

## TLC - TV E MEDIA - INTERNET - SERVIZI IT - NUOVE TECNOLOGIE - RETI E INFRASTRUTTURE

N. 7 maggio 2019

### IN QUESTO NUMERO:

**1. TV – FREQUENZE:** l'Agcom definisce i criteri di conversione delle frequenze per il servizio digitale terrestre in ambito nazionale (Delibera Agcom 129/19/CONS)

**2. CONTRATTI CON CONSUMATORI:** l'UE adotta nuove norme sui contratti di vendita ai consumatori di beni e contenuti digitali

**3. DIRITTO D'AUTORE - GESTIONE COLLETTIVA:** il Tar Lazio rinvia alla Corte Costituzionale le norme in materia di identificazione degli organismi di gestione collettiva dei diritti (ordinanza Tar Lazio 16 aprile 2019, n. 4930)

**4. TLC – PRESTAZIONI OBBLIGATORIE:** il Tar Lazio conferma la legittimità dei nuovi rimborsi per intercettazioni e prestazioni di giustizia, ma ne annulla l'applicazione retroattiva (sentenza Tar Lazio 9 aprile 2019, n. 4604)

**5. TLC – GARE PUBBLICHE:** il Tar Lazio conferma l'aggiudicazione in favore di TIM dei servizi di telefonia mobile per le PA (sentenza Tar Lazio 1° aprile 2019, n. 4277)

**6. TLC – TUTELA DEGLI UTENTI:** l'Agcom approva il nuovo Codice di condotta per l'offerta dei servizi *premium* - Casp 4.0 (Delibera Agcom 108/19/CONS)

**7. RAPPORTI CON GLI UTENTI – RECESSO:** l'Agcom sanziona un operatore televisivo per violazione degli obblighi in materia di esercizio del diritto di recesso (Delibera Agcom 85/19/CONS)

**8. AGCM – RAPPORTI CON GLI UTENTI:** l'AGCM sanziona alcuni operatori di telefonia per una pratica di c.d. *Iban discrimination* (provvedimenti AGCM PV2-PV3-PV5)

**9. GARE PUBBLICHE – PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE:** il Tar Lazio annulla l'esclusione da una gara pubblica di un operatore sanzionato dall'AGCM per violazione dei diritti dei consumatori (sentenza Tar Lazio 30 gennaio 2019, n. 1222)

**10. TV – PUBBLICITÀ:** il Tar Lazio respinge il ricorso di un operatore televisivo contro l'accertamento e sanzione da parte di Agcom del superamento dei limiti di affollamento pubblicitario (sentenza Tar Lazio 16 aprile 2019, n. 4926)

**11. AGCOM – CONSULTAZIONI PUBBLICHE:** l'Agcom adotta il nuovo regolamento per lo svolgimento delle procedure di consultazione pubblica (Delibera 107/19/CONS)

## 1. TV – FREQUENZE

### L'Agcom definisce i criteri di conversione delle frequenze per il servizio digitale terrestre in ambito nazionale (Delibera Agcom 129/19/CONS)

La **Delibera Agcom 129/19/CONS** costituisce un importante passaggio del riassetto delle frequenze del servizio digitale terrestre dal momento che, in attuazione dell'art. 1, comma 1031, Legge 205/2017, ha stabilito i criteri per la conversione degli attuali canali di frequenze nazionali (*multiplex*) nelle ulteriori frequenze che saranno assegnate a seguito della liberazione della banda 700 MHz (destinata a servizi 5G) e del passaggio alla tecnologia trasmissiva DVB-T2.

Quale aspetto fondamentale di questa delibera, **l'Agcom ha identificato in 0,5 il fattore di conversione dagli attuali *multiplex*** che saranno oggetto del suddetto spostamento e migrazione tecnologica. Ciò vuol dire che un attuale diritto d'uso sarà convertito in un diritto d'uso di capacità trasmissiva equivalente alla metà della capacità trasmissiva resa disponibile da un *multiplex* in tecnologia DVB-T2 (in ragione della maggiore efficienza trasmissiva di questi ultimi). In sostanza, i soggetti che attualmente detengono 5 *multiplex* (Rai, Mediaset e Persidera) si vedranno assegnati diritti d'uso per 2,5 *multiplex*, mentre quelli che detengono 1 *multiplex* diritti d'uso per 0,5 *multiplex*.

A questo riguardo, l'Agcom precisa che il "*diritto d'uso di capacità trasmissiva*" a cui fa riferimento la Legge 205/2017 va inteso quale mero passaggio intermedio del più ampio processo di conversione dei diritti d'uso di frequenze DVB-T in diritti d'uso di frequenze DVB-T2.

Alla luce del fattore di conversione adottato, qualora il diritto d'uso su un singolo *multiplex* sia detenuto congiuntamente da due soggetti, questi ultimi sono tenuti a stipulare un **accordo commerciale per l'utilizzo congiunto del *multiplex***. Infatti, sebbene una rete trasmissiva sia indivisibile, la capacità trasmissiva veicolata da essa è frazionabile tra più operatori. Tali accordi commerciali potranno essere stipulati anche ad esito della procedura onerosa senza rilanci competitivi prevista dall'art. 1, comma 1031-bis, Legge 205/2017 per l'aggiudicazione dei due *multiplex* aggiuntivi resi disponibili a seguito dell'abrogazione della riserva di 1/3 della capacità trasmissiva a favore dell'emittenza locale, che era prevista dall'art. 8 TUSMAR.

Complessivamente, sulla base del fattore di conversione previsto dalla Delibera 129/19/CONS, saranno assegnati i diritti d'uso di 10 nuovi *multiplex* DVB-T2, mentre 2 ulteriori *multiplex* saranno aggiudicati ad esito della procedura onerosa senza rilanci competitivi sopra richiamata.

La Delibera 129/19/CONS ha inoltre stabilito la **durata dei diritti d'uso del *multiplex* DVB-T2 in 10 anni**, decorrenti dal provvedimento di conversione.

Infine, con riferimento all'**attuazione della sentenza Cons. Stato n. 5928/2018** (che aveva annullato le Delibere Agcom 181/09/CONS e 300/10/CONS a causa della mancata assegnazione a Persidera di un quarto *multiplex* nazionale, ordinando ad Agcom di svolgere una nuova valutazione regolamentare; cfr. **Newsletter TMT 6/2019**), Agcom si è limitata ad affermare che, in ragione della complessità della vicenda giudiziaria, è stato presentato un ricorso per chiarimenti al Consiglio di Stato al fine di ricostruire l'esatto perimetro del *dictum* giurisdizionale e, conseguentemente, calibrare la portata delle misure esecutive da adottare.

## 2. CONTRATTI CON CONSUMATORI

### L'UE adotta nuove norme sui contratti di vendita ai consumatori di beni e contenuti digitali

In data 3 aprile 2019, il Consiglio dell'UE ha approvato in via definitiva due importanti direttive in materia di contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali e contratti di vendita di beni, che, dopo la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale UE, dovranno essere recepite dagli Stati nei successivi due anni. In Italia, tale implementazione riguarderà anche la disciplina oggi contenuta negli artt. 114 e ss. Cod. Cons.. Le direttive sono finalizzate a introdurre un quadro normativo aggiornato e organico, che renda più facili e sicure le operazioni di acquisto e vendita di beni e servizi, anche a livello transfrontaliero.

Le due direttive si fondano sul principio dell'armonizzazione massima, in virtù del quale gli Stati membri non possono discostarsi dalle prescrizioni stabilite a tutela dei consumatori, ferma restando la possibilità di applicare norme contrattuali che forniscono un livello di tutela più elevato.

La **Direttiva relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali (2015/0287 (COD))** ha ad oggetto la fornitura a un consumatore di contenuti o servizi digitali (ad esempio, musica e video online, servizi di archiviazione su *cloud*, servizi per la condivisione di dati *online*, salve alcune eccezioni) a fronte del pagamento di un corrispettivo o dell'accesso a dati personali del consumatore, e indipendentemente dal fatto che la vendita avvenga fisicamente (nei negozi) o a distanza (ad es. *online*).

La **Direttiva relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni (2015/0288 (COD))** ha invece ad oggetto qualsiasi vendita di beni (salve alcune eccezioni), compresi quelli che includono una componente digitale (ad es. *smartwatch*), indipendentemente dal fatto che la vendita avvenga fisicamente (nei negozi) o a distanza (ad es. *online*).

Tali direttive seguono uno schema simile tra loro, disciplinando il rapporto contrattuale tra impresa venditrice e consumatore acquirente sulla base di aspetti in buona parte comuni, sebbene declinati diversamente a seconda che si tratti di vendita di beni o fornitura di servizi e contenuti digitali. In sintesi, i principali aspetti disciplinati da queste direttive riguardano:

- (i) criteri di **verifica della conformità** del bene o servizio al contenuto del contratto;
- (ii) rispetto di alcuni **requisiti soggettivi di conformità**, riferiti in particolare all'adeguatezza agli scopi d'uso e alla presenza di caratteristiche (in termini di funzionalità, compatibilità, accessibilità, continuità e sicurezza) che si trovano abitualmente in beni o servizi dello stesso tipo;
- (iii) fornitura di **aggiornamenti**, anche di sicurezza, necessari a mantenere la conformità nel tempo;
- (iv) **responsabilità dell'impresa per difetti di conformità** (stabilita fino a due anni dalla consegna o fornitura, con presunzione che qualsiasi difetto di conformità che si manifesta entro un anno dalla consegna o fornitura si presume sussistente al momento della consegna o fornitura);
- (v) **rimedi a disposizione dei consumatori** in caso di mancata fornitura o non conformità del servizio o contenuto digitale (ripristino della conformità del bene, riduzione proporzionale del prezzo, o risoluzione del contratto).

### 3. DIRITTO D'AUTORE - GESTIONE COLLETTIVA

**Il Tar Lazio rinvia alla Corte Costituzionale le norme in materia di identificazione degli organismi di gestione collettiva dei diritti (ordinanza Tar Lazio 16 aprile 2019, n. 4930)**

L'**ordinanza del Tar Lazio n. 4930/2019** è stata adottata nel giudizio in cui SIAE ha impugnato l'"**Elenco degli organismi di gestione collettiva e delle entità di gestione indipendenti**" (redatto da Agcom ai sensi dell'art. 40, comma 3, D.Lgs. n. 35/2017 e pubblicato in data 24 gennaio 2018), nella parte in cui ha incluso anche LEA — Liberi Editori e Autori fra gli organismi di gestione collettiva in possesso dei requisiti previsti dagli artt. 2 e 8 del D.Lgs. n. 35/2017. Dall'inclusione nel suddetto elenco, consegue la possibilità per LEA (e per gli altri organismi iscritti) di operare in concorrenza con la SIAE nell'attività di *collecting* dei diritti d'autore.

L'art. 19 D.L. n. 148/2017 (modificativo dell'art. 180 Legge n. 633/1941) ha previsto la riserva dell'esercizio dell'attività di intermediario in materia di diritti d'autore alla SIAE e agli altri organismi di gestione collettiva e, al comma 2, ha subordinato l'esercizio dell'attività di intermediazione alla verifica da parte dell'Agcom del rispetto dei requisiti ai sensi del D.Lgs. n. 35/2017. I dubbi di compatibilità costituzionale dell'art. 19 D.L. n. 148/2017 sono stati sollevati dal Tar Lazio con riferimento alla **sussistenza dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza** richiesti dall'art. 77, comma 2, Cost. per l'utilizzo della decretazione d'urgenza. Secondo il Tar, infatti, si potrebbe essere in presenza di un intervento normativo di riforma sistematica e ordinamentale (con riguardo all'estensione agli organismi di gestione collettiva della facoltà di svolgere le funzioni originariamente riservate alla SIAE) e che interviene su una tematica che non ha origine da un "*caso straordinario di necessità e d'urgenza*". Per questa ragione il Tar ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la **questione di legittimità costituzionale dell'art. 19 D.L. n. 148/2017 per possibile contrasto con l'art. 77, comma 2, Cost.**

Peraltro, nell'ordinanza di rinvio è stata ritenuta meritevole di positiva considerazione anche la tesi (seguita in passato dalla Corte Costituzionale) secondo cui la conversione in legge da parte del Parlamento abbia l'effetto di sanare, sia pure solo *ex nunc* e non già *ex tunc*, l'eventuale assenza dei presupposti per l'emanazione di un decreto legge.

### 4. TLC – PRESTAZIONI OBBLIGATORIE

**Il Tar Lazio conferma la legittimità dei nuovi rimborsi per intercettazioni e prestazioni di giustizia, ma ne annulla l'applicazione retroattiva (sentenza Tar Lazio 9 aprile 2019, n. 4604)**

Con **sentenza 9 aprile 2019, n. 4604** (e analoghe sentenze 4594-4596-4600/2019), il Tar Lazio ha respinto i ricorsi di alcuni operatori (WindTre, Vodafone, TIM e Colt) contro il Decreto del Ministero della Giustizia e del Ministro dello Sviluppo Economico del 28 dicembre 2017 che, in attuazione dell'art. 96 D.Lgs. 259/2003, ha introdotto il **nuovo listino dei rimborsi relativi alle prestazioni obbligatorie fornite agli organi giudiziari e di polizia** dagli operatori di telecomunicazioni (ad esempio, intercettazioni telefoniche), sostituendo il precedente listino risalente al 2001.

Il D.M. 28 dicembre 2017 ha comportato riduzioni dei rimborsi fino al 50% in alcuni casi, giustificati in ragione della diminuzione dei costi connessa all'intervenuta evoluzione tecnologica. Secondo le ricorrenti, i rimborsi previsti da questo decreto non consentivano di assicurare l'integrale copertura dei costi sostenuti dagli operatori telefonici. Sul punto, il Tar ha sottolineato che la determinazione dei rimborsi è stata effettuata sulla base delle **risultanze di un tavolo tecnico** a cui avevano partecipato anche i rappresentanti degli operatori, che avevano condotto a escludere il ristoro di alcune voci di

costo, relative in particolare all'impiego di sistemi tecnologici scelti autonomamente dagli operatori, nonché al trasporto delle informazioni che transitano su infrastrutture di distribuzione già in esercizio. Secondo il Tar, tali analisi erano state svolte sulla base di dati attendibili e deduzioni logiche e corrette, mentre alcuni costi che gli operatori affermavano di sostenere non risultavano supportati da adeguate prove.

Il Tar ha invece **annullato alcune circolari delle procure di Reggio Calabria e Roma che avevano stabilito l'applicazione retroattiva delle nuove tariffe** a tutte le prestazioni liquidate dopo l'entrata in vigore del D.M. 28 dicembre 2017, anche se svolte anteriormente a tale data. Secondo la sentenza, infatti, tali circolari si pongono in contrasto con il principio di irretroattività degli atti amministrativi (a sua volta basato sulla necessità di certezza dei rapporti giuridici e sulla tutela dell'affidamento) e, inoltre, trattandosi di previsioni contenute in atti amministrativi generali, la loro applicabilità risultava subordinata all'attuazione di misure di pubblicità idonee a renderle conoscibili da parte dei destinatari.

## 5. TLC – GARE PUBBLICHE

### **Il Tar Lazio conferma l'aggiudicazione in favore di TIM dei servizi di telefonia mobile per le PA (sentenza Tar Lazio 1° aprile 2019, n. 4277)**

Il Tar Lazio, con **sentenza n. 4277/2019**, ha respinto il ricorso di WindTre contro il provvedimento di Consip del giugno 2018 che aveva aggiudicato a TIM l'affidamento dei servizi di telefonia mobile per le Pubbliche Amministrazioni.

Quale principale punto d'interesse della sentenza, la ricorrente lamentava che il prezzo di terminazione di chiamate vocali su reti mobile indicato da TIM (0,5 eurocent/min.) fosse molto più basso del corrispondente prezzo regolamentato stabilito dall'Agcom (0,98 eurocent/min.), in presunta violazione dei principi della concorrenza applicabili alla tariffazione dei servizi *retail* da parte di un'impresa verticalmente integrata, nonché del principio di non discriminazione interna-esterna. Sul punto, il Tar ha escluso la sussistenza di tali criticità in quanto, ai sensi delle regole di gara, il valore proposto da TIM si applicava anche alle chiamate verso rete TIM (esclusi solo i numeri della PA convenzionati), nonché alla luce del fatto che **"le tariffe di terminazione individuate dall'AgCom sono massime e non fisse ed hanno la funzione di garantire la parità di trattamento nell'interconnessione tra operatori"**.

Inoltre, la sentenza ha sottolineato – in maniera piuttosto generica - che **il valore proposto da TIM dovesse essere comunque valutato nell'ambito della più ampia offerta economica** ("TIM non ha offerto un diverso costo di terminazione in deroga alle tariffe applicate nel mercato all'ingrosso, ma, nell'ambito di una procedura a evidenza pubblica, ha offerto al potenziale cliente una tariffa competitiva per un determinato servizio, da valutare nell'ambito della complessità dell'offerta economica").

## 6. TLC – TUTELA DEGLI UTENTI

### **L'Agcom approva il nuovo Codice di condotta per l'offerta dei servizi premium - Casp 4.0 (Delibera Agcom 108/19/CONS)**

Dopo un lungo periodo di analisi e confronto con gli operatori, la **Delibera Agcom 108/19/CONS** ha approvato il nuovo Codice di condotta per l'offerta dei servizi premium (Casp 4.0), ordinando alcune

# Newsletter

MAGGIO 2019

integrazioni nel testo. Come noto, si tratta del codice di autodisciplina redatto congiuntamente dagli operatori di telefonia e dai *content service provider* al fine di definire **regole comuni a tutela dell'utenza in relazione alla fornitura di servizi a valore aggiunto** (*news*, suonerie, contenuti digitali, etc.) forniti attraverso SMS/MMS o connessioni dati su reti mobili. Tali regole si applicano ai canali di comunicazione e a quelli di accesso per l'acquisto dei servizi *premium* (web, mobile internet, TV, stampa, SMS, MMS, etc.) sia in modalità "one shot" che in abbonamento. Il nuovo Casp. 4.0 sostituisce la precedente versione 3.0, che era stata approvata con Delibera 47/13/CIR.

La nuova procedura attraverso cui l'utente acquista e attiva i servizi premium si basa sulle azioni già oggetto di una sperimentazione svolta a partire dal 2017, finalizzata a evitare il rischio di frodi e attivazioni non richieste, anche prevedendo **l'acquisto dei servizi premium attraverso una doppia azione del cliente (c.d. doppio click) in due schermate grafiche successive**. Le misure a tutela dell'utenza comprendono inoltre:

- controllo totale da parte degli operatori delle pagine di attivazione dei servizi, sviluppate e ospitate sulle piattaforme degli operatori;
- introduzione di un **Call Center Unico** attraverso il quale offrire ai clienti un servizio accessibile 24h/7gg per la disattivazione dei servizi in abbonamento;
- istituzione di un Comitato di garanzia dei servizi a sovrapprezzo (**c.d. Comitato VAS**) a presidio dei processi di attivazione dei servizi *premium*;
- adozione di una **procedura unificata di rimborso agli utenti** delle somme per gli acquisti privi del consenso.

Come detto, l'Agcom ha anche ordinato alcune integrazioni al testo del Casp 4.0, in particolare:

- introduzione di un periodo di ripensamento che preveda l'addebito del costo del servizio *premium* in abbonamento decorse sei ore dalla ricezione del messaggio di attivazione;
- creazione di piattaforme che, attraverso l'utilizzo di apposite interfacce, consentano l'integrazione dei sistemi degli operatori e dei CSP, anche ai fini dei rimborsi agli utenti;
- affidamento del Call Center Unico a una società terza indipendente.

Sebbene il Casp. 4.0 rappresenti un atto di autodisciplina redatto dagli operatori, in considerazione della sua approvazione da parte dell'Agcom **esso ha acquisito "natura regolamentare"** e, quindi, la Delibera 108/19/CONS precisa che tutte le società operanti nel mercato dei servizi *premium* sono tenute a rispettarne il contenuto, a pena di essere sanzionate ai sensi della normativa vigente.

## 7. RAPPORTI CON GLI UTENTI – RECESSO

### **L'Agcom sanziona un operatore televisivo per violazione degli obblighi in materia di esercizio del diritto di recesso (Delibera Agcom 85/19/CONS)**

La **Delibera Agcom 85/19/CONS** ha accertato nei confronti di Mediaset Premium un profilo di presunta violazione della normativa in materia di recesso con riferimento all'art. 1, comma 3-bis, D.L. 7/2007, il quale stabilisce che le modalità utilizzabili dal cliente che intenda recedere da un contratto

# Newsletter

MAGGIO 2019

stipulato con operatori di telefonia e di reti televisive “devono seguire le medesime forme utilizzabili al momento dell’attivazione o dell’adesione al contratto”.

Nel caso di specie, l’Agcom ha rilevato (anche sulla base delle condizioni generali applicate) che **il diritto di recesso poteva essere esercitato solamente previo invio di una raccomandata A/R o per via telematica attraverso un’area personale sul sito web, non essendo quindi ricompresi alcuni canali tramite i quali poteva invece essere concluso il contratto**, ossia il canale telefonico e i punti vendita. In merito a questi ultimi, è interessante osservare che sono stati considerati come tali anche le **postazioni provvisorie allestite presso alcuni locali commerciali** della grande distribuzione.

In considerazione di alcune condotte di ravvedimento operoso (introduzione della possibilità di recedere per via telefonica, e dismissione delle postazioni provvisorie presso locali commerciali), l’Agcom ha irrogato una sanzione di Euro 58.000, pari al minimo edittale ai sensi dell’art. 98, comma 16, D.Lgs. 259/2003.

Attraverso questo provvedimento sanzionatorio, dunque, Agcom conferma il proprio indirizzo piuttosto rigido nell’applicazione delle norme in materia di recesso e ripensamento nelle loro varie declinazioni, in particolare recesso per *ius variandi*, recesso *ad nutum*, ripensamento entro 14 giorni.

## 8. AGCM – RAPPORTI CON GLI UTENTI

### **L’AGCM sanziona alcuni operatori di telefonia per una pratica di c.d. Iban *discrimination* (provvedimenti AGCM PV2-PV3-PV5)**

Con **provvedimenti del 10 aprile 2019**, l’AGCM ha sanzionato alcuni operatori di telefonia per la condotta consistente nel **non consentire ai propri clienti il pagamento dei servizi attraverso domiciliazione bancaria su conti correnti in banche di Paesi UE diversi dall’Italia**. Si tratta di una fattispecie sanzionatoria applicata per la prima volta dall’AGCM e derivante dalla violazione dell’art. 9 del Regolamento UE 260/2012, il quale pone un obbligo di non discriminazione nell’accettazione dei bonifici effettuati dai titolari di un conto corrente all’interno dell’UE.

Nel caso di specie, l’AGCM ha rilevato una discriminazione tra conti correnti italiani e stranieri in quanto, nella sottoscrizione dei servizi di telefonia, non risultava possibile effettuare la domiciliazione bancaria su un conto corrente di Stato UE diverso dall’Italia. Tale circostanza derivava dal fatto che **gli operatori non utilizzavano il protocollo di pagamento SEPA (che prevede un modello comune di armonizzazione dei pagamenti tra gli Stati UE), bensì il protocollo SEDA** (che consente ai soggetti che fatturano di non svolgere alcuni servizi relativi ai mandati di pagamento dei propri clienti). Al riguardo, l’AGCM ha sottolineato che la scelta di ricorrere al SEDA anziché di dotarsi di procedure interne (e di connessi sviluppi tecnici) ai fini dell’utilizzo del sistema armonizzato SEPA, non può costituire un’esimente ai fini della violazione dell’obbligo di non discriminazione sancito dal richiamato art. 9 Regolamento UE 260/2012, anche perché – secondo l’AGCM – neanche da un punto di vista tecnico il fatto che il cliente non abbia un conto corrente italiano impedirebbe l’incasso da parte dell’aderente al SEDA.

In ragione della violazione sopra descritta, l’AGCM ha irrogato sanzioni per Euro 800.000 (a due operatori) e Euro 600.000 (ad un altro operatore). Un altro procedimento, pur avente oggetto analogo, è stato invece chiuso con accettazione degli impegni.

Si tratta di provvedimenti relativi a una fattispecie normativa che, pur essendo stata introdotta nel 2012, è **sostanzialmente nuova dal punto di vista dell’enforcement sanzionatorio, ma è suscettibile di un’applicazione ampia**, ossia a qualsiasi settore nel quale la fornitura di beni o servizi viene effettuata

anche attraverso il pagamento di bonifici. È inoltre opportuno ricordare che la competenza sanzionatoria dell'AGCM riguarda le eventuali violazioni del citato art. 9 Regolamento UE 260/2012, mentre Banca d'Italia resta competente per gli aspetti connessi alla normativa finanziaria e all'applicazione del Testo Unico Bancario (D.Lgs. n. 285/1993).

## 9. GARE PUBBLICHE – PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE

### **Il Tar Lazio annulla l'esclusione da una gara pubblica di un operatore sanzionato dall'AGCM per violazione dei diritti dei consumatori (sentenza Tar Lazio 30 gennaio 2019, n. 1222)**

La **sentenza Tar Lazio n. 1222/2019**, in accoglimento del ricorso di Fastweb, ha annullato il provvedimento con il quale Consip aveva escluso la RTI guidata dalla stessa Fastweb dalla partecipazione alla gara per la fornitura di servizi di supporto, sviluppo e gestione del Sistema Informativo dell'Istruzione (SIDI). Tale esclusione derivava dall'omessa dichiarazione (in presunta violazione dell'art. 80, comma 5, lettera f-bis) D.Lgs. n. 50/2016) della sanzione che le era stata irrogata dall'AGCM con provvedimento del 2 dicembre 2015 (PS9880 - *Fastweb-Procedure di teleselling*) che, secondo Consip, integrava la fattispecie di esclusione di un'impresa che si era resa colpevole di "*gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità*", ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), D.Lgs. n. 50/2016).

Nel caso di specie, anche sulla base delle Linee Guida ANAC n. 6, i partecipanti alla gara erano tenuti a indicare, tra l'altro, i provvedimenti esecutivi per pratiche commerciali scorrette da parte dell'AGCM aventi effetti sui contratti pubblici e afferenti il medesimo mercato oggetto della procedura di gara.

Il Tar ha rilevato che questi ultimi due requisiti non fossero soddisfatti, dal momento che la **condotta sanzionata dall'AGCM (i) riguardava il rapporto tra impresa e consumatori, non avendo alcun effetto sulla contrattualistica pubblica, e (ii) non è stata posta in essere nel mercato dei servizi IT interessato dalla gara Consip**, avendo interessato il distinto mercato delle telecomunicazioni. In assenza di questi requisiti, il provvedimento AGCM del 2015 non rientrava nell'ambito dei gravi illeciti professionali e, quindi, **non doveva essere comunicato alla stazione appaltante**. Da qui l'illegittimità del provvedimento di esclusione dalla gara.

Quale ulteriore aspetto di interesse (pur ininfluente alla luce di quanto sopra indicato), il Tar ha invece ritenuto **soddisfatto il requisito della sussistenza di una pratica commerciale scorretta** in quanto il provvedimento AGCM PS9880, pur non riguardando l'accertamento formale di una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20 e ss. Cod. Cons. (essendo riferito alla violazione dell'art. 51 Cod. Cons., ossia di una norma sui diritti contrattuali dei consumatori), ha comunque a oggetto una condotta suscettibile di integrare una pratica commerciale scorretta. Da questo punto di vista, quindi, il Collegio ha fornito un'interpretazione piuttosto ampia (e discutibile) della sussistenza di una pratica commerciale scorretta, che va anche al di là di un accertamento formale compiuto dall'AGCM.

Infine, si osserva che la decisione del Tar è stata adottata pur a fronte di un parere dell'ANAC che aveva ritenuto corretta la posizione di Consip. A questo riguardo, la sentenza in esame richiama il **parere del Consiglio di Stato n. 2616/2018** che, pronunciandosi in via consultiva sulle Linee Guida ANAC n. 6 relative alle cause di esclusione di cui all'art. 80 D.Lgs. n. 50/2016, aveva ravvisato **criticità nell'assumere una diretta attinenza delle pratiche commerciali scorrette alla contrattualistica pubblica**.



## 10. TV – PUBBLICITÀ

### **Il Tar Lazio respinge il ricorso di un operatore televisivo contro l'accertamento e sanzione da parte di Agcom del superamento dei limiti di affollamento pubblicitario (sentenza Tar Lazio 16 aprile 2019, n. 4926)**

Con **sentenza n. 4925/2019** (e analoghe sentenze 4926-4927/2019), il Tar Lazio ha respinto i ricorsi presentati da RTI per l'annullamento delle delibere Agcom 295/17/CSP, 296/17/CSP e 297/17/CSP che avevano accertato la **violazione da parte di alcune emittenti dei limiti di affollamento pubblicitario stabiliti dall'art. 38, comma 2, TUSMAR**.

Come noto, questa norma stabilisce, in linea generale, che la trasmissione di spot pubblicitari da parte delle emittenti nazionali in chiaro (esclusa la Rai) non può eccedere il 15% dell'orario giornaliero di programmazione e il 18% di una determinata e distinta ora d'orologio, con possibilità di recuperare un'eventuale eccedenza (comunque non superiore al 2% dell'ora) nell'ora antecedente o successiva.

Nella fattispecie, il superamento dei limiti di legge derivava dal **computo tra gli spot pubblicitari soggetti ad affollamento anche delle promozioni di emittenti radiofoniche nazionali controllate indirettamente dalla stessa RTI**. Al riguardo, l'Agcom ha ritenuto che questi spot non fossero qualificabili come "autopromozione" dell'emittente (ai sensi dell'art. 38, comma 6, TUSMAR) e che, quindi, dovessero essere ricompresi nel calcolo dei limiti di affollamento pubblicitario. Da qui l'accertamento della violazione dell'art. 38, comma 2, TUSMAR, pur senza irrogazione di sanzioni in ragione del **legittimo affidamento maturato dalla società a causa della novità della fattispecie e delle complessità interpretative** sul concetto di "autopromozione" che hanno generato una situazione di incertezza in capo all'operatore.

Il Tar ha condiviso l'impostazione dell'Agcom, sottolineando che **gli spot di "autopromozione" possono essere riferiti solamente ai programmi e prodotti collaterali di un'emittente strettamente intesa**, non potendosi accogliere - anche da un punto di vista logico ed ermeneutico - un'interpretazione estensiva secondo cui rientrerebbero in questa categoria anche gli annunci relativi a programmi riconducibili ad una diversa società del medesimo gruppo dell'emittente.

Secondo la sentenza, ciò è confermato anche alla luce dell'art. 1 del regolamento sulla pubblicità televisiva di cui alla Delibera Agcom 211/08/CSP, laddove stabilisce che *"sono ricondotti nella nozione di 'autopromozione', e nella relativa disciplina, gli annunci relativi ai programmi diffusi sulle varie piattaforme"*, intendendosi come "varie piattaforme" quelle appartenenti ad un medesimo soggetto che faccia autopromozione dei programmi diffusi sulle stesse.

## 11. AGCOM – CONSULTAZIONI PUBBLICHE

### **L'Agcom adotta il nuovo regolamento per lo svolgimento delle procedure di consultazione pubblica (Delibera 107/19/CONS)**

Il nuovo regolamento approvato con **Delibera Agcom 107/19/CONS** disciplina non più il solo svolgimento delle consultazioni di cui all'art. 11 D.Lgs. 259/2003 relative ai mercati delle comunicazioni elettroniche (come avveniva con il precedente regolamento di cui alla Delibera 453/03/CONS), bensì **tutte le procedure di consultazione pubblica condotte dall'Autorità nei settori di sua competenza ai fini dell'adozione di atti aventi natura regolatoria e normativa**. Tale ampliamento

# Newsletter

MAGGIO 2019

dell'ambito applicativo, dunque, estende a tutte le consultazioni svolte dall'Agcom quelle tutele e garanzie di partecipazione e trasparenza già previste per alcune aree della regolamentazione e sulle quali, peraltro, si è formata una rilevante giurisprudenza.

Nel merito, le diverse fasi in cui si snoda il procedimento di consultazione pubblica possono essere così sintetizzate:

**(i) atto di avvio**, comprensivo della proposta in consultazione (in forma di schema di provvedimento o documento che sintetizzi i presupposti, il contenuto e la finalità della proposta) e delle modalità di svolgimento e del termine (non inferiore a 30 giorni, salvo casi eccezionali di 15 giorni) entro cui far pervenire osservazioni o risposte a quesiti specifici;

**(ii) partecipazione alla consultazione**, mediante invio di osservazioni e documenti da parte dei soggetti interessati e, se del caso, mediante lo svolgimento di audizioni. Le osservazioni ricevute possono essere pubblicate sul sito web dell'Agcom. I partecipanti possono comunque indicare le parti che ritengono coperte da riservatezza e, quindi, sottratte alla pubblicazione e all'accesso;

**(iii) sintesi dei risultati della consultazione**, che è comunicata ai partecipanti mediante apposito documento pubblicato sul sito web o recepita nelle motivazioni del provvedimento finale;

**(iv) pubblicazione del provvedimento finale**, in cui sono riportati gli orientamenti generali ricavabili dalle osservazioni formulate e sono indicate le motivazioni che giustificano le determinazioni dell'Agcom.

La Delibera 107/19/CONS precisa inoltre che le procedure di consultazione **possono comprendere anche l'analisi di impatto della regolamentazione (AIR)** svolta secondo i criteri e le modalità stabiliti dall'Agcom.

# Newsletter

MAGGIO 2019

Il Dipartimento di *Telecomunicazioni, Media e Nuove Tecnologie* di Legance è a disposizione per qualsiasi chiarimento ed approfondimento, anche in relazione a fattispecie specifiche.

Per ulteriori informazioni:

**Valerio Mosca**

---

**Counsel**

T. +39 06.93.18.271  
[vmosca@legance.it](mailto:vmosca@legance.it)

oppure il Vostro professionista di riferimento all'interno di Legance.

# Newsletter

MAGGIO 2019

## LO STUDIO

Legance è uno studio legale italiano con un team di professionisti esperti, dinamici e orientati al risultato, il cui affiatamento ha reso possibile un modello organizzativo flessibile ed incisivo che, attraverso dipartimenti attivi in tutti i settori della consulenza legale d'affari, esprime il giusto equilibrio tra specialista e avvocato come consulente globale. Legance conta oltre 230 avvocati, nelle sedi di Milano, Roma, Londra e New York. Le aree di competenza sono: Fusioni, Acquisizioni e Diritto Societario; Banking; Project Financing; Debt Capital Markets; Equity Capital Markets; Financial Intermediaries Regulation; Fondi di Investimento; Contenzioso, Arbitrati ed ADR; Ristrutturazioni e Procedure Concorsuali; Ue, Antitrust e Regolamentazione; Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali; Diritto Tributario; Diritto Amministrativo; Diritto Immobiliare; Diritto dell'Energia, Gas e Risorse Naturali; Compliance; Diritto della Navigazione e dei Trasporti; Proprietà Intellettuale; TMT (Technology, Media, Telecommunications); Diritto Ambientale; Insurance; Nuove Tecnologie; Legislazione Alimentare; Data Protection. Per maggiori informazioni, potete visitare il nostro sito web: [www.legance.it](http://www.legance.it).

## DISCLAIMER

La presente Newsletter ha il solo scopo di fornire informazioni di carattere generale. Di conseguenza, non costituisce un parere legale né può in alcun modo considerarsi come sostitutivo di una consulenza legale specifica.

Questa newsletter viene inviata a persone che hanno fornito i loro dati personali nel corso di relazioni professionali, riunioni, seminari, workshop o eventi simili. È possibile anche ricevere questa newsletter perché si è autorizzato Legance. È possibile riceverla, infine, perché è stato dato mandato a Legance in passato. Se si desidera non ricevere più la newsletter, si prega di scrivere un'email a [newsletter@legance.it](mailto:newsletter@legance.it) e le informazioni saranno rimosse dalla lista dei destinatari. Finché non si effettua la cancellazione dalla lista dei destinatari i dati personali saranno trattati su supporto cartaceo o elettronico per finalità relative alla gestione dei rapporti professionali esistenti, o per motivi di informazione e divulgazione, ma non saranno comunicati a terzi, a meno che tale comunicazione non sia imposta dalla legge o strettamente necessaria per gestire la relazione professionale. Titolare del trattamento è **Legance - Avvocati Associati**. L'elenco dei responsabili del trattamento è disponibile scrivendo un'email a [clienti.privacy@legance.it](mailto:clienti.privacy@legance.it). È possibile in ogni caso esercitare i propri diritti come stabilito dall'attuale normativa sulla protezione dei dati personali. In tale ultimo caso le richieste devono essere inoltrate via fax a **Legance - Avvocati Associati**, al n. +39 06 93 18 27 403.

Legance - Avvocati Associati ed i suoi soci non sono sottoposti alla regolamentazione della Solicitors Regulation Authority ("SRA") ed il piano assicurativo obbligatorio previsto dalla SRA non è loro applicabile (sono viceversa coperti da un apposito piano assicurativo italiano). Una lista dei soci di Legance - Avvocati Associati è consultabile presso l'ufficio di Londra in Aldermar House 10-15 Queen Street - EC4N 1TX, oppure all'indirizzo [legance.it](http://legance.it).

Legance LLP fornisce consulenza solo su materie di diritto italiano.