

**N. 04352/2015 REG.PROV.COLL.**

**N. 03103/2013 REG.RIC.**



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)**

ha pronunciato la presente

**ORDINANZA DI RIMESSIONE ALL'ADUNANZA PLENARIA**

sul ricorso numero di registro generale 3103 del 2013, proposto da:

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura, domiciliataria per legge in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

***contro***

Vodafone Omnitel N.V., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Cintioli e Vittorio Minervini, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, Via Vittoria Colonna, 32;

***nei confronti di***

Associazione Altroconsumo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita;

***e con l'intervento di***

***ad opponendum:***

Telecom Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli

avvocati Mario Siragusa e Fausto Caronna, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, piazza di Spagna n.15;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. Lazio – Roma, Sezione I, n. 1742/2013, resa tra le parti, concernente irrogazione di sanzione amministrativa pecuniaria per pratica commerciale scorretta;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Vodafone Omnitel N.V. e dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni;

Visto altresì l’atto di intervento *ad oppenundum* di Telecom Italia s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Vista l’istanza, proposta dalle parti appellate, di deferimento del ricorso all’Adunanza plenaria;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 16 giugno 2015 il Cons. Maddalena Filippi e uditi per le parti l’avvocato dello Stato Meloncelli, nonché gli avvocati Minervini, Caronna e Siragusa;

1. - La controversia all’esame concerne il provvedimento – n. 23357 del 6 marzo 2012 – con cui l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (d’ora in avanti, “AGCM” oppure “Autorità”) ha irrogato nei confronti di Vodafone Omnitel N.V. (d’ora in avanti, “Vodafone”) la sanzione pecuniaria di € 250.000, in applicazione dell’articolo 20, commi 2 e 3, del *Codice del consumo* (approvato con decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206), per avere posto in essere una pratica commerciale scorretta ai sensi degli articoli 20, 24, 25 e 26, lettera f) del codice medesimo. La condotta sanzionata consiste “*nell’aver omesso di informare in maniera adeguata gli acquirenti delle SIM dell’esistenza di servizi accessori già attivati, tra i quali, in particolare, la navigazione in internet ed il servizio di segreteria telefonica*”, i cui costi venivano addebitati all’utente se non disattivati su espressa richiesta di questi (attraverso il meccanismo c.d. *dioption-out* o *opt-out*).

In particolare, con il provvedimento impugnato l’Autorità – ritenuto di non accogliere gli impegni presentati da Vodafone perché inidonei a rimuovere i profili oggetto di contestazione (non prevedendo interventi sul meccanismo di preattivazione) - ha sanzionato la società per aver attivato i servizi anzidetti sulle SIM vendute senza aver previamente acquisito il consenso del consumatore e senza averlo reso edotto dell’esistenza, della preimpostazione di tali servizi e della loro onerosità, così esponendolo ad eventuali addebiti inconsapevoli connessi alla navigazione internet e al servizio di segreteria.

Questa condotta è stata ritenuta *“idonea a determinare un indebito condizionamento tale da limitare considerevolmente, e in alcuni casi addirittura escludere, la libertà di scelta degli utenti in ordine all’utilizzo e al pagamento d [e] i servizi reimpostati, quali la segreteria telefonica e la navigazione internet”* (par. 43) e *“non conforme al grado di ordinaria diligenza ragionevolmente esigibile da operatori attivi nel settore della telefonia in considerazione delle significative asimmetrie che caratterizzano il rapporto tra professionisti e consumatori e che impongono ai primi, nel definire le modalità di esercizio della propria attività commerciale, una declinazione particolarmente stringente dei generali obblighi di buona fede e correttezza”* (par. 44).

2. – Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio Vodafone domandava l’annullamento del provvedimento sanzionatorio, lamentando il difetto assoluto di competenza di AGCM, la violazione del *Codice del consumo* sotto diversi profili, il difetto di motivazione nonché la violazione del principio di legittimo affidamento e del principio di proporzionalità.

3. – Con sentenza n. 1742 del 18 febbraio 2013, la I Sezione del Tribunale amministrativo adito ha accolto il ricorso annullando l’impugnata sanzione.

