

Pubblicato il 18/01/2021

N. 00656/2021 REG.PROV.COLL.
N. 15363/2018 REG.RIC.
N. 15364/2018 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 15363 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Samsung Electronics Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Carlo Santoro, Fausto Caronna e Marco Zotta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Fausto Caronna in Roma, piazza di Spagna 15;

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Associazione Codici Onlus non costituito in giudizio;

Ctdi Rome s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Simone Cadeddu e Federico Marini Balestra, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Livolsi Group s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Simone Cadeddu e Federico Marini Balestra, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Codacons, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Gino Giuliano e Carlo Rienzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Carlo Rienzi in Roma, viale Giuseppe Mazzini n. 73;

sul ricorso numero di registro generale 15364 del 2018, proposto da Samsung Electronics Co. Ltd, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Siragusa e G. Cesare Rizza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giulio Cesare Rizza in Roma, piazza di Spagna 15;

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Associazione Codici Centro per i Diritti del Cittadino, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Carmine Laurenzano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Ctdi Rome s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Simone Cadeddu e Federico Marini Balestra, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Livolsi Group s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Simone Cadeddu, Federico Marini

Balestra, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 15363 del 2018:

del provvedimento n. 27363, adottato dall'AGCM il 25.9.18, a conclusione del procedimento PS11009 – Samsung-Aggiornamento Software e notificato a Samsung Electronics Italia il 24.10.18 (il “Provvedimento”), con il quale l'AGCM ha ritenuto Samsung Electronics Co. Ltd (SEC), congiuntamente a Samsung Electronics Italia (SEI), responsabili di una pratica commerciale scorretta in violazione degli artt. 20-22 e 24 del d.lgs. 6.9.2005, n. 206, recante il codice del consumo, per avere sviluppato e indebitamente indotto i consumatori che avevano già acquistato uno smartphone modello Galaxy Note 4 (“Note4”) a installare l'aggiornamento alla nuova versione del sistema operativo Android denominata Marshmallow rilasciata per i Note4 in Italia il 19.5.2018, che avrebbe causato una riduzione sensibile delle prestazioni dei Note4 a suo tempo pubblicizzate, senza allo stesso tempo prestare assistenza per tali asseriti problemi in relazione ai Note4 fuori garanzia, in tal modo accelerando il processo di sostituzione dei Note4 stessi con nuovi modelli di smartphone; il provvedimento ha vietato la continuazione di tale asserita pratica commerciale scorretta, irrogando in solido a SEC e SEI una sanzione di € 5 milioni e imponendo loro la pubblicazione di una dichiarazione rettificativa ai sensi dell'art. 27 cod. cons.;

nonché di ogni altro atto connesso o presupposto, conseguente o antecedente, ivi inclusi, ove occorra:

l'art. 8 del Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'AGCM (delibera 24.5.17, n. 26614);

gli artt. 7, 12, 16 e 19 della delibera AGCM 1.4.2015, n. 25411 - Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di tutela del consumatore;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 17 aprile 2019 da Samsung Electronics Italia s.p.a. con istanza ex art. 116, comma 2, c.p.a.:

del diniego di accesso del 9.4.2019 (prot. AGCM n. 29428/2019) formatosi in riscontro istanza di SEI del 26.3.2019 (prot. AGCM n. 26395/2019) con riferimento a: (i) l'ordine del giorno della riunione del Collegio dell'AGCM del 25.9.2018 e l'eventuale documentazione al medesimo allegata; (ii) “lo schema di decisione con la relativa motivazione” illustrato dalla relatrice nel corso della riunione del Collegio del 25.9.2018;

nonché di ogni altro atto connesso o presupposto, conseguente o antecedente a quello indicato;

e per l'accertamento

del diritto di SEI di accedere a tali documenti;

nonché per

la condanna dell'AGCM all'ostensione dei documenti, con richiesta di nomina di un commissario ad acta in caso di inerzia;

con motivi aggiunti presentati da Samsung Electronics Italia s.p.a. l'11\7\2019

per l'annullamento del provvedimento n. 27363, adottato dall'AGCM in data 25.9.2018, a conclusione del procedimento PS11009 – Samsung-Aggiornamento Software e notificato a Samsung Electronics Italia in data 24.10.2018, dell'art. 8 del Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'AGCM (delibera AGCM 24 maggio 2017, n. 26614) nonché dell'art. 19 del Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di tutela del consumatore (delibera AGCM 1/4/15, n. 25411);

quanto al ricorso n. 15364 del 2018:

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

del provvedimento n. 27363, adottato dall'AGCM in data 25.9.2018, a conclusione del procedimento PS11009 – Samsung-Aggiornamento Software e notificato a SEC in data 30.10.2018, con il quale l'AGCM ha ritenuto Samsung Electronics Co. Ltd e la sua controllata italiana Samsung Electronics Italia s.p.a. responsabili di un'asserita pratica commerciale scorretta in violazione degli artt. 20, 21, 22 e 24 del Codice del consumo per avere

sviluppato – imponendone l'installazione ai consumatori che avevano già acquistato uno smartphone modello Galaxy Note 4 – l'aggiornamento alla nuova versione del sistema operativo Android denominata Marshmallow, rilasciata per i Note4 in Italia il 19.5.2018, che avrebbe causato una riduzione sensibile delle loro prestazioni quali a suo tempo pubblicizzate; Samsung, inoltre, non avrebbe prestato assistenza per gli asseriti problemi che avrebbero colpito i Note4 fuori garanzia, in tal modo accelerando il processo di sostituzione dei Note4 stessi con nuovi modelli di smartphone; il provvedimento ha, quindi, vietato la continuazione di tale asserita pratica commerciale scorretta, irrogando in solido a SEC e SEI una sanzione di € 5 milioni e imponendo loro la pubblicazione di una dichiarazione rettificativa ai sensi dell'art. 27 del Codice;

dell'art. 8 del Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'AGCM (delibera AGCM 24 maggio 2017, n. 26614);

dell'art. 19 del Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di tutela del consumatore (delibera AGCM 1/4/15, n. 25411);

di ogni altro atto connesso o presupposto, conseguente o antecedente;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Samsung Electronics Co. Ltd il 17 aprile 2019:

del diniego di accesso comunicato dall'AGCM con lettera del 9.4.2019 (n. prot. 29432/2019) in riscontro all'istanza di SEC del 26.3.2019 concernente:

(i) l'ordine del giorno della riunione del Collegio dell'AGCM del 25.9.2018 e l'eventuale documentazione al medesimo allegata; e (ii) “lo schema di decisione con la relativa motivazione” illustrato dalla relatrice nel corso della riunione del Collegio del 25.9.2018;

nonché di ogni altro atto connesso o presupposto, conseguente o antecedente a quello indicato;

nonché per l'accertamento

del diritto di SEC di accedere ai documenti;

e

la condanna dell'AGCM all'ostensione dei documenti, con richiesta di nomina di un commissario ad acta in caso di inerzia;
con motivi aggiunti presentati da Samsung Electronics Co. Ltd il 11\7\2019 per l'annullamento del provvedimento n. 27363, adottato dall'AGCM in data 25.9.2018, a conclusione del procedimento PS11009 – Samsung-Aggiornamento Software e notificato a Samsung Electronics Co. Ltd in data 30.10.2018, dell'art. 8 del Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'AGCM (delibera AGCM 24 maggio 2017, n. 26614) nonché dell'art. 19 del Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di tutela del consumatore (delibera AGCM 1/4/15, n. 25411).

Visti i ricorsi i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ctdi Rome S.r.l., di Livolsi Group S.r.l., dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, dell'associazione Codici Centro per i Diritti del Cittadino e l'intervento *ad opponendum* del Codacons;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 2 dicembre 2020 la dott.ssa Francesca Petrucciani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso n. 15363/2018 Samsung Electronics Italia ha impugnato il provvedimento del 25.9.2018 con cui l'AGCM ha ritenuto Samsung Electronics Co. Ltd e la sua controllata italiana Samsung Electronics Italia s.p.a. responsabili di una pratica commerciale scorretta in violazione degli artt. 20, 21, 22 e 24 del Codice del consumo per avere sviluppato, imponendone l'installazione ai consumatori che avevano già acquistato uno smartphone modello Galaxy Note4, l'aggiornamento alla nuova versione del sistema operativo Android denominata Marshmallow, rilasciata per i Note4 in Italia il 19.5.2018, che avrebbe causato una riduzione sensibile delle loro prestazioni

quali a suo tempo pubblicizzate, senza poi prestare la dovuta assistenza per i conseguenti problemi che avrebbero colpito i Note4 fuori garanzia, in tal modo accelerando il processo di sostituzione dei Note4 stessi con nuovi modelli di smartphone.

Il provvedimento ha vietato la continuazione di tale asserita pratica commerciale scorretta, irrogando in solido a SEC e SEI una sanzione di € 5 milioni e imponendo loro la pubblicazione di una dichiarazione rettificativa ai sensi dell'art. 27 del Codice del consumo.

La ricorrente ha esposto che in data 18.1.18 le era stato notificato l'avvio del procedimento PS11009, mentre veniva contestualmente disposta un'ispezione a sorpresa presso la sua sede e presso la sede di Roma di CDTI Solutions S.r.l., un centro di assistenza autorizzato che gestisce, per conto di SEI, le riparazioni dei telefoni Samsung (oltre che di altri marchi concorrenti).

L'atto di avvio del procedimento prospettava, sulla base di alcune segnalazioni pervenute dalla fine del settembre 2017, che, a causa di un recente aggiornamento software rilasciato da SEI in prossimità dello scadere della garanzia legale di 2 anni (essendo i Note4 commercializzati dalla fine del 2014), la generalità dei Note4 sarebbe stata interessata da rallentamenti, riavvii automatici e in alcuni casi da spegnimento totale. Il rilascio di tale aggiornamento da parte di SEI, unitamente alla richiesta di ingenti somme per le riparazioni dei guasti fuori garanzia, sarebbe stato posto in essere da SEI al fine di "ridurre nel tempo le prestazioni dei propri prodotti ed indurre i consumatori ad acquistare nuove versioni degli stessi".

Samsung Electronics Italia aveva dato riscontro in data 15.3.2018 alla richiesta di informazioni contenuta nella comunicazione di avvio del procedimento.

In data 8.5.18 si era svolta un'audizione avente ad oggetto la proposta di impegni depositata da SEI il 5.3.18, che veniva respinta dall'AGCM.

