contratti di utenza a distanza

- Acquisizione di nuova clientela e attivazione di servizi di utenza telefonica non richiesta
- Pratica commerciale aggressiva
- Competenza dell'AGCM

Non vi è completa sovrapposizione tra le norme del Codice delle Comunicazioni elettroniche poste a tutela dei consumatori e quelle del Codice del Consumo, né correlativamente può configurarsi duplicazione di interventi a tutela del medesimo interesse pubblico per la diversità degli interessi pubblici primari affidati, rispettivamente alle cure delle due Autorità indipen-

denti, nonché per la diversità degli strumenti di intervento e di tutela. L'attività sanzionatoria svolta dall'AGCom, ai sensi degli artt. 70 e 98 del Codice delle Comunicazioni elettroniche, riguarda esclusivamente la violazione delle norme recate dal Codice stesso e delle relative delibere di attuazione, restando ad essa estranea la garanzia dell'applicazione di un distinto, ancorché complementare, impianto normativo, affidata all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Modello di consumatore medio • Principio di proporzionalità • Criteri

Il modello del consumatore medio appare sostanzialmente ispirato dal principio di proporzionalità in quanto idoneo ad operare un effettivo bilanciamento tra l'esigenza di libera circolazione delle merci e dei servizi e il diritto del consumatore a determinarsi consapevolmente in un mercato concorrenziale. Esso non può conseguire ad una valutazione condotta in termini meramente statistici o empirici, dovendo invece essere presi in considerazione fattori di ordine sociale,

culturale ed economico e di mercato nell'ambito del quale il consumatore si trova ad agire. Il richiamo al modello del consumatore medio, nel settore in esame, non esclude che adeguata tutela debba essere assicurata anche ai consumatori meno smalzati.

Illiceità della condotta • Presupposti • Idoneità a limitare considerevolmente la libertà di scelta del consumatore • Criteri

L'illiceità della condotta deve sempre essere messa in rapporto con la clausola generale contenuta nell'art. 24 Cod. Cons., cioè l'idoneità a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore. Nel caso di specie, l'uso del telefono per la promozione e l'attivazione di contratti può agevolmente prestarsi a forme di « pressione » psicologica nei confronti dei consumatori, di talché, se non vengono adottati stringenti strumenti di controllo nei confronti degli operatori, possono prodursi facilmente proprio quelle forme di « indebito condizionamento » che il Codice del Consumo ha inteso scongiurare.

1. La controversia in esame concerne il procedimento con cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha esaminato, al fine di verificare l'esistenza di pratiche commerciali scorrette, le condotte poste in essere dalla società Wind Telecomunicazioni S.p.A., odierna ricorrente, volte all'acquisizione di nuova clientela attraverso la conclusione di contratti di utenza a distanza a mezzo contatto telefonico e negoziati fuori dei locali commerciali a mezzo agenti/procacciatori.

Sulla base delle informazioni acquisite, ed alla luce delle segnalazioni pervenute da parte dei consumatori, in data 10 settembre 2008, veniva comunicato alla società l'avvio del procedimento, ai sensi dell'articolo 27, comma 3, del Codice del Consumo, nonché ai sensi dell'articolo 6 del Regolamento sulle procedure istruttorie deliberato dall'Autorità, « al fine di verificare l'esistenza di eventuali pratiche commerciali scorrette poste in essere dalla società WIND in violazione degli articoli 20, 21, 22, 24, 25 e 26, lettera f), del Codice del Consumo, così

come richiamati altresì dall'articolo 57, comma 2, del medesimo Codice ».

In particolare, nel provvedimento si contestava a Wind di avere:

— concluso contratti di utenza a distanza a mezzo contatto telefonico senza avere acquisito preventivamente l'inequivoca volontà dell'intestatario della linea di aderire all'offerta commerciale proposta;

— concluso contratti a distanza a mezzo contatto telefonico e negoziati fuori dei locali commerciali a mezzo agenti/procacciatori senza adottare tutte le garanzie necessarie al fine della prestazione di un consenso informato da parte dell'intestatario della linea, « essendo stata evidenziata, in alcune segnalazioni, una difformità tra le informazioni fornite verbalmente in sede di proposta contrattuale e quelle contenute nella documentazione negoziale scritta »;

— reso difficoltoso agli utenti ricevere « tempestivo riscontro da parte dell'operatore nelle ipotesi di contestazione relativa alla conclusione di contratti a distanza a mezzo contatto telefonico e negoziati fuori dei locali commerciali a mezzo di agenti/procacciatori ».

In tale quadro, l'Autorità formulava altresì una richiesta di informazioni al fine di acquisire elementi conoscitivi utili alla valutazione della sussistenza delle pratiche commerciali scorrette oggetto del procedimento.

In data 14 ottobre 2008, Wind presentava una prima memoria difensiva, così sintetizzata nel provvedimento impugnato:

— Wind conclude contratti a distanza, nel pieno rispetto della clientela, garantendo la raccolta del consenso libero ed informato, attraverso due canali di vendita: i) il canale *telesale* mediante agenti per conto di Wind, i quali attraverso strutture di *call center* sollecitano telefonicamente i consumatori raccogliendo il consenso all'attivazione del servizio per conto della Società (c.d. *outbound*); ii) il canale fisico c.d. *door to door*, mediante agenti che, operando per conto di Wind, raccolgono direttamente la firma del cliente sui moduli contrattuali debitamente predisposti presso il loro domicilio ovvero presso appositi stand installati in centri commerciali, mercati, ecc.;

— per quanto riguarda il canale *telesale*, la procedura prevede che i *teleseller*, dopo aver debitamente illustrato all'utente le caratteristiche e le condizioni economiche del servizio, sulla base delle informazioni contenute nelle istruzioni che periodicamente Wind distribuisce loro, acquisiscono l'esplicito consenso del titolare dell'utenza, o comunque del soggetto che può validamente disporne, all'attivazione tramite registrazione vocale della conversazione, secondo una traccia fornita dalla stessa Wind.

Alla memoria veniva allegata copia dello *script* di registrazione relativo alle modalità di conclusione del contratto da parte degli operatori dei *call-center*.

La società proseguiva evidenziando che:

— il comportamento di Wind nella fase genetica del rapporto contrattuale appare corretto se si considera che non solo attraverso i « propri » *call center* si preoccupa di registrare l'informato e inequivoco consenso dell'utente prima di inserire i dati a sistema per l'attivazione del servizio, ma prevede anche che il c.d. processo di *provisioning*, e cioè il processo di attivazione del servizio Wind/Infostrada, che rende irreversibile l'ordine di attivazione, venga avviato solo a valle di un doppio controllo: a) il primo del *teleseller* stesso per verificare l'effettiva inten-

zione d'acquisto del cliente; b) il secondo in *outsourcing* da una società indipendente che si occupa esclusivamente di tale attività. La richiesta di attivazione compare, infatti, sui sistemi in stato «prenotato» fintanto che l'ente preposto al controllo qualità, mediante un intervento manuale, avvii il processo di provisioning; l'ente indipendente preposto al controllo qualità, a partire dal 2005, procede al riascolto delle registrazioni vocali effettuate sul 100% dei clienti acquisiti, verificando, da un lato, la correttezza delle stesse, dall'altro, che l'ordine di attivazione inserito a sistema abbia ad oggetto proprio quei servizi, offerte o promozioni, che il cliente ha inteso acquistare manifestando il suo inequivoco consenso. La correttezza delle registrazioni, più in particolare, viene valutata in base alla conformità delle stesse con lo *script* di registrazione fornito da Wind, il cui rispetto garantisce l'acquisizione di un consenso libero ed informato. La registrazione, in definitiva, si considera valida solo se le domande fatte all'utente e le letture informative sono comunicate al cliente in modo preciso e completo e se le risposte del cliente sono altrettanto chiare e puntuali. Solo nel caso di esito positivo della verifica, viene dunque avviato immediatamente il *provisioning* in modo tale da rendere accessibile al cliente nel più breve tempo possibile il servizio richiesto. Nel caso in cui la registrazione non sia presente, non sia possibile ricostruire con chiarezza il suo contenuto ovvero si rilevi una incongruenza fra il servizio richiesto dal consumatore in occasione del contatto telefonico e quello di cui è stata richiesta l'attivazione a sistema, l'ente indipendente ricontatterà l'utente (c.d. *recall*) e solo a valle dell'esito positivo di questo contatto procederà all'avvio del *provisioning*;

— per la sola campagna LNA (Linea Non Attiva) teleselling non è prevista la registrazione vocale ma viene effettuata la recall sul 100% delle acquisizioni;

— per quanto riguarda la vendita tramite reti commerciali fisiche, l'agente si reca fisicamente al domicilio del cliente e/o in appositi stand installati presso centri commerciali, mercati, ecc, procedendo secondo le seguenti modalità: sulla base delle informazioni contenute nelle istruzioni di Wind, informa debitamente il consumatore circa le caratteristiche tecniche del servizio e le relative condizioni economiche; nel caso in cui il consumatore/utente abbia espresso la consapevole e chiara volontà di aderire all'offerta e di procedere all'attivazione del servizio, verifica che il proprio interlocutore sia il titolare della linea telefonica o soggetto che può liberamente disporre; raccoglie direttamente la firma del cliente su appositi moduli contrattuali predisposti preventivamente da Wind ed inviati alle sedi operative dell'Agenzia; inserisce la richiesta di attivazione del servizio in stato «prenotato»;

— anche per le vendite effettuate attraverso il canale fisico, Wind ha previsto un sistema di controllo qualità, attivo ormai dal 2004, che viene effettuato tramite un *call center* dedicato che ricontatta, effettuando la cd. recall, il 100% dei clienti acquisiti verificando: la correttezza della vendita; l'avvenuta firma del contratto; la corrispondenza tra quanto inserito sui sistemi e ciò che è stato venduto utilizzando uno script predisposto dalla stessa Wind. Il processo di *provisioning* viene avviato a valle del controllo qualità e cioè dopo che l'ente indipendente preposto a tale funzione abbia verificato l'acquisizione da parte dell'agente del consenso inequivoco ed informato espresso dall'utente,

ed in particolare la completa corrispondenza tra quanto da quest'ultimo richiesto in sede di negoziazione del contratto e quanto realmente da lui voluto;

— indipendentemente dal canale di vendita attraverso cui il nuovo cliente sia stato acquisito, la procedura di attivazione diviene irreversibile nel momento stesso in cui essa viene avviata;

— in caso di esito positivo della richiesta di disconoscimento del contratto (ipotesi in cui, in assenza di un'espressa dichiarazione di volontà, l'operatore abbia attivato per errore un servizio di telefonia effettivamente mai richiesto) viene avviata una serie di azioni volte al ripristino dello status quo ante. Wind procede, dunque, al blocco della fatturazione; allo storno delle eventuali fatture emesse; al rimborso delle eventuali spese di riallaccio alla rete Telecom Italia e, se del caso, a quelle relative alla sostituzione del modem. A differenza di ciò che accade in caso di richiesta di disconoscimento, Wind, in caso di recesso, non si fa carico dei costi di « riallaccio » alla rete di TI, che vengono invece sopportati dall'utente. Peraltro, se da un lato Wind non si accolla i costi derivanti da un ripensamento dell'utente, dall'altro non esige il rimborso del costo di disattivazione né dei costi di gestione della pratica;

Secondo la società, gli episodi denunciati nel caso di specie sono del tutto marginali ed isolati e pertanto inidonei a dare dimostrazione di un comportamento diffuso; il numero così esiguo di denunce dimostra peraltro che il consumatore effettivamente pregiudicato non rappresenta il cliente medio. Un'analisi accurata delle singole segnalazioni non può che condurre ad un univoco risultato: le pratiche asseritamente scorrette lungi dal costituire indice di un comportamento diffuso e generalizzato, rappresentano piuttosto un fenomeno fisiologico di un sistema complesso che tende progressivamente alla perfezione;

— Wind si è diligentemente adoperata nel corso degli ultimi anni per ridurre al minimo i casi di attivazione di servizi non richiesti dagli utenti, provvedendo, da un lato, ad adottare strumenti di natura contrattuale, quale ad esempio lo storno delle provvigioni per disincentivare gli agenti a estorcere il consenso del consumatore/utente, dall'altro, a introdurre controlli sempre più stringenti sulla correttezza degli ordini di attivazione acquisiti dagli agenti.

La società metteva altresì in risalto l'adozione spontanea di una serie di misure atte a rendere le proprie procedure di acquisizione di ordini dalla clientela sempre più attente e rispettose del consenso libero e informato prestato dal consumatore (tra le quali, la modifica degli *script* di registrazione in uso).

In data 6 novembre 2008 si teneva l'audizione della società, nel corso della quale la stessa forniva ulteriori precisazioni riguardanti il *teleselling* e le iniziative assunte per migliorare le direttive da impartire ai propri agenti.

In risposta ad una richiesta d'informazioni inoltrata in data 31 ottobre 2008, l'odierna ricorrente, in data 13 novembre 2008, forniva le seguenti precisazioni;

— quanto al *teleselling*, l'acquisizione del consenso tramite registrazione vocale è preceduta dall'illustrazione delle caratteristiche tecniche ed economiche del servizio proposto sulla base di appositi script (di vendita) ai quali l'operatore di *call center* si deve attenere. Terminata la proposta di vendita ha inizio la registrazione vocale del consenso che viene

fornito secondo lo *script* (di registrazione) predisposto da WIND (contenzualmente, veniva prodotto lo *script* applicato a partire dal 15 settembre 2008, dopo un processo interno di condivisione ed implementazione durato circa due mesi);

— a partire dal 5 dicembre 2008 WIND rappresentava l'intenzione di apportare ulteriori modifiche, riguardanti tanto il tema dell'espressa volontà del cliente di voler concludere un contratto quanto quello dei rapporti tra titolare e responsabile della linea;

— indicava le modalità di invio e contenuto della c.d. Welcome Letter nonché la tipologia della documentazione resa disponibile dall'agente;

— descriveva le modalità di attuazione dei controlli operati sulle registrazioni del consenso; si soffermava, altresì, sul perfezionato sistema di controllo, operativo dal marzo 2008, relativo alle vendite effettuate attraverso il canale fisico;

— precisava ancora che, per una propria autonoma scelta commerciale, aveva deciso di estendere il termine del recesso di cui all'articolo 64 del Codice del Consumo fino alla data del decimo giorno dall'attivazione dell'ultimo servizio richiesto, fissando il *dies a quo* non già dalla data della registrazione vocale del consenso (giorno della conclusione del contratto), ma dalla data di attivazione dell'ultimo servizio richiesto. Le richieste di recesso vengono gestite ed evase al massimo nell'arco temporale di 30 giorni salvo complicazioni tecniche.

In data 24 novembre 2008 veniva inoltrata un'ulteriore richiesta di informazioni alla società Wind, alla quale veniva dato riscontro in data 4 dicembre 2008, con allegazione dello *script* di registrazione vocale utilizzato dalla società dal mese di settembre 2007 ed in vigore fino al 15 settembre 2008.

Parte ricorrente forniva, inoltre, ulteriori chiarimenti in merito alla procedura di verifica affidata agli organi di controllo, producendo, altresì, la documentazione relativa ai rapporti negoziali intercorrenti tra Wind e l'ente indipendente deputato al controllo qualità.

Infine, con memoria in data 14 gennaio 2009, Wind offriva le proprie considerazioni conclusive, mettendo in particolare in evidenza l'inidoneità delle condotte censurate a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio.

Wind rappresentava altresì di essersi sempre diligentemente uniformata alla disciplina contenuta nella delibera 664/06/CONS. L'AGCOM, peraltro, si è più volte pronunciata nel senso di ritenere assolutamente conforme con la disciplina regolatoria il comportamento tenuto dalla Società nella conclusione dei contratti a distanza, sì da far insorgere in quest'ultima il convincimento di operare nel totale rispetto delle norme a tutela del consumatore/utente e soprattutto in linea con la diligenza media richiesta.

