

Publicato il 17/01/2017

**N. 00167/2017 REG.PROV.COLL.
N. 02827/2013 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

sul ricorso numero di registro generale 2827 del 2013, proposto da:

Autorità garante della concorrenza e del mercato - AGCM, in persona del Presidente in carica, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria per legge, in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Wind Telecomunicazioni s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Gian Michele Roberti, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, via del Foro Traiano, 1/A;

nei confronti di

Autorità per le garanzie nelle comunicazioni - AGCom, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Bruno Nascimbene e Aristide Police, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via di Villa Sacchetti, 11;

Associazione Altroconsumo, Vito Rizzo non costituiti in giudizio nel presente grado;

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, 15;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sede di Roma, Sezione I, n. 1754/2013, resa tra le parti e 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 delle parti appellate;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 22 settembre 2016, il Consigliere Bernhard Lageder e uditi, per le parti, l'avvocato dello Stato Francesco Meloncelli e gli avvocati Gian Michele Roberti, Bruno Nascimbene, Fausto Caronna, Mario Siragusa e Filippo Degni, quest'ultimo su delega dell'avvocato Aristide Police;

1. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato (d'ora in avanti, 'AGCM' oppure 'Autorità'), con provvedimento n. 23356 del 6 marzo 2012 ha irrogato alla società Wind Telecomunicazioni s.p.a. (d'ora in avanti, 'Wind' o 'Società'), in qualità di professionista ai sensi dell'articolo 18, lettera b), decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 (recante «*Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229*»), la sanzione pecuniaria di euro 200.000 in applicazione dell'articolo 20, commi 2 e 3, Codice del consumo, per avere posto in essere una pratica commerciale scorretta ai sensi degli articoli 20, 24, 25 e 26, lettera f), dello stesso Codice.

La condotta sanzionata consiste nell'aver la Società nei propri punti di vendita commercializzato carte *Subscriber Identity Module* (d'ora in poi 'SIM'), sulle quali erano preimpostati servizi di navigazione *internet* e di segreteria

telefonica, i cui costi venivano addebitati all'utente se non disattivati su espressa richiesta di questi (attraverso il meccanismo c.d. di *option-out* o *opt-out*), senza aver reso edotto il consumatore dell'esistenza della preimpostazione di tali servizi e della loro onerosità.

In particolare, con il provvedimento l'Autorità – ritenuto di non accogliere gli impegni presentati da Wind 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 telefonica.

Questa condotta, posta in essere «*quantomeno dal maggio 2011*» (v. paragrafo 45 del provvedimento), è stata qualificata dall'Autorità come pratica commerciale aggressiva ai sensi degli articoli 24, 25 e 26, lettera f), Codice del consumo, in quanto «*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 dei servizi preimpostati, quali la segreteria telefonica e la navigazione internet, determinando, inoltre, una possibile decurtazione automatica derivante dalla fruizione di servizi onerosi che il consumatore non ha richiesto in maniera consapevole e di cui non ha avuto la possibilità di scegliere consapevolmente, anche con riferimento al profilo tariffario più aderente alle proprie esigenze*» (v. paragrafo 38 del provvedimento), ed in quanto «*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*» (v. paragrafo 39 del provvedimento).

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, la Società chiedeva l'annullamento del provvedimento sanzionatorio, lamentando il

difetto assoluto di competenza dell'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 la sentenza in epigrafe (n. 1754 del 18 febbraio 2013), il Tribunale amministrativo ha accolto il ricorso, annullando l'impugnata sanzione.

In particolare, il Tribunale ha ritenuto fondato il primo motivo di ricorso, con cui Wind contestava la competenza dell'AGCM ad emettere il provvedimento impugnato, invocando il principio di specialità di cui all'articolo 19, comma 3, Codice del consumo, ai sensi del quale la normativa generale dettata da tale Codice in materia di pratiche commerciali scorrette doveva ritenersi inapplicabile al caso *sub indice* (il citato comma 3 dell'articolo 19 statuisce testualmente: «*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*»).

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 dell'AGCM.

Il Tribunale amministrativo regionale 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 particolare riguardo al principio di specialità sancito dalla direttiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio [*Direttiva relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»)], quale strumento di composizione in caso di sovrapposizione di discipline di diversa fonte e portata. Il Tribunale amministrativo 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 indipendente.*

Con riguardo al provvedimento impugnato, la sentenza ha ritenuto che l'AGCM avesse sanzionato condotte la cui repressione è dall'ordinamento affidata, in virtù di specifiche disposizioni normative, ad altro soggetto pubblico, ossia all'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)*» (v. così, testualmente, la sentenza del Tribunale amministrativo regionale).

Sotto altro profilo, la sentenza ha ritenuto che – trattandosi di modalità di vendita delle SIM presso i punti vendita Wind, ed in particolare dell'utilizzo

del modulo 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» (v. così, testualmente, la sentenza del Tribunale amministrativo regionale).

Il Tribunale adito ha pertanto annullato l'impugnata deliberazione.

4. Avverso tale sentenza la soccombente Autorità interponeva appello deducendo la violazione ed erronea applicazione degli articoli 70, 71 e 98 del decreto legislativo del 1° agosto 2003, n. 259 (*Codice delle comunicazioni elettroniche*), dell'articolo 1 del decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, convertito nella legge 2 aprile 2007, n. 40, degli articoli 18-27 del Codice del consumo, degli articoli 3, paragrafo 4, e 11 della direttiva n. 2005/29/CE e degli articoli 19, comma 3, del Codice del consumo e 23, comma 12 *quinquiesdecies*, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito nella legge 7 agosto 2012, n. 135 (quest'ultima disposizione è stata abrogata nelle more del presente giudizio dall'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 21 febbraio 2014, n. 21).