Il 31.5.18 l'AGCM aveva effettuato una nuova ispezione presso la sede di Milano di SEI, nonché presso le sedi di due ulteriori CAT, Livolsi Group S.r.l. e Paolieri Elettronica S.r.l.; la documentazione acquisita presso tali soggetti era

stata integralmente secretata fino al 23.7.18, al pari di tutta la documentazione acquisita presso CTDI (sia nel corso dell'ispezione del 18.1.18, sia a seguito di una richiesta di informazioni rivolta il 6.6.18).

Il 22.6.18 SEI aveva fornito riscontro alla nuova richiesta di informazioni del 31.5.18 e ricevuto in copia via PEC una comunicazione dell'AGCM, che risultava trasmessa senza traduzione a Samsung Electronics Co Ltd a mezzo di fax e per email ordinaria, con la quale veniva dato atto dell'estensione del procedimento nei confronti di SEC.

Con comunicazione del 29.6.18, l'AGCM aveva deliberato di prorogare di 50 giorni la chiusura del procedimento, spostandola al 27.9.18, ossia 3 giorni prima della data in cui il Presidente in carica dell'AGCM avrebbe cessato il proprio mandato.

Il 19.7.18 si era svolta, su sua richiesta, un'audizione di SEI, nel corso della quale la stessa aveva appreso per la prima volta che l'oggetto dell'istruttoria era stato spostato dagli aggiornamenti del 2017 ad uno specifico aggiornamento software di Android del maggio 2016, utilizzato sui Note4 (Marshmallow), ipotizzando che esso fosse la causa dei guasti.

In data 24.7.18 SEI aveva rappresentato che la questione relativa a Marshmallow costituiva un fatto nuovo, su cui non vi era stata alcuna istruttoria, chiedendo a tal fine la proroga del procedimento, negata dall'AGCM.

Il 6.8.18 l'AGCM aveva respinto anche le istanze di partecipazione al procedimento presentate il 27.7.18 da CTDI e Livolsi e, con comunicazione del 7.8.18, aveva fissato il termine dell'istruttoria al 26.8.18, concedendo lo stesso termine per il deposito di memorie e documenti.

Il 13.8.18 SEI aveva ottenuto l'accesso al fascicolo integrale del procedimento.

Il 21.8.18 era pervenuta la convocazione per l'audizione, fissata per il 24.8.18. Considerata l'impossibilità di organizzare con un così breve preavviso la propria partecipazione a detta audizione, SEI aveva chiesto di essere sentita

dal Collegio dell'AGCM, ma l'istanza veniva respinta.

Il 20.9.18 l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni aveva rilasciato il proprio parere, nel quale aveva rappresentato tra l'altro la necessità che la valutazione da parte di AGCM tenesse “particolare conto della circostanza per cui [gli] aggiornamenti sono, per la gran parte, relativi a software di Android, e quindi disposti dalla società Google, titolare del sistema operativo in questione”.

Il 25.9.18 l'AGCM aveva adottato il provvedimento, notificato a SEI a mezzo p.e.c. il 24.10.18.

Nel provvedimento l'AGCM aveva evidenziato che l'aggiornamento Marshmallow (la nuova versione del sistema operativo Android utilizzato sui Note4) rilasciato il 19.5.16 avrebbe determinato una significativa riduzione delle prestazioni della “maggior parte” dei Note4 commercializzati da SEI “a causa del maggior sforzo imposto all'hardware (PBA e batteria) in ragione delle maggiori richieste del firmware conseguenti all'aggiornamento nel 2016”, provocando fenomeni di spegnimento/riavvio in presenza di batterie usurate oltre un certo livello, oltre che maggiori richieste rispetto alla versione precedente (Lollipop), che avevano reso meno fluida l'elaborazione da parte del processore e della memoria flash eMMC montati sul Note4 e determinato stress di funzionamento e deterioramento della medesima memoria flash eMMC.

Samsung avrebbe quindi indebitamente condizionato i consumatori a installare l'aggiornamento a Marshmallow, in tal modo alterando la funzionalità dei Note4 già in loro possesso, privandoli della libertà di continuare a utilizzarli con le prestazioni originali per la loro durata naturale, nonché della possibilità di scegliere quali prestazioni mantenere o modificare del prodotto utilizzato da svariati mesi.

Nel rilasciare l'aggiornamento la società avrebbe dovuto valutare previamente il rischio che Marshmallow potesse provocare guasti in uno smartphone di modello precedente e normalmente usurato (il Note4) e avrebbe dovuto

comunicare al consumatore sia l'esistenza di tale rischio, sia la configurazione hardware nella quale esso era minimizzato, al fine di consentire al consumatore di scegliere se effettuare o meno l'aggiornamento.

Inoltre, Samsung non avrebbe prestato adeguata assistenza per i Note4 fuori garanzia colpiti dai guasti causati da Marshmallow, richiedendo un elevato costo di riparazione e non offrendo alcun rimedio per sottrarsi alle disfunzioni causate dall'aggiornamento, ad esempio permettendo di tornare alla precedente versione di firmware o ad una nuova versione emendata dello stesso con la possibilità di selezionare le funzionalità da abilitare.

Tali condotte, alla cui realizzazione avrebbero congiuntamente contribuito SEC e SEI, avrebbero integrato un'unica pratica commerciale scorretta, finalizzata ad accelerare il processo di sostituzione dei modelli meno recenti con quelli nuovi.

Quanto alla durata, l'AGCM aveva ritenuto che tale pratica fosse ancora in corso, "considerando che il professionista non garantisce adeguata assistenza per la riparazione dell'hardware essendo la quasi totalità dei Note4 fuori dalla garanzia legale".

Il provvedimento aveva quindi irrogato in solido a SEC e SEI una sanzione pari al massimo edittale (€ 5 milioni).

A sostegno del ricorso sono state formulate le seguenti censure:

1. Violazione dei principi di collegialità e intangibilità dell'atto. Illegittimità dell'art. 8 del Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'AGCM (delibera 24.5.17, n. 26614). Istanza di acquisizione di documenti ex art. 64 c.p.a..

Con il primo motivo la ricorrente ha dedotto che l'intervallo di 29 giorni tra la data di adozione e la data di notifica del provvedimento sarebbe inusualmente lungo e contrasterebbe con i principi di collegialità e intangibilità dell'atto adottato dall'autorità competente. Sarebbe illegittimo, inoltre, anche l'art. 8 reg. int., che, non prescrivendo che i testi degli atti siano allegati al verbale della riunione del Collegio in cui è fatta menzione della loro adozione,

renderebbe impossibile la verifica del rispetto dei detti principi. Ciò indurrebbe a ritenere che il verbale della riunione del 25.9.18 e gli atti formalmente “deliberati” nel corso della stessa fossero stati sostanzialmente approvati nel corso di una riunione successiva del Collegio.

2. Violazione dei diritti di difesa di SEI, in particolare quello alla pienezza del contraddittorio e alla parità delle armi. Violazione dei principi del giusto procedimento, d'imparzialità e di buon andamento della p.a. Violazione del diritto all'equo processo. Illegittimità del Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di tutela del consumatore.

In primo luogo, AGCM non avrebbe notificato correttamente l'atto di estensione soggettiva nei confronti di SEC, in violazione delle norme per la notifica internazionale degli atti amministrativi, seguite dalla stessa prassi applicativa dell'AGCM (in virtù del combinato disposto dell'art. 142 c.p.c. e della Convenzione relativa alla notifica di atti giudiziari e extra giudiziari in materia civile e commerciale (Aja, 1965); art. 37 del d.lgs. 3 febbraio 2011, n. 71), o quantomeno delle modalità prescritte dalla Guida alla notifica all'estero di atti amministrativi del nostro Ministero degli affari esteri.

L'omessa regolare instaurazione del contraddittorio con SEC, dovuta alla notifica dell'atto di avvio a mezzo di email, inficerebbe la validità dell'intero provvedimento, in quanto la condotta scorretta sarebbe stata addebitata alle due società in termini di necessaria compartecipazione.

Inoltre l'AGCM, per concludere il procedimento entro la fine del mese di settembre 2018, avrebbe concesso a SEI per la preparazione delle difese soltanto 12 giorni lavorativi nelle settimane centrali del mese di agosto, giacché il fatto che i guasti fossero riconducibili all'aggiornamento Marshmallow, lanciato nel 2016, e non agli aggiornamenti del 2017, era stato reso noto alla ricorrente solo nel corso dell'audizione del 19 luglio 2018.

Tale *modus procedendi* aveva impedito a SEI di potersi adeguatamente difendere, anche mediante una nuova audizione con riferimento all'ultimo aspetto emerso, in violazione dell'art. 6 CEDU.

Ove poi dovesse sostenersi che il Regolamento sulle procedure istruttorie legittimasse tale *iter* procedimentale, doveva ritenersi illegittimo anche il Regolamento per violazione del principio del contraddittorio, dell'imparzialità e del buon andamento della p.a..

3. Circa le nuove analisi statistiche contenute nel Provvedimento: violazione dei diritti di difesa in ragione dell'assenza di contraddittorio su un elemento determinante ai fini dell'accertamento della violazione.

Nel corso del procedimento SEI aveva depositato una relazione tecnica contenente l'analisi statistica dei guasti dalla quale emergeva che l'aggiornamento in questione non aveva comportato un aumento delle segnalazioni dei guasti, dovuti piuttosto all'anzianità d'uso media del modello Note 4; per confutare tale relazione l'Autorità aveva utilizzato una nuova analisi su cui però SEI non aveva potuto contraddire.

4. Erroneo presupposto di fatto e omesso coinvolgimento di Google: violazione e falsa applicazione degli artt. 20-22 e 24 cod. cons.; eccesso di potere per difetto assoluto di istruttoria, travisamento dei fatti, illogicità manifesta e difetto di motivazione.

Il provvedimento sarebbe fondato sull'erroneo presupposto che Samsung fosse l'unico responsabile del rilascio di Marshmallow e non considererebbe il ruolo di Google quale autore e titolare dello stesso, nonché soggetto che ne ha autorizzato il rilascio ai consumatori finali.

Insussistente sarebbe anche, di conseguenza, il nesso di causalità tra i guasti lamentati e la politica commerciale di Samsung volta a favorire la sostituzione dei modelli più vecchi in circolazione, proprio perché il rilascio di Marshmallow sarebbe addebitabile non a Samsung ma a Google, distributore del sistema operativo Android installato sui dispositivi Samsung.

Gli aggiornamenti rilasciati da Google venivano testati, prima del rilascio, da quest'ultima e da Samsung che richiedeva a Google l'autorizzazione al rilascio sul mercato.