Wind sosteneva altresì la necessità di operare un corretto bilanciamento tra «la tutela del consumatore, da un lato, e la tutela della concorrenza, dall'altro», rappresentando, in particolare, che «rendere eccessivamente pesante il processo di acquisizione del consenso prestato via telefono» disincentiverebbe i consumatori a rivolgersi all'offerta commerciale di Wind, in un settore — quello delle telecomunicazioni — caratterizzato da un processo di liberalizzazione tuttora in corso, con possibili «effetti nefasti» tra cui il rafforzamento di posizioni dominanti con un'«inesorabile significativa riduzione del benessere dei consumatori».

Con specifico riguardo all'osservanza del parametro di diligenza richiesto, faceva altresì rilevare:

— che lo *script* di registrazione prevede che il *teleseller* chieda due volte conferma al consumatore circa la sua volontà di attivare immediatamente il servizio con Wind e che insista poi sul punto accertandosi, con un'ulteriore esplicita domanda, che l'utente voglia interrompere il rapporto in essere con l'attuale operatore. In più lo *script* espressamente prevede la seguente informativa: «*La informo che il processo di attivazione del servizio Infostrada, [...] verrà avviato immediatamente senza alcun costo di attivazione con questa registrazione*». In ogni caso, la Società ha ulteriormente modificato lo *script* di registrazione inserendo ora un'esplicita domanda volta ad accertare se il consumatore sia consapevole che con la registrazione sta prestando il proprio consenso alla conclusione di un contratto per la fornitura di servizi di telecomunicazione con conseguente immediato avvio delle procedure di attivazione del servizio Wind e disattivazione della linea precedente;

— per quanto riguarda la conclusione di un contratto da parte di un soggetto diverso dal titolare della linea, Wind ha imposto ai propri *call center* di chiedere conferma a tale soggetto, in fase di registrazione del consenso, della circostanza di essere stato delegato dall'intestatario a richiedere l'attivazione del servizio. La circostanza di consentire anche a colui che si dichiara responsabile della linea di concludere il contratto, risponde all'interesse dei consumatori che, pur non essendo titolari della linea, intendono accedere ad un servizio. Diversamente, si negherebbe al materiale fruitore della linea di accedere ad un servizio «essenziale», con inevitabile frustrazione del suo interesse commerciale a concludere un contratto. Con specifico riferimento, poi, all'ipotesi in cui il consenso per la conclusione di un contratto per la fornitura di servizi di telecomunicazione sia stato prestato dal coniuge del titolare della linea, in virtù delle norme civilistiche che attribuiscono disgiuntamente ad entrambi i coniugi il potere di compiere atti giuridici nell'interesse della famiglia, la richiesta di attivazione genera un'apparenza giuridica rilevante realizzando un legittimo affidamento dell'operatore circa la validità del contratto;

— a prescindere dal canale commerciale utilizzato per l'acquisizione di nuovi clienti, Wind si premura di informare adeguatamente il consumatore circa le condizioni tecniche ed economiche dell'offerta, sia in fase di vendita che in fase di acquisizione del consenso. Infatti, sia quando il professionista opera attraverso il canale *telesale* che quando si serve di agenti/procacciatori, comunica all'utente in maniera assolutamente chiara e completa le condizioni tecniche ed economiche dell'offerta. Più nello specifico, in caso di vendita via telefono, il *teleseller* deve attenersi sia allo *script* di vendita contenente l'illustrazione dettagliata delle condizioni delle offerte che l'operatore propone in vendita al cliente, sia allo *script* di registrazione ove si prevede, ai fini della registrazione stessa, che vengano illustrate nuovamente al cliente, questa volta in forma sintetica ma completa, le caratteristiche dell'offerta commerciale proposta. Allo stesso modo, anche quando il nuovo cliente viene acquisito attraverso il canale fisico il consenso viene raccolto, con la compilazione e la firma del contratto, solo dopo che l'agente abbia illustrato con dovizia di dettagli tecnici ed economici le caratteristiche dell'offerta che l'utente intende sottoscrivere;

— il processo di attivazione del servizio Wind/Infostrada viene avviato solo a valle di un controllo qualità esercitato in *outsourcing* da una società di comprovata indipendenza sul 100% delle acquisizioni;

— oltre ad introdurre controlli sempre più stringenti sulla correttezza degli ordini di attivazione acquisiti dagli agenti, al fine di ridurre al minimo i casi di attivazioni di servizi non richiesti, Wind ha provveduto ad adottare anche strumenti di natura contrattuale quale lo storno delle provvigioni per disincentivare gli agenti a estorcere il consenso del consumatore/utente;

— relativamente alla contestazione secondo cui Wind avrebbe reso al consumatore particolarmente oneroso l'esercizio del diritto di risolvere il contratto sembra destituita di fondamento nella misura in cui la condotta della Società prevede dei meccanismi tali da consentire a quest'ultimo nella fase patologica del rapporto di ottenere un rapido e più che adeguato soddisfacimento delle sue pretese;

— Wind, infatti, attribuisce al consumatore un termine per esercitare il diritto di recesso ben più lungo rispetto a quanto previsto dal Codice del Consumo. Ai sensi del combinato disposto degli articoli 64, comma 1, e 65, comma 2, lettera b), del Codice del Consumo, per i contratti a distanza aventi ad oggetto la fornitura di servizi di telecomunicazione, il termine di dieci giorni per l'esercizio del diritto di recesso decorre « dal giorno della conclusione del contratto ovvero dal momento in cui siano stati soddisfatti gli obblighi di informazione di cui all'articolo 52 » del Codice. Andando ben oltre il dettato legislativo, Wind fissa il *dies a quo* del termine di 10 giorni non già dalla data della registrazione vocale del consenso ma dalla data di attivazione effettiva dell'ultimo servizio richiesto. In tal modo la Società garantisce all'utente, da un lato, di esercitare consapevolmente il proprio diritto di recesso (solo dopo aver fruito effettivamente del servizio il consumatore può sapere se quello attivato corrisponde in concreto a quanto richiesto), dall'altro di avere a disposizione un termine di gran lunga superiore a quello previsto dalla legge, pari a circa 40 giorni decorrenti dalla conclusione del contratto;

— inoltre il consumatore non sopporta alcun pregiudizio di natura economica dal momento che WIND riconosce il rimborso di tutto il traffico telefonico effettuato nonché del costo di riallaccio alla rete Telecom.

Poiché la pratica commerciale in esame era stata diffusa a mezzo telefono, in data 19 gennaio 2009 veniva richiesto il parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, del Codice del Consumo.

Con nota pervenuta in data 17 febbraio 2009, la suddetta Autorità riteneva che la pratica commerciale in esame non potesse essere oggetto di parere, in ragione dell'assenza di una comunicazione diffusa a mezzo stampa, radio, televisione o tramite mezzo di telecomunicazione a un numero indistinto di consumatori, « *impregiudicata restando ogni ulteriore valutazione della pratica sotto il profilo dell'esercizio delle competenze specifiche dell'Autorità medesima in materia, con riferimento all'osservanza della regolamentazione di settore* ».

Infine, all'esito dell'istruttoria compiuta, l'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato, ha deliberato che « *la società Wind con riferimento alla pratica commerciale consistente nell'acquisizione di nuova clientela attraverso la conclusione di contratti di utenza a distanza a mezzo telefono, appare aver posto in essere comportamenti contrari*

alla diligenza professionale ed idonei a limitare considerevolmente la libertà di scelta e di comportamento del consumatore medio, ai sensi dell'articolo 20 del Decreto Legislativo n. 206/05, sia sotto il profilo dell'ingannevolezza della pratica, in violazione degli artt. 21 e 22, che sotto il profilo dell'aggressività della stessa, in violazione degli artt. 24, 25 e 26 del Decreto Legislativo n. 206/2005. ».

Relativamente alla quantificazione della sanzione, l'Autorità, tenuto conto della dimensione economica del professionista, nonché della gravità e della durata della violazione, ha determinato l'importo base della sanzione in euro 245.000. Inoltre, tenuto conto, da un lato, della circostanza aggravante consistente nel fatto che Wind risulta già destinataria di provvedimenti di « scorrettezza » in violazione del Codice del Consumo, dall'altro del comportamento collaborativo di Wind, « che ha adottato una serie di misure volte a migliorare i processi di acquisizione della nuova clientela mediante la conclusione di contratti di utenza a distanza », l'Autorità ha, in definitiva, ricondotto la sanzione a euro 215.000.

Avverso siffatte determinazioni, Wind deduce:

1) Carenza di potere — Violazione dei principi di legalità, unicità dell'ordinamento, di certezza del diritto e del *ne bis in idem* — Violazione e falsa applicazione di legge: segnatamente degli artt. da 18 a 27 del Codice del Consumo, degli artt. 13, 70, 71 e 98 del Codice delle Comunicazioni, della Delibera 664/06/CONS — Eccesso di potere per carenza di istruttoria e carenza e illogicità della motivazione.

Le fattispecie scrutinate dall'Autorità erano soggette ad altro plesso normativo, governato dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.

Richiama, al riguardo, le indicazioni fornite dal Consiglio di Stato nel parere della Sez. I, n. 3999 del 3 dicembre 2008, secondo il quale deve essere evitata la duplicazione di interventi a tutela del medesimo interesse pubblico, sorgendo, in tali casi, la necessità di individuare quale sia l'Autorità di volta in volta competente.

Wind osserva ancora che la Direttiva 2005/29/CE opera una « armonizzazione completa » del regime delle pratiche commerciali scorrette la quale trova conferma anche nella più recente giurisprudenza comunitaria (Wind richiama al riguardo Corte di Giustizia del 3 aprile 2009, cause riunite C-261/07 e C-299/07 VTB-VBA NV, par. 52).

Richiama, in particolare, il considerando n. 10 della direttiva, dal quale si ricava che la stessa viene in rilievo in via sussidiaria rispetto ad altre fonti speciali aventi ad oggetto la tutela del consumatore.

Descrive, altresì, la disciplina di cui alla direttiva 97/7/CE sui contratti a distanza nonché il nuovo quadro regolamentare sulle Comunicazioni Elettroniche con particolare riguardo alla Direttiva Servizio Universale.

Il legislatore italiano ha riconosciuto in capo all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni precisi poteri di intervento a tutela degli utenti dei servizi di comunicazioni elettroniche.

In particolare, il capo IV del titolo II del Codice delle Comunicazioni, D.Lgs. n. 259/2003, dedicato alla trasposizione della Direttiva Universale, disciplina, tra l'altro, le informazioni che debbono essere necessariamente contenute nei contratti, il diritto di accesso a informazioni trasparenti e aggiornate in merito a prezzi e tariffe, nonché alle condizioni generali in materia di accesso e di uso dei servizi telefonici accessibili al pubblico.

L'inadempimento di questi obblighi dà luogo all'irrogazione di sanzioni, ai sensi dell'art. 98 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche,

secondo le modalità e le procedure delineate dalla stessa Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.

Quest'ultima ha poi adottato, con delibera n. 664/06/CONS, un intervento regolatorio a tutela dell'utenza, in materia di fornitura di servizi di comunicazione elettronica mediante contratti a distanza, il cui obiettivo è assicurare maggiore trasparenza e certezza giuridica a questa particolare modalità di stipula contrattuale.

La delibera contempla, in particolare, l'obbligo di fornire al potenziale cliente le precise informazioni di cui agli artt. 52 del Codice del Consumo e all'art. 70 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche, l'obbligo di dare al cliente certezza giuridica dell'avvenuta conclusione del contratto, mediante l'acquisizione del consenso informato con la registrazione integrale della conversazione telefonica e l'invio al recapito indicato dall'utente di uno specifico modulo di conferma, non oltre lo stesso giorno in cui il contratto inizia a esplicare i suoi effetti, il divieto di fornire beni o servizi diversi da quelli espressamente concordati.

Alla violazione degli obblighi e dei divieti ora richiamati, corrisponde un preciso potere sanzionatorio di AGCOM, che può intervenire e irrogare le sanzioni segnatamente previste dall'art. 98 del Codice delle Comunicazioni.

Le norme sostanziali di tutela del consumatore relative ai contratti a distanza — precisate, nel settore delle comunicazioni elettroniche, dalla delibera 664/06/Cons — prevalgono sulla disciplina sussidiaria delle pratiche commerciali sleali, contemplata dal Codice del Consumo, sussistendo al riguardo, a dire della ricorrente, l'esclusiva competenza dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.

In concreto, prosegue parte ricorrente, la stessa AGCOM è intervenuta in ordine ad alcune delle stesse fattispecie contestate a Wind con il provvedimento impugnato, archiviandone la posizione, ritenendo, evidentemente, che i meccanismi informativi e negoziali di Wind garantissero l'acquisizione del consenso consapevole e informato degli utenti.

II) Violazione e falsa applicazione degli articoli da 18 a 26 del Codice del Consumo — Eccesso di potere per tutte le figure sintomatiche, ivi incluso il difetto di istruttoria e di carenza e illogicità della motivazione.

Wind ritiene altresì che il numero di segnalazioni pervenute impedisca di valutare la condotta della società come « pratica » commerciale, anche in considerazione del fatto che, secondo l'analisi delle stesse, allegata alle memorie presentate all'Autorità, ben poche tra esse presentano profili di criticità. Si tratterebbe, in sostanza, di un fenomeno del tutto marginale e non omogeneo.

La società ritiene comunque di avere dimostrato che i processi seguiti attraverso i propri canali *telesale* ed i meccanismi di controllo all'uopo adottati non si espongono alle immotivate critiche mosse dall'Autorità.

Deduce, in particolare, come la procedura posta in essere — sin dal 2004, ben prima degli altri operatori del mercato e dell'adozione dei pregnanti obblighi di cui alla Delibera 664/06/CONS — preveda che i *teleseller*, dopo avere debitamente illustrato all'utente le caratteristiche e le condizioni economiche del servizio, sulla base delle informazioni contenute nelle istruzioni e direttive che periodicamente Wind distribuisce loro, sono tenuti ad acquisire l'esplicito consenso del titolare dell'utenza (o del soggetto che può validamente disporne) tramite registrazione vocale della conversazione secondo una traccia fornita dalla stessa Wind.

Il comportamento di Wind nella fase genetica del rapporto contrattuale è vieppiù corretto ove si consideri che è previsto anche un controllo in *outsourcing* da parte di una società indipendente.

L'ente in questione procede al riascolto delle registrazioni vocali effettuate sul 100% dei clienti acquisiti.

Non è poi contestato che il sistema di *telesale* adottato da Wind sia pienamente coerente con i precisi e dettagliati obblighi dettati dall'AGCOM nella Delibera 664/06/CONS.

Sottolinea altresì che detta Autorità ha archiviato la maggior parte delle segnalazioni pervenute, ritenendo quindi conforme il comportamento di Wind con la disciplina regolatoria.

La società analizza poi alcune delle segnalazioni oggetto di valutazione da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato evidenziandone l'infondatezza ovvero irrilevanza, e, conseguentemente, lo scarso impatto sul comportamento del « consumatore medio ».

III. Terzo motivo — Violazione e falsa applicazione di legge, in particolare degli artt. 24 e 25, nonché dell'art. 26, lett. f), del Codice del Consumo — Violazione degli artt. 52 e ss. — Violazione degli articoli 52 e ss. del Codice del Consumo — Violazione della Direttiva 2005/29/CE e della Direttiva 97/07/CE — Violazione del principio di non discriminazione e di proporzionalità — Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche tra cui illogicità e carenza di motivazione.

L'Autorità non ha svolto una specifica analisi sul carattere invasivo della pratica e ha illegittimamente svalutato la portata degli strumenti attivati da Wind per porre rimedio alle fattispecie di attivazioni non richieste.

Relativamente alla gravità della violazione, la società sottolinea che, nel mercato dei servizi di telefonia fissa, il suo peso non è paragonabile a quello dell'*incumbent* Telecom Italia.

Secondo Wind inoltre, non hanno ricevuto adeguata valutazione le diverse, articolate componenti della procedura istituita a garanzia dei consumatori.

Non è stato, altresì, preso in considerazione il limitato impatto della pratica, come pure non sarebbero state sufficientemente valorizzate le condotte spontaneamente adottate dalla società al fine di migliorare i processi di acquisizione di nuova clientela mediante l'acquisizione di contratti a distanza.