In particolare, secondo l'Autorità appellante prima di tutto sarebbe viziata da travisamento l'affermazione del Tribunale amministrativo secondo cui l'AGCM avrebbe illegittimamente esercitato un potere regolatorio attraverso l'introduzione del divieto di vendite abbinate (traffico voce e navigazione *internet*), dal quale sarebbe disceso l'obbligo per Wind di commercializzare anche carte SIM abilitate esclusivamente alla telefonia vocale. Infatti, la sentenza impugnata avrebbe erroneamente attribuito natura regolatoria alla diffida con cui, accertata la pratica commerciale scorretta, l'AGCM si era limitata ad inibire al professionista la continuazione di una tale condotta [di per sé aggressiva, in quanto avente le caratteristiche di una fornitura non richiesta ai sensi dell'articolo 26, lettera *ff*), Codice del consumo], senza introdurre alcuna nuova regola.

Sotto altro profilo, la sentenza sarebbe errata nella parte in cui interpreta il principio di specialità – sancito dall'articolo 19, comma 3, Codice del consumo, e, ancor prima, dall'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva n.

2005/29/CE – ritenendo l'incompetenza dell'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 dovrebbe, invece, essere inteso nel senso che la disciplina speciale di derivazione comunitaria potrebbe 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. L'AGCM sostiene al riguardo, nel ricorso in appello, che la normativa di settore invocata dal giudice di primo grado per radicare la competenza dell'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 di specialità affermato nelle sentenze nn. 11-16 dell'11 maggio 2012 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato), sia dell'ulteriore requisito consistente nella derivazione comunitaria di tale normativa (condizione necessaria per l'applicazione del menzionato principio di specialità).

L'Autorità appellante chiedeva dunque, in riforma dell'impugnata sentenza, la reiezione 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, paragrafo 4, della direttiva 2005/29/CE.

5. Si costituiva in giudizio l'appellata Wind, contestando la fondatezza dell'appello e chiedendone la reiezione. L'appellante muoveva dalla considerazione della «*sovrapposizione cilindrica*» dei plessi normativi sostanziali esistente tra la fattispecie regolata e vigilata dall'AGCom in base alle normative speciali di settore e la pratica aggressiva sanzionata dall'AGCM in base alle norme generali del Codice del consumo. Poiché il rapporto tra

disciplina di settore e disciplina generale delle pratiche sleali è governato dal principio di specialità (ai sensi del quale, in coerenza con quanto stabilito dall'art. 3, paragrafo 4, della direttiva 2005/29/CE, la disciplina sulle pratiche commerciali sleali trova applicazione soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario specifiche che ne disciplinino aspetti specifici), la condotta sanzionata con il provvedimento impugnato in primo grado deve ritenersi disciplinata dalla specifica normativa di settore e non dalle clausole generali del Codice del consumo, con conseguente riconducibilità dei correlativi poteri di regolazione, di vigilanza e sanzionatori *«nella sfera di attribuzioni esclusive di AGCom e non di AGCM»*.

Per il resto la Società appellata, ai sensi dell'articolo 101 Cod. proc. amm., riproponeva espressamente le censure sollevate nel ricorso di primo grado.

6. Si costituiva in giudizio anche l'appellata AGCom, la quale – rilevata l'infondatezza dei motivi proposti dall'AGCM sulla scorta della ricostruzione del quadro normativo di riferimento – concludeva chiedendo il rigetto dell'appello.

7. Anche Telecom Italia s.p.a. – intervenuta *ad opponendum* in primo grado – chiedeva la reiezione dell'appello e la conferma della sentenza impugnata.

8. Sebbene ritualmente evocati in giudizio, omettevano di costituirsi il signor Rizzo Vito e l'Associazione Altroconsumo.

9. Questa Sezione, con ordinanza n. 4351/2015 pronunciata in esito all'udienza pubblica del 16 giugno 2015, rimetteva all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 99 cod. proc. amm., le seguenti questioni:

(i) se l'articolo 27, comma 1-bis, Codice del consumo – come inserito dall'articolo 1.6., lettera a), del decreto legislativo 21 febbraio 2014, n. 21, del seguente tenore letterale: *«1-bis. 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» – sia da interpretarsi come norma attributiva di una competenza esclusiva all'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);

(ii) in caso affermativo, se la circostanza che lo *jus superveniens* abbia attribuito all'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.

10. L'Adunanza Plenaria, con sentenza n. 4 del 9 febbraio 2016, enunciava i seguenti principi di diritto (rimettendo la causa per l'ulteriore prosieguo a questa Sezione):

(i) la competenza ad irrogare la sanzione per una «*pratica commerciale considerata in ogni caso aggressiva*» è sempre individuabile nell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - AGCM, in quanto:

- la fattispecie in esame (consistente nell'aver il professionista attivato i servizi di navigazione *internet* e di segreteria telefonica 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) integra pacificamente una «*condotta anticoncorrenziale*» ai sensi dell'articolo 26, comma 1, lettera f), d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, pur attuata mediante l'inosservanza di obblighi imposti dal Codice delle comunicazioni elettroniche e dalla normativa ad esso riferibile;

- tale condotta, infatti, consiste specificamente nel porre in opera pratiche commerciali aggressive attraverso la violazione di obblighi informativi circa i servizi telefonici preimpostati;