5. Erroneo presupposto di fatto sulle pretese riduzioni della funzionalità dei Note4 causate da Marshmallow: violazione e falsa applicazione degli artt. 20-22 e 24 cod. cons., eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche, difetto manifesto di istruttoria.

Il provvedimento sarebbe fondato su un presupposto di fatto inesistente, ossia che Marshmallow abbia causato guasti alla maggior parte dei Note4, in presenza di batterie usurate oltre un certo livello, non essendo stata effettuata alcuna verifica tecnica al riguardo. Anche l'eventuale aumento delle segnalazioni di guasti non implicherebbe, infatti, che gli stessi fossero causati dall'aggiornamento. L'analisi dell'andamento delle richieste di riparazione, inoltre, non confermava l'assunto del provvedimento, in quanto anche nel periodo posteriore al rilascio dell'aggiornamento vi era stata una diminuzione delle richieste. Peraltro, le segnalazioni richiamate dal provvedimento erano tutte pervenute dopo il settembre 2017, ovvero un anno e quattro mesi dopo il rilascio dell'aggiornamento.

Ulteriore vizio del provvedimento era costituito dal fatto che l'AGCM non aveva consentito ai centri di assistenza di partecipare al procedimento, pur avendone utilizzato le dichiarazioni.

6. Violazione e falsa applicazione degli artt. 20-22 e 24 cod. cons., eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche, incluso il difetto di istruttoria in merito alle valutazioni relative ai c.d. FOTA, ovvero messaggi che accompagnavano la proposta di aggiornamento.

Posto che Marshmallow non avrebbe causato alcun guasto dei Note4, nessun avvertimento su tali inesistenti rischi avrebbe dovuto essere fornito ai consumatori. In ogni caso, i FOTA contenevano informazioni adeguate e sufficienti su Marshmallow, in un linguaggio facilmente comprensibile ai consumatori e conforme alle prassi di settore; né sussisteva alcun indebito condizionamento dei consumatori, anche considerate le differenti modalità per scaricare e installare Marshmallow.

7. Violazione e falsa applicazione degli artt. 20-22 e 24 cod. cons., eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche, incluso il difetto manifesto di istruttoria in merito alle valutazioni relative alle riparazioni fuori garanzia.

Dato che Marshmallow non avrebbe causato alcun guasto dei Note4, SEI non sarebbe stata tenuta a farsi carico delle riparazioni dei guasti fuori garanzia. In ogni caso, il provvedimento sarebbe fondato su presupposti di fatto inesistenti, in quanto nel 2016 la quasi totalità dei Note4 era ancora coperta dalla garanzia e nel maggio 2017 era ancora in garanzia circa la metà degli stessi, di tal che non potrebbe sostenersi che l'aumento delle segnalazioni di guasti fuori garanzia fosse dovuta all'aggiornamento.

8. Sulle sanzioni: violazione e falsa applicazione dell'art. 27, commi 9 e 13, cod. cons. e dell'art. 11 della legge 24.11.1981, n. 689; eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche.

La sanzione di € 5 milioni, pari al massimo edittale, comminata a SEI, sarebbe frutto di una motivazione carente, avendo tra l'altro l'Autorità omesso di tenere conto del limitato impatto delle condotte contestate, della buona fede di SEI e del suo atteggiamento pienamente cooperativo.

Si è costituita l'AGCM resistendo al ricorso; si sono costituiti altresì Ctdi Rome S.r.l. e Livolsi Group S.r.l e ha spiegato intervento *ad opponendum* il Codacons.

Con ricorso n.r.g. 15364/2018, affidato alle medesime censure, il provvedimento è stato impugnato anche da Samsung Electronics co Ltd. (SEC).

Si sono costituiti l'AGCM e l'associazione Codici Centro per i Diritti del Cittadino resistendo al ricorso; si sono costituiti altresì Ctdi Rome S.r.l. e Livolsi Group s.r.l..

All'esito della camera di consiglio del 30 gennaio 2019 questa Sezione ha ritenuto che le esigenze cautelari potessero essere adeguatamente tutelate mediante la sollecita fissazione dell'udienza per la trattazione del merito.

Con motivi aggiunti depositati il 17 aprile 2019 Samsung Electronics Italia s.p.a. e Samsung Electronics co. Ltd. hanno impugnato il diniego di accesso del 9.4.2019 relativo all'istanza di SEI del 26.3.2019 di ostensione dell'ordine del giorno della riunione del Collegio dell'AGCM del 25.9.2018, dell'eventuale documentazione al medesimo allegata e dello "schema di decisione con la relativa motivazione" illustrato dalla relatrice nel corso della riunione del Collegio del 25.9.2018.

Con il diniego impugnato l'AGCM aveva negato l'accesso ai documenti richiesti rilevando che l'accesso all'ordine del giorno e alla documentazione ad esso allegata non era necessario, in quanto era stata già fornita alle ricorrenti copia dell'ordine del giorno "con riferimento al punto relativo al caso PS/11009, mentre [SEI] non risulta legittimato, in assenza di uno specifico interesse al riguardo, ad accedere all'integrale ordine del giorno di tale riunione", e che l'accesso allo schema di provvedimento non poteva essere ottenuto in quanto esso costituiva "un mero atto interno del processo attraverso il quale si forma la decisione del Collegio di cui al provvedimento notificato alle Parti, come tale non accessibile alle Parti".

A sostegno dei due atti di motivi aggiunti le ricorrenti hanno dedotto le medesime censure, ovvero:

1. con riferimento all'ordine del giorno: violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 3, 22, 24 e 25 della l. n. 241/1990 e s.m.. Abuso di potere: illogicità, contraddittorietà e irrazionalità manifesta. Violazione del principio di trasparenza.

Il diniego sarebbe illegittimo nella parte relativa all'ordine del giorno in quanto l'AGCM non aveva reso accessibile né l'ordine del giorno nella sua integralità, né l'estratto dello stesso comprensivo di tutte le parti (ed eventuali documenti) relativi al procedimento PS11009, come da SEI richiesto il 7.2.2019, bensì unicamente un estratto di due righe non dell'ordine del giorno, bensì dello stesso verbale della riunione del 25.9.2018, oggetto di una

richiesta separata, il quale (a p. 61) incidentalmente indicava che il caso PS11009 costituiva il punto n. 135 dell'ordine del giorno.

Tale estratto, inoltre, non conterrebbe le informazioni contemplate dall'art. 5 del Regolamento, ovvero in che data l'ordine del giorno sarebbe stato inviato ai membri dell'AGCM, né quale documentazione sarebbe stata allo stesso eventualmente allegata.

Tali documenti erano necessari a Samsung per svolgere le proprie difese, in quanto solo visionando l'ordine del giorno e la documentazione allegata sarebbe stato possibile verificare con certezza la corrispondenza tra il provvedimento successivamente notificato a SEI e quello deliberato dal Collegio nel corso della riunione del 25.9.2018.

In ogni caso, l'interesse fatto valere da SEI avrebbe potuto essere soddisfatto, in alternativa all'ostensione integrale, anche da un accesso limitato alla parte dell'ordine del giorno specificamente riguardante il caso PS/11009, inclusa ovviamente la documentazione allegata.

2. Con riferimento allo schema di provvedimento: violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 3, 22, 24 e 25 della l. n. 241/1990 e s.m.. Abuso di potere: illogicità, contraddittorietà e irrazionalità manifesta; violazione dei principi elaborati dalla giurisprudenza in materia di accesso agli atti interni.

Il diniego sarebbe illegittimo anche nella parte in cui nega l'accesso allo schema di provvedimento, in quanto la disciplina sul diritto di accesso includeva espressamente gli atti interni nella definizione di documenti amministrativi accessibili; peraltro, l'AGCM aveva consentito l'accesso al verbale della seduta, anch'esso atto interno.

In via subordinata, nella denegata ipotesi in cui dovesse essere negato il diritto di accesso, la ricorrente ha chiesto che il Tribunale sottoponesse una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia, per chiarire se i principi di intangibilità e collegialità affermati dalla giurisprudenza UE ostino ad un'interpretazione degli artt. 22 e ss della l. 241/1990 quale quella prospettata dall'AGCM, che nega l'accesso agli atti interni di elaborazione di un

provvedimento sanzionatorio di un'autorità di concorrenza e di conseguenza impedisce *tout court* ai loro destinatari, nonché, in ultima istanza al giudice, la possibilità di verificare che l'operato in concreto di tale autorità sia conforme ai citati principi di intangibilità e collegialità.

Con ordinanze del 25.6.19, nn. 8271 e 8272, il Tribunale ha accolto l'istanza di accesso di SEI e SEC limitatamente "all'ordine del giorno (e alla relativa eventuale connessa documentazione)" allegata, ordinando all'AGCM di consentire a SEI, entro 30 giorni dalla sua comunicazione o notificazione a istanza di parte, di prendere visione ed estrarre copia dell'ordine del giorno e della documentazione eventualmente allegata, nella parte relativa al procedimento PS11009.

Con secondi motivi aggiunti depositati l'11 luglio 2019 le ricorrenti hanno formulato le seguenti ulteriori doglianze con riferimento all'impugnazione del provvedimento sanzionatorio:

I. Violazione dell'art. 7(3) reg. int. in tema di autenticazione degli atti deliberati dall'AGCM. Incertezza assoluta sull'autore del provvedimento quale notificato a SEI e sulla sua competenza, nonché sulla data di deliberazione. Il provvedimento sarebbe stato deliberato il 25.9.18 sulla base della proposta di deliberazione trasmessa al Collegio dagli uffici e poi ultimato nel corso di una riunione del Collegio successiva al 30.9.18, a seguito di modifiche sostanziali apportate *medio tempore* al testo del detto schema, che eccedevano l'ambito delle mere correzioni ortografiche o grammaticali. Ed infatti il provvedimento, nella copia notificata, era sottoscritto dal Segretario generale e dal Presidente facente funzioni, ma non dal Presidente uscente dell'AGCM, cessato dalle sue funzioni il 30.9.18.

Nella specie risulterebbero quindi violati sia il principio dell'intangibilità dell'atto approvato dall'autorità competente, che il principio di collegialità.

Poiché, a seguito dell'ordinanza con cui era stato disposto l'accesso allo schema di provvedimento, l'AGCM aveva confermato nella sua comunicazione del 5.7.19 che all'ordine del giorno non era allegata alcuna

documentazione, ne deriverebbe che il provvedimento sarebbe stato scritto integralmente dopo l'adunanza del 25.9.18, non esistendo a tale data uno schema di provvedimento.