La sanzione sarebbe comunque sproporzionata, ove posta a raffronto con quella adottata dall'Autorità in casi analoghi.

In nessuno di tali casi, poi, risulta mai applicata l'aggravante della recidiva.

Nel caso di specie, peraltro, le violazioni precedenti ascritte alla società sono, a dire della ricorrente, del tutto differenti da quella in esame.

Si è costituita, per resistere, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, depositando documenti e memoria.

La società Wind ha poi ritenuto opportuno chiamare in causa l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.

Detta Autorità, pur non formalmente costituita, ha depositato in giudizio un'articolata relazione.

Le parti hanno quindi depositato memorie, in vista della pubblica udienza del 27 gennaio 2010, alla quale il ricorso è stato assunto in decisione.

DIRITTO. — 1. La controversia in esame concerne le condotte poste in essere dalla società ricorrente, volte all'acquisizione di nuova clientela attraverso l'acquisizione di contratti di utenza a distanza a mezzo contatto telefonico e negoziati fuori dei locali commerciali a mezzo agenti/procacciatori.

L'Autorità ha in particolare ravvisato una pratica commerciale scorretta, nella fase relativa all'acquisizione del consenso — in quanto posta in essere in violazione degli artt. 20, 21, 22, 24, 25 e 26, lett. f) del decreto legislativo n. 206/2005 — relativamente a due profili, distintamente analizzati:

1. attivazione di servizi di utenza telefonica non richiesti in modo consapevole da parte dell'intestatario della linea;
2. attivazione di servizi con caratteristiche difformi da quelle promesse.

Con riguardo al primo profilo l'Autorità ha evidenziato che la proposta negoziale procede anche qualora l'interlocutore non sia l'intestatario della linea ma dichiara di essere il « responsabile della linea », ovvero di assumersi la responsabilità di « manifestare il consenso per l'intestatario della linea ».

La procedura prevede che i *teleseller*, dopo avere illustrato le caratteristiche del servizio, procedano all'acquisizione del consenso attraverso la registrazione vocale della conversazione, secondo una traccia stabilita da Wind.

Solo a seguito dell'esito positivo del controllo dell'ente indipendente, che effettua il riascolto del 100% delle registrazioni, viene avviato il *provisioning*.

Dopo l'acquisizione del consenso, il professionista provvede ad inviare al domicilio del consumatore, la proposta contrattuale da sottoscrivere accompagnata dalla c.d. Welcome Letter.

Le segnalazioni dei consumatori, e l'istruttoria posta in essere dall'Autorità, hanno però posto in luce che la società non ha adottato accorgimenti sufficienti ad evitare l'attivazione di forniture non richieste.

Gli *script* di registrazione, secondo l'Autorità, « non appaiono idonei ad informare il consumatore in maniera esplicita e che con sufficiente chiarezza che, attraverso la registrazione della telefonata, lo stesso sta prestando il proprio consenso alla conclusione del contratto di utenza telefonica ».

L'operatore del *call-center* si limita a chiedere al soggetto contattato di confermare la volontà di « avviare immediatamente la procedura di attivazione dell'offerta » ma non riferisce mai esplicitamente all'utente che sta concludendo il contratto con il nuovo operatore.

L'Autorità ha poi ritenuto insufficienti anche i controlli in *outsourcing* in quanto, nei casi dubbi, l'ente provvede a contattare nuovamente l'utente utilizzando però lo *script* di *recall* fornito dal professionista al fine di recuperare l'attivazione.

Ha considerato altresì inadeguate le cautele adottate da Wind per assicurarsi che i contratti non vengano conclusi all'insaputa del titolare della linea, non essendo previste forme di ratifica orale o scritta da parte di colui nella cui sfera giuridica si producono gli effetti del negozio e comunque misure atte a garantire l'effettiva volontà di costui di pervenire alla conclusione del contratto a mezzo di delega.

Relativamente all'aggressività della pratica, ha poi assimilato ad una forma di « indebito condizionamento » la stessa tecnica del *teleselling*,

quantomeno nell'ipotesi in cui la stessa venga utilizzata in modo improprio, risultando così idonea all'esercizio di forme di pressione e intrusione nella sfera del consumatore particolarmente incisive. Essa ha comportato, altresì, (in particolare nelle ipotesi in cui l'attivazione sia avvenuta all'insaputa del titolare) la richiesta di servizi che « *il professionista ha fornito ma il consumatore non ha richiesto* ».

L'altro profilo di scorrettezza analizzato dall'Autorità concerne l'« attivazione di servizi con caratteristiche difformi da quelle promesse ».

Al riguardo, con le segnalazioni pervenute, i consumatori hanno denunciato di avere ricevuto informazioni non corrette, nella fase precedente la registrazione del consenso, in ordine ad alcune significative caratteristiche dell'offerta (quali, ad esempio, la convenienza delle tariffe verso i numeri cellulari, l'applicazione di particolari promozioni, ovvero la possibilità di fruire di un canone mensile « tutto incluso »).

L'Autorità ha ritenuto, in proposito, che Wind non abbia adottato soddisfacenti strumenti di prevenzione e di controllo, in particolare in quanto la registrazione del consenso, che permette il controllo del contenuto della telefonata « avviene in una fase già avanzata del contatto telefonico, solo dopo che gli operatori dei *call-center* dovrebbero avere illustrato al consumatore tutte le caratteristiche del servizio promosso, utilizzando gli script di vendita forniti dalla società ».

2. È utile anche, sintetizzare il quadro normativo e regolamentare di riferimento.

Come noto, infatti, la normativa, di derivazione europea, posta a tutela del consumatore e della concorrenza si è, di recente, arricchita per effetto della Direttiva n. 2005/29/CE, relativa alle « Pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno », alla quale, il legislatore nazionale ha provveduto a dare attuazione adottando, nell'agosto del 2007, due distinti decreti legislativi (nn. 145 e 146), rispettivamente destinati ai rapporti tra professionisti ed alle pratiche intraprese da questi ultimi con i consumatori.

Il D.Lgs. n. 146/2007 è intervenuto direttamente sul Codice del Consumo, sostituendo gli artt. 18-27 del D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 ed introducendo una generale normativa sulle « pratiche commerciali scorrette ».

Il Codice del Consumo abbandona il precedente, specifico riferimento alla sola pubblicità ingannevole e comparativa per abbracciare una disciplina di portata più ampia, riferibile, sotto il profilo oggettivo, ad ogni azione, omissione, condotta, dichiarazione e comunicazione commerciale, « ivi compresa la pubblicità », posta in essere da un professionista « prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa ad un prodotto » (artt. 18 e 19 del Codice), così notevolmente allargando il campo delle condotte sanzionabili.

Quanto, invece, all'ambito di applicazione soggettivo, le pratiche commerciali rilevanti ai fini della normativa in esame sono solo quelle poste in essere tra professionisti e consumatori: rimangono, pertanto, escluse quelle condotte connesse ad un rapporto tra soli professionisti, cui, viceversa, fa precipuo riferimento il parallelo D.Lgs. n. 145/2007 sulla pubblicità ingannevole e comparativa.

Il recepimento nell'ordinamento interno della direttiva comunitaria 2005/29/CE, ha indubbiamente rafforzato il ruolo dell'Autorità Garante

della Concorrenza e del Mercato nella tutela amministrativa del consumatore, rendendola ben più incisiva e ampia di quella prevista in precedenza e limitata alla repressione della pubblicità ingannevole e comparativa.

Per tale ragione, del resto, il D.Lgs. n. 146/2007, ha, contestualmente, ampliato i poteri dell'Autorità, allineandoli a quelli tipici dell'azione amministrativa a tutela della concorrenza e rendendo altresì più severe le misure sanzionatorie.

Ai sensi dell'art. 18 del D.Lgs. 6 settembre 2005 n. 206 (come modificato dall'appena citato D.Lgs. 2 agosto 2007 n. 146), per le finalità considerate dal Titolo III (Pratiche commerciali, pubblicità ed altre informazioni commerciali), si intende per:

— « professionista »: qualsiasi persona fisica o giuridica che, nelle pratiche commerciali oggetto del presente titolo, agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e chiunque agisce in nome o per conto di un professionista;

— « prodotto »: qualsiasi bene o servizio, compresi i beni immobili, i diritti e le obbligazioni;

— « pratiche commerciali tra professionisti e consumatori »: qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori;

— « falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori »: l'impiego di una pratica commerciale idonea ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

Il successivo art. 19 puntualizza, poi, che le disposizioni contenute nel Titolo anzidetto trovano applicazione alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto.

Il comma 2 dell'art. 20 stabilisce, quindi, che « una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori »; mentre il successivo comma 4 individua come scorrette le pratiche commerciali:

— ingannevoli di cui agli articoli 21, 22 e 23

— aggressive di cui agli articoli 24, 25 e 26.

In particolare, ai sensi dell'art. 22 « è considerata ingannevole una pratica commerciale che nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nonché dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato, omette informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale e induce o è idonea ad indurre in tal modo il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso ».

Secondo l'art. 24 « È considerata aggressiva una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limita o è idonea a limitare

considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induce o è idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso».

Gli articoli 23 e 26, descrivono, infine, le pratiche che sono considerate in ogni caso ingannevoli e/o aggressive, tra cui, in particolare, figura quella consistente nell'«esigere il pagamento immediato o differito o la restituzione o la custodia di prodotti che il professionista ha fornito, ma che il consumatore non ha richiesto [...]» (art. 26, lett. f).

2.1. Il Codice del Consumo detta poi una specifica disciplina in ordine ai contratti a distanza tra professionisti e consumatori, stabilendo una serie di puntuali obblighi informativi e documentali a carico degli operatori (artt. 52 e 53), nonché la possibilità di esercitare il diritto di recesso senza alcuna penalità e senza specificarne il motivo in un termine prestabilito (art. 64).

In tema di contratti a distanza, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ha ritenuto opportuno, a fronte dell'ingente mole di segnalazioni riguardanti la fornitura di servizi non richiesti mediante l'utilizzo di tecniche di comunicazione a distanza, «di stabilire le procedure corrette e trasparenti da seguire, per la conclusione dei contratti, anche mediante telefono e conferma per iscritto, per soddisfare pienamente le esigenze di tutela dell'utenza», emanando, all'uopo, la Delibera n. 664/06/CONS.

Come rilevato dalla stessa Autorità *antitrust*, le disposizioni regolamentari «riprendono e precisano le norme del Codice del Consumo, prevedendo stringenti obblighi di informazione e documentazione in capo ai professionisti che utilizzano mezzi di comunicazione a distanza per la conclusione di contratti con gli utenti nonché uno *ius poenitendi* di agevole esercizio per il consumatore. In particolare, per quanto riguarda l'utilizzo del mezzo telefonico l'art. 2 — *Conclusione dei contratti a distanza di fornitura di beni e servizi di comunicazione elettronica* — del Regolamento, dispone che l'adempimento degli obblighi informativi da parte del professionista e il consenso informato del titolare dell'utenza telefonica possono risultare dalla registrazione integrale della conversazione telefonica, previo consenso dell'interessato alla registrazione, purché il consumatore, prima o al più tardi al momento dell'inizio dell'esecuzione del contratto, riceva i moduli contrattuali con tutte le informazioni previste.

L'art. 3 — *Fornitura di prestazioni non richieste* — prevede il divieto di fornitura di servizi di comunicazione elettronica, anche solo supplementari rispetto ad un contratto già in esecuzione, in mancanza di previa ordinazione da parte dell'utente e dispone che, in caso di attivazioni o disattivazioni di linee o contratti e di forniture di beni o servizi non richiesti, gli operatori non debbano pretendere dagli utenti alcuna prestazione corrispettiva, e debbano provvedere, a loro cura e spese, al ripristino delle condizioni tecniche e contrattuali preesistenti [...]».

Deve soggiungersi che l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ha adottato le disposizioni testé evidenziate nell'esercizio delle competenze esplicitamente previste, o, comunque, ricavabili (quale forma di «*implied power*» funzionale ai compiti tutori e di regolazione di carattere generale che le sono attribuiti), dagli articoli 13, 70, 71, 79 e 98 del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante «Codice delle comunicazioni elettroniche».

In particolare, ai sensi dell'art. 13 (« Obiettivi e principi dell'attività di regolazione »), « Il Ministero e l'Autorità, nell'ambito delle rispettive competenze, promuovono gli interessi dei cittadini:

a) garantendo a tutti i cittadini un accesso al servizio universale, come definito dal Capo IV del Titolo II;

b) garantendo un livello elevato di protezione dei consumatori nei loro rapporti con i fornitori, in particolare predisponendo procedure semplici e poco onerose di risoluzione delle controversie da parte di un organismo indipendente dalle parti in causa;

c) contribuendo a garantire un livello elevato di protezione dei dati personali e della vita privata;

d) promuovendo la diffusione di informazioni chiare, in particolare garantendo la trasparenza delle tariffe e delle condizioni di uso dei servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico;

e) prendendo in considerazione le esigenze di gruppi sociali specifici, in particolare degli utenti disabili;

f) garantendo il mantenimento dell'integrità e della sicurezza delle reti pubbliche di comunicazione;

g) garantendo il diritto all'informazione, secondo quanto previsto dall'articolo 19 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo [...]» (comma 6).

L'art. 70 (collocato nell'ambito della Sezione III del Capo IV del Titolo II, dedicata ai diritti degli utenti finali delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica), delinea il contenuto essenziale dei contratti relativi ai servizi che forniscono la connessione o l'accesso alla rete telefonica pubblica e affida all'Autorità di settore il compito di vigilare sull'applicazione di siffatte disposizioni, facendo peraltro salva l'applicazione « delle norme e delle disposizioni in materia di tutela dei consumatori » (ultimo comma).

In base all'art. 71 l'Autorità assicura, altresì, « che informazioni trasparenti e aggiornate in merito ai prezzi e alle tariffe, nonché alle condizioni generali vigenti in materia di accesso e di uso dei servizi telefonici accessibili al pubblico, siano rese disponibili agli utenti finali e ai consumatori [...]».

L'art. 98 prevede infine che « In caso di inosservanza delle disposizioni di cui agli articoli 60, 61, 70, 71, 72 e 79 il Ministero o l'Autorità, secondo le rispettive competenze, comminano una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 58.000,00 ad euro 580.000,00 » (comma 16).

2.2. È importante ancora sottolineare che l'odierna ricorrente ha fatto leva sulle disposizioni regolamentari adottate dall'AGCOM, da un lato, per argomentare che alcun addebito può esserle mosso, sotto il profilo della diligenza professionale, in quanto a tali disposizioni essa si è pienamente attenuta (allega anzi, al riguardo, le archiviazioni disposte dall'Autorità relativamente a fattispecie di illecito che hanno poi formato oggetto di esame anche da parte dell'Autorità Antitrust), dall'altro, per escludere radicalmente la competenza di quest'ultima in materia di conclusione di contratti a distanza concernenti i servizi di comunicazione elettronica, i quali rientrerebbero invece, anche per gli aspetti specificamente regolati dal Codice del Consumo, nelle esclusive attribuzioni dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.

3. Ciò premesso, è possibile complessivamente apprezzare la consistenza delle censure dedotte, la principale delle quali riguarda, come appena ricor-

dato, la delimitazione degli ambiti di competenza tra Autorità di settore e Autorità *antitrust*, nonché il rapporto sussistente tra le regole, eventualmente individuate, *ex ante*, dall'Autorità di settore, e il modello di professionista diligente al quale, nei casi concreti, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, rapporta il comportamento delle imprese.

Il Collegio rileva, in primo luogo, che non vi è dubbio alcuno sul fatto che l'Autorità competente, esplicitamente individuata dallo Stato italiano « per l'applicazione del regolamento 2006/2004/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 ottobre 2004, sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori, nei limiti delle disposizioni di legge » (art. 27, comma 1, del Codice del Consumo), sia l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

È bene anche precisare che, ai fini del regolamento in esame, per « norme sulla protezione degli interessi dei consumatori » si intendono le direttive « elencate nell'allegato e recepite nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri » (art. 3, comma 1, lett. *a*).