- nel nostro sistema, mentre la pratica commerciale aggressiva è inequivocabilmente attratta nell'area di competenza dell'AGCM, la violazione degli obblighi informativi suddetta è invece, di per sé, suscettibile di sanzione da parte dell'AGCom;

- nel caso di specie ricorre una ipotesi di specialità per progressione di condotte lesive che, muovendo dalla violazione di meri obblighi informativi, comportano la realizzazione di una pratica commerciale vietata ben più grave per entità e per disvalore sociale, ovvero di una pratica commerciale aggressiva:

- si realizza quindi nell'ipotesi in esame, ai fini dell'individuazione dell'Autorità competente, più che un conflitto astratto di norme in senso stretto, una progressione illecita, descrivibile come ipotesi di assorbimento-consunzione, atteso che la condotta astrattamente illecita secondo il *corpus* normativo presidiato dall'AGCom è elemento costitutivo di un più grave e più ampio illecito anticoncorrenziale vietato secondo la normativa di settore presidiata dall'AGCM appellante;

- infatti, la violazione dei predetti obblighi informativi di per sé non è sufficiente ad integrare la fattispecie di illecito concorrenziale, poiché da tali obblighi è necessario inferire l'esistenza di un condizionamento tale da limitare considerevolmente, e in alcuni casi addirittura escludere, la libertà di scelta degli utenti in ordine all'utilizzo e al pagamento dei servizi preimpostati e, per conseguenza, ritenere integrata la condotta del «*pagamento immediato o*

differito di prodotti che il consumatore non ha richiesto» che, ai sensi dell'art. 26 del Codice del consumo, costituisce *«pratica commerciale considerata in ogni caso aggressiva»*;

- sebbene tale conclusione non possa ritenersi in contrasto con le pronunce dell'Adunanza Plenaria nn. 11-16 del 2012, atteso che le stesse stabilivano (al punto 6. della sentenza n. 11 del 2012) da un lato che *«occorre impostare il rapporto tra la disciplina contenuta nel Codice del consumo e quella dettata dal Codice delle comunicazioni elettroniche e dai provvedimenti attuativi/integrativi adottati dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni»* muovendo dalla circostanza che *«la disciplina recata da quest'ultimo corpus normativo, presenti proprio quei requisiti di specificità rispetto alla disciplina generale, che ne impone l'applicabilità alle fattispecie in esame»*, occorre procedere ad un *revirement* parziale delle pronunce medesime, nella misura in cui esse possano essere lette come mera applicazione del criterio di specialità per settori e non per fattispecie concrete, in considerazione del fatto che, con lettera di costituzione in mora del 18 ottobre 2013, *ex art. 258 TFUE*, la Commissione Europea ha aperto una procedura di infrazione (n. 2013-2169) nei confronti della Repubblica Italiana per scorretta attuazione ed esecuzione della direttiva 2005/29/UE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e della direttiva al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, contestando l'inadeguata applicazione dell'articolo 3, paragrafo 4, e degli articoli da 11 a 13 della direttiva in materia di pratiche sleali, poiché, in sostanza, nell'ordinamento italiano non sarebbe correttamente applicato il principio della *lex specialis* contenuto nella direttiva, che regola il coordinamento tra tale disciplina (a carattere generale) e le normative specifiche di settore, in particolare addebitando all'Italia che tale errata applicazione del diritto europeo, riconducibile a criteri interpretativi delle disposizioni italiane di recepimento della normativa europea stabiliti in alcune sentenze di giudici amministrativi e in delibere dell'AGCM, avrebbe

provocato la mancata attuazione della direttiva pratiche commerciali sleali nel settore delle comunicazioni elettroniche;

- tale procedura di infrazione, che si è aperta sul presupposto che il Consiglio di Stato avesse integralmente e senza eccezioni adottato lo schema della specialità per settori, induce comunque ad un ripensamento di tale schema che non può che essere quello della specialità basato sul raffronto tra le fattispecie, secondo il collaudato principio di specialità conosciuto nel nostro ordinamento che assurge a criterio generale di regolazione dei rapporti tra norme sanzionatorie, penali e amministrative, in tutte le materie disciplinate dalla legge nel nostro ordinamento ove si verificano conflitti apparenti di norme e sia necessario, pertanto, risolvere le antinomie giuridiche;

- pertanto, ove disposizioni appartenenti ai due diversi ambiti convergano sul medesimo fatto, se ne applica una sola, quella speciale, individuata in base ai criteri noti nel nostro ordinamento e in modo compatibile con l'ordinamento comunitario nella specifica materia di pertinenza comunitaria;

- nel caso di specie, e sempre ai fini della competenza ad irrogare la sanzione, è evidente che l'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva 2005/29/UE impone che vi sia sempre l'intervento di un'Autorità indipendente competente a far rispettare la predetta direttiva, sanzionando all'uopo le pratiche commerciali sleali anche nel settore delle comunicazioni elettroniche, e l'Autorità indipendente menzionata dalla direttiva è, nel nostro sistema nazionale, l'AGCM;

(ii) non viene meno l'interesse alla pronuncia di annullamento per incompetenza dell'AGCM, dovendo essere invece direttamente respinta la censura di incompetenza, in quanto:

- proprio per superare la citata procedura d'infrazione n. 2013-2169 avviata dalla Commissione europea con lettera di costituzione in mora del 18 ottobre 2013, è stata emanata la disposizione normativa di cui l'articolo 1, comma 6, lettera a), d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, recante l'attuazione della direttiva

2011/83/UE sui diritti dei consumatori con cui è stato inserito, nell'art. 27 del Codice del consumo, il sopra citato comma 1-*bis*;