L'assenza della proposta di deliberazione trasmessa dagli uffici integrerebbe la violazione, non solo degli artt. 11 e 20 del reg. int. (i quali entrambi prevedono che gli uffici trasmettano al Collegio le proposte di deliberazione), ma anche dell'art. 7 del reg. int. in tema di autenticazione degli atti deliberati dall'AGCM.

La deliberazione autenticata con la sottoscrizione del Segretario generale e del Presidente facente funzioni come adottata dall'AGCM nella sua adunanza del 25.9.18 sarebbe infatti in realtà venuta in esistenza – come atto completo comprendente sia il dispositivo nella versione definitiva, sia la motivazione – in una data diversa e ignota, successiva alla scadenza del termine di conclusione del procedimento (27.9.18).

Ciò rivelerebbe un'ulteriore vizio di illegittimità del provvedimento, non sussistendo alcuna certezza neanche sull'identità del suo autore e sulla sua competenza a elaborare la motivazione e il dispositivo dell'atto.

Sulla base dei precedenti rilievi, andrebbe escluso che il provvedimento notificato sia la copia conforme all'originale deliberato il 25.9.18, dal momento che in detta copia mancherebbe la sottoscrizione per autentica del Presidente uscente, che invece, come risulta dal verbale, aveva regolarmente partecipato a quell'adunanza e, quindi, all'ipotetica deliberazione sul caso PS11009.

2. Violazione del principio di collegialità sotto altro aspetto. Difetto o insufficienza di motivazione del provvedimento quale “deliberato” il 25.9.18.

Secondo entrambe le citate comunicazioni dell'AGCM dell'8.3.19 e del 9.4.19, l'estratto del verbale reso accessibile a SEI conteneva “la deliberazione adottata sul caso PS/11009”. In effetti, a p. 62 del verbale la frase “propone che l'Autorità delibere:” è seguita da un testo in larga parte identico al dispositivo del provvedimento quale notificato a SEI.

Tuttavia il testo del dispositivo adottato nell'adunanza del 25.9.2018 sarebbe stato oggetto di successiva integrazione in termini anche sostanziali, in quanto nel provvedimento notificato risultano essere stati aggiunti il testo e le modalità di pubblicazione della dichiarazione rettificativa imposta dall'AGCM. In secondo luogo, la motivazione dell'atto sarebbe comunque stata elaborata successivamente all'adunanza del 25.9.2018 e da persone incompetenti al riguardo (il Collegio in una formazione diversa da quella che aveva "deliberato la decisione sul caso PS11009").

L'integrazione del dispositivo e l'aggiunta della motivazione dopo l'adozione della "deliberazione adottata sul caso PS/11009" in data successiva al 25.9.18 inficerebbero quindi la validità della "copia conforme all'originale" del provvedimento notificata a SEI e a SEC.

Acquisite le difese delle parti anche con riferimento ai motivi aggiunti e le memorie conclusive, all'udienza del 2 dicembre 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, i ricorsi sono stati tratti in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente deve essere disposta la riunione dei due ricorsi, aventi ad oggetto il medesimo provvedimento e i medesimi motivi di censura.

Deve poi darsi atto della intervenuta definizione delle istanze di accesso formulate con i primi ricorsi per motivi aggiunti presentati nei due giudizi, decise con le citate ordinanze nn. 8271 e 8272 del 2019.

Venendo al merito è opportuno esaminare previamente, per ragioni di ordine logico, il secondo atto di motivi aggiunti di entrambe le ricorrenti, le cui censure di tipo formale/procedurale, ove fondate, sarebbero in grado di invalidare autonomamente il provvedimento impugnato.

Con i motivi aggiunti le ricorrenti hanno lamentato l'illegittimità del provvedimento impugnato in quanto la deliberazione, l'esame e la votazione del provvedimento non sarebbero avvenuti su uno "schema di decisione", in asserita violazione della disciplina procedimentale applicabile; la deliberazione

sarebbe avvenuta, inoltre, con la partecipazione dell'ex Presidente dell'Autorità, poi scaduto prima della redazione e sottoscrizione del provvedimento, e il provvedimento sarebbe stato redatto e sottoscritto solo in una data successiva all'adunanza del 25.9.2018, con conseguente incertezza in ordine al contenuto e alla paternità del documento.

Deve in primo luogo rilevarsi, al riguardo, che il provvedimento impugnato risulta adottato dall'AGCM nell'adunanza del 25 settembre 2018 su proposta della relatrice dott.ssa Gabriella Muscolo, è stato sottoscritto dalla stessa dott.ssa Muscolo, in qualità di Presidente facente funzioni, oltre che dal Segretario Generale, Filippo Arena; è stato notificato alla parte ricorrente il 24 ottobre 2018.

Dal verbale dell'adunanza del 25 settembre 2018, in cui è stato trattato un numero rilevante di casi, risulta presente alla discussione, oltre all'altro componente prof. Ainis, anche l'ex Presidente dell'Autorità prof. Pitruzzella, il cui mandato è scaduto il 30 settembre 2018. Il procedimento che riguarda la parte ricorrente era indicato come il n. 135 all'ordine del giorno della suddetta seduta, che si è chiusa alle ore 17,55.

Il verbale concernente tutti i punti all'ordine del giorno del 25 settembre 2018 è stato sottoscritto in data 7 novembre 2018.

Le censure formulate con i motivi aggiunti, che possono essere esaminate congiuntamente, sono infondate, secondo quanto già affermato dalla Sezione nella sentenza n. 5736 del 29 maggio 2020, in cui sono state esaminate analoghe doglianze.

La parte ricorrente riferisce che, in riscontro all'istanza di accesso agli atti, l'Autorità ha reso accessibile il verbale e l'ordine del giorno dell'Autorità ma avrebbe negato l'esistenza dello "schema di decisione": da ciò conseguirebbe l'illegittimità del provvedimento perché deliberato senza il rispetto delle regole procedurali. Mancando lo "schema di decisione" su cui il collegio si sarebbe dovuto pronunciare, mancherebbe la stessa deliberazione collegiale, la quale non potrebbe che essere assunta all'esito di una compiuta rappresentazione da

parte del componente-relatore sia delle circostanze giuridico fattuali emerse nel corso dell'istruttoria sia della formulazione di una proposta sanzionatoria. Al riguardo l'art. 16 del Regolamento sulle procedure istruttorie dell'AGCM prevede che, una volta conclusa la fase istruttoria, "il responsabile del procedimento rimette gli atti al Collegio per l'adozione del provvedimento finale".

Il successivo art. 17 dispone che "All'esito dell'istruttoria, il Collegio delibera l'adozione di uno dei seguenti provvedimenti finali:

- a) decisione di non ingannevolezza/illiceità del messaggio pubblicitario ovvero di non scorrettezza della pratica commerciale o di chiusura del procedimento per insufficienza degli elementi probatori, o per una delle ragioni di cui all'articolo 5, comma 1, qualora i presupposti per l'adozione sono emersi solo nel corso dell'istruttoria;
- b) decisione di ingannevolezza/illiceità del messaggio pubblicitario ovvero di scorrettezza della pratica commerciale, accompagnata da diffida e sanzione pecuniaria ed eventualmente da pubblicazione di estratto del provvedimento e/o di una dichiarazione rettificativa e/o dall'assegnazione di un termine per l'adeguamento della confezione del prodotto;
- c) decisione di accoglimento di impegni che li rende obbligatori per il professionista, senza accertamento dell'infrazione contestata in sede di avvio del procedimento..."

L'art. 20 del Regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Autorità, intitolato "Discussione in Autorità", prevede a sua volta che "Il relatore, tutte le volte che l'Autorità debba adottare una delibera, introduce la discussione, e, sulla base dell'andamento dell'istruttoria e delle proposte trasmesse dagli uffici, formula e illustra le proprie conclusioni".

La decisione da parte del collegio, ai sensi dell'art. 7 del Regolamento da ultimo richiamato, è adottata a maggioranza dei votanti. In caso di parità prevale il voto del Presidente ovvero, in sua assenza, del Componente che ne assume temporaneamente le funzioni ai sensi dell'art. 3, comma 2.

Dalla riportata disciplina regolamentare risulta che la predisposizione di uno “schema di decisione” non rientra nell’iter procedurale ivi previsto, il che spiega perché di un simile “documento” non vi sia traccia né nel fascicolo istruttorio né in allegato al verbale.

La difesa erariale ha, altresì, spiegato che lo “schema di decisione”, richiamato attecnicamente nel verbale della riunione del collegio del 25 settembre 2018, costituisce un mero appunto del relatore utilizzato nel corso della discussione collegiale, dunque privo degli elementi per poter essere qualificato come atto endoprocedimentale.

Il Collegio è consapevole del contenuto dell’ordinanza n. 6340 del 23 settembre 2019 con cui la Sez. VI del Consiglio di Stato, decidendo su questione relativa all’accesso allo “schema di decisione”, in riforma dell’ordinanza n. 8271/2019 di questa Sezione, ha accolto l’appello ed ha ordinato all’AGCM di “rilasciare copia del documento” denominato “schema di decisione”.

In quel frangente, relativo ad un altro provvedimento adottato dall’AGCM nella stessa seduta del 25 settembre 2018, il Consiglio di Stato ha ritenuto:

“che, nella specie, il regolamento, sopra richiamato, adottato dall’Autorità prevede quali sono le regole che devono essere rispettate nell’adozione del provvedimento finale; che, in particolare, articola il procedimento in una fase di iniziativa, istruttoria, decisione e pubblicazione del provvedimento finale; che il documento di cui si chiede l’accesso si inserisce nella fase della decisione, in quanto è espressamente richiamato dalla stessa Autorità nel verbale del 25 settembre 2018, che lo qualifica “schema di decisione”; che, pertanto, esso deve ritenersi “atto interno” afferente al momento decisorio ed, in quanto tale, rientra nel perimetro oggettivo dell’accesso documentale”.

Tale decisione si fondava, dunque, sul convincimento del Giudice di appello che tale “documento”, quantunque in forma di “minuta”, esistesse e fosse detenuto dall’Autorità.

Al contempo il Collegio ricorda che, con successiva ordinanza n. 642 del 27 gennaio 2020, il Consiglio di Stato ha tenuto conto di quanto evidenziato dall’Autorità, analogamente a quanto avvenuto nel caso di specie, in merito all’assenza di un “documento” amministrativo qualificabile come “schema di decisione” e, nel rendere i chiarimenti richiesti in ordine alle modalità di ottemperanza, ha rilevato: “che se l’Autorità fosse priva materialmente di tale documento (si deve ritenere, preparato dagli uffici per il Collegio) perché non conservato o perché riferito ad una entità materiale differente rispetto a quella descritta nel verbale predisposto dalla stessa Autorità, ciò costituirebbe una circostanza tale da rendere oggettivamente impossibile l’esecuzione della sentenza ...”.