Tra di esse figura l'intera direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, recepita dall'Italia con i più volte citati decreti legislativi nn. 145 e 146/2007.

Attraverso l'attività di contrasto alla pratiche commerciali sleali, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato tutela in maniera diretta la libertà di autodeterminazione dei consumatori e, indirettamente, l'interesse pubblico alla realizzazione di un mercato pienamente efficiente e concorrenziale.

La competenza esercitata, nel caso di specie, dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, trova invece la sua immediata base normativa nell'art. 70 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche, sopra richiamato, il quale, tuttavia, non va letto isolatamente ma deve essere ricordato al complesso impianto del Codice stesso, funzionale alla salvaguardia, in primo luogo, dei « diritti inderogabili di libertà delle persone nell'uso dei mezzi di comunicazione elettronica », nonché del « diritto di iniziativa economica ed il suo esercizio in regime di concorrenza, nel settore delle comunicazioni elettroniche ». (art. 3 del D.Lgs. n. 259/2003).

L'interesse pubblico primario affidato all'Autorità di settore riguarda dunque la conformazione del mercato delle comunicazioni (in particolare attraverso i poteri di regolazione) in senso concorrenziale e pluralistico.

È, pertanto, alla luce di tale essenziale funzione che debbono essere interpretate le norme in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali, poste a tutela degli utenti finali, nonché quelle, autonomamente elaborate dalla medesima Autorità, a completamento di siffatta disciplina, in materia di procedure di stipulazione dei contratti mediante tecniche di comunicazione a distanza.

L'Autorità di settore delinea, *ex ante*, il « quadro » degli obblighi specificamente gravanti sugli operatori del mercato delle telecomunicazioni, in quanto strumentali al perseguimento dei suindicati obiettivi di concorrenzialità, trasparenza e pluralismo, ma non possiede, a parere del Collegio, alcuna competenza (espressa o « implicita »), in ordine alla definizione del modello di « professionista diligente », ricavabile dal Codice del Consumo, ed applicato di volta in volta, nella fattispecie concrete, dall'Autorità anti-trust.

È bene anche ricordare che le due Autorità, sebbene perseguano entrambe, in via diretta o servente rispetto alla cura dell'interesse pubblico

primario di cui sono titolari, la tutela del consumatore, lo fanno attraverso strumenti del tutto diversi.

Di talché alcuna sovrapposizione può realmente esservi, se non nell'ipotesi in cui l'intervento dell'Autorità *antitrust* non si limiti a sanzionare, in concreto, una pratica sleale, ma finisca con l'introdurre, surrettiziamente, misure di tipo regolatorio rientranti nelle prerogative dell'Autorità di settore.

In sostanza, le due Autorità sono fisiologicamente destinate ad operare in maniera complementare, posto che se — come già più volte rilevato dalla Sezione — l'esistenza di un quadro regolatorio evidenzia l'elevato grado di professionalità richiesto alle imprese operanti nel settore, tale disciplina, tuttavia, non esaurisce ogni possibile regola di comportamento esigibile dalle imprese medesime a tutela della libertà di scelta e di autodeterminazione del consumatore.

Anche il procedimento in esame, come ormai i numerosi altri esaminati dalla Sezione (cfr., in particolare, le sentenze nn. 5625, 5627, 5628 e 5629 del 15 giugno 2009, nonché n. 6446 del luglio 2009, caso PS24/Fatturazione per chiamate satellitari; n. 8399 dell'8 settembre 2009, caso PSI1874/Enel/Energia/Bolletta gas; n. 8400 dell'8 settembre 2009, caso PSI/Prezzi bloccati elettricità), è dunque un esempio di come il nuovo quadro di tutela offerto dal Codice del Consumo venga ad aggiungersi, da un lato, ai normali strumenti di tutela contrattuale (attivabili dai singoli), dall'altro, a quelli derivanti dall'esistenza di specifiche discipline in settori oggetto di regolazione.

Le norme in materia di contrasto alle pratiche commerciali sleali richiedono ai professionisti l'adozione di modelli di comportamento in parte desumibili da siffatte norme, ove esistenti, in parte dall'esperienza propria del settore di attività, nonché dalla finalità stessa di tutela perseguita dal Codice del Consumo, purché, ovviamente, siffatte condotte siano dagli stessi concretamente esigibili, in un quadro di bilanciamento, secondo il principio di proporzionalità, tra l'esigenza di libera circolazione delle merci e dei servizi e il diritto del consumatore a determinarsi consapevolmente in un mercato concorrenziale, secondo la logica alla base del modello, pur esso di derivazione comunitaria, del c.d. consumatore medio.

Nel caso in esame, è ad esempio evidente che, pur essendosi strettamente attenuta alla normativa di settore, la società Wind non ha, con sufficiente grado di diligenza, tutelato il consumatore medio, per avere ommesso di adottare non già complicati accorgimenti, quanto di seguire elementari regole di prudenza e di chiarezza nelle procedure di acquisizione della clientela e nell'elaborazione dei « protocolli » gestiti dagli operatori dei *call-center* e dalle società che effettuano i riscontri in « *outsourcing* ».

Al riguardo, peraltro, si rinvia al successivo paragrafo della presente decisione.

Per converso, la circostanza che l'Autorità di settore non abbia regolamentato lo specifico contenuto degli « script » di registrazione del consenso (procedura peraltro imposta dalla medesima Autorità), non denota, a parere del Collegio, l'insufficienza di tali regole, quanto la necessità di un intervento « parallelo » e complementare dell'Autorità *antitrust*, convergente, come già chiarito, nel medesimo obiettivo finale di tutela del consumatore.

In particolare, nel rilevare l'ambiguità dello *script* di registrazione, l'Autorità *antitrust* non ha inteso sostituirsi a quella di regolazione, ma ha esercitato una competenza sua propria, di valutazione della comples-

siva correttezza del comportamento del professionista sul mercato, sulla base degli obblighi di « protezione » delineati dal D.Lgs. n. 206/2005.

3.1. Ciò posto, il Collegio non può sottrarsi dall'esaminare il rilievo che, nel caso in esame, assume il parere della I Sezione del Consiglio di Stato (n. 3999 del 3 dicembre 2008), relativo ai rapporti tra disciplina di settore (nel caso d specie, concernente il mercato dei servizi finanziari) e Codice del Consumo.

Wind — dopo aver ricordato che la direttiva 2005/29/CE non si limita a prevedere l'armonizzazione minima a livello comunitario delle norme sulla correttezza delle pratiche commerciali, ma contempla un regime di uniformazione (c.d. piena armonizzazione) delle discipline nazionali, imponendo ai singoli Stati membri di conformarsi senza possibilità di differenziazione, neanche migliorativa — ha in particolare richiamato siffatto parere nella parte in cui ha rappresentato la necessità di evitare una duplicazione di interventi a tutela del medesimo interesse pubblico, e ha concluso, relativamente al settore dei servizi finanziari, che « la disciplina generale sulle pratiche commerciali scorrette, per la quale è competente l'AGCM, non si applica se ed in quanto operano disposizioni sugli obblighi informativi e di correttezza nella commercializzazione dei servizi finanziari, la cui applicazione è riservata alla CONSOB. ».

Analoghe considerazioni, secondo la ricorrente, debbono svolgersi anche in ordine agli obblighi informativi e di trasparenza nei contratti relativi ai servizi di comunicazione elettronica, la cui disciplina compete, a suo dire, esclusivamente all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.

Le conclusioni alle quali il Consiglio di Stato è giunto, relativamente al settore dei servizi finanziari, muovono da un'attenta analisi del principio di specialità. Si tratta infatti « di un principio generale immanente all'obiettivo della razionalità dell'ordinamento e da sempre considerato prioritario per risolvere in sede applicativa i casi contraddittori e di duplicazione di fattispecie, sostanziali come procedurali, tra cui quelle riguardanti l'intervento pubblico (*in toto iure genus perspeciem derogatur*). ».

Nella materia in esame, il principio di specialità, e i suoi limiti estrinseci, vengono declinati nei termini che seguono.

Ai sensi del l'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva 2005/29/CE, « in caso di contrasto tra le disposizioni della presente direttiva e altre norme comunitarie che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, prevalgono queste ultime e si applicano a tali aspetti specifici ».

Inoltre, al considerando 10 della direttiva si precisa che « [...] la presente direttiva si applica soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario specifiche che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, come gli obblighi di informazione e le regole sulle modalità di presentazione delle informazioni al consumatore. Essa offre una tutela ai consumatori ove a livello comunitario non esista una specifica legislazione di settore [...]. Ciò è particolarmente importante per prodotti complessi che comportano rischi elevati per i consumatori, come alcuni prodotti finanziari. ».

Infine, secondo l'art. 19, comma 3, del Codice del Consumo, « in caso di contrasto le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni del presente titolo e si applicano a tali aspetti specifici ».

Secondo il Consiglio di Stato, « nel frammentario e non sempre coerente quadro del rapporto tra Autorità, il riferimento al principio di specialità sembra aver subito un'evoluzione che lo disancora dal riferimento prevalentemente soggettivo (cioè al tipo di operatore interessato o di soggetto tutelato) e orienta la comparazione verso la valutazione dell'oggetto dell'intervento, e in esso verso l'interesse generale perseguito attraverso l'intervento stesso ». Inoltre, « l'applicazione del principio di specialità nelle questioni di competenza tra autorità amministrative indipendenti può incontrare limiti sia estrinseci, sia intrinseci, entrambi derivanti dalla circostanza che quello di specialità è comunque un criterio suppletivo, vale a dire che opera quando non è diversamente stabilito o non è diversamente ricavabile dall'ordinamento. Tra quelli estrinseci vi sono sia espresse disposizioni di legge, o di fonte comunitaria, che di volta in volta stabiliscono, con una valutazione compiuta direttamente a livello normativo, quale debba essere l'autorità competente; tra quelli intrinseci vi sono i limiti stessi all'operatività del principio, come ad esempio la specialità reciproca, la sussidiarietà espressa dell'una disciplina rispetto all'altra, il reciproco assorbimento. Sempre circa i limiti estrinseci, mette conto rilevare che un'indicazione in tal senso appare derivare dall'art. 3, paragrafo 4, della direttiva 2005/29/CE dell'11 maggio 2005 del Parlamento europeo e del Consiglio sulle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno (che è matrice delle modifiche al D.Lgs. 2 agosto 2007, n. 146, e di cui più dettagliatamente si tratterà qui in seguito) [...]. Circa i limiti intrinseci, mette conto considerare che la presente questione si pone in un ambito particolare, dove il principio di specialità opera anche perché esiste una compiuta ed organica disciplina della materia che dà luogo appunto a un rapporto di specialità. Il che induce ad una più attenta considerazione, da sviluppare di volta in volta, qualora, come avviene altrove, il settore che può apparire speciale si limiti a regolare soltanto alcuni specifici aspetti dell'attività circa la quale vi è bisogno di intervento. ».

Facendo applicazione dei principi delineati dal Consiglio di Stato, il Collegio reputa che, diversamente da quanto assunto da Wind, non vi sia completa sovrapposizione tra le norme del Codice delle Comunicazioni elettroniche poste a tutela dei consumatori e quelle del Codice del Consumo, né, correlativamente, possa configurarsi « duplicazione di interventi » a tutela del medesimo interesse pubblico.

Al riguardo, è sufficiente richiamare quanto in precedenza argomentato circa la diversità degli interessi pubblici primari affidati, rispettivamente, alle cure delle due Autorità indipendenti, nonché circa la diversità degli strumenti di intervento e di tutela.

Va ancora soggiunto che l'attività sanzionatoria svolta dall'AGCOM, ai sensi degli artt. 70 e 98 del Codice delle Comunicazioni elettroniche, riguarda esclusivamente la violazione delle norme recate dal Codice stesso e delle relative delibere di attuazione, restando ad essa estranea la garanzia dell'applicazione di un distinto, ancorché complementare, impianto normativo, affidata all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

A nulla rileva poi, nel caso di specie, che, al fine di elaborare la disciplina regolatoria pertinente alla tutela degli utenti finali dei servizi di comunicazione elettronica, l'AGCOM abbia ritenuto di richiamare « le medesime tutele previste per i consumatori » dal Codice del Consumo.

Come già accennato, l'esercizio di un potere di regolamentazione « implicito » nel Codice delle Comunicazioni elettroniche, non appare idoneo a

preconstituire una base di legalità (e tipicità), per l'esercizio di poteri sanzionatori di illeciti consumeristici attribuiti ad una distinta Autorità, secondo la peculiare tecnica di intervento ad essa propria.

In definitiva, il Collegio reputa che:

— nell'ipotesi in cui si delinei un contrasto tra la disciplina di un settore affidato alla vigilanza di una Autorità di regolazione e il modello di « professionista diligente », così come declinato dall'Autorità antitrust, deve farsi applicazione delle norma di chiusura di cui all'art. 19, comma 3, Codice del Consumo, secondo la quale la disciplina di settore prevale solo in caso di contrasto;

— ammesso che, nel caso in di specie, la disciplina regolamentare sui contratti a distanza nel settore delle comunicazioni elettroniche abbia carattere esaustivo (rispetto alle finalità perseguite dall'Autorità di settore), essa prevale, quindi, solo in caso di antinomia reale tra la regola di comportamento, elaborata *ex ante*, e quella che l'Autorità *antitrust* di fatto individua quale esigibile da parte di un professionista mediamente diligente;

— vero è che la direttiva 2002/22/CE affida alle autorità nazionali di regolazione la funzione di vigilanza sui contratti stipulati nel settore delle comunicazioni elettroniche, tuttavia:

— tale funzione si svolge mediante l'apposizione di regole a monte ed un'attività sanzionatoria, a valle, limitata, come sopra evidenziato, all'applicazione delle regole poste dalla stessa Autorità;

— la tutela apprestata dall'Autorità *antitrust* opera, invece, con una tecnica del tutto diversa da quella affidata alle Autorità di settore;

— la « completezza » della normativa settoriale non può essere predicata in astratto ma va verificata nei casi concreti;

— non vi potrà peraltro mai essere alcuna disciplina regolatoria che colga interamente la complessità del reale, né siffatta disciplina è effettivamente auspicabile, posto che, come noto, anche l'eccesso di regolazione può avere effetti controproducenti sulla concorrenzialità del mercato.

In questa prospettiva, la disciplina recata dal Codice del Consumo appare in grado non già di « completare » siffatta disciplina bensì il « quadro » complessivo dei poteri pubblici, sanzionatori e di *enforcement*, a tutela dei consumatori.

Il Codice delinea, infatti, un modello « astratto » di professionista diligente, la cui osservanza va verificata in concreto, come già chiarito, non solo alla stregua della disciplina di settore, ma anche dell'esperienza propria del settore di attività del professionista e delle finalità di tutela perseguita dal Codice stesso.

Si tratta, peraltro, di confini mobili e in continua evoluzione, tali da richiedere, a parere del Collegio, la costante collaborazione tra le due Autorità, come del resto avvenuto in ordine a molte delle fattispecie già esaminate da questa Sezione (cfr., ad esempio, nel caso PS/24 Fatturazione per chiamate satellitari, il complesso intreccio tra misure regolatorie e interventi dell'Autorità *antitrust*, i quali hanno contribuito alla progressiva introduzione di semplici ed efficaci strumenti di tutela, preventiva e successiva, degli utenti).

4. Ciò premesso, relativamente al merito degli apprezzamenti svolti dall'Autorità *antitrust*, il Collegio reputa infondate, in primo luogo, le argomentazioni svolte da Wind circa l'impossibilità, nel caso di specie, di configurare una vera e propria « pratica », attesa la marginalità degli episodi oggetto di segnalazione.

Correlata a siffatta censura è poi quella che addebita all'Autorità di non avere adeguatamente verificato, da un lato, l'effettiva idoneità della pratica ad incidere in maniera « sensibile » sul comportamento di un « consumatore medio ». Sotto il profilo sanzionatorio, essa avrebbe comunque trascurato di verificarne il reale impatto.