- tale norma ha una portata di interpretazione autentica, atteso che, anche alla luce di una corretta analisi ermeneutica delle sentenze dell'Adunanza plenaria nn. 11 - 16 del 2012 e dell'applicazione dei principi da essa scaturiti è indubbia la competenza dell'AGCM ad applicare la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette nel caso oggetto del presente giudizio già in base alla normativa antecedente che l'articolo 1, comma 6, lettera a), d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, si è limitato, per quanto qui rileva, soltanto a confermare;
- né in senso contrario può opporsi la previsione, contenuta in tale norma sopravvenuta, di un eventuale previo parere dell'AGCom, poiché tale segmento procedimentale, ora previsto nell'articolo 16 della delibera AGCM 1° aprile 2015, n. 25411 (*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di tutela del consumatore*), era già previsto in precedenti delibere (delibera AGCM 15 novembre 2007, n. 17589), sicché il legislatore non ha fatto altro che innalzare al rango di norma primaria una disposizione già esistente nell'ordinamento, che, per tale motivo, non può ritenersi avere portata sostanzialmente innovativa;
- né nel caso di specie, con specifico riferimento all'individuazione dell'Autorità competente, potrebbe porsi un problema di compatibilità comunitaria della normativa italiana quale sollevata dalle parti appellate, tenendo conto del noto principio di indifferenza dell'Unione rispetto all'organizzazione interna;
- né, infine, si può condividere la tesi di una violazione del principio *ne bis in idem*, poiché l'articolo 4 Prot. n. 7 CEDU implica soltanto, nella sostanza, la tendenziale messa al bando del c.d. «*doppio binario*» sanzionatorio, vale a dire della previsione, per il medesimo fatto, di sanzioni di natura distinta (sul piano della qualificazione interna) applicabili alla stessa persona tramite procedimenti di diverso tipo, essendo la violazione della norma convenzionale innescata non dalla mera pendenza contemporanea di due

procedimenti (peraltro, nel caso di specie, ne risulta pendente soltanto uno), ma dal fatto che uno di essi venga instaurato o prosegua dopo che l'altro si sia chiuso con una decisione definitiva, non importa se di assoluzione o di condanna, con la conseguenza che nessuna violazione del principio del *ne bis in idem* può dedursi come sussistente nel caso in esame.

11. Nella fase di prosecuzione della causa dinanzi a questa Sezione, successiva alla sentenza n. 4/2016 dell'Adunanza plenaria pronunciata ai sensi dell'art. 99, comma 4, Cod. proc. amm., la parte appellata Wind ha insistito a che siano sottoposte alla Corte di giustizia UE, ai sensi dell'art. 267 TFUE, una serie di questioni pregiudiziali comunitarie, sia in ordine alla compatibilità, con gli articoli 8 e 9 della direttiva 2005/29/CE e con il punto 29 dell'Allegato I della direttiva 2005/29/CE, della qualificazione *sub specie* di «*pratiche commerciali aggressive*» o «*in ogni caso aggressive*» delle condotte di omissione informativa addebitate alla Società, sia in ordine alla ricostruzione del principio di specialità codificato dall'art. 3, paragrafo 4, della direttiva 2005/29/CE, quale operato nella sentenza dell'Adunanza plenaria, che ha condotto ad escludere l'applicazione, al caso di specie, della disciplina speciale a tutela dei consumatori del settore delle comunicazioni elettroniche, sebbene le condotte in questione fossero interamente e compiutamente sussumibili sotto tale disciplina.

Su tale ultimo punto, anche l'appellata AGCom ha sollecitato il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

12. All'esito di un'ampia discussione, la causa all'udienza pubblica del 22 settembre 2015 è stata trattenuta in decisione.

13. Occorre premettere in linea di fatto che, ad un'attenta lettura del provvedimento sanzionatorio impugnato in primo grado, emerge che il fatto materiale contestato alla Società consiste nell'omessa adeguata informazione dei consumatori, presso i punti di vendita Wind, in ordine all'esistenza della preimpostazione, sulle carte SIM, dei servizi di segreteria telefonica e di navigazione *internet*. Invece, la contestazione della fattispecie della «*pratica*

commerciale aggressiva» o «*in ogni caso aggressiva*» di cui agli articoli 24, 25 e 26, lettera f), Codice del consumo si basa, più che su fatti materiali, sull'inferenza logica dell'asserita idoneità dell'omessa informazione della preimpostazione delle carte SIM a limitare considerevolmente la libertà di scelta consapevole o di comportamento del consumatore medio in relazione ai servizi associati alle carte SIM, nonché sull'assunto della contrarietà dell'omissione informativa ai canoni di diligenza professionale esigibile da operatori attivi nel settore della telefonia in considerazione delle significative asimmetrie caratterizzanti il rapporto tra professionisti e consumatori (v. paragrafi 38, 39 e 40 dell'impugnato provvedimento sanzionatorio).

In altri termini, la fattispecie di «*pratica commerciale in ogni caso aggressiva*» di cui all'articolo 24, lettera f), Codice del consumo (fornitura di servizi non richiesti dal consumatore e soggetti a pagamento) addebitata alla Società con la contestazione aggiuntiva del 19 gennaio 2012 (v. punto 13 del provvedimento impugnato) e, poi, sanzionata all'esito della procedura di infrazione, in realtà costituisce mera conseguenza tratta su un piano astratto dal fatto materiale dell'asserita omissione informativa sulla preimpostazione dei servizi, oggetto di contestazione.