Il Collegio, nel richiamare un recentissimo precedente (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, ord. 13 maggio 2020, n. 5023) ritiene che, alla luce di quanto precede e dei chiarimenti resi dalla difesa erariale sul punto, lo “schema di decisione” (che, stando al verbale (pag. 63), il relatore ha “illustrato” al collegio), altro non sia che un appunto personale dello stesso, recante la “scaletta” degli argomenti da trattare, potendosi perfino ipotizzare si tratti di un mero schema “mentale” che il relatore illustra al collegio, avendo ben chiari gli esiti dell’istruttoria e il tipo di sanzione da irrogare.

La conclusione che precede è, peraltro, coerente con la disciplina regolamentare, che non contempla la predisposizione di uno “schema di decisione” quale parte dell’iter procedimentale né quale snodo essenziale del processo decisionale, come già affermato dalla Sezione nell’ordinanza n. 8271/2019.

D’altra parte si deve rimarcare come la parte ricorrente abbia formulato tale censura rappresentando un vizio meramente formale, non avendo neanche allegato quale parte del verbale non sarebbe, in ipotesi, congrua con il contenuto del provvedimento, tanto da far dubitare che vi sia stata una illegittima alterazione del processo decisionale. Le stesse censure attinenti al

contenuto e alla paternità del provvedimento sono formulate in via ipotetica ed esplorativa, prospettando “*modifiche sostanziali apportate medio tempore*” del cui contenuto, tuttavia, non si offre alcuna specificazione, mentre le stesse ricorrenti, a pag. 14 dei secondi motivi aggiunti, danno atto che “*In effetti, a p. 62 del Verbale la frase “propone che l’Autorità deliberi:” è seguita da un testo in larga parte identico al dispositivo del Provvedimento quale notificato a SEP*”.

Risulta poi dalla documentazione in atti la piena coerenza di quanto riportato sinteticamente nel verbale della seduta con il ben più articolato contenuto del provvedimento: il che è di per sé sufficiente a fugare in radice i dubbi della parte ricorrente.

La circostanza, poi, che la verbalizzazione sia stata sottoscritta il 7 novembre 2018 non è di per sé indice di illegittimità del provvedimento.

Invero la deliberazione del provvedimento ha una data certa, non altrimenti censurata dalla parte ricorrente, che è quella del 25 settembre 2018, data vieppiù insuscettibile di essere messa in discussione dalla successiva sottoscrizione del verbale in data 7 novembre 2018, tenuto conto che è la stessa parte ricorrente a riferire di aver ricevuto notifica del provvedimento in data 24 ottobre 2018.

Anche tale censura, dunque, è infondata risolvendosi nella denuncia di un profilo formale, inidoneo a viziare il provvedimento il quale, a quella data, era già stato adottato, sottoscritto e notificato.

D’altra parte, come la giurisprudenza afferma, non è necessario che la verbalizzazione avvenga contestualmente o in un momento immediatamente successivo alla conclusione delle operazioni, purché la verità storica dei fatti risulti dal verbale (Cons. Stato, Sez. V, 3 giugno 2015, n. 2719).

Invero, “il principio di analiticità e tempestività della verbalizzazione non comporta anche la necessaria contestualità di esternalizzazione dell’attività svolta dalla Commissione, così che la materiale redazione del verbale e l’approvazione dello stesso non devono necessariamente avvenire al termine

di ogni seduta; ne deriva che la verbalizzazione successiva allo svolgersi delle sedute è ammessa purché sopravvenga in tempi idonei ad evitare l'insorgenza di errori od omissioni nella ricostruzione sia dei fatti che dell'iter valutativo percorso dalla Commissione (Tar Abruzzo, L'Aquila, 2 gennaio 2017, n. 2)" (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I Bis, 19 marzo 2020, n. 3465).

Per tali ragioni anche la richiesta di formulazione di questione pregiudiziale in sede europea con riferimento alla disciplina del Regolamento sulle procedure istruttorie deve quindi essere respinta.

Infondata in punto di fatto è poi la censura secondo cui la decisione dell'Autorità non sarebbe legittima per incertezza con riferimento ai componenti del collegio giudicante, tenuto conto che il Presidente Pitruzzella, come risulta dal verbale, non ha partecipato alla discussione relativa al procedimento Samsung, avendo lasciato prima la seduta; fermo restando che, anche qualora vi avesse partecipato, il Presidente lo avrebbe fatto nell'esercizio dei suoi pieni poteri, essendo stato Presidente dell'Autorità fino al 30 settembre 2018.

Quanto poi, al lasso di tempo inusualmente lungo tra la data di adozione e la data di notifica del provvedimento, si osserva che tale notazione non integra alcun vizio di legittimità del provvedimento adottato, non essendo previsto a tal fine un termine perentorio.

Né rileva, in tal senso, l'asseritamente esiguo termine assegnato per le difese finali, stante l'ampiezza delle modalità con cui si è esplicato, nella specie, il contraddittorio procedimentale e la comunicazione alla parte, fin dal momento dell'avvio del procedimento, dell'assunto della riconducibilità dei guasti segnalati agli aggiornamenti proposti da Samsung.

In virtù delle medesime considerazioni deve essere respinto il primo motivo del ricorso principale, poi sviluppato nel secondo atto di motivi aggiunti.

L'ultima censura formale, dedotta con il secondo motivo del ricorso principale, concerne la comunicazione a SEC dell'atto di estensione del

procedimento, che sarebbe avvenuta secondo le ricorrenti in violazione della disciplina sulla notifica all'estero degli atti amministrativi.

Deve premettersi, al riguardo, che SEC non contesta di aver ricevuto tale comunicazione, che le è stata regolarmente inviata il 22 giugno 2018 a mezzo di fax e posta elettronica.

l'11 luglio 2018 SEC ha trasmesso per posta raccomandata, e anticipato via fax, la sua risposta alle comunicazioni dell'AGCM, dichiarando di non accettare la notifica così come eseguita.

In merito l'art. 19 del Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa e pratiche commerciali scorrette prevede che *“Le comunicazioni previste dal presente regolamento sono effettuate mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento, consegna a mano contro ricevuta, posta elettronica certificata e firma digitale, posta elettronica e fax. In caso di trasmissione tramite posta elettronica certificata o fax, i documenti si considerano pervenuti al destinatario il giorno stesso in cui sono stati inviati, salvo prova contraria.*

Alle Parti interessate e ai soggetti eventualmente intervenuti nel procedimento le comunicazioni vengono effettuate per posta elettronica o al domicilio dagli stessi indicato. Al professionista le comunicazioni vengono effettuate presso l'ultima residenza, domicilio o sede conosciuti o comunque risultanti da pubblici registri. Se le comunicazioni non possono avere luogo, le stesse sono effettuate mediante pubblicazione di un avviso nel bollettino pubblicato sul sito istituzionale dell'Autorità”.

Le disposizioni del Regolamento citato prevedono, pertanto, che la comunicazione di avvio del procedimento sia effettuata anche mediante posta elettronica o fax, formalità cui l'Autorità si è attenuta nella fattispecie.

La comunicazione di estensione a SEC del procedimento è stata pertanto correttamente effettuata in tali modalità, non essendo previste per tale tipologia di atto le forme della notifica degli atti giudiziari, anche considerato che, come rilevato dalla stessa SEC, la Corea del Sud, nel territorio della quale SEC ha la sede legale, non ha aderito alla Convenzione europea sulla notifica

all'estero dei documenti in materia amministrativa del Consiglio d'Europa, firmata a Strasburgo il 24.11.1977.

La comunicazione ha poi concretamente raggiunto il destinatario, consentendogli di prendere attivamente parte al procedimento e di contraddire con l'Agcm, sicché, anche sotto il profilo del raggiungimento dello scopo, principio che sovrintende alla disciplina delle comunicazioni, la notizia della pendenza del procedimento è stata portata pienamente a conoscenza della parte interessata.

Con riferimento alla dedotta illegittimità del citato art. 19 del Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette, si osserva che tale doglianza è stata più volte esaminata dalla giurisprudenza in materia, che ha affermato che la possibilità di impugnare il provvedimento sanzionatorio dinnanzi ad un giudice munito di poteri di piena giurisdizione consente di escludere la violazione del principio del giusto processo applicato ai procedimenti sanzionatori aventi natura afflittiva.

L'art. 6 CEDU prevede che, per aversi equo processo, "ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un Tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge". Come è noto, questa disposizione si applica anche in presenza di sanzioni amministrative di natura afflittiva, alle quali deve essere riconosciuta natura sostanzialmente penale. Tuttavia, la Corte EDU ha chiarito che, al di fuori del diritto penale in senso stretto, le garanzie offerte dal profilo penale non devono necessariamente essere applicate in tutto il loro rigore, in particolare qualora l'accusa all'origine del procedimento amministrativo non comporti un significativo grado di stigma nei confronti dell'accusato. È stato, pertanto, ritenuto compatibile con l'art. 6, par. 1, della Convenzione che sanzioni penali siano imposte in prima istanza da un organo amministrativo – anche a conclusione di una procedura priva di carattere quasi giudiziale o quasi-judicial, vale a dire che non offra garanzie procedurali piene di effettività del contraddittorio – purché sia assicurata una possibilità di ricorso

dinnanzi ad un giudice munito di poteri di “piena giurisdizione”, e, quindi, le garanzie previste dalla disposizione in questione possano attuarsi compiutamente quanto meno in sede giurisdizionale” (Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 novembre 2020, n. 7566; 10 luglio 2018, n. 4211; 22 marzo 2016, n. 1164).

Il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta, infatti, la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 dicembre 2019, n. 8590).

Ne deriva che, essendo garantita al ricorrente la possibilità di ricorrere dinnanzi ad un giudice munito di poteri di piena giurisdizione, non risulta configurabile alcuna violazione del principio del giusto processo.

Quanto alla contestata violazione del diritto di difesa dovuta all’uso della lingua italiana per la comunicazione degli atti del procedimento, deve rilevarsi che nessuna norma impone all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in qualità di Autorità italiana, di utilizzare la lingua del Paese in cui ha la sede legale un professionista che opera in Italia, non potendosi estendere al caso di specie le norme del codice di procedura penale (TAR Lazio, 8 giugno 2015, n. 8030; C.d.S., 7 marzo 2019, n. 1585).