4.1. L'Autorità, in replica all'osservazione di Wind, secondo cui i pochi episodi lamentati dai consumatori nelle denunce acquisite agli atti costituiscono casi del tutto marginali ed isolati che, per il numero limitato e per le modalità con le quali si sono svolti, non sono certamente idonei a far considerare la procedura di sollecitazione della clientela di WIND come pratica commerciale scorretta ai sensi del Codice del Consumo, ha osservato che la nozione di « pratica commerciale » ricomprende « ogni condotta posta in essere da un professionista prima, durante o dopo un'operazione commerciale relativa ad un prodotto o servizio offerto, che si connota per caratteristiche tali da poter essere astrattamente replicata a prescindere dal numero di soggetti che in concreto ne siano stati destinatari e dalle vicende contrattuali circoscritte al rapporto tra il professionista e singoli utenti ».

Orbene, rileva il Collegio che, come evidenziato dall'Autorità, le condotte sanzionate non consistono nell'iniziativa, autonoma e occasionale, degli operatori dei *call-center* ovvero dei procacciatori dei contratti, bensì proprio nel « protocollo » di acquisizione del consenso ideato dalla società, e, pertanto, nella direttive impartite dalla stessa Wind ai propri collaboratori, nonché alle società di cui si avvale, in *outsourcing*.

La circostanza, del resto, è del tutto incontestata, di talché non può atagliarsi alla fattispecie il precedente della Sezione invocato da Wind (sentenza n. 3683 del 6 aprile 2009 — Portabilità dei mutui), in cui la configurabilità della pratica è stata esclusa in relazione alla capillare articolazione degli operatori creditizi, sul territorio, e, pertanto, alla mancanza di una approfondita istruttoria circa l'effettività riconducibilità delle iniziative assunte da singoli operatori nei confronti della clientela sollecitante la surrogazione del mutuo ad una prassi astrattamente replicabile un indefinito numero di volte e rispondente perciò ad una precisa strategia commerciale degli istituti bancari.

Relativamente, poi, alla pretesa insussistenza di un apprezzabile distorsione del comportamento dei consumatori e del mercato, tale da escludere, secondo la ricorrente, la stessa configurabilità della pratica sleale, è sufficiente rinviare a quanto già diffusamente argomentato dalla Sezione circa la verifica dell'idoneità della pratica ad incidere sulla libertà di autodeterminazione del consumatore « medio » nonché circa la struttura dell'illecito consumeristico in esame.

Va anzitutto ricordato che il modello del « consumatore medio », ragionevolmente attento ed avveduto, si ritrae dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di pubblicità ingannevole, (cfr., per tutte, la sentenza del 13 gennaio 2000, causa C-220/98, Estée Lauder), ed è stato successivamente « positivizzato » ed esteso dalla direttiva sulle pratiche commerciali sleali a tutta la gamma delle condotte dalla stessa considerate.

Esso appare sostanzialmente ispirato dal principio di proporzionalità in quanto idoneo ad operare un effettivo bilanciamento tra l'esigenza di libera circolazione delle merci e dei servizi e il diritto del consumatore a determinarsi consapevolmente in un mercato concorrenziale.

L'individuazione di siffatto modello — come da questa stessa Sezione in precedenza affermato (cfr. sentenza 3 marzo 2004 n. 2020) — non può conseguire ad una valutazione condotta in termini meramente statistici o empirici, dovendo invece essere presi in considerazione fattori di ordine sociale, culturale ed economico, fra i quali, in particolare, va analizzato il contesto economico e di mercato nell'ambito del quale il consumatore si trova ad agire.

In tale ottica non può essere disconosciuto che il settore in esame è non solo estremamente complesso e caratterizzato da una continua evoluzione tecnologica (tanto da richiedere frequenti interventi dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, a salvaguardia della concorrenza tra gli operatori e dei diritti degli utenti), ma soprattutto « impatta » su una larghissima platea di potenziali consumatori, all'interno della quale non è ragionevolmente predicabile un elevato e diffuso grado di informazione.

Il richiamo al modello del consumatore medio, ove posto in rapporto alla peculiarità del settore in esame, non esclude perciò che adeguata tutela debba essere assicurata anche ai consumatori meno smalizzati, in quanto presumibilmente, sono proprio costoro gli utenti « medi » dei servizi oggetto della pratica.

Sotto altro profilo, la Sezione ha già chiarito che l'illiceità della condotta, al fine di assumere rilevanza ai sensi delle più volte riportate disposizioni del Codice del Consumo, « non deve dimostrare una concreta attuazione pregiudizievole (per le ragioni dei consumatori), quanto, piuttosto, una potenzialità lesiva (per le scelte che questi ultimi, altrimenti, sono legittimati a porre in essere fuori da condizionamenti e/o orientamenti decessivi) che consente di ascrivere la condotta nel quadro dell'illecito (non già di danno) ma di mero pericolo » in quanto intrinsecamente idonea a condurre alle conseguenze che la disciplina di legge ha inteso, invece, scongiurare (sentenza n. 3722 dell'8 aprile 2009).

Gli effetti della condotta, si pongono, in definitiva, al di fuori della struttura degli illeciti consumeristici sanzionati dal Codice del Consumo, atteso che la normativa in materia non ha la mera funzione di assicurare una reazione alle lesioni arrecate dalle pratiche scorrette agli interessi patrimoniali del consumatore, ma si colloca su un più avanzato fronte di prevenzione, essendo tesa a salvaguardarne, in primo luogo, la libertà di autodeterminazione, e, pertanto, indirettamente, a prevenire distorsioni del funzionamento del mercato concorrenziale, sin da una fase ampiamente prodromica rispetto all'effettiva instaurazione del rapporto negoziale.

Gli effetti della condotta possono, semmai, assumere significatività quale elemento aggravante, laddove il comportamento ascrivibile all'operatore abbia avuto diffuse ricadute pregiudizievoli nell'ambito dei consumatori: da tale circostanza essendo con ogni evidenza dato desumere la grave inadeguatezza del comportamento posto in essere da quest'ultimo a fronte del paradigma di diligenza che la normativa di riferimento ha posto quale essenziale referente di valutabilità della condotta.

4.2. Venendo poi ai due profili concretamente stigmatizzati dall'Autorità — escluso che possa ravvisarsi l'esclusiva imputabilità della pratica a soggetti terzi (per quanto sopra detto circa la chiara riconducibilità della pratica ai protocolli di acquisizione del consenso elaborati dalla stessa Wind e forniti ai propri collaboratori, ovvero *partner* commerciali) — il Collegio non rinviene vizi logici nel ragionamento dell'Autorità, là dove,

in primo luogo, ha ritenuto che « *gli script di registrazione utilizzati dal professionista, nella loro formulazione generale, non appaiono idonei ad informare il consumatore in maniera esplicita e con sufficiente chiarezza che attraverso la registrazione della telefonata lo stesso sta prestando il proprio consenso alla conclusione del contratto di utenza telefonica. Ciò vale sia per le tracce di registrazione utilizzate a partire dal mese di settembre 2008, inizialmente prodotte dal professionista, che, a maggior ragione, per quelle valide nel periodo precedente ossia a partire dal mese di settembre 2007. In entrambe le versioni, infatti, sebbene nel corso della conversazione registrata l'operatore del call center chieda al soggetto contattato conferma circa "la volontà di avviare immediatamente la procedura di attivazione dell'offerta", in nessuna fase della telefonata viene esplicitamente riferito all'utente che sta concludendo il contratto di somministrazione di servizio telefonico con il nuovo operatore.* ».

Il Collegio osserva altresì che l'ambiguità dello script inizialmente utilizzato risulta, in fondo, ammessa dalla stessa Wind, laddove, nel corso del procedimento, ha più volte offerto di modificarne il contenuto, sia per rendere chiaramente edotto l'utente che, attraverso la telefonata, sta « stipulando un contratto » (espressione comprensibile anche dai consumatori meno smaliziati e certamente più chiara di quella relativa all'« avvio del processo di attivazione dell'offerta », stigmatizzata dall'Autorità), sia per assicurarsi (senza necessariamente rinunciare all'acquisizione dei contratti mediante il *teleselling*) che il soggetto contattato telefonicamente sia maggiorenne e in grado di impegnare la volontà del titolare della linea.

Come già accennato, con memoria del 13 novembre 2008, la società manifestava infatti l'intenzione, a partire dal 5 dicembre 2008 « *di apportare ulteriori modifiche che riguardano tanto il tema dell'espressa volontà del cliente di voler concludere un contratto quanto quello dei rapporti tra titolare e responsabile della linea. In particolare, con riguardo alla prima questione, la domanda: "Mi conferma quindi la sua volontà ad avviare immediatamente la procedura di attivazione del servizio Infostrada richiesto?" sarà sostituita dalla seguente: "Mi conferma la sua volontà di concludere un contratto con Infostrada e quindi di voler avviare immediatamente la procedura del servizio Infostrada?"*. Relativamente al secondo profilo, le domande: "Mi conferma di essere il titolare della linea?", "Si tratta, allora, del responsabile della linea?" o "Si assume Lei la responsabilità di manifestare il consenso per conto dell'intestatario della linea?", saranno sostituite dalle seguenti: "Mi conferma di essere il titolare della linea xxx?", "Si tratta, allora, del responsabile della linea?", "Mi conferma che lei è stato delegato per poter richiedere l'attivazione del servizio telefonico in nome e per conto del titolare della linea e pertanto si assume Lei la responsabilità di manifestare il consenso per conto dell'intestatario della linea?" ».

La società si impegnava altresì, in caso di contestazione da parte dell'effettivo titolare, a considerare l'ordine come non effettuato e a gestire il reclamo « *in via prioritaria senza che gravi in capo al consumatore alcuno specifico onere probatorio se non quello di dimostrare di non avere materialmente espresso il proprio consenso* ».

Parimenti condivisibili appaiono le argomentazioni dell'Autorità, laddove ha fatto osservare, relativamente al controllo svolto in *outsourcing*, che esso si presta ai medesimi rilievi sopra evidenziati, posto che, nei casi dubbi, la società incaricata effettua il *recall* utilizzando lo stesso

script fornito dal professionista al fine di recuperare l'attivazione (« *anche la formulazione di tale traccia non appare tale da garantire l'acquisizione di un consenso pieno ed informato del consumatore* »).

4.3. Relativamente al profilo della pratica concernente l'attivazione di servizi con caratteristiche difformi da quelle promesse, al Collegio non appare anzitutto chiaro (non essendo stato spiegato da Wind, neanche nel presente ricorso), perché la telefonata con la quale si procede all'acquisizione del consenso non venga integralmente registrata, sin dall'inizio, allo scopo di verificare se, effettivamente, l'operatore del *call-center* si attenga scrupolosamente allo *script* nella fase promozionale del colloquio telefonico.

È bene precisare, al riguardo, che l'Autorità ha addebitato a Wind la mancata predisposizione di adeguati strumenti di prevenzione e di controllo, « *sia con riferimento alla fase che precede la registrazione del consenso, che con riferimento a quella successiva, al fine di evitare che il consumatore possa venire fuorviato in ordine al reale contenuto dell'offerta commerciale proposta.* ».

Il Collegio ricorda che, ove, come nel caso di specie, un'impresa si avvalga della collaborazione di altri soggetti nella propria attività, e nell'ambito della propria organizzazione, essa, anche sul piano civilistico, è comunque tenuta a predisporre ed attuare meccanismi di verifica e di controllo del loro operato.

Nel caso di specie, la mancata predisposizione da parte di Wind di adeguati strumenti di controllo degli operatori dei *call-center*, nella delicata fase di acquisizione del consenso (controllo facilmente realizzabile, ad esempio, attraverso l'integrale registrazione della telefonata, comunque assoggettata, per autonoma iniziativa di Wind, al successivo riascolto da parte dell'ente deputato al « controllo qualità »), rappresenta indubbiamente, anche secondo il comune buon senso, un condotta non conforme al « *normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista* » (cfr. l'art. 18, comma 1, lett. h) del Codice del Consumo).

4.4. Relativamente al carattere aggressivo della pratica, l'Autorità ha osservato che « *la pratica commerciale risulta aggressiva ai sensi degli artt. 24 e 25 del Codice del Consumo nella misura in cui, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nelle fattispecie concrete, mediante indebito condizionamento, è risultata tale da limitare considerevolmente, e in alcuni casi addirittura escludere, la libertà di scelta degli utenti in ordine alla conclusione del contratto ed all'attivazione del servizio proposto a mezzo di telefono, inducendoli ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbero altrimenti preso. Per quanto riguarda l'“indebito condizionamento” si rileva che esso consiste nello sfruttamento di una posizione di potere da parte del professionista per esercitare una pressione in modo da limitare notevolmente la capacità del consumatore di assumere scelte consapevoli. Nel caso in esame, come sopra già evidenziato, occorre tenere presente che la conclusione di contratti di utenza a mezzo telefono rappresenta una tecnica di commercializzazione dei propri servizi caratterizzata da forme di pressione ed intrusione nella sfera del consumatore particolarmente incisive, tenuto conto*

dell'esistenza di un'elevata asimmetria informativa tra il professionista ed il consumatore, dovuta sia alla particolare complessità del settore sia alle modalità con cui avviene il contatto telefonico, che rende il secondo totalmente dipendente dal primo per quanto concerne la conoscenza degli elementi rilevanti in merito alla conclusione del contratto ed alle caratteristiche del servizio proposto [...] Inoltre, l'attivazione di servizi di utenza telefonica senza aver acquisito l'inequivoca volontà dell'intestatario della linea di concludere il contratto di fornitura del servizio e la conseguente richiesta di pagamento con l'invio delle relative fatture comportano la violazione dell'articolo 26, lettera f), del Codice del Consumo, che annovera tra le condotte considerate in ogni caso aggressive il comportamento del professionista che esiga "il pagamento immediato o differito di prodotti (servizi) che il professionista ha fornito ma che il consumatore non ha richiesto", così come richiamato altresì dall'articolo 57 del medesimo Codice. La circostanza evidenziata dall'operatore per cui nei casi accertati di attivazione di servizi non richiesti Wind non ha preteso dagli utenti il pagamento di nessuna prestazione corrispettiva ed ha provveduto a sue spese al ripristino delle condizioni tecniche e contrattuali preesistenti nonché al rimborso integrale dei costi indebitamente sostenuti dal cliente, non vale ad escludere la violazione degli artt. 24, 25 e 26 del Codice del Consumo. Ciò in quanto la valutazione richiesta all'interprete riguarda la condotta posta in essere dal professionista valutata nel suo impatto nei confronti delle scelte economiche dei consumatori e, per quanto riguarda la lettera f) dell'articolo 26 il fatto che sia richiesto il pagamento di un servizio che il professionista ha fornito ma che il consumatore non ha richiesto, indipendentemente dagli strumenti previsti ex post per porre rimedio al verificarsi in concreto della fattispecie. ».

4.4.1. Deve escludersi, in primo luogo, che l'Autorità abbia inteso stigmatizzare come pratica aggressiva la tecnica del *teleselling* in sé considerata.

Il procedimento in esame dimostra infatti che, con opportuni, semplici e poco onerosi accorgimenti, è possibile, da parte degli operatori di telefonia, garantire l'acquisizione di un consenso reale ed informato anche attraverso l'utilizzo di tecniche di comunicazione a distanza.

La valutazione svolta dall'Autorità appare altresì rispondente a quanto già argomentato dalla Sezione (cfr., ad esempio, la sentenza n. 5627/2009, cit.), secondo cui, sebbene l'art. 26 del Codice del Consumo configuri, quali tipica pratica aggressiva, l'«esigere il pagamento immediato [...] di prodotti che il professionista ha fornito, ma che il consumatore non ha richiesto», anche l'illiceità di siffatta condotta deve comunque essere sempre messa in rapporto con la clausola generale, contenuta nel precedente art. 24, in base al quale «È considerata aggressiva una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto [...]».