Anche nella sentenza n. 4/2016 dell'Adunanza plenaria, la menzionata fattispecie è qualificata come «*progressione illecita, descrivibile come ipotesi di assorbimento-consunzione, atteso che la condotta astrattamente illecita secondo il corpus normativo presidiato dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni è elemento costitutivo di un più grave e più ampio illecito anticoncorrenziale vietato secondo la normativa di settore presidiata dall'Autorità Antitrust appellante*», sulla base del rilievo che «*la violazione dei predetti obblighi informativi di per sé non è sufficiente ad integrare la fattispecie di illecito concorrenziale, poiché da tali obblighi è necessario inferire l'esistenza di un condizionamento tale da limitare considerevolmente, e in alcuni casi addirittura escludere, la libertà di scelta degli utenti in ordine all'utilizzo e al pagamento dei servizi reimpostati e, per conseguenza, ritenere integrata la condotta del "pagamento immediato o differito di prodotti che il consumatore non ha richiesto" che costituisce, ai sensi*

dell'art. 26 del Codice del consumo citato, "pratica commerciale considerata in ogni caso aggressiva" ».

13.1. Occorre, altresì, precisare in linea di fatto che l'utente, con la carta SIM preimpostata, per poter effettivamente fruire dei servizi in questione, è comunque tenuto a compiere delle operazioni *ad hoc* attraverso la digitazione di determinati comandi, ossia ad avviare la navigazione *internet* azionando i relativi tasti del suo *smartphone*, rispettivamente a comporre il numero della segreteria telefonica, sicché il passaggio dalla preimpostazione dei servizi sulla carta SIM acquistata dal consumatore alla fruizione effettiva dei servizi è intermediato da un'azione autonoma dello stesso utente.

13.2. Con il terzo e il quarto motivo del ricorso di primo grado, riproposti dall'appellata Wind nell'atto di costituzione in appello del 24 aprile 2013, è stata espressamente censurata la qualificazione della condotta addebitata alla Società *sub specie* di «pratica commerciale aggressiva» e di «pratica commerciale in ogni caso aggressiva», con conseguente devoluzione in appello delle relative questioni.

14. A fronte di tale contesto fattuale, procedurale e processuale, appare rilevante la questione pregiudiziale di compatibilità con il diritto dell'Unione Europea sollevata da Wind (nella memoria depositata il 6 settembre 2016) – in particolare, con gli articoli 8 (che, sotto la rubrica «Pratiche commerciali aggressive», testualmente recita: «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, limiti o sia idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induca o sia idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso») e 9 della direttiva 2005/29/CE (che, sotto la rubrica «Ricorso a molestie, coercizione o indebito condizionamento», testualmente recita: «Nel determinare se una pratica commerciale comporti molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento, sono presi in considerazione i seguenti elementi: a) i tempi, il luogo, la natura o la persistenza; b) il ricorso alla minaccia fisica o verbale; c) lo

*sfruttamento da parte del professionista di qualsivoglia evento tragico o circostanza specifica di gravità tale da alterare la capacità di valutazione del consumatore, al fine di influenzarne la decisione relativa al prodotto; d) qualsiasi ostacolo non contrattuale, oneroso o sproporzionato, imposto dal professionista qualora un consumatore intenda esercitare diritti contrattuali, compresi il diritto di risolvere un contratto o quello di cambiare prodotto o rivolgersi ad un altro professionista; e) qualsiasi minaccia di promuovere un'azione legale ove tale azione non sia giuridicamente ammessa»), nonché con il punto 29 dell'Allegato I della direttiva 2005/29/CE (che, nella c.d. *black list* delle pratiche commerciali aggressive, contempla la seguente ipotesi: «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 [...] (fornitura non richiesta) ») – dell'interpretazione delle fattispecie normative di «pratica commerciale aggressiva» e di «pratica commerciale in ogni caso aggressiva», adottata dall'Adunanza plenaria nella sentenza n. 4/2016, pronunciata *inter partes* nell'ambito del presente giudizio.*

14.1. Pertanto, ai sensi dell'art. 267, comma 3, TFUE, s'impone la rimessione alla Corte di giustizia dei seguenti quesiti pregiudiziali (in parte riformulati d'ufficio da questo collegio) di compatibilità del diritto 'vivente' nazionale, quale risultante dalla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 4/2016, con l'ordinamento euro-unitario:

«1) se gli articoli 8 e 9 della direttiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005 ostano ad una interpretazione delle corrispondenti norme di trasposizione nazionali (costituite, rispettivamente, dagli articoli 24 e 25 del Codice del consumo) per cui si ritenga che sia qualificabile come "indebito condizionamento" e, dunque, come "pratica commerciale aggressiva" idonea a limitare "considerevolmente" la libertà di scelta o di comportamento di un consumatore medio la condotta di un operatore di telefonia che consista in una omissione informativa in merito alla preimpostazione sulla SIM di determinati servizi telefonici (i.e. il servizio di segreteria telefonica o di navigazione internet), e ciò segnatamente in una situazione in cui non venga addebitata alcuna ulteriore e distinta condotta materiale all'operatore di telefonia medesimo;

2) se il punto 29 dell'Allegato I della direttiva 2005/29/CE [recepita nell'ordinamento interno dall'articolo 26, lettera f), Codice del consumo] possa essere interpretato nel senso che sussista una "fornitura non richiesta" qualora un operatore di telefonia mobile chieda al proprio cliente il corrispettivo di servizi di segreteria telefonica o di navigazione in internet e ciò in una situazione caratterizzata dai seguenti elementi:

- l'operatore di telefonia, all'atto della stipula del contratto di telefonia mobile, non avrebbe correttamente informato il consumatore della circostanza che i servizi di segreteria telefonica e di navigazione internet sono preimpostati sulla SIM, con la conseguenza che detti servizi possono essere potenzialmente fruiti dal consumatore medesimo, senza una operazione di impostazione ad hoc (setting);

- per fruire effettivamente di tali servizi, il consumatore deve comunque compiere le operazioni all'uopo necessarie (ad esempio, digitare il numero della segreteria telefonica ovvero azionare i comandi che attivano la navigazione internet);

- non vi è alcun addebito in merito alle modalità tecniche ed operative mediante le quali i servizi vengono concretamente fruiti dal consumatore, né in merito all'informazione inerente a tali modalità ed al prezzo dei servizi stessi, ma all'operatore venga unicamente addebitata la menzionata omessa informazione relativa alla preimpostazione dei servizi sulla SIM».

15. Per quanto, invece, riguarda la questione dell'individuazione dell'Autorità competente ad irrogare la sanzione – se cioè, sia competente l'Autorità settoriale AGCom (come ritenuto nella sentenza del Tribunale amministrativo regionale sulla base del percorso argomentativo riportato sopra *sub* 3.), oppure l'Autorità *antitrust* AGCM (come, invece, affermato nella sentenza n. 4/2016 dell'Adunanza plenaria sulla base del percorso argomentativo riportato sopra *sub* 10.) –, la cui risoluzione dipende, a sua volta (quanto meno in parte), dalla risoluzione della questione relativa alla legittimità, o meno, della qualificazione della condotta addebitata alla Società *sub specie* di «pratica commerciale aggressiva» e di «pratica commerciale in ogni caso aggressiva», ritiene il collegio rilevante ai fini della decisione la questione pregiudiziale di compatibilità della disciplina nazionale attualmente vigente, di cui all'articolo 27, comma 1-*bis*, Codice del consumo, con la disciplina euro-unitaria di cui

all'art. 3, comma 4, della direttiva 2005/29/CEe con il considerando 10 della stessa direttiva, quale sollevata dalle parti appellate Wind e AGCom nelle memorie depositate il 6 settembre 2016.

15.1. Si precisa, al riguardo, che l'applicabilità dello *ius superveniens* di cui al citato articolo 27-bis Codice del consumo – come inserito dall'articolo 1.6., lettera a), del decreto legislativo 21 febbraio 2014, n. 21, del seguente tenore letterale: «1-bis. 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» – alla fattispecie, sostanziale e procedimentale, oggetto del presente giudizio, risulta accertata, con efficacia di giudicato endoprocessuale, dalla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 4/2016, intervenuta nell'ambito del presente giudizio in seguito all'ordinanza di rimessione di questa Sezione n. 4351/2015 (di cui sopra *sub* 9.).

Infatti, con tale sentenza è stato definito in parte il giudizio, ai sensi degli artt. 33, comma 1, lettera a), e 36, comma 2, Cod. proc. amm., con riguardo alla questione di individuazione del diritto nazionale applicabile *ratione temporis* alla fattispecie dedotta in giudizio, sicché ogni altra relativa questione resta preclusa dal giudicato interno formatosi sul punto.

15.2. Occorre, altresì, rimarcare, che la disciplina settoriale del Codice delle comunicazioni elettroniche, di cui al decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259 – di recepimento della direttiva 2002/19/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002 relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate e all'interconnessione delle medesime

(direttiva accesso), della direttiva 2002/20/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002 relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni), della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002 che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro), della direttiva 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002 relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale) e della direttiva 2002/77/CE della Commissione del 16 settembre 2002 relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica –, nella Sezione III, recante «*Diritti degli utenti finali*», articoli 70 ss., detta una serie di disposizioni a tutela dei consumatori nel settore specifico delle comunicazioni elettroniche, attribuendo i relativi poteri regolatori e sanzionatori all'AGCom, e, in particolare, sanzionando negli articoli 70, 71 e 98, comma 16, la violazione di qualificati obblighi informativi relativi alla fornitura dei servizi agli utenti (v. anche l'articolo 3, commi 2 e 4, della delibera AGCom 664/06/CONS e l'art. 7, comma 5, della delibera AGCom 179/03/CSP, in materia di fornitura di servizi non richiesti, per i quali gli organismi di telecomunicazione non possono pretendere alcuna prestazione corrispettiva, nonché la delibera sanzionatoria AGCom 360/13/CONS, prodotta da Wind *sub* doc. 6 in vista dell'udienza dinanzi all'Adunanza plenaria).

La decisione sulla questione dell'individuazione dell'Autorità competente ad esercitare i poteri sanzionatori in ordine alla pratica commerciale scorretta di cui è causa non può che passare attraverso la risoluzione delle questioni di compatibilità con l'ordinamento euro-unitario della disciplina dei rapporti tra disciplina 'consumeristica' generale e disciplina 'consumeristica' settoriale di cui all'art. 27, comma 1-*bis*, Codice del consumo, quali sollevate dalle parti appellate nelle menzionate memorie, anche in considerazione della

circostanza che pende tutt'ora procedura di infrazione n. 2013/2169 avviata dalla Commissione Europea nei confronti della Repubblica Italiana con atto di diffida *ex art. 258 TFUE*, in ordine alla compatibilità della disciplina nazionale in relazione all'articolo 3, paragrafo 4, e degli articoli da 11 a 13 della direttiva 2005/29/CE e dell'articolo 1, paragrafo 4, della direttiva 2002/22/CE come modificata dalla direttiva 2009/136/CE (v. il documento prodotto dall'AGCom il 6 settembre 2016).

15.3. Reputa dunque il collegio che, ai sensi dell'art. 267, comma 3, TFUE, debbano essere rimesse alla Corte di giustizia UE i seguenti quesiti pregiudiziali (in parte riformulati d'ufficio da questo collegio) di compatibilità con l'ordinamento euro-unitario del citato art. 27, comma 1-*bis*, Codice del consumo, anche alla luce dell'interpretazione al riguardo fornita dall'Adunanza plenaria con la sentenza n. 4/2016:

- «1) se la ratio della direttiva 'generale' n. 2005/29/CE quale 'rete di sicurezza' per la tutela dei consumatori, nonché il considerando 10 e l'articolo 3, comma 4, della medesima direttiva n. 2005/29/CE, ostino ad una disciplina nazionale che riconduca la valutazione del rispetto degli obblighi specifici, previsti della direttiva settoriale n. 2002/22/CE a tutela dell'utenza, nell'ambito di applicazione della direttiva generale n. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali scorrette, escludendo, per l'effetto, l'intervento dell'Autorità competente a reprimere una violazione della direttiva settoriale in ogni ipotesi che sia suscettibile di integrare altresì gli estremi di una pratica commerciale scorretta/ sleale;*
- 2) se il principio di specialità sancito dall'articolo 3, comma 4, della direttiva n. 2005/29/CE debba essere inteso quale principio regolatore dei rapporti tra ordinamenti (ordinamento generale e ordinamenti di settore), oppure dei rapporti tra norme (norme generali e norme speciali), oppure, ancora, dei rapporti tra Autorità preposte alla regolazione e vigilanza dei rispettivi settori;*
- 3) se la nozione di «contrasto» di cui all'articolo 3, comma 4, della direttiva n. 2005/29/CE possa ritenersi integrata solo in caso di radicale antinomia tra le disposizioni della normativa sulle pratiche commerciali scorrette e le altre norme di derivazione europea che disciplinano specifici aspetti settoriali delle pratiche commerciali,*

oppure se sia sufficiente che le norme in questione dettino una disciplina difforme dalla normativa sulle pratiche commerciali scorrette in relazione alle specificità del settore, tale da determinare un concorso di norme (Normenkollision) in relazione ad una stessa fattispecie concreta;

4) Se la nozione di norme comunitarie di cui all'articolo 3, comma 4, della direttiva n. 2005/29/CE abbia riguardo alle sole disposizioni contenute nei regolamenti e nelle direttive europee, nonché alle norme di diretta trasposizione delle stesse, ovvero se includa anche le disposizioni legislative e regolamentari attuative di principi di diritto europeo;

5) Se il principio di specialità, sancito al considerando 10 e all'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva 2005/29/CE, e gli articoli 20 e 21 della direttiva 2002/22/CE e 3 e 4 della direttiva 2002/21/CE ostino ad una interpretazione delle corrispondenti norme di trasposizione nazionale per cui si ritenga che, ogniqualvolta si verifichi in un settore regolamentato, contenente una disciplina 'consumeristica' settoriale con attribuzione di poteri regolatori e sanzionatori all'Autorità del settore, una condotta riconducibile alla nozione di 'pratica aggressiva', ai sensi degli articoli 8 e 9 della direttiva 2005/29/CE, o 'in ogni caso aggressiva' ai sensi dell'Allegato I della direttiva 2005/29/CE, debba sempre trovare applicazione la normativa generale sulle pratiche scorrette, e ciò anche qualora esista una normativa settoriale, adottata a tutela dei consumatori e fondata su previsioni di diritto dell'Unione, che regoli in modo compiuto le medesime 'pratiche aggressive' e 'in ogni caso aggressive' o, comunque, le medesime 'pratiche scorrette'».

16. In ordine all'ammissibilità del rinvio pregiudiziale, si impongono le seguenti considerazioni.

16.1. A fronte di una richiesta di rinvio espressamente formulata dalle parti, il Consiglio di Stato, nella sua veste di giudice di ultima istanza, pur potendo procedere autonomamente alla formulazione delle questioni da sottoporre alla Corte senza obbligo di attenersi al tenore della questione proposta dalle parti, ha, tuttavia, l'obbligo di dare seguito alla relativa richiesta (*ex art. 267, comma 3, TFUE*), qualora, come nel caso in esame, non ricorrono i presupposti per derogare all'obbligo di rinvio elaborati dalla c.d. teoria dell'*acte clair* a partire

dalla nota sentenza *Cilfit* (Corte Giust. U.E., 6 ottobre 1982, in causa C. 283/81).

16.2. Nel caso di specie, all'ammissibilità del rilievo della questione pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* da parte di questa Sezione non osta la circostanza che sull'oggetto del contendere si sia espressa l'Adunanza plenaria con la sentenza n. 4/2016 affermando i principi di diritto riportati sopra *sub* 10.(i) e 10.(ii), con una pronuncia da qualificare come sentenza non definitiva ai sensi degli articoli 33, comma 1, lettera a), e 36, comma 2, Cod. proc. amm., su cui si è formato il giudicato interno nel senso di esplicitare effetti vincolanti all'interno del processo e di precludere, secondo le norme processuali di diritto nazionale, ogni correlativo riesame. Infatti, l'Adunanza plenaria – la quale, ai sensi dell'articolo 99, comma 4, Cod. proc. amm., è investita del potere decisorio sull'intera controversia, salvo che (come nel caso di specie) ritenga di enunciare il principio di diritto e di restituire per il resto il giudizio alla Sezione remittente – con l'enunciazione dei richiamati principi di diritto ha definito le correlative questioni di merito con statuizione di natura decisoria che, nel presente processo, acquista efficacia di giudicato interno.

Pertanto, nell'ambito del presente processo la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 4/2016 non è munita della sola autorità dello *stare decisis* sancita dall'articolo 99, comma 3, Cod. proc. amm. in correlazione alla funzione nomofilattica ad essa attribuita, laddove è previsto che le Sezioni del Consiglio di Stato, qualora ritengano di non condividere un principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria (evidentemente, nell'ambito di un processo diverso da quello trattato dalla Sezione), rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso; autorità dello *stare decisis* che, secondo una recente sentenza della Corte di giustizia UE (sentenza 5 aprile 2016, in causa C-689/13, *Puligienica Facility Esco*) è 'cedevole' in caso di sospettato contrasto della sentenza dell'Adunanza plenaria con il diritto euro-unitario, avendo la Corte di Giustizia affermato che «*l'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una disposizione di diritto nazionale nei limiti in cui*

*quest'ultima sia interpretata nel senso che, relativamente a una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza, qualora non condivida l'orientamento definito da una decisione dell'adunanza plenaria di tale organo, è tenuta a rinviare la questione all'adunanza plenaria e non può pertanto adire la Corte ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale» (v., successivamente, la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 20/2016 del 27 luglio 2016, secondo cui i principi enunciati dalla Corte di giustizia con la sentenza *Puligienica* consentono alle Sezioni cui è assegnato il ricorso sia di poter adire direttamente la Corte di giustizia, senza dovere prima rimettere la questione all'Adunanza plenaria, sia di poter disattendere il principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria, ove esso risulti manifestamente in contrasto con una interpretazione del diritto dell'Unione già fornita, in maniera chiara ed univoca, dalla giurisprudenza comunitaria). Ma, come già sopra esposto, la sentenza *inter partes* n. 4/2016 è anche munita di efficacia di giudicato interno con l'effetto, sancito dal diritto processuale interno, di precludere il riesame di ogni relativa questione nell'ambito del presente giudizio.*

Ciò non di meno, la Corte di giustizia UE – facendo ricorso alla sua nota impostazione secondo cui, pur in mancanza di una (anche soltanto implicita) competenza comunitaria in materia processuale, l'effettività del diritto comunitario comporta che l'autonomia procedurale lasciata agli stati membri incontri i limiti della parità di trattamento tra situazioni interne e situazioni comunitarie (principio di equivalenza) e della garanzia della loro effettiva tutela (principio di effettività), essendo altrimenti il giudice obbligato ad interpretare le regole processuali in modo conforme ad assicurare l'effettiva applicazione del diritto UE – ha ripetutamente affermato il principio secondo cui può essere messo in discussione anche l'accertamento compiuto nella sentenza del giudice nazionale passata in giudicato, perché in contrasto con il diritto dell'Unione, su cui non sia stato effettuato un rinvio pregiudiziale, al fine di consentire l'effettiva e corretta applicazione della normativa euro-

unitaria (v., *ex plurimis*, Corte giust. UE, 3 settembre 2009, in causa C- 2/08, *Olimpiclub*; id., 14 dicembre 1995, in causa C-312/93, *Peterbroeck*; id., 16 dicembre 1976, in causa C-33/76, *Rene*),

17. Attesa, dunque, sia la rilevanza sia l'ammissibilità delle questioni pregiudiziali *ex art. 267 TFUE*, quali sollevate dalle parti appellate e (ri)formulate sopra *sub* 14.1. e 15.3., s'impone il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, con conseguente sospensione del presente giudizio; riservata alla sentenza definitiva ogni statuizione di natura decisoria.

18. Ai sensi della «*nota informativa riguardante la proposizione di domande di pronuncia pregiudiziale da parte dei giudici nazionali*» 2011/C 160/01 (in G.U.C.E. 28 maggio 2011), vanno trasmessi alla Cancelleria della Corte, a cura della Segreteria della Sezione, mediante plico raccomandato, in copia i seguenti atti:

- copia del testo del decreto legislativo del 1° agosto 2003, n. 259 (*Codice delle comunicazioni elettroniche*), e del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 (*Codice del consumo*);
- il provvedimento impugnato con il ricorso di primo grado;
- il ricorso di primo grado;
- la sentenza del Tribunale amministrativo regionale appellata;
- il ricorso in appello;
- l'ordinanza di rimessione alla Adunanza plenaria n. 4351/2015;
- la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 4/2016;
- le comparse di costituzione e le memorie difensive depositate da tutte le parti nel giudizio di appello;
- la presente ordinanza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), non definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto (ricorso n. 2827 del 2013), provvede come segue:

- rimette alla Corte di giustizia dell'Unione Europea le questioni pregiudiziali indicate *sub* 14.1. e 15.3. della parte-motiva della presente sentenza, ai sensi

dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea;

- dispone che il presente provvedimento, unitamente a copia degli atti indicati in motivazione, sia trasmesso, a cura della Segreteria della Sezione, alla Cancelleria della Corte di Giustizia dell'Unione Europea;
- dispone la sospensione del presente giudizio;
- riserva alla decisione definitiva ogni ulteriore statuizione in rito, nel merito e sulle spese.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 settembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Bernhard Lageder, Consigliere, Estensore

Marco Buricelli, Consigliere

Francesco Mele, Consigliere

Italo Volpe, Consigliere

L'ESTENSORE
Bernhard Lageder

IL PRESIDENTE
Sergio Santoro

IL SEGRETARIO