Peraltro, come evidenziato dalla difesa erariale, considerato che il procedimento riguardava non soltanto SEC ma anche una sua controllata (Samsung Italia) e che Samsung Electronics Co Ltd è leader mondiale nel settore dell’alta tecnologia, con siti internet multilingue anche in italiano, risulta evidente che la stessa non può lamentare la non conoscenza della lingua a sostegno della censura di irrituale instaurazione del contraddittorio.

La doglianza deve quindi essere disattesa.

Venendo all’esame delle censure afferenti la pratica commerciale contestata, deve evidenziarsi che con il provvedimento impugnato l’AGCM ha ritenuto

che l'aggiornamento Marshmallow, rilasciato da SEC il 19.5.2016, avrebbe determinato una significativa riduzione delle prestazioni della "maggior parte" dei Note4 commercializzati da SEI "*a causa del maggior sforzo imposto all'hardware ([Printed Board Assembly] e batteria) in ragione delle maggiori richieste del firmware conseguenti all'aggiornamento nel 2016*". In particolare, secondo il provvedimento, "*l'aggiornamento a tale versione ha provocato fenomeni di spegnimento/riavvio in presenza di batterie usurate oltre un certo livello, oltre che maggiori richieste (p.es. la nuova interfaccia grafica) rispetto alla versione precedente (Lollipop), che hanno reso meno fluida l'elaborazione da parte del processore e della memoria flash montati sul Note4 e hanno determinato stress di funzionamento e deterioramento della medesima memoria flash eMMC*" (parr. 111-128).

SEC e SEI avrebbero quindi indebitamente condizionato i consumatori a installare il detto aggiornamento, in tal modo alterando la funzionalità dei Note4 già in loro possesso, senza possibilità di scegliere quali prestazioni mantenere o modificare del prodotto acquistato e già da tempo utilizzato; avrebbero poi omesso di valutare previamente il rischio che l'aggiornamento potesse provocare uno scadimento delle prestazioni del Note4 e di comunicare al consumatore sia la possibilità di tale rischio, sia la configurazione hardware nella quale tale rischio era verosimilmente minimizzato, al fine di consentirgli di scegliere se effettuare o meno l'aggiornamento, tenendo conto del concreto stato di usura del proprio apparecchio; avrebbero omesso di fornire ai consumatori, nei messaggi con i quali proponevano l'aggiornamento, adeguati avvertimenti circa i rischi di possibili riduzioni delle prestazioni dei Note4; avrebbero omesso di prestare adeguata assistenza per i Note4 fuori garanzia colpiti dai guasti causati dall'aggiornamento, richiedendo un elevato costo di riparazione senza offrire alcun rimedio alle disfunzioni causate dall'aggiornamento.

Tale unitaria e complessa pratica commerciale scorretta avrebbe "*oggettivamente costituito una significativa leva*" per l'accelerazione del processo di sostituzione dei Note4.

Con il terzo motivo le ricorrenti hanno lamentato la violazione del diritto di difesa con riferimento ai vari profili tecnici sulla base dei quali l'AGCM ha ravvisato la sussistenza di una pratica scorretta: l'Autorità sarebbe giunta a conclusioni erranee, in assenza di prove tecniche, sul peggioramento delle performance dei dispositivi, omettendo di considerare i dati tecnico-scientifici presentati nel corso dell'istruttoria da parte delle ricorrenti.

Al riguardo deve osservarsi che la parte ricorrente non contesta che i fenomeni lamentati dai consumatori si siano effettivamente verificati, ma sostiene che l'Autorità non ne avrebbe accertato, mediante analisi tecniche, atte a superare la relazione prodotta dalla parte, la riconducibilità sotto il profilo causale al download dell'aggiornamento Marshmallow.

Tale assunto, tuttavia, non è idoneo a confutare le conclusioni raggiunte dall'AGCM.

Ciò che l'Autorità ha avuto modo di accertare, sulla base di evidenze fattuali, quali le segnalazioni dei consumatori, il numero e il periodo in cui si sono verificate le richieste di assistenza, il numero elevato e le tipologie di richieste di assistenza, è che, a seguito dell'installazione di alcuni aggiornamenti, i possessori del Note4 lamentavano rallentamenti nel funzionamento, limitazioni nell'utilizzo e fenomeni di improvviso spegnimento; inoltre l'Autorità ha accertato che, in concomitanza con il rilascio degli aggiornamenti e con la relativa installazione, sono aumentate vertiginosamente le richieste di assistenza da parte di utenti che lamentavano i suddetti malfunzionamenti. Fenomeni, questi, che l'utente non poteva evitare, non essendo consentita alcuna effettiva possibilità di scelta sullo scaricare o meno l'aggiornamento, che poteva solo essere rimandato, e non essendo stata apprestata una modalità di *downgrading*, al fine di disinstallare l'aggiornamento colpevole dei malfunzionamenti, tornando alla precedente versione di Android.

E' pacifico, infatti, che l'aggiornamento in questione sia stato lanciato senza che gli utenti fossero adeguatamente informati degli inconvenienti che

l'installazione avrebbe potuto comportare e senza provvedere, se non tardivamente ed in maniera limitata, a rimediare ai malfunzionamenti.

Nel provvedimento si dà atto, al par. 46, del fatto che *“quasi tutti i consumatori facevano riferimento ad una presunta “obsolescenza programmata” del prodotto, rilevando che il bene sarebbe divenuto inutilizzabile all’incirca al termine della durata biennale della garanzia legale di conformità”*.

Vengono inseriti, inoltre, ai parr. 64 e ss., dei grafici elaborati sulla base dei dati sulle vendite e sugli interventi di riparazione acquisiti presso Samsung, che evidenziano in modo eloquente l’aumento delle segnalazioni di guasto *“a partire dal settembre 2016, in concomitanza sia con il diffondersi degli apparecchi aggiornati al nuovo firmware basato sulla versione Marshmallow di Android (che era stato peraltro aggiornato sia a maggio sia a agosto) sia con l’applicazione delle istruzioni Samsung da parte dei centri di assistenza. Si ricorda infatti, come già precisato più sopra, che secondo le istruzioni di Samsung gli interventi per i malfunzionamenti in argomento comportavano la sostituzione della batteria e della PBA”*. Tali dati riguardano gli apparecchi in garanzia, in quanto Samsung ha dichiarato di non essere in possesso dei dati relativi agli apparecchi fuori garanzia. Con riferimento a questi ultimi, comunque, l’Autorità ha tenuto conto dei dati acquisiti presso i centri di assistenza di Roma, Firenze e Milano, dai quali è emerso che i malfunzionamenti relativi a spegnimenti, rallentamenti e riavvii automatici costituivano una percentuale di oltre un terzo dei guasti (fino al 57% con riferimento al centro di Milano) e che in molti casi i possessori di Note4 avevano rifiutato il preventivo, rinunciando alla riparazione dell’apparecchio (parr. 71 e ss.).

L’AGCM, inoltre, in risposta all’analisi depositata da Samsung in allegato alla memoria difensiva del 27 agosto 2018, ha dato conto, ai parr. 127 e ss. del provvedimento, del fatto che l’analisi econometrica contenuta nella memoria economica *“non permette di rivedere le anzidette osservazioni. Al riguardo, si rilevi che le verifiche compiute hanno evidenziato la inaffidabilità delle conclusioni ivi tratte sull’assenza di un impatto degli aggiornamenti firmware sul numero di riparazioni del*

Note 4 al crescere dell'anzianità degli apparecchi; infatti dal test effettuato si evince che l'impatto dell'anzianità degli apparecchi sul numero di apparecchi riparati cambia in corrispondenza del mese di settembre 2016, confermando quanto mostrano i grafici 2 e 3.”; “In altri termini, l'effetto della maggiore età sul numero di telefonini riparato appare aumentare a seguito dell'aggiornamento firmware. Quindi, contrariamente a quanto sostenuto da Samsung, ciò è esattamente quanto atteso sulla base dei fatti accertati e degli altri elementi raccolti nelle risultanze istruttorie: l'aggiornamento al firmware basato sulla versione Marshmallow di Android ha avuto un impatto sulle componenti hardware tale da incidere sensibilmente sulla probabilità di malfunzionamenti quali spegnimenti/riaccensioni improvvise e quindi sulla necessità di interventi di riparazione”.

Non può sostenersi, come dedotto dalle ricorrenti, che tali test avrebbero dovuto condurre ad una riapertura dell'istruttoria e ad una ulteriore fase in contraddittorio, pena la violazione del diritto di difesa.

Tali ulteriori accertamenti costituiscono, infatti, solo una verifica dei dati forniti da Samsung nella relazione tecnica e, quindi, evidenziano semmai l'approfondimento operato dall'AGCM per vagliare l'attendibilità delle conclusioni assunte rispetto proprio all'apporto tecnico offerto dalla parte nell'esplicazione del contraddittorio procedimentale.

È infatti sulla base di una pluralità di considerazioni, sopra riportate, e non già con riferimento ai soli accertamenti effettuati sui risultati della relazione tecnica prodotta da Samsung, peraltro richiamati in gran parte in nota, che l'Autorità ha concluso che la pratica commerciale in esame risulta scorretta ai sensi degli artt. 20, 21, 22 e 24 del Codice del Consumo, in quanto Samsung ha lanciato gli aggiornamenti sui Note4, già acquistati dai consumatori, che ne modificano le caratteristiche funzionali e ne riducono in maniera sensibile le prestazioni, inducendoli in errore circa la decisione di procedere all'installazione di tali aggiornamenti. Ha aggiunto, l'Autorità, che, sotto altro profilo, il professionista ha indebitamente condizionato i consumatori, da un lato, inducendoli ad aggiornare il firmware mediante l'insistente richiesta di procedere ad effettuare il download e l'installazione degli aggiornamenti,

dall'altro, non prestando un'adeguata assistenza ai consumatori per ripristinare la funzionalità preesistente dei loro apparecchi, in tal modo accelerando il processo di sostituzione di tali apparecchi con nuovi modelli.

Tali essendo gli accertamenti compiuti, è evidente che l'Autorità non si è spinta né poteva spingersi a indagare nei dettagli le caratteristiche tecniche del Note4, così come degli aggiornamenti del sistema operativo, avendo correttamente circoscritto la sua indagine alla verifica di condotte risultate aggressive e scorrette, nonché contrarie alla diligenza esigibile da uno dei maggiori operatori mondiali del settore.

Anche il terzo motivo deve quindi essere respinto.