Nel caso in esame, è fatto del tutto notorio che l'uso del telefono per la promozione e l'attivazione di contratti possa agevolmente prestarsi a forme di «pressione» psicologica nei confronti dei consumatori, di talché, se, come avvenuto nel caso di specie, non vengano adottati stringenti

strumenti di controllo nei confronti degli operatori, possono facilmente prodursi proprio quelle forme di « indebito condizionamento » che il Codice del Consumo ha inteso scongiurare.

5. È necessario a questo punto esaminare le restanti argomentazioni svolte dalla società, in ordine alla quantificazione della sanzione pecuniaria.

L'Autorità ha in primo luogo messo in luce che « *Ai fini di garantire effettiva efficacia deterrente alla sanzione pecuniaria, si deve prendere in considerazione la dimensione economica del professionista. Sotto tale profilo, pertanto, nel caso di specie, si considera che la società Wind Telecomunicazioni S.p.A. rappresenta uno dei principali gestori di telefonia fissa a livello nazionale.* ».

Relativamente alla gravità della violazione ha osservato « *che la fattispecie in esame ha avuto un significativo impatto, in quanto la pratica commerciale è rappresentata dalla conclusione di contratti a distanza a mezzo telefono ed è suscettibile, pertanto, di aver raggiunto un numero considerevole di utenti. Inoltre, occorre rilevare che, nel caso di specie, la gravità è da ricondurre alla stessa tipologia della condotta posta in essere dalla società Wind e al settore di riferimento, ovvero quello della telefonia. Rispetto a tale settore, infatti, come rilevato dall'Autorità nei numerosi citati interventi [...], l'obbligo di completezza e chiarezza delle informazioni veicolate si presenta particolarmente stringente, anche in considerazione dell'asimmetria informativa esistente tra professionista e consumatore, dovuta al proliferare di promozioni e piani tariffari anche molto articolati. Rileva, inoltre, la palese contrarietà alla diligenza professionale, atteso che un operatore, quale la società Wind, da tempo attivo nel settore di cui trattasi e, conseguentemente, dotato di specifica competenza, è certamente edotto in ordine alla peculiarità dello strumento negoziale utilizzato per l'acquisizione di nuova clientela [...]* ».

L'importo base della sanzione amministrativa pecuniaria è stato determinato in 245.000.

Ravvisata l'esistenza di circostanze aggravanti, « *in quanto il professionista risulta già destinatario di provvedimenti di scorrettezza in violazione del Titolo III, Capo II, del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, come modificato dal Decreto Legislativo 2 agosto 2007, n. 146 [Cfr., da ultimo i provv. n. 18779 del 21 agosto 2008 PS457 - 10 SMS GRATIS; provv. n. 18675 del 24 luglio 2008 PS781 - WIND-NOI 2 BIG PACK; provv. n. 18159 del 19 giugno 2008 PS278 - INFOSTRADA-MENO DI 10 EURO AL MESE.]* » la sanzione è stata aumentata sino ad euro 295.000.

L'Autorità ha però espressamente valutato anche « *il comportamento collaborativo del professionista che ha adottato una serie di misure volte a migliorare i processi di acquisizione della nuova clientela mediante la conclusione di contratti di utenza a distanza* », diminuendo così l'importo, in concreto irrogato, a euro 215.000.

5.1. Wind si duole, in primo luogo, del fatto che tra gli indici presi in considerazione ai fini della quantificazione della sanzione, vi sia anche la « *dimensione economica* » dell'impresa posto che essa, sul mercato in esame, non rappresenta l'operatore « *incumbent* ».

Premesso che la sanzione inflitta alla società si pone ben al di sotto del massimo edittale, non occorre spendere molte parole per rilevare che la « *capacità economica* » rappresenta uno dei parametri specificamente elencati dall'art. 11 della l. n. 689 del 1981, (richiamato dall'art. 27,

comma 13, del Codice del Consumo), al fine di assicurare gli effetti deterrenti della sanzione.

Secondo un consolidato orientamento dell'Autorità, inoltre, l'importanza economica dell'operatore è comunque idonea di per sé a rendere più efficace la comunicazione pubblicitaria e, pertanto, ad aggravarne la valenza lesiva ove la stessa integri anche una pratica commerciale scorretta (cfr. TAR Lazio, sez. I, sentenza n. 277/08).

Viene lamentata altresì una pretesa disparità di trattamento rispetto ad altre imprese del settore, coinvolte in pratiche analoghe a quella di cui oggi si controverte.

Non appare tuttavia possibile operare un raffronto con gli importi comminati agli altri operatori commerciali, essendo noto che l'ammissibilità di una siffatta censura postula, anzitutto, l'assoluta identità delle situazioni poste a raffronto.

Nel caso di specie, tale comparazione appare ancora più ardua se si pone mente al fatto che Wind ha fatto riferimento a procedimenti del tutto autonomi rispetto a quello oggi in esame.

Non è inoltre affatto vero che non abbiano formato oggetto di « bilanciamento » le misure adottate dalla società per migliorare le procedure di stipulazione dei contratti.

Nel provvedimento, come sopra riportato, viene dato espressamente atto dell'applicazione della circostanza attenuante, relativa all'impegno assunto da Wind per migliorare i processi di acquisizione di nuova clientela.

Relativamente al preteso, limitato impatto della pratica, desunto dall'esiguo numero di contratti stipulati, va sottolineato che la gravità della violazione è stata ravvisata dall'Autorità principalmente nell'idoneità della pratica a raggiungere un numero assai elevato di utenti.

È dunque evidente che la circostanza rilevata dalla società ha formato oggetto di bilanciamento — come consentito dal cit. art. 11 della l. n. 689/81, richiamato dall'art. 27, comma 13, del Codice del Consumo — rispetto ai restanti indici di gravità della condotta, risultanti dagli elementi sopra posti in evidenza, secondo un ragionamento che, a parere del Collegio, si presenta esente da vizi logici, soprattutto ove si consideri che, anche secondo il precedente orientamento formatosi in materia di pubblicità ingannevole, non è necessario procedere ad un accertamento del pregiudizio economico subito dal consumatore.

Come sopra più diffusamente argomentato, la normativa in materia non esaurisce infatti la sua funzione nel garantire una reazione alle lesioni arrecate agli interessi patrimoniali dei consumatori, ma è essenzialmente finalizzata a preservarne la libertà di autodeterminazione.

L'Autorità, infine, diversamente da quanto lamentato da Wind, non ha inteso applicare l'istituto della recidiva in senso tecnico — quale disciplinato dall'art. 8-bis della l. n. 689/81, aggiunto dall'art. 94 del D.Lgs. n. 507/99 — bensì, più semplicemente, ha determinato in concreto la sanzione, da rapportarsi, secondo quanto prescritto dall'art. 11 della più volte cit. l. 689, anche alla « personalità » dell'agente, alla cui ricostruzione, per consolidata giurisprudenza, concorrono anche i « precedenti » nel settore genericamente interessato dalla violazione ascrittagli (così Cass., sez. I, 28 maggio 1999, n. 4970, richiamata dalla difesa erariale, nonché TAR Lazio, sentenza n. 277/2008, cit.).

È bene precisare che i precedenti invocati dall'Autorità, nella fattispecie, riguardano tutti la promozione di offerte, nel settore della telefonia,

fissa, o mobile, attraverso i più diversi mezzi di comunicazione pubblicitaria (spot televisivi, affissioni, etc.) e che anche la pratica in esame è caratterizzata da una fase preliminare, di promozione dell'offerta, risultando perciò, in tale parte, del tutto assimilabile alle pratiche in precedenza sanzionate.

6. In definitiva, per quanto argomentato, il ricorso deve essere respinto.

Sembra però equo, in ragione della peculiarità della fattispecie, compensare integralmente tra le parti le spese e gli onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma, sez. I^A, definitivamente pronunciando sul ricorso di cui in premessa, lo respinge.

Spese compensate.

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

**IN TEMA DI ATTIVAZIONE
NON RICHIESTA DI SERVIZI
DI UTENZA TELEFONICA E
DI CUMULO DI
COMPETENZE TRA
AUTORITÀ
AMMINISTRATIVE
INDIPENDENTI IN MATERIA
DI PRATICHE COMMERCIALI
SCORRETTE**

I. **I** l D.Lgs. n. 146 del 2 agosto 2007 ha recepito la Direttiva 2005/29/CE in tema di pratiche commerciali sleali¹ e ha introdotto la categoria delle pratiche commerciali aggressive (disciplinate dagli artt. 24-26 del Codice del Consumo), novità legislativa che ha colmato la lacuna relativa all'esigenza di reprimere le modalità di comportamento scorrette dei professionisti rivolte a limitare considerevolmente la libertà di scelta del consumatore, mediante molestie, coercizione e indebiti condizionamenti, inducendolo ad assumere decisioni commerciali che altrimenti non avrebbe preso.

¹ Il nostro legislatore ha preferito ridenominarle «pratiche commerciali scorrette», per distinguere tali comportamenti dall'attività di concorrenza sleale repressa in modo specifico dal nostro ordinamento giuridico agli artt. 2598-61 del Codice Civile. In verità, dal momento che nel meccanismo concorrenziale il ruolo centrale è attribuito al consumatore, si deduce che la coincidenza della *ratio* delle due discipline (che si concretizza nella libertà di scelta del consumatore) consente, una volta individuata la categoria delle pratiche aggressive, di ricondurre il comportamento (scorretto nei confronti del consumatore) che produce un effetto distortivo nella libertà di scelta, tra le modalità

sleali ex art. 2598, n. 3, specialmente se la pratica è rivolta a soggetti particolarmente sensibili: diventa agevole, a questo punto, ricondurre la molestia, la minaccia, la sollecitazione insistente, l'invito ad un acquisto non desiderato, ecc..., alle modalità ritenute sleali tra imprenditori (perché contrarie alla correttezza professionale) ex art. 2598, n. 3, quando ricorre un rapporto di concorrenza. È la scelta del nostro legislatore di delineare un distinguo tra le due normative può essere letta proprio come una chiara e precisa volontà di ritenere al contempo ammissibile la tecnica aggressiva o suggestiva come atto di concorrenza sleale, qualora ne ricorrano i presupposti.

L'esigenza era stata, comunque, da tempo avvertita dalla dottrina più attenta² che aveva sottolineato la slealtà di questa pratica commerciale, caratterizzata dalla distorsione del comportamento del consumatore che non riguarda il contenuto informativo (come avviene, invece, per l'altra categoria di pratiche scorrette contemplata dallo stesso D.Lgs. n. 146, vale a dire quella delle pratiche commerciali ingannevoli): in questo caso l'effetto distorsivo è riferito ad una costrizione di tipo psicologico o morale o fisico, che possa indurre il consumatore (e, in particolare, il consumatore « vulnerabile », il soggetto, cioè, con una volontà più fragile, più esposta ai rischi) ad effettuare una scelta che, in altre condizioni, non avrebbe fatto.

La definizione di pratica aggressiva predisposta all'art. 24 Cod. Cons. deve a sua volta essere letta alla luce della clausola generale³ che, con una fedele trasposizione della Direttiva, è stata posta all'art. 20, e che vale, secondo l'interpretazione che ci sembra preferibile, anche per le pratiche scorrette ingannevoli.

Secondo la disposizione dell'art. 20, nella versione modificata dal D.Lgs. n. 146, una pratica è considerata scorretta quando: a) è contraria alla diligenza professionale; b) falsa o è idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori.

La norma, vista in relazione anche all'art. 24, richiede l'approfondimento dei concetti di « diligenza professionale » e di « effetto distorsivo »: in altri termini, dalla lettera dell'art. 20 emerge che, per verificare se una pratica commerciale possa essere considerata scorretta, occorre accertare l'esistenza di ambedue le condizioni. In particolare, l'art. 24

² ULMER (*La repressione della concorrenza sleale negli Stati membri della Comunità Economica Europea, con la collaborazione di BEIER*, Milano, 1968, 197 ss.), già negli anni '60, aveva individuato tra le fattispecie di concorrenza sleale i *metodi pubblicitari molesti, l'invio di prodotti non ordinati e la costrizione psicologica dei clienti mediante prestazioni gratuite*. La ricerca di diritto comparato di ULMER ha poi ispirato gli scritti di un autore (LIBERTINI, *Commentario al Cod. Civ.*, a cura di Cendon, vol. V, sub art. 2598, Torino, 1991, 1568 ss.) che, per primo nella dottrina italiana, ha tentato di introdurre la categoria degli « atti lesivi della libertà o della dignità del consumatore » non conformi alla correttezza professionale ex art. 2598, c.c.

³ Sul ruolo e la funzione della clausola generale si è molto discusso in dottrina, anche a livello comunitario. Si rinvia per tutti a: LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche scorrette*, in *Contratto e impresa*, 2009, 73 ss., e *ivi*, citazioni. L'A.

non accetta la tesi, in un primo momento considerata prevalente in dottrina, sul carattere residuale della clausola generale e ribadisce, invece, che essa è una norma fondamentale dell'intera materia, che può agevolare l'individuazione di pratiche commerciali sleali alla luce degli ordinamenti nazionali, ma mai può essere invocata per quelle fattispecie regolate in modo specifico dagli Stati membri o che la Direttiva ha preferito lasciar fuori; essa riveste un'importanza fondamentale in tutta la disciplina consentendo di risolvere i dubbi interpretativi. L'A. osserva, inoltre, che (*op. ult. cit.*, 80, nt. 13) la soluzione interpretativa accolta sembra implicitamente affermata nella prassi applicativa dell'A.G.C.M. che, negli atti di contestazione degli addebiti alle imprese interessate, richiama di solito cumulativamente l'art. 20 e altri artt. del Cod. del Consumo. Mi permetto di rinviare, pure, al mio *Le pratiche commerciali aggressive, Monografie di Contratto e Impresa, Serie diretta da F. GALGANO*, Padova, 2010, 35 ss.

ribadisce, per le pratiche aggressive, la rilevanza dell'effetto distorsivo (*materially distort*) del comportamento del consumatore medio e la sua preminenza rispetto al principio della non conformità alla diligenza professionale per il preciso riferimento, nella norma, alla libertà di scelta o di comportamento nelle decisioni commerciali attribuita al consumatore⁴.

Per qualificare una pratica aggressiva occorre, dunque, la ricorrenza di una molestia, di una coercizione o di un indebito condizionamento; la fattispecie concreta deve presentare poi i due caratteri, che emergono dalla lettura delle disposizioni, che sono, sotto il profilo funzionale, l'idoneità a limitare considerevolmente la libertà di scelta del consumatore e, dal punto di vista strutturale, la distorsione che si verifica quando si induce lo stesso ad assumere decisioni favorevoli al professionista; elementi tra di loro collegati e che contribuiscono a qualificare la pratica come aggressiva, non soltanto dal punto di vista strutturale ma anche nella sua capacità estorsiva di una scelta. Inoltre, l'avverbio «pertanto», utilizzato nella parte finale dell'art. 24, conferma la relazione tra il profilo funzionale dell'idoneità a limitare considerevolmente la libertà di scelta del consumatore e quello della distorsione che è alla base del comportamento del professionista che fa leva sulla particolare sensibilità o vulnerabilità del soggetto⁵. E l'indagine sull'effetto distorsivo deve costituire l'oggetto dell'esame dell'Autorità competente cui è devoluto il compito di valutare la *materiality*, cioè il carattere sostanziale della particolare suggestione che può avere originato la scelta del consumatore «vulnerabile», di quel consumatore che, per una serie di circostanze, è particolarmente sensibile e, in quanto tale, più esposto alla «suggestione» che può provenire da una determinata sollecitazione, ma anche da un messaggio promozionale che può anche essere di natura subliminale.

I primi orientamenti dell'A.G.C.M. e del TAR hanno posto, comunque, in luce il ruolo centrale della clausola generale, anche se è stato sottolineato che in alcuni provvedimenti viene trascurato il profilo della falsità o idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore, mentre mai l'Autorità omette di riferirsi alla contrarietà alla diligenza professionale⁶. E, in verità, ciò costituisce una lacuna fondamentale, perché nell'analisi del contenuto della clausola generale, la violazione dei criteri di diligenza professionale non costituisce un elemento essenziale della fattispecie della pratica commerciale scorretta, ma soltanto di quella colpevole.