3.a - La sentenza ha ritenuto fondata la prima censura del ricorso - dedotta con il primo motivo - con cui Vodafone contestava la competenza di AGCM ad emettere il provvedimento impugnato invocando il principio di specialità di cui all’articolo 19, comma 3, del *Codice del consumo*, ai sensi del quale la normativa generale dettata da tale codice in materia di pratiche commerciali scorrette doveva ritenersi inapplicabile alla specie.

3.b - La censura muoveva dall'assunto che la condotta contestata con il provvedimento impugnato fosse disciplinata da una normativa speciale e di derivazione europea - concernente il settore delle comunicazioni elettroniche e difforme dalla normativa generale sulle pratiche concorrenziali scorrette - che attribuisce in via esclusiva la competenza all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (d'ora in avanti, "AGCom"), la quale, si sosteneva, dispone di significativi poteri sanzionatori, inibitori e conformativi nella tutela apprestata agli utenti dei servizi di comunicazione elettronica. Con la conseguenza che - in corretta attuazione del principio di specialità sancito dalla richiamata disposizione del *Codice del consumo* - doveva ritenersi esclusa l'applicabilità della generale disciplina sulle pratiche concorrenziali scorrette e dunque la stessa competenza di AGCM.

3.c - Il Tribunale amministrativo ha prima di tutto richiamato - ritenendone la rilevanza nella vicenda all'esame - quanto affermato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (con le sentenze n. 11-16 dell'11 maggio 2012) sul tema del rapporto tra normativa generale in materia di tutela del consumatore e disciplina di settore delle comunicazioni elettroniche, con riguardo in particolare al principio di specialità sancito dalla Direttiva 2005/29/CE, quale strumento di composizione in caso di "*sovrapposizione di discipline di diversa fonte e portata*". Ha rilevato, ancora con richiamo alla giurisprudenza consultiva del Consiglio di Stato (parere della I Sezione, 3 dicembre 2008, n. 3999), come la disciplina delle pratiche commerciali scorrette non possa trovare applicazione quando, in una specifica materia, sussista una disciplina speciale di settore che regolamenti puntualmente e compiutamente il contenuto degli obblighi di correttezza, sotto il profilo informativo e di condotta, e definisca anche i relativi poteri ispettivi, inibitori e sanzionatori, attribuendoli ad una Autorità. Con riguardo alla deliberazione impugnata, la sentenza ha ritenuto che AGCM abbia sanzionato condotte la cui repressione è dall'ordinamento affidata, in virtù di specifiche disposizioni normative, ad altro soggetto pubblico, ossia ad AGCom, istituzionalmente "*preposta alla cura e alla salvaguardia dell'interesse pubblico primario della tutela del consumatore nel settore specifico delle comunicazioni elettroniche, e tanto, sulla base di fonti normative che, da un lato, inequivocabilmente le conferiscono competenza esclusiva in materia, dall'altro ne disciplinano in dettaglio i poteri di intervento (nella specie, l'art. 3 della delibera 664/06/Cons, che non vieta*

*direttamente l'automatica predisposizione delle carte SIM alla prestazione dei servizi in esame, bensì la fornitura di servizi non richiesti)".*

Sotto altro profilo, la sentenza ha ritenuto che - trattandosi di modalità di vendita delle SIM presso i punti vendita di Vodafone, ed in particolare dell'utilizzo della tecnica dell'*opt out* - la stessa Autorità si sia arrogata l'esercizio di una potestà regolamentare che non le compete, "*con il risultato di incidere su una materia che dalla legge è demandata alla cura e alla potestà regolatoria dell'AgCom*".

La deliberazione impugnata è stata quindi annullata dal Tribunale adito.

4. – Avverso tale sentenza la soccombente AGCM interponeva appello deducendo i motivi come di seguito testualmente rubricati:

*Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 70, 71 e 98 DLgs 1.8.2003, n. 259 (Codice delle comunicazioni elettroniche), e dell'art. 1 del DL 31.1.2007, n. 7, conv. con mod. in L. 2.4.2007, n. 40, nonché violazione degli artt. 18-27 del Dlgs 6.9.2005, n. 206 (Codice del consumo); erronea applicazione dell'articolo 3, par. 4, della direttiva 11.5.2005, n. 2005/29/Ce nonché dell'art. 11 della stessa direttiva e degli articoli 19, comma 3, del Codice del consumo e 23, comma 12 quinquiesdecies, del DL 6 luglio 2012 n. 95, convertito con modifiche dalla legge 7 agosto 2012, n. 135.*

Contrariamente a quanto ritenuto nell'impugnata sentenza – sosteneva AGCM con i motivi di appello - la normativa di settore invocata dal giudice di primo grado per radicare la competenza di AGCom non sarebbe applicabile al caso di specie in quanto difetterebbe sia del carattere di esaustività e completezza in relazione al comportamento sanzionato (requisito necessario alla luce del principio affermato dall'Adunanza plenaria), sia dell'ulteriore requisito consistente nella derivazione comunitaria di tale normativa (condizione necessaria per l'applicazione del principio di specialità);

L'appellante chiedeva dunque, in riforma dell'impugnata sentenza, il rigetto del ricorso di primo grado, previo eventuale rinvio alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ai sensi dell'articolo 267

TFUE, della questione concernente l'interpretazione dell'articolo 3, par. 4, della direttiva 2005/29/CE.

5. - Costituendosi in giudizio, l'appellata Vodafone chiedeva il rigetto del ricorso riproponendo, ai sensi dell'articolo 101 Cod. proc. amm., le censure sollevate nel ricorso di primo grado.

6. - Si costituiva inoltre l'intimata AGCom che – rilevata l'infondatezza dei motivi spiegati da AGCM sulla scorta della ricostruzione del quadro normativo di riferimento – concludeva chiedendo il rigetto dell'appello.

7. – Anche Telecom Italia s.p.a. (d'ora in avanti, "Telecom") – intervenuta *ad opponendum* – chiedeva il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza impugnata.

8. - Sebbene ritualmente evocata in giudizio, l'Associazione Altroconsumo ometteva di costituirsi.

9. - Con le memorie depositate in vista dell'udienza di merito tutte le parti costituite - dato atto della sentenza di questa Sezione n. 1104 del 5 marzo 2015, pronunciata in una controversia concernente la medesima questione ora in esame (sentenza in relazione alla quale AGCM deduce l'inammissibilità dell'intervento *ad opponendum* di Telecom nel presente giudizio) – hanno ulteriormente illustrato le rispettive argomentazioni e conclusioni, comunque insistendo sull'opportunità della rimessione della questione all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

10. - All'udienza pubblica del 16 giugno 2015 la causa è stata discussa e trattenuta in decisione.

11. – E' subito da rilevare l'infondatezza dell'eccezione con cui AGCM deduce l'inammissibilità dell'intervento *ad opponendum* di Telecom sostenendo che questa società – rimasta soccombente (tranne che per il *quantum* della sanzione applicata) nel giudizio d'appello concernente l'irrogazione di una sanzione analoga a quella *de qua* – non potrebbe vantare alcun interesse meritevole di tutela ad intervenire in giudizio, non essendo ravvisabile, nei suoi confronti, alcun pregiudizio attuale e concreto in caso di accoglimento dell'appello all'esame.

Sul punto è sufficiente considerare che Telecom è parte ricorrente in diversi giudizi - ora pendenti davanti al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio – proposti avverso altre sanzioni che AGCM ha irrogato nei confronti della società in relazione a condotte analoghe a quella oggetto

della controversia all'esame e sottoposte al medesimo regime. Sicché il Collegio ritiene applicabile alla specie l'orientamento – richiamato da Telecom nella memoria depositata in vista dell'udienza - secondo cui *“anche successivamente alla sentenza della Corte costituzionale, che ha introdotto l'opposizione di terzo nel processo amministrativo (Corte cost. n. 177 del 1995), la giurisprudenza ha confermato che è ammissibile l'intervento in appello di soggetti non aventi la posizione di parti formali in primo grado, qualora ad essi possa derivare anche indirettamente un pregiudizio o possano tutelare una situazione di vantaggio attraverso la definizione della controversia”* (Cons. St., VI, 3 febbraio 2006, n. 380).

12. – Passando all'esame del merito, la questione posta con il primo motivo d'appello - il cui eventuale accoglimento ha carattere assorbente rispetto agli altri motivi – concerne il capo di sentenza che afferma l'incompetenza di AGCM.

13. – L'Autorità appellante ritiene che la sentenza impugnata sia viziata da errore di diritto con riferimento ad entrambi i profili su cui si fonda la decisione di annullamento.

13.a – Sarebbe prima di tutto travisata l'affermazione secondo cui AGCM ha illegittimamente esercitato un potere regolatorio attraverso l'introduzione del divieto di vendite abbinate (traffico voce e navigazione internet), dal quale è disceso l'obbligo per Vodafone di commercializzare anche carte SIM abilitate esclusivamente alla telefonia vocale.

Secondo l'Autorità appellante la sentenza impugnata avrebbe erroneamente attribuito natura regolatoria alla diffida con cui, accertata la pratica commerciale scorretta, AGCM si è limitata ad inibire al professionista la continuazione di una tale condotta (di per sé aggressiva, avente le caratteristiche di una fornitura non richiesta ai sensi dell'articolo 26. lett. f), del *Codice del consumo*), senza introdurre alcuna nuova regola.

13.b - Sotto il secondo profilo, la sentenza sarebbe errata, sostiene ancora l'Autorità appellante, nella parte in cui interpreta il principio di specialità - sancito dall'articolo 19, comma 3, del *Codice del consumo*, e, ancor prima, dall'articolo 3, par. 4, della direttiva n. 2005/29/CE - ritenendo l'incompetenza di AGCM *“ad intervenire in applicazione delle disposizioni generali, a prescindere dalla verifica circa l'esistenza di un effettivo contrasto tra discipline e anche con riferimento ad*

*aspetti non coperti in modo specifico dalla disciplina speciale*". Il principio di specialità deve invece essere inteso – afferma AGCM - nel senso che *“la normativa speciale di derivazione comunitaria potrà prevalere su quella generale solo in caso di contrasto e solo limitatamente agli aspetti specifici cui essa puntualmente si riferisce”*. Con la conseguenza che la disciplina speciale di derivazione comunitaria può trovare applicazione solo in caso di verificato contrasto con quella generale e a condizione che tale disciplina si occupi di aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, regolando una fattispecie omogenea a quella individuata dalla normativa generale, ma da quella distinta per un elemento specializzante, di aggiunta o di specificazione della fattispecie stessa.

Con riguardo al quadro normativo e regolamentare di settore richiamato dalla sentenza impugnata, l’Autorità esclude che in esso possa ravvisarsi il presupposto - gli *“aspetti specifici”* – per l’applicazione del richiamato articolo 19, comma 3, del *Codice del consumo*: si tratterebbe infatti di norme che si limitano ad affermare principi generali - come la trasparenza, la correttezza e la buona fede - che non assumerebbero *“carattere di aggiunta e di specificazione rispetto alla norma di carattere generale”* e che comunque riguarderebbero aspetti estranei alla fattispecie sanzionata con il provvedimento impugnato in primo grado o che nemmeno sarebbero di derivazione europea. L’*actio finium regundorum* - conclude sul punto l’Autorità – deve essere effettuata mediante un’applicazione del principio di specialità basata sul raffronto tra le fattispecie di illecito amministrativo rispettivamente delineate dalla disciplina generale a tutela del consumatore e da quella di settore, potendosi ritenere applicabile la disciplina settoriale solo nei casi in cui la fattispecie in essa prevista si ponga effettivamente come speciale rispetto a quella contemplata dalla normativa generale e abbia una stretta derivazione europea.

A conferma dell’erroneità della sentenza impugnata l’Autorità appellante, con memoria depositata in vista dell’udienza, richiama la sentenza n. 1104, del 5 marzo 2015, pronunciata da questa Sezione sull’appello esperito dalla stessa Autorità avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (n. 1752 del 2013) di annullamento - per i medesimi motivi di incompetenza -



della sanzione irrogata, nei confronti di Telecom, in relazione ad una condotta analoga a quella sanzionata con il provvedimento oggetto della controversia all'esame.

14. – Con la sentenza n. 1104 del 2015 l'appello di AGCM è stato accolto e, in riforma della sentenza impugnata, il ricorso di primo grado – proposto da Telecom – in parte è stato dichiarato improcedibile (quanto al motivo incentrato sul difetto di competenza dell'Autorità, ritenuto fondato dalla sentenza gravata), in parte è stato accolto (con riferimento alla quantificazione della sanzione), ed in parte è stato respinto (con riguardo agli altri motivi). Per l'effetto, il provvedimento impugnato in primo grado è stato annullato limitatamente all'ammontare dell'importo base della sanzione applicabile, da rideterminare in diminuzione da 250.000 a 200.000 euro, con conseguente riduzione, in via proporzionale, dell'importo della sanzione da irrogare a Telecom.

14.a – La dichiarazione di improcedibilità del motivo con cui questa società aveva contestato la competenza di AGCM ad applicare la normativa di riferimento è motivata con richiamo alle modifiche apportate all'articolo 27 del *Codice del consumo* dall'articolo 1, comma 6, lett. a), del decreto legislativo 21 febbraio 2014, n. 21 (recante attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori), entrato in vigore il 26 marzo 2014, quindi dopo la pubblicazione della sentenza oggetto del presente giudizio (avvenuta il 18 febbraio 2013).

14.b - Nell'esaminare il contenuto e gli effetti di tale *ius superveniens*, la sentenza n. 1104 del 2015 ha prima di tutto rilevato come *“la relazione illustrativa allo schema del d. lgs. n. 21/2014 evidenzia che la norma di modifica del codice del consumo con la quale si attribuisce in via esclusiva all'Antitrust, acquisito il parere dell'Autorità di settore, la competenza a intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, ha l'obiettivo di superare la procedura d'infrazione n. 2013/2069 avviata dalla Commissione europea con lettera di costituzione in mora del 18 ottobre 2013, relativa ai conflitti di competenza e alle lacune applicative della normativa in materia di pratiche commerciali scorrette nei settori regolati”*.

Tali *“peculiari ragioni”*, riconducibili *“all'esigenza di superare la procedura d'infrazione comunitaria”* – ha quindi osservato la sentenza - *“hanno mosso il Legislatore ad attribuire in modo*

*specifico all'AGCM 'competenza esclusiva' sulla materia*". Sicché, in caso di riattivazione del procedimento sanzionatorio, la competenza spetterebbe ad AGCM.

Questa conclusione è motivata sul rilievo che, nel caso di specie, *“trova applicazione senza limiti il principio 'tempus regit actum' in base al quale l'Amministrazione adotta i provvedimenti di sua competenza sulla base della normativa – anche, appunto, relativa alla competenza - vigente nel momento (nella specie, posteriore alla modifica normativa intervenuta) dell'adozione del (nuovo) provvedimento da emanare nel riesercizio del potere amministrativo”*.

Del resto, si osserva nella sentenza, l'applicabilità alla specie della nuova disposizione trova conferma nel principio affermato dalla giurisprudenza civile (e, in particolare, da Cass., 8 ottobre 2014, n. 21221) in ordine alla rilevanza dello *ius superveniens* che consente - in corso di causa – di radicare la competenza nel giudice adito anche se questi, al momento della proposizione della domanda, fosse stato carente di giurisdizione.

Sul punto la sentenza ha quindi concluso rilevando il venire meno dell'interesse ad una decisione sulla competenza di AGCM all'adozione della sanzione irrogata a Telecom.

15. – Le argomentazioni su cui si fonda questa (parte) della decisione – condivise dall'Autorità appellante – sono invece contestate dalle altre parti costituite.

Vodafone, AGCom e l'interveniente Telecom sostengono infatti che tali argomentazioni sarebbero errate sotto un duplice profilo:

a) lo *ius superveniens* deve ritenersi inapplicabile a condotte che – anche per effetto dell'attuazione delle misure di ottemperanza condivise con AGCM – erano del tutto esaurite prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina (26 marzo 2014); in ogni caso, anche ove ritenuta applicabile, la nuova disciplina non comporta il venir meno dell'interesse ad una decisione nel merito della censura sulla competenza tenuto conto che non è certo né l'*andel* riesercizio dell'azione da parte di AGCM, né il *quomodo*.

Quanto alla rilevanza delle norme sopravvenute in tema di giurisdizione e competenza di cui alla pronuncia della Cassazione richiamata dalla sentenza n. 1104 del 2015, si osserva come il c.d. *principio del fatto esaurito* – che in un'ottica di economia processuale e di tutela del legittimo

affidamento ammette la rilevanza dello *ius superveniens* al fine di radicare la competenza al giudice adito, inizialmente incompetente – non può comunque consentire il superamento di principi fondamentali come quello di legalità in materia di sanzioni amministrative (sancito, oltre che dall'articolo 1 della legge n. 689 del 1981, anche dall'articolo 49 della Carta dei diritti fondamentale dell'UE e dall'articolo 7, comma 1, CEDU).

b) l'interpretazione del comma aggiunto all'articolo 27 del *Codice del consumo* – quale norma attributiva di una competenza esclusiva ad AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette anche a fronte di violazioni della normativa di settore, con esclusione dei soli casi in cui vi sia contrasto tra le norme generali e quelle speciali – costituisce violazione delle stesse direttive europee (nn. 2005/29/CE e 2002/22/CE) recepite con il *Codice del consumo* e con il *Codice delle comunicazioni elettroniche*.

16. – Il Collegio osserva come entrambe le questioni meritino particolare approfondimento.

16.a – La prima questione, in ordine logico, concerne l'interpretazione della norma introdotta dall'articolo 1, comma 6, lett. a), del decreto legislativo 21 febbraio 2014, n. 21 (recante attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori), che ha aggiunto il comma 1-bis all'articolo 27 del *Codice del consumo*.

La nuova disposizione stabilisce: “*Anche nei settori regolati, ai sensi dell'articolo 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente. Resta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta. Le Autorità possono disciplinare con protocolli di intesa gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze*”.

16.b – Come anticipato, secondo la decisione di questa VI Sezione (n. 1104 del 2015), la norma è chiara nell'attribuire ad AGCM una competenza generale ed esclusiva ad intervenire in materia di

pratiche commerciali scorrette, anche nei settori regolati e dunque anche a fronte di condotte disciplinate da specifiche norme settoriali di derivazione europea.

Depone in questo senso, oltre al testuale riferimento alla esclusività di tale attribuzione, anche il richiamo allo scopo della disposizione – esplicitato nella relazione illustrativa al decreto legislativo n. 21 del 2014 – da intendersi quale norma di interpretazione autentica del principio di specialità sancito dall’articolo 3, comma 4, della Direttiva 2005/29/CE (testualmente recepito dall’articolo 19, comma 3, del *Codice del consumo*), finalizzata a chiudere la procedura di infrazione n. 2013/2169, relativa appunto all’applicazione della direttiva concernente le pratiche commerciali scorrette al settore delle comunicazioni elettroniche (disciplinato dalla direttiva 2002/22/CE, recepita con il *Codice delle comunicazioni elettroniche*, approvato con decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259).

16.c – Di tale nuova disposizione potrebbe però darsi una lettura diversa.

Potrebbe invero ritenersi che il comma aggiunto all’articolo 27 abbia inteso chiarire che la disciplina generale del *Codice del consumo* è applicabile in via esclusiva da parte di AGCM, anche nei settori regolati, solo quando la disciplina di settore non abbia previsto *ex ante* - in modo completo ed esaustivo - la regola comportamentale applicabile, individuando nell’Autorità di regolazione il soggetto competente a sanzionare la violazione delle disposizioni: in questo caso la *lacuna di tutela* troverebbe infatti copertura nella disciplina dettata dal *Codice del consumo*. Quando invece la disciplina di settore sia idonea a reprimere il comportamento contrario alla correttezza professionale – sia sotto il profilo della completezza e della esaustività, sia sotto quello dell’affidamento alla stessa Autorità di regolazione del compito di vigilare sull’attuazione delle disposizioni, di stabilirne le modalità attuative e di sanzionarne l’eventuale violazione - non sarebbe necessario il ricorso alla *rete di sicurezza* costituita dalla disciplina generale.

L’individuazione dell’Autorità competente richiederebbe quindi il preliminare esame – sotto il duplice profilo appena evidenziato - della ‘regolamentazione consumeristica’ di settore.

Questa interpretazione muove dal principio affermato dall’Adunanza plenaria, con le richiamate sentenze nn. 11-16 del 2012, secondo cui in caso di contrasto tra le disposizioni generali e le norme

di settore – contrasto da intendersi come mera “*difformità di disciplina tale rendere illogica la sovrapposizione delle due regole*” – “*la disciplina generale va considerata quale livello minimo essenziale di tutela, cui la disciplina speciale offre elementi aggiuntivi e di specificazione*”.

Tale diversa interpretazione tiene conto altresì della chiara lettura offerta dalla stessa Commissione europea nella lettera di avvio della procedura di infrazione in questione, in data 16 ottobre 2013, ove si evidenzia come “[s]econdo la Commissione l’articolo 3, comma 4, e il considerando 10 della direttiva, [...] sanciscono il principio secondo cui essa è concepita a completamento di altre norme UE applicabili alle pratiche commerciali che ledono gli interessi dei consumatori. In tal senso, la direttiva opera come una rete di sicurezza che garantisce il mantenimento di un elevato livello di tutela dei consumatori contro le pratiche commerciali sleali a tutti i settori, colmando le lacune di altre specifiche normative settoriali”.

Invero, il considerando 10 della direttiva 2005/29/CE stabilisce che la disciplina in materia di pratiche commerciali sleali trova applicazione “*soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario specifiche che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali*”.

Dunque, secondo questa diversa interpretazione, deve escludersi – nel rispetto del criterio dell’uniforme applicazione dei principi e delle norme di derivazione europea - che la nuova disposizione abbia inteso attribuire alla competenza di AGCM, oltre all’applicazione della disciplina generale a tutela dei consumatori contenuta nel *Codice del consumo*, anche l’applicazione *indiretta* delle norme di recepimento delle direttive settoriali a tutela dei consumatori, così sottraendo alle Autorità di regolazione il potere di intervento in applicazione *diretta* delle norme a tutela dell’utenza contenute negli ordinamenti settoriali di derivazione europea (tra cui quello relativo alle comunicazioni elettroniche).

Vero è che una tale interpretazione sembra difficilmente compatibile con quanto affermato dal terzo periodo della nuova disposizione ai sensi del quale “*Resta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta*”.

D'altra parte, si rileva, l'interpretazione letterale del penultimo inciso – escludendo l'applicazione diretta della disciplina settoriale da parte dell'Autorità competente in tutti i casi in cui la violazione integri gli estremi della pratica commerciale scorretta – non solo renderebbe illogico l'inciso “*ai sensi dell'articolo 19, comma 3*”, contenuto nell'*incipit* della disposizione, ma condurrebbe ad un risultato certamente in contrasto con le direttive 2005/29/CE e 2002/22/CE, finendo per provocare l'aggravamento di quella procedura di infrazione che, nelle intenzioni del legislatore, avrebbe invece dovuto essere chiusa dalla nuova norma.

In applicazione del principio dell'interpretazione conforme o adeguatrice elaborato dalla Corte di Giustizia – che impone ai giudici nazionali degli Stati membri di “*interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva*”, al fine di conseguire il risultato perseguito da quest'ultima (sentenza 10 aprile 1984, causa C-14/83, *Von Colson e Kamannv. Land Nordrhein-Westfalen*) – il penultimo periodo della disposizione potrebbe essere letto come affermazione della generale competenza delle Autorità di regolazione con riguardo a tutti i comportamenti non riconducibili nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette, per le quali invece deve ritenersi implicito il richiamo al principio della *primarietà* della disciplina dettata dal *Codice del consumo*, di esclusiva competenza di AGCM, (solo) a fronte di una disciplina di settore caratterizzata da *lacune di tutela*.

In questo senso, in caso di pratiche commerciali scorrette, l'applicabilità ovvero la cedevolezza della disciplina consumeristica generale - e dunque la competenza di AGCM ovvero di AGCom - dipendono dal grado di completezza e di esaustività della disciplina di settore: infatti in caso di assenza di *lacune di tutela*, la norma generale - non essendo chiamata ad esplicare alcun ruolo sussidiario - recede rispetto ad una norma speciale che offra elementi aggiuntivi e di specificazione rispetto al livello minimo essenziale di tutela.

Conclusivamente sul punto, a seguire questa diversa argomentazione la questione all'esame andrebbe decisa alla luce del criterio di specialità di cui ha fatto applicazione l'Adunanza plenaria con le richiamate sentenze nn. 11-16 del 2012, valutando in particolare se nella specie la disciplina di settore abbia quel carattere di esaustività e completezza in relazione al comportamento

sanzionato (requisito necessario, proprio alla stregua del principio invocato dall'Adunanza plenaria per affermare la competenza di AGCom) e possa essere qualificata normativa di derivazione europea (come richiesto dall'articolo 19, comma 3, del *Codice del consumo* ai fini dell'applicazione del principio di specialità).

17. – La seconda e conseguente questione – ove lo *ius superveniens* dovesse interpretarsi nel senso ritenuto dalla sentenza n. 1104 del 2015 - riguarda gli effetti sulla controversia all'esame della modifica apportata all'articolo 27 del Codice del consumo.

17.a – Sul punto, come anticipato, questa Sezione ha ritenuto di prescindere dalla circostanza che la nuova disciplina sia entrata in vigore non solo successivamente alla condotta considerata, ma anche successivamente al provvedimento conclusivo del procedimento sanzionatorio: la sentenza ha infatti affermato che l'articolo 27, comma 1-*bis* – attribuendo in via esclusiva ad AGCM la competenza sulle pratiche commerciali scorrette - ha fatto venir meno l'interesse alla decisione in ordine alla competenza perché, in applicazione del principio *tempus regit actum*, in caso di annullamento della sanzione l'Autorità competente alla riadozione dell'atto sarebbe comunque AGCM.

17.b – Si potrebbe però ritenere che tale conclusione trovi un ostacolo procedimentale proprio nella nuova disciplina: l'articolo 27, comma 1-*bis*, prevede infatti che – qualora la competenza ad intervenire in relazione a condotte integranti una pratica commerciale scorretta spetti ad AGCM – il relativo potere viene esercitato da parte di questa Autorità “*acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente*”.

Tale previsione introduce così, nella sequenza procedimentale, un segmento di competenza di una Autorità diversa da quella precedente: si tratta di un *aggravio* certamente ispirato ai principi di collaborazione e di uniformità dell'azione tra le varie Autorità cui si è richiamata l'Adunanza plenaria nelle sentenze nn. 11-16 del 2012.

Certo è che – nel caso in cui il parere dell'Autorità di regolazione non fosse in linea con quello di AGCM – quest'ultima potrebbe essere indotta a modificare, anche solo *in parte qua*, il contenuto del provvedimento conclusivo del procedimento.

Sicché nella vicenda all'esame potrebbe sostenersi – diversamente da quanto affermato sul punto dalla sentenza n. 1104 del 2015 – che l'annullamento per incompetenza della sanzione impugnata da Vodafone non conduca necessariamente alla adozione di un atto avente uguale contenuto e che di conseguenza sulla censura dedotta con il primo motivo di appello non sia venuto meno l'interesse ad una decisione nel merito.

18. - Il Collegio – tenuto conto del rilievo di entrambe le questioni, anche in relazione al contenzioso attualmente pendente in primo grado - ritiene opportuno, per evitare il possibile insorgere di un contrasto giurisprudenziale, che la definizione della controversia vada rimessa all'esame dell'Adunanza plenaria ai sensi dell'articolo 99 c.p.a., invitandola ad esprimersi sulle seguenti questioni:

- a) se l'articolo 27, comma 1-bis, del *Codice del consumo*, sia da interpretarsi come norma attributiva di una competenza esclusiva ad AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette, anche a fronte di condotte disciplinate da specifiche norme settoriali di derivazione europea (ritenute idonee a reprimere il comportamento sia con riguardo alla completezza ed esaustività della disciplina, sia con riguardo ai poteri sanzionatori, inibitori e conformativi attribuiti all'Autorità di regolazione);
- b) in caso affermativo, se la circostanza che lo *jus superveniens* abbia attribuito ad AGCM la competenza all'esercizio del potere sanzionatorio in materia di pratiche commerciali scorrette comporti il venir meno dell'interesse alla decisione in ordine alla censura di incompetenza – formulata con riguardo alla sanzione adottata da tale Autorità nel precedente regime - anche nell'ipotesi in cui la nuova norma abbia aggravato il procedimento di irrogazione della sanzione con la previsione della necessaria acquisizione del parere dell'Autorità di regolazione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe (n. 3103/2013), ne dispone il deferimento all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.



Manda alla segreteria della sezione per gli adempimenti di competenza, e, in particolare, per la trasmissione del fascicolo di causa e della presente ordinanza al segretario incaricato di assistere all'adunanza plenaria.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 giugno 2015 con l'intervento dei magistrati:

Sergio De Felice, Presidente FF

Claudio Contessa, Consigliere

Carlo Mosca, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere

Maddalena Filippi, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/09/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)