Con il quarto motivo la ricorrente ha contestato il mancato coinvolgimento di Google, quale fornitore in *open source* del sistema Android, e del relativo aggiornamento Marshmallow, nel procedimento.

La censura è infondata.

Innanzitutto, come eccepito dalla difesa erariale, dal coinvolgimento di altri soggetti nel procedimento non avrebbe potuto derivare alla ricorrente alcun vantaggio: l'accertamento dell'Autorità, infatti, ha avuto ad oggetto (parr. 111 e ss. del provvedimento) l'insieme dei comportamenti tenuti da Samsung in occasione del lancio dell'aggiornamento firmware per Note 4 basati sulla versione Marshmallow di Android in ragione dei problemi procurati ad una significativa parte degli apparecchi venduti, nonché i comportamenti successivamente adottati e le informazioni fornite ai consumatori in possesso di tali dispositivi. Alle ricorrenti viene rimproverato di avere lanciato l'aggiornamento senza averne adeguatamente verificato l'interazione con i dispositivi su cui sarebbe stato installato, omettendo di informare i consumatori in ordine ad eventuali malfunzionamenti e riducendo, così, le funzionalità di moltissimi apparecchi, rispetto ai quali Samsung ha poi prestato assistenza solo per i prodotti coperti dalla garanzia legale, chiedendo invece per i prodotti fuori garanzia un elevato costo di riparazione, senza

offrire alcun mezzo di ripristino dell'originaria funzionalità dell'apparecchio (quali il downgrading).

Come chiarito dalla stessa Autorità, è Samsung, quale produttore e venditore degli smartphone, che è a conoscenza *“delle caratteristiche tecniche di ciascun apparecchio e delle specifiche interazioni dello stesso con il firmware”*, ovvero con il sistema operativo che fa funzionare il dispositivo.

Come è evidente si tratta di comportamenti riconducibili solo alle ricorrenti, quali fornitrici dei dispositivi su cui l'aggiornamento veniva scaricato e mediante il quale veniva resettato il sistema operativo installato sull'apparecchio venduto. E' infatti Samsung, e non Google, il soggetto con il quale il consumatore si mette in relazione per la fruizione del dispositivo e del connesso aggiornamento, così come per le successive riparazioni.

Pertanto, le condotte sono ascrivibili a Samsung che, installando Android e i relativi aggiornamenti sui propri apparecchi, era tenuta a verificarne la compatibilità e l'eventuale dannosità.

Peraltro, anche ove dovesse ravvisarsi un contributo di Google nella causazione dei danni, ciò potrebbe al più integrare una fattispecie di concorso nella produzione dell'illecito, senza comportare, comunque, l'illegittimità del provvedimento emesso nei confronti dell'impresa che trae un ritorno economico dalla condotta illecita (Tar Lazio, 9 gennaio 2015, n. 238).

Con il quinto motivo le ricorrenti hanno contestato la sussistenza di un nesso di causalità tra l'aggiornamento Marshmallow di Android e la produzione dei guasti agli apparecchi Note4.

Sul punto si richiamano le considerazioni riportate con riferimento al terzo motivo, rilevando che il provvedimento dà ampiamente conto, mediante le analisi delle richieste di riparazione, le relative elaborazioni grafiche e l'esame delle segnalazioni degli utenti, dell'incidenza statisticamente più che significativa di tali malfunzionamenti sui Note4 in uso a partire dal rilascio dell'aggiornamento in questione.

In particolare, l'Autorità ha rilevato che, dopo che nel maggio del 2016 è stato reso disponibile l'aggiornamento alla versione Marshmallow di Android, nell'agosto del 2016 sono state diramate da Samsung le istruzioni alla rete dei centri di assistenza per far fronte alle segnalazioni di “spegnimento e difetto di funzionamento” del Note4, in cui si indica di controllare e sostituire la batteria se difettosa e, in caso di permanenza del problema, di verificare la PBA; così, nel febbraio 2017, è stata inviata ai CAT la raccomandazione di modificare il proprio laboratorio per affrontare i problemi di “*No power (non si accende) 2. Self Reboot (si riavvia) dei Note4 (...) uno dei prodotti con il più alto numero di rientri?*”; lo stesso nel marzo 2017, a fronte di problemi di “accensione/spegnimento/ricarica”. Nel maggio 2017 il Global CS Center di Samsung HQ chiede a Samsung Italia chiarimenti riguardo all'elevato numero di riparazioni ripetute per il Note4, che si risultava il più alto tra tutti i modelli in Italia. Nel settembre 2017 viene lanciato il nuovo modello Note8.

Al par. 126 del provvedimento, inoltre, si evidenzia che “*Di particolare rilievo è la crescita percentuale degli interventi di riparazione evidenziata dal grafico 4. Infatti, se è possibile che il progressivo invecchiamento dei Note 4 aumenti la loro probabilità di subire un intervento di riparazione, nondimeno tale fenomeno avrebbe dovuto avere un andamento graduale, con una accelerazione solo quando il telefono è realmente obsoleto — evento che non pare possa verificarsi nell'arco temporale di un biennio.*

I dati mostrano invece che — a fronte della costanza e poi della riduzione dello stock di telefoni in garanzia - il numero delle riparazioni in garanzia legale è aumentato nel 2016-17, indicando quindi che, a parità di anzianità, il numero di apparecchi riparati è aumentato nel 2016-17, contestualmente alla diffusione dell'aggiornamento firmware alla versione Marshmallow di Android e alle conseguenti azioni di Samsung”.

L'autorità ha quindi concluso, con valutazioni ampiamente argomentate e logicamente congruenti, che la frequenza e uniformità delle segnalazioni, relative sempre allo stesso tipo di guasti, la loro collocazione temporale e il fatto che siano state diramate ai centri di assistenza chiare istruzioni per far

fronte a tali fenomeni evidenziavano una chiara relazione di consequenzialità tra l'installazione dell'aggiornamento e i guasti segnalati.

Del resto le stesse ricorrenti non contestano che tali fenomeni negativi si siano verificati, ma affermano che non sarebbero conseguenza degli aggiornamenti del sistema operativo, come accertato dall'Autorità, senza, tuttavia, offrire una diversa spiegazione degli stessi, senza dimostrare di essersi attivate per limitarli e senza smentire di aver continuato insistentemente a sollecitare gli aggiornamenti in assenza di adeguata informazione sui prevedibili rischi.

Osserva il Collegio che si tratta di una grave carenza informativa alla quale non può sopperire il suggerimento rivolto al consumatore, contestualmente all'invito all'installazione dell'aggiornamento, di visitare una pagina internet per avere chiarimenti sui contenuti di sicurezza degli aggiornamenti.

Tali considerazioni conducono a disattendere anche il sesto motivo, relativo alle modalità di installazione degli aggiornamenti e ai messaggi con cui gli stessi vengono resi disponibili invitando i consumatori a scaricarli (c.d. FOTA).

Anche in questo caso è pacifico che non siano state diramate segnalazioni di possibili malfunzionamenti nell'installazione di Marshmallow sul Note4 e che non vi fosse possibilità di impedire il download, potendo lo stesso, ove non installato automaticamente, come predisposto di *default* sui Note4, solo essere di volta in volta rinviato.

La scorrettezza della pratica commerciale, in ordine alla reale portata del prodotto, non può ritenersi sanata dalla possibilità per il consumatore di ottenere *aliunde*, o anche in un momento immediatamente successivo, ulteriori dettagli informativi, laddove il messaggio promozionale, attraverso il suo contenuto non trasparente, determinato dalle modalità di presentazione del prodotto, risulta già idoneo ad agganciare il consumatore al primo contatto (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 3 febbraio 2020, n. 1418).

In materia di pubblicità ingannevole, la giurisprudenza ha sempre evidenziato la rilevanza primaria del messaggio che “prende l’attenzione” al primo contatto, che i relativi claims pubblicitari devono sempre essere connotati da tutti gli elementi essenziali per un corretto e obiettivo discernimento (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 12 giugno 2015, n. 8253) e che la decettività del messaggio promozionale può anche riguardare singoli aspetti dello stesso e le specifiche modalità di presentazione del prodotto al fine di “agganciare” l’immediata attenzione del consumatore, senza che possa rilevare in senso contrario la circostanza per la quale, in altri e successivi momenti, lo stesso consumatore possa approfondire la modalità di fruizione del prodotto stesso e le sue effettive qualità in relazione a quanto enfatizzato al primo contatto con evidenza grafica primaria (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 30 ottobre 2017, n. 10834).

E’ infatti riconducibile al claim principale l’effetto di “aggancio” del consumatore, il quale, allettato dall’offerta in esso contenuta, massimamente visibile, corre il rischio di omettere l’integrale lettura delle parti meno evidenziate del messaggio pubblicitario recanti la completa descrizione del prodotto e dei suoi effetti di assunzione, i quali vengono così resi disponibili e forse appresi in un momento successivo a quello in cui il consumatore deve, secondo il paradigma individuato dagli articoli del Codice del Consumo posti a presidio della libertà di scelta del medesimo, disporre contestualmente, e con identica evidenza grafica, di tutte le informazioni utili ad assumere una consapevole decisione di natura commerciale (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 31 gennaio 2018, n. 1158).

La giurisprudenza amministrativa è granitica nel ritenere che la completezza e la veridicità di un messaggio promozionale vanno verificate nell’ambito dello stesso contesto di comunicazione commerciale e non già sulla base di ulteriori informazioni che l’operatore commerciale rende disponibili solo a effetto promozionale già avvenuto (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 8 febbraio 2018, n. 1523).