⁴ Tuttavia, è necessario che si verifichino ambedue i requisiti. Non si può infatti affermare che, per il solo fatto che una pratica sia idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio, essa sia contraria alla diligenza professionale o che tale condizione comporti automaticamente l'idoneità a limitare la libertà di scelta o ad indurre il consumatore a prendere decisioni che altrimenti non avrebbe adottato.

⁵ Cfr., in tal senso, DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contratto e Impresa, Europa*, 2007, 39 ss.

⁶ Cfr. ZORZI (*Le pratiche scorrette a*

danno dei consumatori negli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in *Contratto e Impresa*, 2010, 433 ss., e *ivi* riferimenti), la quale rileva che spesso, nei provvedimenti dell'AGCM, il secondo parametro (della falsità o idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore...) è stato solo menzionato, ma non è stato oggetto di una ulteriore specifica valutazione, forse perché esso è ricompreso nell'accertamento dell'aggressività della pratica, non avendo carattere autonomo rispetto al requisito della scorrettezza, in quanto ne rappresenta l'altra faccia della medaglia (v., in particolare 474).

Infatti, la violazione del dovere di diligenza assume rilievo solo in ordine al giudizio di colpevolezza, necessario ai fini del risarcimento del danno, mentre non incide sull'antigiuridicità oggettiva del comportamento, rilevante ai fini dell'inibitoria. La pratica commerciale sarà considerata scorretta, come nella tradizione legislativa in materia di concorrenza sleale, in base ad un giudizio oggettivo del comportamento, a prescindere dalla colpevolezza; e sarà rilevante ai fini dell'inibitoria. La conferma di ciò si può trovare nell'art. 11.2 della Direttiva, secondo cui « ...*gli Stati membri conferiscono all'organo giurisdizionale o amministrativo il potere... di far cessare le pratiche commerciali sleali... anche in assenza di prove in merito all'intenzionalità o alla negligenza da parte del professionista* »⁷.

2. Nella sentenza che si annota il TAR Lazio affronta il tema delle attivazioni di servizi di utenza telefonica non richiesta e conferma la decisione dell'A.G.C.M. sul carattere aggressivo della pratica commerciale. È interessante notare come il TAR, per avvalorare l'orientamento dell'A.G.C.M., abbia confermato la competenza dell'Autorità, impostando un ragionamento tortuoso, per negare l'applicabilità, al caso in esame, delle argomentazioni svolte dal Consiglio di Stato, nel parere n. 3999 del 3 dicembre 2008, che ha ribadito l'esigenza di evitare la duplicazione degli interventi che sarebbe causa di incoerenze normative⁸.

Il principio del *ne bis in idem* (secondo il quale nessuno può essere assoggettato a una duplice sanzione per lo stesso fatto), spiega il Consiglio di Stato nel suddetto parere, è fondamentale quando si è in presenza di azione pubblica, azione che va messa in relazione « *al principio generale di libertà che non tollera la reiterazione del medesimo intervento autoritativo di attuazione del diritto oggettivo da parte di figure pubbliche diverse* », specialmente se si considera « *l'origine delle autorità amministrative indipendenti, incentrata sull'intrinseca autonomia del settore di riferimento e la limitazione dell'intervento pubblico alle sole, imparziali, garanzia e regolazione del mercato; e dove la duplicazione dell'intervento — oltre a contraddire i presupposti della funzione di vigilanza e regolazione — sarebbe causa di incoerenze, quando non di turbative, rispetto alla naturale determinazione dei soggetti del mercato* ». E, poiché la duplicazione degli interventi non è tollerabile, sorge la necessità di identificare, nei casi dubbi, quale sia l'Autorità competente, non dimenticando che alla preventiva non duplicazione si giunge soltanto mediante il coordinamento spontaneo delle Autorità.

Il Consiglio di Stato, ricordando che la specialità della competenza incontra dei limiti estrinseci ed intrinseci⁹, entrambi derivanti dalla circo-

⁷ In tal senso LIBERTINI, *Clausola generale*, cit., 89.

⁸ Come rileva LIBERTINI (*Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Federalismi.it, Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, n. 15/2009), il principio, finora sancito solo per i rapporti fra CONSOB e A.G.C.M., dovrebbe essere esteso anche ad altri settori soggetti alla vigilanza di autorità di settore (a cominciare da

quello delle comunicazioni elettroniche, che è poi quello più colpito da procedimenti in materia di pratiche commerciali aggressive). Risulta, invece, che finora sia l'A.G.C.M. che il TAR abbiano negato il principio di specialità (v., infatti, a parte la decisione che si annota, TAR Lazio-Roma, Sez. I, 3 luglio 2009, n. 5446, *Elsacom*).

⁹ Tra quelli estrinseci vengono ricordate le espresse disposizioni di legge, o di fonte comunitaria, che stabiliscano, di vol-

stanza che quello della specialità è un criterio suppletivo, nel senso che opera quando non è diversamente ricavabile dall'ordinamento un diverso criterio di superamento delle antinomie normative, afferma comunque che, circa i limiti intrinseci, la questione si pone in modo particolare in questa materia ove il principio della specialità assume una certa rilevanza anche perché esiste una compiuta ed organica disciplina. E ciò induce ad una più attenta considerazione del problema, da sviluppare di volta in volta.

Nella fattispecie in esame il problema della specialità si pone tra le norme, poste nel Codice del Consumo, che disciplinano le pratiche commerciali aggressive e quelle regolamentari delle procedure di stipulazione dei contratti mediante tecniche di comunicazione a distanza (Delibera n. 664/06/CONS, il cui art. 2 « *Conclusioni dei contratti a distanza di fornitura di beni e servizi di comunicazione elettronica* » riprende e precisa le norme del Codice del Consumo). La normativa dettata dal Codice del Consumo tutela direttamente l'autodeterminazione del consumatore e indirettamente l'interesse pubblico alla realizzazione di un mercato pienamente efficiente e concorrenziale. La portata delle disposizioni di competenza dell'Autorità di settore riguarda, invece, più propriamente, la conformazione del mercato delle comunicazioni, in particolare attraverso i poteri di regolazione di un settore affidato alla vigilanza dell'AGCom.

Il TAR Lazio, pur dichiarando di non discostarsi dai principi sopra delineati, ritiene che non si possa configurare, nella fattispecie, una duplicazione di interventi, in quanto non c'è una completa sovrapposizione tra le norme del Codice delle Comunicazioni elettroniche poste a tutela dei consumatori e quelle del Codice del Consumo per la diversità degli interessi pubblici primari affidati alle cure delle due Autorità indipendenti, nonché per la diversità degli strumenti di intervento e di tutela.

Anche se la funzione di vigilanza sui contratti stipulati nel settore delle comunicazioni elettroniche viene affidata alle Autorità nazionali di regolazione, il TAR sostiene che non può tuttavia mai esserci « *alcuna disciplina regolatoria che colga interamente la complessità del reale, né siffatta disciplina è effettivamente auspicabile, posto che, come noto, anche l'eccesso di regolazione può avere effetti controproducenti sulla concorrenzialità del mercato* ». In sostanza, il Collegio afferma che la completezza della normativa settoriale, che deve essere verificata nei casi concreti e « *non predicata in astratto* », non ricorre perché non è « *auspicabile* » ai fini dell'equilibrio del mercato (!) e, dal momento che la disciplina di settore prevale in caso di contrasto, ma soltanto se completa, nella fattispecie la disciplina regolamentare sui contratti a distanza nel settore delle comunicazioni (ammesso che abbia carattere esaustivo) prevale solo in caso di antinomia reale tra le regole di comportamento, elaborate *ex ante*, e quella che l'Autorità antitrust di fatto individua quale esigibile da parte un professionista mediamente intelligente: quest'ultima, invece, appare in grado di completare il « *quadro* » complessivo dei poteri pubblici, sanzionatori e di *enforcement*, a tutela dei consumatori.

ta in volta, quale debba essere l'Autorità competente; mentre tra quelli intrinseci troviamo i limiti stessi all'operatività del principio, ad esempio, la specialità reci-

proca, la sussidiarietà espressa dell'una disciplina rispetto all'altra, il reciproco assorbimento (Cfr. Consiglio di Stato, parere 3999/08).

In altri termini, la sentenza da un lato afferma che le due discipline, per la diversità degli interessi pubblici primari e degli strumenti di intervento e di tutela, si completano a vicenda, tanto da richiedere la costante collaborazione fra le due Autorità; dall'altro, per negare l'applicabilità del principio del *ne bis in idem* (e, quindi, per discostarsi dal ragionamento del Consiglio di Stato sul principio di specialità), addirittura sostiene che la disciplina recata dal Codice del Consumo appare completare il «quadro» complessivo della tutela del consumatore. Al contrario, «*il modello astratto di professionista diligente va verificato in concreto non soltanto alla stregua della disciplina di settore, ma anche dell'esperienza propria del settore di attività del professionista (!) e delle finalità di tutela perseguite dal Codice stesso...*». Avverte, dunque, la necessità di una costante collaborazione tra le due Autorità, che dovrebbe servire soltanto a ribadire che, in caso di contrasto, prevale non già la disciplina di settore ma quella generale posta dal Codice del Consumo.

In verità, il Consiglio di Stato, nel ricordare i limiti intrinseci del principio di specialità, considera, come si è già osservato, che la questione si pone in un ambito particolare, perché, esistendo una compiuta e organica disciplina della materia, che appunto dà luogo ad un rapporto di specialità, il principio di specialità diventa realmente operante. E, nell'affrontare la problematica dei servizi non richiesti nella commercializzazione a distanza, ricorda che l'art. 67-*quinquiesdecies*, comma 2, del Codice del Consumo espressamente riconosce la competenza inibitoria e sanzionatoria *anche* dell'A.G.C.M., ma ciò sembra confermare proprio il principio generale secondo cui i poteri dell'A.G.C.M. non operano in presenza di una «completa» disciplina di settore, altrimenti non sarebbe stata necessaria un'espressa previsione normativa (appunto l'art. 67-*quinquiesdecies*) per introdurre il diverso regime di concorso e cumulo fra i poteri sanzionatori di più Autorità competenti. In altri termini, l'eccezione esplicita (ma che il Consiglio di Stato ribadisce «isolata») alla regola di esclusione reciproca, prevista dall'art. 19, comma 3 del Codice del Consumo, non opera in presenza di una completa disciplina del settore sugli obblighi di correttezza¹⁰.

Nella fattispecie in esame a me sembra che l'attività sanzionatoria svolta dall'AGCom, ai sensi degli artt. 70 e 98 del Codice delle Comunicazioni possa essere considerata «completa», restando sempre una possibilità di collaborazione fra le due Autorità indipendenti per l'applicazione di un complementare impianto normativo, garantito dall'A.G.C.M. (non

¹⁰ COTTAFANI (*Commentario breve alle leggi su Proprietà Intellettuale e Concorrenza*, sub art. 19 Cod. Cons., *Appendice di aggiornamento*, Padova, 2008, 96) sostiene che, in taluni casi (si riferisce ad ipotesi di pratiche ingannevoli), possono verificarsi situazioni per le quali è ragionevole ritenere che siano applicabili sia la normativa di settore che quella generale posta a tutela del consumatore, con l'eccezione di quei casi particolari in cui il principio di specialità, dettato dall'art. 9 della L. 698/1991, conduca ad escludere la disposizione

generale a favore di quella speciale. E ricorda che, in passato, in applicazione del divieto di pubblicità ingannevole, nell'epoca in cui questa fattispecie era la sola pratica commerciale scorretta disciplinata dal Codice del Consumo, l'A.G.C.M. aveva preso in esame alcuni casi di violazione di norme di settore giudicate suscettibili di comportare anche un inganno pubblicitario, così disponendo a carico del professionista le sanzioni previste dal Codice, ben più severe di quelle dettate dalla normativa di settore.

il contrario, come sostiene il TAR Lazio). Infatti, come ricorda il Consiglio di Stato, nel suddetto parere n. 3999/08, « *in tale peculiare ambito il Codice del Consumo non configura i poteri dell'Autorità come esclusivi, ma prevede, invece, che essi si aggiungano a quelli attribuiti alle Autorità di settore* », ...poteri che, comunque, « *non operano in presenza di una completa disciplina del settore sugli obblighi di correttezza: altrimenti, infatti, non sarebbe stata necessaria un'espressa previsione normativa (appunto, l'art. 67-quinquiesdecies) per introdurre, rispetto a una particolare fattispecie, il diverso regime del concorso e cumulo fra i poteri sanzionatori di più Autorità competenti* ».

3. Altra questione importante affrontata dal TAR è quella che riguarda la definizione di pratica scorretta. In verità, il Collegio si limita a ribadire la nozione di « pratica commerciale scorretta » assunta dall'A.G.C.M. che, rigettando le osservazioni esposte da *Wind* sul limitato impatto della pratica, ha precisato che viene considerata scorretta « *ogni condotta posta in essere da un professionista prima, durante o dopo un'operazione commerciale relativa ad un prodotto o servizio offerto, che si connota per caratteristiche tali da poter essere astrattamente replicata a prescindere dal numero di soggetti che in concreto ne siano stati destinatari e dalle vicende contrattuali circoscritte al rapporto tra professionista e singoli utenti* ».

Ancora una volta il TAR afferma discutibilmente che un comportamento sporadico possa essere considerato una « pratica ». È vero che il comportamento del professionista può essere considerato illecito anche se non dimostra « *una concreta attuazione pregiudizievole (per le ragioni dei consumatori), quanto piuttosto una potenzialità lesiva... che consente di ascrivere la condotta nel quadro dell'illecito (non già di danno; ma) di mero pericolo* »¹¹, ma ciò non significa che fenomeni del tutto marginali e non omogenei possano dar vita ad una pratica.

Lo stesso TAR (e la medesima Sezione I) in un caso precedente relativo ai comportamenti delle banche in materia di portabilità dei mutui (*Intesa Sanpaolo*)¹², aveva dichiarato la necessità che la condotta fosse « *reiteratamente posta in essere dall'operatore commerciale con carattere di apprezzabile omogeneità* »¹³. E ciò corrisponde alla *ratio* della stessa disciplina che mira all'equilibrio del mercato attraverso la repressione di quei comportamenti scorretti dei professionisti che si sostanziano in pressioni psicologiche rivolte spesso ad individui deboli (in linea con la disciplina comunitaria che, tramite l'emanazione di una Direttiva europea sulle pratiche commerciali sleali, ha lo scopo di correggere le distorsioni di mercato lesive della libertà di scelta dei consumatori, che devono essere di un numero apprezzabile tale da giustificare l'intervento dell'Autorità amministrativa¹⁴). L'ampia nozione di pratica commerciale scorretta non comprende soltanto i comportamenti che ineriscono ad un contratto tra professionista e consumatore, ma anche le condotte i cui destinatari possono

¹¹ Come ha stabilito il TAR Lazio-Roma, Sez. I, 8 aprile 2009, n. 3722, caso *Enel*.

¹² TAR Lazio-Roma, Sez. I, 6 aprile 2009, n. 3692, caso *Intesa Sanpaolo*.

¹³ La contraddizione evidente, a tale

proposito, nelle prime pronunce del TAR è stata sottolineata da LIBERTINI, *op. ult. cit.*, 2 ss.

¹⁴ Cfr., in tal senso, LIBERTINI, *op. ult. cit.*, 3 ss.

essere astrattamente determinabili¹⁵, ma deve pur sempre trattarsi di comportamenti posti in essere dall'operatore commerciale con carattere di apprezzabile omogeneità, rivolti al consumatore medio che, per quanto ragionevolmente informato ed avveduto, possa essere condizionato nella libertà di scelta¹⁶.

È vero che il modello del consumatore medio, cui si riferisce la norma, appare sostanzialmente ispirato dal principio di proporzionalità in quanto idoneo ad operare un effettivo bilanciamento tra l'esigenza di libera circolazione delle merci e dei servizi e il diritto del consumatore a determinarsi consapevolmente in un mercato concorrenziale: esso non può conseguire ad una valutazione condotta in termini meramente statistici o empirici, dovendo invece essere presi in considerazione fattori di ordine sociale¹⁷, culturale ed economico e di mercato nell'ambito del quale il consumatore si trova ad agire¹⁸. Tuttavia, la valutazione oggettiva della scorrettezza della pratica (che attenga, cioè, unicamente ad elementi oggettivi, quali il contenuto della comunicazione, il suo contesto, la presentazione del messaggio), valutazione già sperimentata a proposito della pubblicità ingannevole¹⁹, non esclude che il concetto di consumatore medio possa prescindere dalla valutazione della distorsione di un

¹⁵ Cfr. ZORZI (*op. cit.*, 450 ss.), la quale fa notare che «appare ancora attuale quell'orientamento espresso in riferimento alla disciplina della pubblicità ingannevole pregressa dove una pubblicità, anche se destinata e rivolta dal professionista ad un pubblico specialistico, veniva sempre sanzionata, qualora fosse astrattamente idonea a raggiungere (e a manifestare la propria portata ingannevole) nei confronti di un pubblico più vasto di consumatori. E già allora, con parametri che potrebbero essere ripresi ancor oggi in una corrispondente analoga valutazione, il giudizio in proposito è sempre stato condotto in termini oggettivi e in base ad una valutazione complessiva del messaggio (immagine, più indicazioni scritte, contesto, ecc.)».

¹⁶ Nel senso che i comportamenti lesivi della libertà di scelta del consumatore devono comunque raggiungere un livello socialmente apprezzabile (superare una sorta di soglia *de minimis*), per giustificare l'intervento dell'autorità amministrativa, mentre un comportamento di mercato del tutto occasionale, o addirittura eccezionale, non è in grado di alterare in modo apprezzabile il comportamento di un consumatore, cfr. LIBERTINI (*op. ult. cit.*, 2 ss.), il quale, commentando le prime pronunce contraddittorie del TAR (medesima sezione), ricorda le sentenze: TAR Lazio-Roma, sez. I, 6 aprile 2009, n. 3692, che, in un noto caso (*Intesa Sanpaolo*) relativo ai comportamenti delle banche in materia di portabilità dei mutui, sembra sposare questo orientamento; TAR Lazio-Roma, sez. I, 8 aprile 2009, n. 3722, che, in una vicenda

relativa ad attivazioni di servizi da parte di *Enel Energia*, sancisce invece che «la significatività statistica del dato non assurge...ad elemento legittimamente escludente la scorrettezza della pratica commerciale» e TAR Lazio-Roma, sez. I, 11 giugno 2009, n. 5570, *Energas*, secondo cui «l'affermata sporadicità della vicenda... non integra fondamento giustificativo al fine di escluderne la sussumibilità in una tipologia di condotta».

¹⁷ L'accertamento dell'illecito amministrativo non dovrebbe mai prescindere dal profilo dell'effettiva rilevanza sociale del comportamento: in tal senso cfr. LIBERTINI, *op. ult. cit.*, 3.

¹⁸ Nel senso che la nozione di consumatore medio vada valutata dal punto di vista qualitativo, cfr. ZORZI, *op. cit.*, 452. Sul concetto di consumatore medio, v. per tutti: SACCOMANI, *La nozione di consumatore e di consumatore medio nella Direttiva 2005/29/CE*, in *Le pratiche commerciali sleali, Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di MINERVINI e ROSSI CARLEO, *Quaderno di Giurisprudenza Commerciale*, n. 300, Milano, 2007, 141 ss.

¹⁹ Si ricorda, a tal fine, l'orientamento dell'A.G.C.M. che, nella valutazione pregressa svolta in riferimento alla pubblicità ingannevole nel regime antecedente alla normativa sulle pratiche scorrette, è stato sempre nel senso di considerare basato su elementi oggettivi il giudizio sulla portata ingannevole di una comunicazione pubblicitaria. Cfr., per tutti, FUSI-TESTA-COTTAFI, *La pubblicità ingannevole*, Milano, 1993.

comportamento ricorrente e tipico (pur se non necessariamente continuativo). A maggior ragione se la pratica risulta rivolta ad un consumatore «vulnerabile»: è a questa considerazione della debolezza psicologica che deve far riferimento il giudice nella valutazione dell'aggressività.

Nel caso di specie non mi pare che il TAR abbia sviluppato il riferimento alla limitazione della libertà di scelta causata dalla distorsione di origine psicologica, ricordando soltanto che «*gli effetti della condotta possono, semmai, assumere significatività quale elemento aggravante, laddove il comportamento ascrivibile all'operatore abbia avuto diffuse ricadute pregiudizievoli nell'ambito dei consumatori*», mentre risulta evidente la «*grave inadeguatezza del comportamento posto in essere*» nel confronto con il «*paradigma di diligenza che la normativa di riferimento ha posto quale essenziale referente di valutabilità della condotta*».

Ancora una volta il TAR (così come l'A.G.C.M.) non ha puntato sulla componente «essenziale» della clausola generale, cioè la valutazione dell'effettiva distorsione del comportamento (pur precisando, a livello di principio che la disciplina è «*tesa a salvaguardare, in primo luogo, la libertà di autodeterminazione, e, pertanto, indirettamente, a prevenire distorsioni del funzionamento del mercato*») e non ha colto l'occasione per precisare il concetto di consumatore «vulnerabile», limitandosi solo a ricordare che il richiamo al modello del consumatore medio non esclude che «*adeguata tutela debba essere assicurata anche ai consumatori meno smalzati, in quanto presumibilmente sono proprio costoro gli utenti "medi" dei servizi oggetto della pratica*». Più che indicare genericamente la necessità di assicurare una adeguata tutela ai «*consumatori meno smalzati*», il TAR poteva ribadire che, se siamo di fronte ad un consumatore che, a causa della sua infermità mentale o fisica, dell'età o dell'ingenuità, di particolari stati di animo determinati da emozioni o sentimenti, possiede una più limitata capacità decisionale, la valutazione deve ancor più tener conto della rilevanza della contestualizzazione del processo cognitivo che deve essere adattato alla «*persona*» particolarmente sensibile: il consumatore medio può essere accorto e avveduto, ma la sensibilità è tutt'altra cosa. L'immagine del consumatore debole e sprovvisto provoca sicuramente un allarme sociale, per cui sarebbe stato opportuno fornire le risposte adeguate a questo problema, non dimenticando che è al rispetto della persona umana, senza limiti e condizioni, che bisogna mirare e, nel momento del rispetto, deve essere considerato il contesto delle condizioni economiche, familiari e culturali della «*persona*» per valutare quale sia il complesso dei valori che da quel rispetto derivano.

Per questo motivo sarebbe stato più opportuno chiarire che in presenza di un consumatore «vulnerabile» i parametri di valutazione devono essere più rigorosi perché siamo di fronte ad una particolare sensibilità e debolezza del destinatario della pratica. La considerazione della «*ridotta capacità di valutazione del consumatore (che il professionista può ragionevolmente prevedere) determinata da ingenuità, inesperienza, ignoranza, sensibilità adattata alle condizioni sociali e culturali del contesto della sua personalità*»²⁰, va integrata con gli indici della

²⁰ Per l'elaborazione di questo parametro di valutazione, mi permetto di rin-

viare al mio *Le pratiche commerciali aggressive*, cit., 54 ss.

fonte di provenienza dell'offerta o del messaggio e della struttura della pratica, indici che possono provocare l'effetto distorsivo del comportamento economico del consumatore, inducendolo ad assumere una decisione che altrimenti non avrebbe preso.

4. In definitiva il TAR, nel valutare l'aggressività della pratica, omette di valutare l'effettiva distorsione del comportamento del consumatori e, conseguentemente, di verificare se tale comportamento del professionista sia stato in grado di influenzare sensibilmente la capacità del consumatore di scegliere liberamente.

La sentenza ritiene invece sufficiente l'accertamento della idoneità distorsiva, in astratto, del comportamento: «*un'impresa che si avvalga della collaborazione di altri soggetti nella propria attività, e nell'ambito della propria organizzazione..., anche sul piano civilistico, è comunque tenuta a predisporre ed attuare meccanismi di verifica e di controllo del loro operato*», per cui «*la mancata predisposizione da parte di Wind di adeguati strumenti di controllo degli operatori dei call-center, nella delicata fase di acquisizione del consenso... rappresenta indubbiamente, anche secondo il comune buon senso, una condotta non conforme al "normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista"*» (cfr. art. 18, comma 1, lett. *h* del Codice del Consumo)».

Relativamente al carattere aggressivo della pratica, il TAR si limita a ricordare le osservazioni svolte al riguardo dall'A.G.C.M., che si riferisce genericamente, ancora una volta, alla figura dell'indebito condizionamento, (come se *pratica aggressiva* fosse equivalente a *indebito condizionamento*)²¹, usando spesso il termine anche per pratiche chiaramente riconducibili alle altre fattispecie di pratica commerciale aggressiva (molestia, coercizione)²². L'indebito condizionamento, unica delle tre fattispecie di pratica aggressiva ad essere definita dalla legge (art. 18, comma 1, lett. *l*) è caratterizzato dallo «*sfruttamento di una posizione di potere rispetto al consumatore*»; tale potere può essere di origine sociale, negoziale o di mercato e deve essere strutturalmente preesistente all'atto di consumo, e tale da consentire al professionista di condizionare la scelta del consumatore.

Nell'ipotesi in esame (*teleselling*) siamo chiaramente in presenza più di una molestia attuata con pressione psicologica che di un indebito condizio-

²¹ Sull'improprietà del richiamo alla figura dell'indebito condizionamento anche nelle pronunce del TAR, v. LIBERTINI, *op. ult. cit.*, 10.

²² Si deve osservare la tendenza dell'A.G.C.M. a fare riferimento quasi sempre ad un indebito condizionamento quando ricorrono chiaramente i caratteri delle molestie (v., a titolo di esempio, il provvedimento che ha sanzionato l'Opitel S.p.a., PS 19 - Tele2 — Contratti a distanza, Prov. n. 18995 del 16 ottobre 2008, in *Boll.* n. 39/2008, *www.agcm.it.* — in tal

caso il relatore, pur rilevando che la pratica risulta, oltre che ingannevole, aggressiva, manca di riferirsi all'intrusione nella sfera privata e, quindi, alla molestia, che pur rappresenta una fattispecie molto ricorrente di pratica aggressiva) o della coercizione (v., ad esempio, il Prov. n. 19051 del 30 ottobre 2008, - PS 24 - Telecom-Fatturazione per chiamate satellitari e/o a numerazioni speciali, in *Boll.* n. 41/2008, *www.agcm.it.*, che parla di indebito condizionamento e non di coercizione).

namento. La pratica del *teleselling*, che, in sé considerata, non è una pratica aggressiva, lo diventa se svolta con insistenza e con pesante intrusione nella sfera privata del consumatore. Al fine di individuare la distorsione del comportamento, è necessario riferirsi ad alcune variabili di ordine sociale (famiglia, classe sociale, gruppo di riferimento, cultura), che intervengono soprattutto nel processo di risoluzione del problema, in cui l'individuo può essere indotto a prendere delle decisioni commerciali: più il soggetto è sensibile, più viene considerato vulnerabile nel processo di persuasione e di assunzione di comportamenti economici. Il problema più grande è che la previsione delle molestie ha lo scopo di prevenire un comportamento che non necessariamente porta ad una decisione del consumatore, ma sicuramente la influenza. Nella valutazione della distorsione rilevano, quindi, tutti i fattori previsti dall'art. 25 Cod. del Cons., ma rivestono maggiore importanza quelli ricordati al punto a): *i tempi, il luogo, la natura o la persistenza*, specialmente se riguarda l'attivazione di servizi non desiderati, come nel caso in esame.

Il TAR, più che mettere in evidenza le variabili di ordine sociale e la condizione degli utenti quasi sempre « vulnerabili », si limita a ricordare le osservazioni (ormai standardizzate) dell'A.G.C.M., che, pur ricordando come l'indebito condizionamento consiste nello sfruttamento di una posizione di potere da parte del professionista, conclude con la considerazione che la conclusione di contratti di utenza a mezzo telefono rappresenta una tecnica di commercializzazione dei propri servizi, caratterizzata « *da forme di pressione ed intrusione nella sfera del consumatore particolarmente incisive, tenuto conto dell'esistenza di un'elevata asimmetria informativa tra il professionista e il consumatore, dovuta sia alla particolare complessità del settore sia alle modalità con cui avviene il contatto telefonico...* »²³.

Ribadisce, infine, la necessità che l'illiceità della condotta vada messa in rapporto con la clausola generale e non pone, invece, l'accento sul carattere in ogni caso aggressivo delle forniture non richieste, contemplate dall'art. 26 del Cod. del Cons., che riunisce otto fattispecie allo scopo di consentire all'operatore giuridico di valutare più velocemente l'aggressività di un comportamento del professionista in ipotesi in cui, per una

²³ Provv. n. 18829 del 4 settembre 2008 (PS 91 *ENEL Energia - Richiesta Cambio Fornitore*), in *Boll.* n. 33/2008; Provv. n. 18995 del 16 ottobre 2008 (PS 19 *Tele2 - Contratti a distanza*), cit.; Provv. n. 19051 del 30 ottobre 2008 (PS 24 *Telecom-Fatturazione per chiamate satellitari elo a numerazioni speciali*), cit.; Provv. n. 19091 del 5 novembre 2008 (PS 557 *H3G - ADSM Card Modem USB*), in *Boll.* n. 42/2008; Provv. n. 19224 del 3 dicembre 2008 (PS 463 - *Tiscali-Attivazione servizi non richiesti*), in *Boll.* n. 46/2008; Provv. n. 19254 del 11 dicembre 2008 (PS 77, *Telecom Connessione Alice non Richiesta*), in *Boll.* n. 47/2008; Provv. n. 19464 del 29 gennaio 2009 (PS 126 *Tim-MAXXI Alice e Alice Mobile*), in *Boll.* n. 4/2009; Provv. n. 19603 del 5 marzo 2009 (PS 95 *Wind Ab-*

soluteTariffa), in *Boll.* n. 10/2009; Provv. n. 19889 del 20 maggio 2009 (PS 1799 *Otis Servizi - Manutenzione ascensori*), in *Boll.* n. 20/2009. Si è parlato pure di « *elevata asimmetria informativa tra professionista e utente* » in altri provvedimenti adottati per pratiche commerciali scorrette ritenute aggressive perché in violazione dell'art. 25, comma 1, lett. a: Provv. n. 19983 del 18 giugno 2009 (PS 2760 - *Accord Italia - Carta Auchan Accord*), in *Boll.* n. 25/2009; Provv. n. 20193 del 6 agosto 2009 (PS 2797 - *Coin Coincard*), in *Boll.* n. 33/2009; Provv. n. 20194 del 6 agosto 2009 (PS 2873 *Consel Carta di credito non richiesta*), in *Boll.* n. 33/2009; Provv. n. 20268 del 3 settembre 2009 (PS 2940 - *Ducato - Carta Revolving Mai Richiesta*), in *Boll.* n. 36/2009, www.agcm.it.

serie di circostanze, risulta evidente la distorsione della volontà del consumatore. In altri termini, la *black list* consente di individuare alcune fattispecie in cui non è necessario provare che la pratica rientri in uno specifico concetto di molestia, coercizione o indebito condizionamento: infatti, tutte e tre le categorie possono coinvolgere la pressione psicologica, ma la maggiore difficoltà consiste nel dover provare quando la pressione rientra nel campo del lecito o, al contrario, comporta una distorsione del comportamento del consumatore. Mentre nelle categorie generali si tratta di verificare se il mezzo scorretto utilizzato dal professionista gli arreca un vantaggio perché agisce sulla volontà del consumatore inducendolo a prendere una decisione che altrimenti non avrebbe preso, se ricorre una di quelle situazioni ampiamente descritte nella norma, la pratica è considerata aggressiva in tutte le circostanze, perché contiene implicitamente una distorsione del comportamento.

MARIA ADALGISA CARUSO