Nel caso di specie l'Autorità ha osservato che “142. *In tal modo, il consumatore non ha una vera facoltà di aderire alla proposta, ma può invece solo effettuare una scelta di non aderire, peraltro in via temporanea, essendo costretto a rinnovare tale scelta ogni volta che —inesorabilmente— gli viene proposto di scaricare/installare, subito o più tardi.*

143. *Tale modalità di proposizione dell'aggiornamento software relativo ad una nuova versione firmware appare configurare un indebito condizionamento della libertà di scelta dei consumatori in possesso dei Note 4 di aggiornare o meno e in che misura il firmware del proprio apparecchio, in considerazione anche dell'asimmetria informativa con il professionista al quale i consumatori si affidano proprio per la sua superiore conoscenza dell'hardware e del software dei propri dispositivi e specificamente per la necessità di mantenere in sicurezza i propri dispositivi. Tale scelta, proprio in quanto suscettibile di alterare in vario modo la funzionalità dell'apparecchio in possesso del consumatore dopo l'acquisto, è certamente una scelta di natura commerciale, in quanto incide sul valore dell'apparecchio per il consumatore.*

144. *Il consumatore è stato quindi privato della libertà di continuare ad utilizzare il proprio Note 4 con le sue prestazioni originali, con soltanto gli aggiornamenti firmware strettamente necessari per conservarne la originale funzionalità, nonché della possibilità di scegliere quali funzionalità mantenere o modificare del proprio smartphone acquistato e utilizzato da svariati mesi, di comprendere se sia effettivamente possibile migliorare le prestazioni o invece sia preferibile continuare a fruirne senza l'aggiunta di ulteriori funzioni e senza subire una riduzione del livello di prestazioni.*

145. *In tal modo il consumatore è stato condizionato nella libertà di continuare ad utilizzare il proprio smartphone per la sua durata naturale e senza interferenze, nonché nella possibilità di scegliere quali prestazioni mantenere o modificare del prodotto acquistato e utilizzato da svariati mesi, di comprendere se era effettivamente possibile migliorare le prestazioni o invece era preferibile continuare a fruirne senza l'aggiunta di ulteriori funzioni e senza subire una riduzione del livello di prestazioni?”.*

Tale dinamica dei fatti smentisce, altresì, la tesi di parte ricorrente secondo cui la pratica in rassegna non avrebbe rivestito il carattere dell'aggressività, tenuto conto che, come affermato dalla Sezione, “le pratiche commerciali aggressive

non sono necessariamente connotate dal ricorso alla violenza fisica o verbale, ma sono certamente accomunate dal fatto che il consumatore viene a trovarsi in situazione di “stress” che lo condiziona nel decidere e tale “stress” può essere determinato sia da condotte del professionista ripetute e irraguardose della volontà del cliente, sia dalla esistenza di vincoli contrattuali percepiti come opprimenti”(T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 20 febbraio 2020, n. 2245).

E’ stato anche chiarito che “l’espressione «pratiche commerciali scorrette» designa le condotte che formano oggetto del divieto generale sancito dall’art. 20 del D.Lgs. 6 settembre 2005 n. 206 (Codice del consumo), in attuazione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 11 maggio 2005, n. 2005/29/CE. La finalità perseguita dalla direttiva europea consiste nel garantire, come si desume dal «considerando 23», un elevato livello comune di tutela dei consumatori, procedendo ad un’armonizzazione completa delle norme relative alle pratiche commerciali sleali delle imprese, ivi compresa la pubblicità sleale, nei confronti dei consumatori.

Scopo della normativa è quello di ricondurre l’attività commerciale in generale entro i binari della buona fede e della correttezza. Il fondamento dell’intervento è duplice: da un lato, esso si ispira ad una rinnovata lettura della garanzia costituzionale della libertà contrattuale, la cui piena esplicazione si ritiene presupponga un contesto di piena “bilateralità”, dall’altro, in termini di analisi economica, la trasparenza del mercato è idonea ad innescare un controllo decentrato sulle condotte degli operatori economici inefficienti. Le politiche di tutela della concorrenza e del consumatore sono sinergicamente orientate a promuovere il benessere dell’intero sistema economico.

Quanto ai criteri in applicazione dei quali deve stabilirsi se una determinata pratica commerciale sia o meno «scorretta», il comma 2 dell’art. 20 del Codice del consumo stabilisce in termini generali che una pratica commerciale è scorretta se «è contraria alla diligenza professionale» ed «è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che raggiunge o al quale è diretta o del

membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori».

Nella trama normativa, tale definizione generale di pratica scorretta si scompone in due diverse categorie: le pratiche ingannevoli (di cui agli artt. 21 e 22) e le pratiche aggressive (di cui agli artt. 24 e 25). Il legislatore ha inoltre analiticamente individuato una serie di specifiche tipologie di pratiche commerciali (le c.d. 'liste nere') da considerarsi sicuramente ingannevoli e aggressive (art. 23 e 26, cui si aggiungono le previsioni 'speciali' di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 21 e all'art. 22-bis), senza che si renda necessario accertare la sua contrarietà alla «diligenza professionale» nonché dalla sua concreta attitudine «a falsare il comportamento economico del consumatore» (Cons. Stato, Sez. VI, 14 aprile 2020, n. 2414).

Alla stregua dei declinati principi si può senz'altro concludere che correttamente l'Autorità ha fatto applicazione, nel caso di specie, delle norme di cui artt. 21, 22, 24 e 25 del Codice del Consumo, avendo ritenuto violate, da parte di Samsung, le regole di diligenza professionale esigibili da un operatore del settore di primaria importanza mondiale.

Quanto al settimo motivo, concernente la gestione delle riparazioni fuori garanzia, si osserva che i dati richiamati dall'Autorità in relazione alle attività di assistenza in garanzia e fuori garanzia attestano che il rilascio dell'aggiornamento firmware alla versione Marshmallow è avvenuto a maggio 2016, pochi mesi prima che i primi Note 4 uscissero dalla copertura biennale della garanzia legale, essendo stati immessi sul mercato nel 2014. I Note4 venduti da oltre due anni, e quindi non più coperti dalla garanzia legale, rappresentavano, già pochi mesi dopo il rilascio dell'aggiornamento, la maggior parte dei Note 4 acquistati: il 50% circa a dicembre 2016, il 70% circa a febbraio 2017.

Nei mesi immediatamente successivi al rilascio dell'aggiornamento, quindi, vi è stato un progressivo incremento del numero di Note4 non più coperti da garanzia, per i quali i malfunzionamenti in argomento comportavano la

necessità di sostenere il costo particolarmente elevato della riparazione – circa 300 euro - a spese del consumatore, tanto che in molti casi vi è stata rinuncia alla riparazione.

A fronte del numero di guasti, l'Autorità ha rimarcato, al par. 150, che *“Samsung non ha previsto e consentito alcun mezzo di ripristino dell'originaria funzionalità dell'apparecchio, ad esempio consentendo il c.d. downgrade al firmware precedente, neppure con apposite cautele o presso i suoi centri di assistenza. Peraltro, il professionista solo formalmente consente il c.d. downgrade dei propri aggiornamenti e nel caso in cui il consumatore decida di effettuarlo non riconosce più la garanzia”*, come risulta dalle annotazioni redatte dai centri di assistenza.

Pertanto l'Autorità ha evidenziato che, non prestando un'adeguata assistenza ai consumatori per ripristinare la funzionalità preesistente degli apparecchi danneggiati dagli aggiornamenti, di fatto Samsung ne ha accelerato il processo di sostituzione, conseguendone il vantaggio economico, come comprovato dal fatto che nel 2017 è stato offerto un voucher di sconto del 25% sull'acquisto di un nuovo prodotto Samsung.

Ciò comprova anche la potenziale lesività della condotta, che consente di inquadrarla tra le pratiche sanzionate dal Codice del consumo, atteso che, secondo il costante orientamento giurisprudenziale, *“nell'assetto di interessi disciplinato dal D.Lgs. n. 206 del 2005, le norme a tutela del consumo delineano una fattispecie «di pericolo», essendo preordinate a prevenire le possibili distorsioni delle iniziative commerciali nella fase pubblicitaria, prodromica a quella negoziale, sicché non è richiesto all'Autorità di dare contezza del maturarsi di un pregiudizio economico per i consumatori, essendo sufficiente la potenziale lesione della loro libera determinazione”* (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 19 settembre 2019, n. 11097; id. 6 febbraio 2017, n. 1877).

Infine, è infondata la contestazione della mancata partecipazione dei centri di assistenza al procedimento, avendo l'AGCM, a fronte delle richieste in tal senso formulate, correttamente evidenziato che gli stessi non rientrano tra i

soggetti ai quali può derivare un pregiudizio dalle infrazioni oggetto dell'istruttoria.

Non possono poi essere condivise le doglianze sulla quantificazione della sanzione, di cui all'ultimo motivo di ricorso.

Deve osservarsi come nella determinazione della sanzione l'Autorità si è attenuta ai parametri di riferimento individuati dall'art. 11 della legge n. 689/81, in virtù del richiamo previsto all'articolo 27, co. 13, del d.lgs. n. 206/05: in particolare, della gravità della violazione, dell'opera svolta dall'impresa per eliminare o attenuare l'infrazione, della personalità dell'agente, nonché delle condizioni economiche dell'impresa stessa.

Ciò premesso, nel determinare la sanzione l'Autorità ha considerato in primo luogo, quanto alla dimensione del professionista, l'importanza del gruppo multinazionale Samsung nel mercato degli smartphone, e la posizione del modello Note4 in tale mercato, trattandosi di uno dei prodotti leader fra gli smartphone di fascia alta; è stata considerata, poi, l'elevata entità del potenziale pregiudizio economico complessivo per il consumatore, in quanto la pratica è stata estesa alla generalità dei possessori di Note 4, e si è articolata in una pluralità di comportamenti dapprima volti ad indurre i possessori di tali smartphone ad installare nuove versioni del firmware e poi a nascondere che i malfunzionamenti e i rallentamenti degli apparecchi erano conseguenze della installazione di tali aggiornamenti firmware, anche allo scopo di indurre i consumatori a sostituire il proprio Note 4 con un nuovo cellulare.

Quanto, infine, alla durata della violazione, l'AGCM ha osservato che la pratica è stata posta in essere dal 2016 fino alla data del provvedimento, risultando ancora in corso a tale epoca.

Nel provvedimento si è inoltre tenuto conto della necessità di assicurare un effetto deterrente, quantificando a tal fine la sanzione, in considerazione di tutti gli aspetti riportati, nel massimo edittale.

Non sono, pertanto, fondate le censure della carente considerazione degli elementi indicati dalla disciplina applicabile, poiché l'Autorità ne ha

opportunamente tenuto conto nella commisurazione dell'importo della sanzione, nel rispetto dei principi di proporzionalità, adeguatezza ed efficacia. Dunque, anche in relazione all'attività di quantificazione della sanzione, il provvedimento impugnato risulta immune dai prospettati vizi e, conseguentemente, i ricorsi devono essere respinti.

Le spese del giudizio, nei confronti dell'Autorità, seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

Possono, viceversa, essere compensate con le altre parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi riuniti e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Condanna le ricorrenti, in solido tra loro, alla rifusione in favore dell'AGCM delle spese di lite, che si liquidano in complessivi euro 7.000,00 oltre accessori di legge e compensa le spese nei confronti delle altre parti del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2020 con l'intervento, mediante collegamento da remoto in videoconferenza, dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Francesca Petrucciani, Consigliere, Estensore

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Francesca Petrucciani

IL PRESIDENTE
Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO

