



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso NRG 9570/2018, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla Vodafone Italia s.p.a., corrente in Ivrea, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Fabio (omissis) (omissis) con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Roma, (omissis)

contro

l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni - AGCOM, con sede in Roma, in persona del Presidente *pro tempore*, resistente ed appellante incidentale, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi n. 12 e

nei confronti

- dell'Unione per la difesa dei consumatori - U.Di.Con., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio,
- dell'Associazione CODICI - Centro per i diritti del cittadino, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv.

(omissis) con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma,

– del Coordinamento delle associazioni e comitati di tutela dell' ambiente e dei diritti degli utenti e dei consumatori - Codacons e dell'Associazione degli utenti per i diritti telefonici – AUSTel. Onlus, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avv.ti

(omissis) con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto nello studio c/o Codacons in Roma

– dell'Associazione Movimento Consumatori, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. (omissis) con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

A) – col ricorso introduttivo, del dispositivo di sentenza del TAR Lazio, sez. III, n. 11304/2018, resa tra le parti e concernente la delibera AGCOM n. 498/17/CONS del 19 dicembre 2017; B) -

con l'atto per motivi aggiunti (e con l'appello incidentale, depositato il 15 marzo 2019), della sentenza del TAR Lazio, sez. III, n. 12481/2018, resa tra le parti e concernente la predetta delibera;

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'AGCOM, dell'Assoc. CODICI, dell'AUS Tel. Onlus, del CODACONS e dell'Associazione Movimento Consumatori;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore all'udienza pubblica del 4 luglio 2019 il Cons. Silvestro Maria Russo e uditi altresì, per le parti costituite, gli avvocati (omissis)

(omissis)

(omissis)

(omissis)

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. – Con delibera n. 252/16/CONS del 21 luglio 2016, l'AGCOM stabilì una disciplina aggiornata *«sulla trasparenza delle condizioni economiche dell'offerta [rivolta a] tutti i soggetti che operano nel mercato delle comunicazioni elettroniche e che hanno rapporti contrattuali con gli utenti finali...»*.

Tanto al fine di assicurare *«... informazioni trasparenti, comparabili, adeguate ed aggiornate in merito ai prezzi vigenti in materia di accesso e di uso dei servizi forniti dagli operatori di comunicazione elettronica...»*.

Invero, detta delibera prevede l'obbligo, a carico degli operatori di TLC, di:
a) fornire un set di informazioni agli utenti; b) assicurare la trasparenza delle condizioni economiche; c) garantire il funzionamento di meccanismi per una reale comparazione delle offerte, alimentando un motore di calcolo gestito direttamente da AGCOM ed i cui risultati sarebbero stati accessibili agli utenti attraverso l'apposito sito WEB dell'Autorità.

Ebbene, la Vodafone Italia s.p.a., corrente in Ivrea e soggetto operatore autorizzato per i servizi di comunicazione elettronica in voce (telefonia vocale fissa e mobile), dichiara d'aver introdotto nel corso del 2016, esercitando la facoltà attribuitale dall'art. 70 del D.lgs. 1° agosto 2003 n. 259 - CCE, un aumento di circa l'8,6% delle condizioni economiche per i contratti di telefonia fissa. E ciò grazie alla riduzione del periodo di rinnovo e/o fatturazione delle offerte, che passò dalla cadenza mensile (a 30 gg.) ad una quadrisettimanale (28 gg). Detta Società, nel far presente d'aver informato i suoi clienti di tal manovra tariffaria e delle loro facoltà di recesso e migrazione ad altro operatore, rende noto altresì che la manovra stessa non fu contestata dall'AGCOM, né ritenuta illegittima o distorsiva della concorrenza, come tal Autorità chiarì all'AGCM in un procedimento d'accertamento di pratiche commerciali scorrette.

L'AGCOM ritenne però che detto aumento tariffario tramite l'introduzione di una c.d. "tredicesima mensilità", fosse pregiudizievole per l'utenza anche sotto il profilo della trasparenza, impedendo la comparabilità delle

offerte. L'unilaterale e congiunta modifica dei periodi di fatturazione da parte dei principali operatori di telefonia, in base alle segnalazioni pervenute a cura delle Associazioni dei consumatori, aveva creato un clima d'incertezza nell'utenza, che non ebbe più chiari i parametri delle offerte. E ciò soprattutto nel mercato della telefonia fissa, tradizionalmente caratterizzata da periodi di fatturazione ordinaria su base mensile, a sua volta coincidente con le modalità di fatturazione di altri servizi ed utenze, oltre che con la cadenza con la quale si genera usualmente il reddito mensile dei consumatori. Ritenne quindi l'AGCOM che tal manovra avesse determinato una compressione della *«...libertà di scelta degli utenti e vanificato, anche considerate le tempistiche ed il contesto di mercato, la ratio sottesa all'esercizio del diritto di recesso nel caso di mancata accettazione di modifiche contrattuali, così come statuito dall'articolo 70, comma 4, del Codice delle comunicazioni elettroniche...»*. Sicché l'AGCOM, con delibera n. 121/17/CONS del 15 marzo 2017, modificò la citata delibera n. 252/16/CONS col medesimo obiettivo di assicurare che fossero fornite agli utenti *«... informazioni trasparenti, comparabili, adeguate e aggiornate in merito ai prezzi vigenti in materia di accesso e di uso dei servizi forniti...»*. Tanto in conformità all'art. 71 del CCE, il quale, attuando l'art. 8 della direttiva quadro sul servizio universale di comunicazioni elettroniche (dir. n. 2002/21/CE), proprio in tali termini delinea il principio di trasparenza a fini informativi e di scelta consapevole del consumatore. Pertanto, l'Autorità impose ai predetti operatori di telefonia di ritornare, entro il 23 giugno 2017, alla fatturazione su base mensile o suoi multipli per i servizi di telefonia fissa e ad una periodicità almeno quadrisettimanale per quelli di telefonia mobile. Tanto perché, ad avviso dell'Autorità, tal intervento riguardò non già libere scelte imprenditoriali degli operatori di TLC, bensì le modalità della cadenza di fatturazione, rivelatasi non rispettosa della dovuta trasparenza, nei

confronti degli utenti, in quanto sostanzialmente rivolta a realizzare aumenti tariffari di non immediata percezione da parte dei consumatori.

2. – Avverso tal delibera la Vodafone Italia s.p.a. si gravò innanzi al TAR Lazio, deducendo vari profili d'irragionevolezza e contraddittorietà, la violazione del quadro legislativo e regolamentare di riferimento, nonché la sproporzione della misura adottata dall'AGCOM rispetto all'obiettivo in concreto perseguito.

Nelle more di quel giudizio, è intervenuto l'art. 19-quinquiesdecies del DL 16 ottobre 2017 n. 148 (conv. modif. dalla l. 4 dicembre 2017 n. 172), introducendo talune novelle all'art. 1 del DL 31 gennaio 2007 n. 7 (conv. modif. dalla l. 2 aprile 2007 n. 40). In particolare, il nuovo art. 1, co. 1 del DL 7/2007 ha stabilito che *«i contratti di fornitura nei servizi di comunicazione elettronica disciplinati dal codice di cui al decreto legislativo 1º agosto 2003, n. 259, prevedono la cadenza di rinnovo delle offerte e della fatturazione dei servizi, ad esclusione di quelli promozionali a carattere temporaneo di durata inferiore a un mese e non rinnovabile, su base mensile o di multipli del mese»*. La novella ha altresì disposto: a) l'obbligo di adeguamento di tutti gli operatori di TLC, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata, alla predetta cadenza di fatturazione entro 120 gg. dall'entrata in vigore della legge di conversione; b) la garanzia dell'AGCOM sulla pubblicazione dei servizi offerti e delle tariffe generali, in modo da consentire ai consumatori scelte informate; c) il potere dell'AGCOM di ordinare *«... in caso di violazione del comma 1-bis... all'operatore la cessazione della condotta e il rimborso delle eventuali somme indebitamente percepite o comunque ingiustificatamente addebitate agli utenti, indicando il termine entro cui adempiere, in ogni caso non inferiore a trenta giorni...»*. Il successivo co. 4 prevede inoltre che *«la violazione delle disposizioni di cui ai commi 1, 1-bis, 1-ter, 2, 3, 3-bis, 3-ter e 3-quater è sanzionata dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni applicando l'articolo 98, comma 16, del codice delle*

comunicazioni elettroniche, di cui al decreto legislativo 1º agosto 2003, n. 259, e successive modificazioni. L'inottemperanza agli ordini impartiti ai sensi del comma 1-quinquies è sanzionata applicando l'articolo 98, comma 11, del medesimo codice...».

L'adito TAR, con sentenza n. 4988 del 4 maggio 2018, ha respinto l'impugnazione attorea, in sintesi perché: a) la delibera n. 121/17/CONS fu adottata dall'AGCOM nell'esercizio dei poteri di regolazione riconosciuti dall'art.1 della l. 249/1997 e, nella specie, «... *tale potere è posto anche al fine di garantire in concreto una tutela effettiva alla parte debole del rapporto contrattuale dei servizi di telefonia, ovvero all'utente del servizio...*»; b) detta delibera fu emanata «... *al fine di consentire all'utente, in un regime di asimmetria informativa cui porre rimedio, la trasparenza e in particolare la confrontabilità delle varie offerte, ex art.71 del D.Lgs. n. 259 del 2003...*»; c) siffatta regolazione si fondava su valutazioni tecnico-discrezionali all'evidenza non irragionevoli, essendosi attestata su «... *livelli minimi di intervento, lasciando pressoché intatta l'autonomia negoziale degli operatori sui contenuti rilevanti del rapporto contrattuale, quali modalità di erogazione del servizio e prezzo*», senza comprimere eccessivamente l'autonomia negoziale degli operatori...». Il TAR ha inoltre precisato che, ben lungi dall'abrogare la delibera n. 121/17/Cons, la disciplina generale posta dall'art. 19-quinquiesdecies del DL 148/2017 «... *si salda con la disciplina dettata dall'Autorità, rafforzandone le previsioni e disponendo per l'avvenire...*», sì da escludere ogni incompatibilità tra la regolazione anteriore ed il citato *jus superveniens*.

Contro tal sentenza, la Vodafone Italia s'è appellata col ricorso NRG 7102/2018, tuttora pendente.

3. – Detta Società dichiara d'aver comunque mantenuto il suo periodo di fatturazione a 28 giorni, anziché a 30.

Pertanto, con l'atto n. 7/17/DTC del 26 settembre 2017, il Direttore della Direzione dei consumatori dell'AGCOM ha disposto l'avvio del

procedimento sanzionatorio nei confronti di detta Società, per non aver adottato una cadenza di rinnovo delle offerte di telefonia fissa e di fatturazione su base mensile, in violazione della delibera n. 252/16/Cons, come novellata dalla delibera n. 121/17/Cons.

In esito a tal procedimento, l'Autorità ha emanato la delibera n. 498/17/Cons del 19 dicembre 2017, con cui anzitutto ha irrogato alla Vodafone Italia s.p.a., la sanzione amministrativa pecuniaria di € 1.160.000,00 per la violazione dell'art. 3, co. 10 della delibera n. 252/16/Cons come sopra novellata. In secondo luogo, ha ordinato a detta Società «... *a provvedere –in sede di ripristino del ciclo di fatturazione con cadenza mensile o di multipli del mese– a stornare gli importi corrispondenti al corrispettivo per il numero di giorni che, a partire dal 23 giugno 2017, non sono stati fruiti dagli utenti in termini di erogazione del servizio a causa del disallineamento fra ciclo di fatturazione quadrisettimanale e ciclo di fatturazione mensile. Nella prima fattura emessa con cadenza mensile l'operatore è tenuto a comunicare con adeguato risalto che lo storno è avvenuto in ottemperanza al presente provvedimento...».*

Avverso tal statuizione e la nota 7/17/DTC, detta Società ha nuovamente adito il TAR Lazio, con il ricorso NRG 810/2018, deducendo:

1) – l'efficacia *ex nunc* della novella recata dall'art. 19-quinquiesdecies del DL 148/2017 all'art. 1 del DL 7/2007, onde le previsioni della delibera n. 121/17/Cons, di natura regolamentare, son state abrogate da tal *jus superveniens* e, quindi, è venuto meno dal 5 dicembre 2017 l'obbligo di adeguamento a tal delibera, la Società è soggetta solo a quanto previsto dai commi 1-bis e 1-ter del DL n. 7 e nel termine colà indicato, mentre l'AGCOM avrebbe dovuto arrestare l'*iter* sanzionatorio in esecuzione della novella citata;

2) – la nullità in sé (in quanto non basato sull'art. 98, co. 16 del CCE, né tampoco sull'art. 3, co. 10 della delibera n. 252/16/CONS) e l'illegittimità

dell'ordine di stornare ai clienti le somme indebitamente da loro versate a causa della fatturazione a 28 gg. (per erroneità del presupposto che tal diversa cadenza del ciclo di fatturazione avesse creato un indebito arricchimento in capo agli operatori; per violazione dell'art. 47 della CDFUE, poiché solo ad un Giudice competerebbe il potere di condannare al pagamento di queste somme; per violazione dell'art. 1 della l. 23 novembre 1981 n. 689, ove si ritenesse tale storno a guisa di sanzione amministrativa; per irretroattività del regime sanzionatorio introdotto dal citato art. 19-quinquiesdecies; per violazione dello stesso art. 98, co. 16, giacché l'AGCOM ha disposto lo storno per il diverso fine d'evitare il pregiudizio derivante dall'addebito del servizio ai consumatori per i giorni erosi in relazione al disallineamento fra cadenza di fatturazione a 28 gg. e cadenza mensile);

3) – la piena facoltà della ricorrente, quand'anche avesse voluto ottemperare alla delibera n. 121/17, d'aumentare i prezzi (salvo sempre il potere di recesso dei clienti) al fine d'evitare la riduzione del valore dei ricavi anche in caso di ripristino della fatturazione mensile;

4) – l'illegittimo omesso contraddittorio procedimentale (in violazione dell'art. 41 della CDFUE, dei principi e delle regole espresse dagli artt. 1 e ss. della l. 241/1990 e della delibera AGCOM n. 410/14/Cons - Regolamento di procedura in materia di sanzioni amministrative), non avendo l'avviso d'avvio del procedimento sanzionatorio fatto alcun riferimento a lesioni sul patrimonio dei consumatori, né alla possibilità che AGCOM potesse imporre agli operatori il predetto storno, né tampoco ad una specifica contestazione sul relativo obbligo (all'inizio del procedimento o durante l'intero suo svolgimento) o su indebite percezioni di somme, tali da giustificare un ordine siffatto;

5) – il difetto di potere dell'AGCOM di determinare il contenuto dei contratti degli operatori coi loro clienti e di limitarne l'esercizio del *jus variandi* in relazione al periodo di rinnovo delle offerte e di fatturazione

dei consumi, nonché la violazione del principio di proporzionalità e l'omessa considerazione delle misure di regolazione già esistenti che assicurano un'adeguata trasparenza informativa agli utenti.

L'adito TAR, con l'ordinanza n. 792 del 12 febbraio 2018, ha sospeso gli effetti della delibera n. 498 per la parte relativa al c.d. ordine di storno, poiché *«... il carattere –allo stato– indeterminato della somma da corrispondere agli utenti, per effetto dello storno (nella prima fattura emessa con cadenza mensile) dei predetti importi, appare in grado di incidere sugli equilibri finanziario-contabili della azienda; tenuto conto, altresì, della dedotta difficoltà per la medesima società di ripetere dai clienti le somme eventualmente corrisposte...»*.

Sicché l'AGCOM, con la delibera n. 114/18/Cons del 1°/03/2018, ha revocato la precedente diffida e ha provveduto nuovamente allo scopo di garantire *«... un immediato effetto ripristinatorio a beneficio degli utenti, assicurando, al contempo, una soluzione ai rilievi formulati dal Giudice amministrativo con riguardo agli equilibri finanziario-contabili dell'azienda...»*. Ha poi ingiunto alla ricorrente di *«... far venir meno in sede di ripristino del ciclo di fatturazione con cadenza mensile o di multipli del mese gli effetti dell'illegittima anticipazione della decorrenza delle fatture emesse successivamente alla data del 23 giugno 2017. La data di decorrenza delle fatture emesse dopo il ripristino della fatturazione con cadenza mensile o di multipli del mese dovrà pertanto essere posticipata per un numero di giorni pari a quelli erosi in violazione della delibera n. 121/17/CONS, in modo da non gravare gli utenti dei costi derivanti dalla abbreviazione del ciclo di fatturazione...»*. Così l'AGCOM ha stabilito, in sostituzione dell'invero complicato meccanismo dello storno economico (sì con pagamento diretto ai consumatori, ma col paradossale effetto concreto di vincolarli all'operatore fino all'intero saldo), di far conseguire il medesimo risultato mediante l'erogazione gratuita delle prestazioni per

un numero di giorni equivalente a quello cui lo stesso ordine di storno si sarebbe riferito.

Avverso tal statuizione, reputata un *unicum* nell'ordinamento nazionale, la Vodafone Italia s.p.a. ha proposto l'atto per motivi aggiunti depositato il 16 marzo 2018. Al riguardo deduce:

I) – la violazione dell'ordinanza cautelare n. 792/2018, non appellata, stante l'evidente equivalenza economica pregiudizievole con lo storno della nuova misura compensativa, mercé il differimento della fatturazione per il numero di giorni corrispondenti a quelli che sarebbero stati erosi ai clienti per la mancata immediata ottemperanza alla delibera 121/17/Cons, nonché il difetto di motivazione e l'irragionevolezza della misura assunta a fronte delle varie cause civili già proposte (dove l'esistenza già di acconci mezzi di tutela dei consumatori);

II) – la natura sanzionatoria della misura stessa, stabilita senza previo procedimento, cosa, questa, viepiù grave in quanto promanante da un'Autorità indipendente ed in violazione all'art. 41 del CDFUE;

III) – l'illegittima imposizione d'una prestazione patrimoniale, al contempo sanzionatoria ed ablatoria, in assenza di un potere non certo rinvenibile né nel richiamato art. 98, co. 16 del CCE, né nell'art. 3, co. 10 della delibera n. 252/16/Cons, né nei principi di diritto nazionale e comunitario, fermo restando che la funzione di garanzia dei diritti dei consumatori così esercitata si sovrappone comunque alla tutela in via d'azione assicurata dal potere giudiziario;

IV) – l'omessa valutazione dell'art. 19-quinquiesdecies del DL 148/2017, il cui regime generale ha superato l'assetto recato dalla novella alla delibera n. 252/16/Cons;

V) – l'erroneità del presupposto dell'inadempimento alla delibera n. 121/17/ Cons, avendo la ricorrente non già eluso l'obbligo del ripristino della cadenza mensile di fatturazione, ma solo profittato (dandone comunicazione alla clientela) del nuovo e più ampio termine recato dalla

novella all'art. 1 del DL 7/2007 per adeguarvisi, ferma la facoltà attorea di sterilizzare tal cadenza mediante l'aumento delle tariffe;

VI) – l'illegittimità derivata della delibera n. 114/18/Cons dai vizi che affliggono la delibera n. 121/17/Cons.

Col decreto n. 9/18/PRES del 9 aprile 2018, il Presidente dell' AGCOM ha fissato un nuovo termine per l'adempimento dei citati obblighi, relativi al ripristino della fatturazione con cadenza mensile, rivolto nei confronti di tutti gli operatori telefonici, compresa la Vodafone Italia s.p.a. Con delibera n. 187/18/Cons dell'11 aprile 2018, l'AGCOM ha ratificato il provvedimento presidenziale n. 9/18/PRES. Avverso tali statuizioni, a suo dire confermate nella sostanza della delibera n. 114/18/Cons, il 18 giugno 2018 detta Società ha proposto un secondo atto per motivi aggiunti, ribadendo le doglianze dianzi viste e censurando il decreto n. 9/18/PRES per difetto dei presupposti di necessità e urgenza, senza i quali non si giustifica l'esenzione dal giusto procedimento.

È quindi intervenuta la delibera n. 269/18/CONS del 6 giugno 2018, pubblicata il successivo 3 luglio, con cui l'AGCOM ha disposto, nei confronti di tutti gli operatori telefonici e, quindi, della stessa Vodafone, un nuovo termine per l'adempimento agli obblighi di cui alle delibere nn. 112/18/Cons e ss., tra cui la n. 114/18/Cons. Anche contro tal statuizione la Vodafone, in data 2 ottobre 2018, ha proposto un terzo atto per motivi aggiunti, deducendo vari profili di censura, in parte simili a quelli dei due atti precedenti e in parte incentrati sul difetto di motivazione del differimento del predetto termine al 31 dicembre 2018, basato sul generico ed inconferente accenno alla struttura aziendale attorea e non tenendo conto delle osservazioni formulate dalla ricorrente all'Autorità.

4. – Con dispositivo n. 11304 del 21 novembre 2018, l'adito TAR ha dichiarato il ricorso della Vodafone in parte improcedibile e in parte infondato, accogliendo una domanda per quanto di ragione. Avverso tal

dispositivo la Vodafone Italia s.p.a. ha proposto l'appello di cui al ricorso in epigrafe, deducendo vari profili di censura.

Con sentenza n. 12481 del 21 dicembre 2018, l'adito TAR ha pubblicato la motivazione sulla controversia in esame.

4.1. – Contro detta sentenza è intervenuto l'atto per motivi aggiunti depositato il 4 marzo 2019, con cui la Società appellante ora ne deduce, in via principale, l'erroneità per:

l) – non aver colto, al di là del contraddittorio processuale sviluppatosi dopo l'instaurazione del giudizio di prime cure (che ha indotto l'AGCOM a rivedere in autotutela talune sue statuizioni), del riscontro oggettivo (in sede cautelare innanzi allo stesso TAR ed anche da parte dell'Autorità) degli argomenti attorei comunque esternati, nonché dell'audizione dell'appellante e delle associazioni consumeristiche sulle modalità di adempimento per il concreto ristoro della clientela, come tali vicende, ben lungi dall'aver realizzato un qualunque effetto utile per l'appellante sì da renderne superfluo il contraddittorio procedimentale, ha determinato in realtà: a) la violazione specifica sia di norme nazionali ed eurounitarie, sia, soprattutto, della disciplina regolamentare che AGCOM si è autoimposta e ciò in tutti i passaggi salienti della presente causa, assunti senza tal contraddittorio (l'ordine di storno - delibera n. 498/17/CONS; l'ordine di erogare prestazioni gratuite al posto dello storno - delibera n. 114/18/CONS; il decreto n. 9/18/PRES e la delibera di ratifica n. 187/18/CONS, di conferma della delibera n. 114 e d'avvio d'un procedimento sulla sola tempistica d'adempimento dell'ordine confermato); b) l'effetto nocivo sulla posizione attorea, trattandosi di provvedimenti delle Autorità indipendenti nell'esercizio di forti poteri conformativi, a fronte dei quali le garanzie procedimentali costituiscono un indispensabile contrappeso, donde l'insanabilità della loro omissione, a più forte ragione quando questa abbia riguardato l'applicazione sanzioni di rilevante impatto economico; c) l'assunto non condivisibile, secondo cui

il difetto di contraddittorio procedimentale non possa mai condurre all'annullamento dell'atto impugnato se non si dimostri di non aver potuto presentare osservazioni ed opposizioni idonee ad incidere causalmente, in termini favorevoli, sul provvedimento terminale, poiché, in disparte la prova, in corso di causa, di quegli argomenti che l'AGCOM avrebbe dovuto valutare nel procedimento, pure dinanzi all'esercizio di poteri vincolati (soprattutto di natura sanzionatoria) va sempre assicurata la partecipazione dell'interessato, a prescindere dal contributo che questi apporti al procedimento; d) l'assenza pure di quel minimo contraddittorio procedimentale, al di là della relativa intensità, che le Autorità indipendenti sono tenute ad assicurare nei propri procedimenti e, per quelli sanzionatori, con uno *standard* di contraddittorio più elevato rispetto al modello generale della l. 7 agosto 1990 n. 241 (tant'è che per essi il legislatore nazionale ha voluto in parte assimilarlo a quello di matrice processuale e, in ambito UE, vigono le regole del diritto fondamentale di difesa nelle procedure di accertamento degli illeciti, nonché il principio di "parità delle armi");

II) – l'evidente contraddittorietà ravvisabile nell'affermazione del TAR, per cui l'ordine di *restitutio in integrum* dei giorni erosi mediante il differimento della fatturazione al posto di quello di storno sia stato emanato in acquiescenza al *decisum* cautelare e, al contempo, sia una misura di carattere ripristinatorio a favore degli utenti rientrando nei poteri regolatori previsti dalla l. 14 novembre 1995 n. 481 (cui rinvia l'art. 1, co. 6, lett. c, n. 14 della l. 31 luglio 1997 n. 249, istitutiva dell'AGCOM), poiché: a) ordine di storno e restituzione dei giorni erosi con la fatturazione a 28 giorni sono misure d'identico tenore e, quindi, in entrambi i casi l'AGCOM non ha il potere di adottare misure di tal fatta non essendovi norma nazionale o UE che glielo abbia consentito; b) tutto ciò è in violazione del principio di legalità ex art. 23 Cost. e determina la nullità ex art. 21-septies della l. 241/1990 delle delibere e dei provvedimenti così

assunti (sono atti “atipici” ed “innominati”); c) a nulla giova il richiamo del TAR ai poteri regolatori ex l. 481/1995 e, in particolare, al potere d'imporre, qualora non rispetti le clausole contrattuali, indennizzi al soggetto esercente il servizio a favore dell'utente, sia perché l'AGCOM, nell'adottare le varie delibere, non ha mai affermato il fondamento di dette misure ripristinatorie nel potere d'indennizzo ex art. 2, co. 20, lett. d) della l. 485/1995 (tal norma è stata citata dall'Avvocatura erariale nei suoi scritti difensivi); d), la misura posta dall'AGCOM è comunque un'erogazione gratuita di prestazioni, non un indennizzo (men che mai un indennizzo automatico), giacché l'art. 2, comma 20, lett. d) dà all'Autorità il potere di far cessare comportamenti lesivi dei diritti degli utenti imponendo (ai sensi del co. 12, lett. g), l'obbligo di corrispondere loro un indennizzo, mentre il co. 12, lett. g) le consente a sua volta di determinare «... *altresì i casi di indennizzo automatico da parte del soggetto esercente il servizio nei confronti dell'utente ove il medesimo soggetto non rispetti le clausole contrattuali o eroghi il servizio con livelli qualitativi inferiori a quelli stabiliti nel regolamento di servizio...*»; e) una cosa è l'erogazione d'un indennizzo, ben altra l'adozione d'un ordine restitutorio (o ripristinatorio) che preveda l'erogazione di prestazioni gratuite all'utente e, comunque, il potere d'indennizzo implica il previo ordine di cessazione d'un determinato comportamento ritenuto lesivo e l'inadempimento di questo, fermo restando che il co. 12, lett. g) consente all'Autorità di determinare *ex ante* le ipotesi tassative al ricorrere delle quali sorga automaticamente il diritto all'indennizzo e, comunque, a seguito di richiesta dell'utente interessato, azionandolo dinanzi all'AGO (prova ne sia la novella recata dalla l. 172/2017 all'art. 1 del DL 7/2007, mercé il co. 1-quinquies, che ha dato all'Autorità il potere d'ordinare il rimborso agli utenti per la violazione della cadenza di fatturazione);

III) – aver affermato, qual presupposto per emanare le delibere impugnate, la violazione della citata delibera n. 121/17/CONS da parte

dell'appellante e la necessità di applicarle, oltre alla sanzione pecuniaria già irrogata con la delibera n. 498/17/CONS, pure la misura della *restitutio in integrum*, non considerando però che per il *jus superveniens* ex art. 19-quinquiesdecies del DL 148/2017 l'Autorità non avrebbe potuto più contestare la violazione della delibera n. 121/17/CONS, visto che, in forza di tal novella, dal 6 dicembre 2017 vige una disciplina che ha interamente regolato *ex novo* la questione della fatturazione a 30 giorni, sicché, anche a voler ritenere legittima la delibera n. 121, i relativi effetti son stati così ed *ex nunc* modificati, nel senso, cioè, che il nuovo art. 1, commi 1-bis e 1-ter del DL 7/2007 ha posto la regola generale, per tutti i servizi degli operatori di comunicazioni elettroniche, sulla fatturazione a cadenza mensile o suo multiplo, mentre l'art. 19-quinquiesdecies del DL 148 ha assegnato ai soli operatori di telefonia il termine di 120 giorni per adeguarsi a tale cadenza (termine scaduto il 5 aprile 2019), donde l'abrogazione tacita per incompatibilità della delibera n. 121 con tal ultima norma, donde l'erroneità dell'assunto del TAR per cui tra l'art. 19-quinquiesdecies e la predetta delibera n. 121/17/Cons non v'è contrasto (il primo condividendo con la seconda il suo contenuto essenziale) e non è possibile predicare, alla luce della gerarchia delle fonti e pur dettando una disciplina di settore, che la norma primaria abbia implicitamente abrogato o derogato alla citata preesistente delibera, sia d'inferire dal diritto sopravveniente la dedotta assenza d'un potere regolatorio dell'AGCOM nella cadenza della fatturazione dei servizi di telefonia, tutto questo essendo appunto smentito dai lavori parlamentari e dalla *ratio* stessa del medesimo art. 19-quinquiesdecies;

IV) – non aver colto: a) l'insussistenza di giorni “erosi” sul piano economico discendenti dalla fatturazione quadrisettimanale, anziché mensile —nel periodo di vigenza della delibera n. 121, ossia dal 23 giugno 2017 al 5 aprile 2018 (data di scadenza del termine di 120 giorni posto dall'art. 19-quinquiesdecies)—, come, cioè, se l'appellante abbia così

lucrato un compenso maggiore di quello cui avrebbe avuto diritto come giusta remunerazione e, di conseguenza, vi fosse un obbligo restitutorio a favore dei clienti così incisi dalla politica di fatturazione adottata (non importa se per l'esercizio del *jus variandi* sui contratti in essere o se in relazione a contratti con nuovi clienti); b) l'irrilevanza del richiamo all'art. 2, co. 2-bis del codice dei consumatori (secondo cui questi hanno diritto a pratiche commerciali improntate a principi di buona fede, correttezza e lealtà e, quindi, un dovere d'attenzione e di riguardo dell'altro contraente e delle sue esigenze nei termini), giacché la delibera n. 121 aveva disposto il ritorno alla fatturazione con cadenza mensile solo per ragioni di tutela della trasparenza e di comodità per i consumatori, sul presupposto della liceità dell'aumento ottenuto mediante il passaggio ad una fatturazione a 28 giorni; c) che l'aumento indiretto del costo del servizio, pari all'8,6% a causa della cadenza a 28 giorni pur restando invariato il prezzo della fatturazione mensile, era stato debitamente comunicato dall'appellante alla clientela, nell'esercizio del diritto previsto dalla direttiva n. 2002/22/CE e dall'art. 70 CCE —salva sempre la facoltà di recesso—, di talché, se si fosse attuata la delibera n. 121 fin dal giugno del 2017 e non da aprile 2018, non per ciò solo detto aumento sarebbe stato rinunciato e, pur tornando alla fatturazione su base mensile, il relativo importo annuale così risultante sarebbe rimasto intatto; d) che, quindi, nulla è stato tolto agli utenti per effetto della mancata tempestiva attuazione della delibera n. 121 e nulla può quindi essere ordinato in restituzione oggi; e) lo sviamento che affligge i provvedimenti gravati, la finalità perseguita, in conclusione del procedimento, dall'AGCOM essendo diversa ed ulteriore rispetto a quella prevista nella norma a tutela della trasparenza e s'è inverata in un'atipica tutela patrimoniale degli utenti;

V) – non aver considerato che: a) le delibere impugnate, nonostante le puntuali deduzioni attoree al riguardo, in realtà hanno perseguito il fine, chiarissimo nella delibera n. 269/18/CONS, di garantire «... ai contraenti

deboli ... la disponibilità di strumenti di tutela efficaci, parimenti generalizzati e di semplice realizzazione...», così sovrapponendosi alla sfera di attribuzione dell'AGO (avanti alla quale, possono esser instaurate controversie collettive o individuali); b) non è corretto l'assunto per cui, da un lato, le controversie collettive non sarebbero idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate, né risolvere con immediatezza il pregiudizio subito dagli utenti e, dall'altro, le azioni singolari non sarebbero potute esser d'agevole intervento a tutela di tali vicende (perlopiù di minimo importo), esistendo le azioni di classe esperibili ai sensi dell'art. 140-bis del Codice del consumo; c) la molteplicità degli strumenti di tutela, a disposizione dei consumatori, evidenzia una sorta d'avallo all'Autorità ad esercitare un potere di "farsi giustizia da sé", espressione del più generale potere di autotutela esecutiva che si sovrappone all'esercizio della funzione giurisdizionale, la cui portata, per il principio di separazione dei poteri, è però esclusa da dottrina e giurisprudenza;

VI) – l'illegittimità in sé della citata delibera n. 121, impugnata in un diverso giudizio (con ricorso respinto dal TAR Lazio) e presupposta ai provvedimenti dell'AGCOM oggetto della presente causa, in quanto: a) l'art. 71 CCE le consente interventi solo al fine di tutelare la trasparenza informativa ma non il potere d'imporre agli operatori di telefonia fissa e mobile, mercé siffatta tutela, pure una specifica cadenza temporale di fatturazione per i servizi erogati determinando così i contenuti dei relativi contratti; b) l'individuazione d'una data cadenza di rinnovo delle offerte di telefonia fissa e mobile non ha alcun collegamento con la qualità del servizio prestato cui si riferiscono l'art. 1, co. 6, lett. b), n. 2) e l'art. 2, co. 12, lett. h) della l. 481/1995, sicché al riguardo l'Autorità ha esercitato un potere d'integrazione contrattuale non previsto dalla norma, donde l'impossibilità di configurare nella specie poteri impliciti a fronte di tal sviamento (tant'è che s'è dovuto ricorrere ad una nuova norma *ad hoc*); c)

l'art. 70 CCE dà all'operatore di telefonia la facoltà di modificare unilateralmente le condizioni contrattuali, senza particolari limitazioni quantitative o qualitative, purché all'utente sia assicurato l'esercizio del diritto di recesso senza penali, sia riconosciuto un congruo preavviso, siano fornite informazioni complete e non siano addebitati oneri di disattivazione dal contratto; d) l'Autorità, in violazione del principio di proporzionalità al cui rispetto essa è tenuta ai sensi dell'art. 2, co. 6-bis CCE, ha scelto la più invasiva misura dell'eterointegrazione del contratto, anziché una di minor impatto sulla libertà d'iniziativa economica degli operatori di telefonia (p.es., chiedere agli operatori con fatturazione a 28 giorni di render nota, in fattura o nel modulo per la sottoscrizione dei contratti, la proiezione di costo anche sulla misura mensile, secondo lo schema: il costo per 28 gg. è X, che corrisponde a Y secondo la tariffa a base mensile).

Resiste nel presente giudizio l'AGCOM, che conclude per il rigetto dell'appello principale. Si son costituiti in giudizio pure il Codacons e l'Associazione CODICI, concludendo in modo articolato per l'infondatezza della pretesa attorea.

4.2. – L'Autorità inoltre propone a sua volta gravame incidentale contro la sentenza n. 12481/2018, atteso che, a suo dire, nell'esercizio della propria giurisdizione di merito il TAR non avrebbe ben individuato la cornice edittale applicabile alla condotta illecita dell'appellante principale.

Sul punto, il TAR, in sede di accertamento della sanzione da irrogare a quest'ultima, ha osservato che: a) l'Autorità ha applicato l'art. 98, co. 16 CCE (come richiamato dall'art. 8 della delibera n. 252/16/CONS), che è stato modificato sì dall'art. 1, co. 43 della l. 4 agosto 2017 n. 124 (legge annuale per il mercato e la concorrenza), ma a far tempo dal 29 agosto 2017; b) tale novella ha riguardato l'importo del massimo edittale della sanzione prevista, applicato nel caso di specie, che è stato raddoppiato (oggi è pari a € 1.160.000; c) tuttavia, nel caso in esame l'Autorità era

tenuta ad applicare la previgente misura, in quanto l'illecito sanzionato fu consumato dalla Società appellante principale nel giugno 2017, quando, cioè, spirò il termine d'adempimento concesso agli operatori per adeguare le loro offerte alle prescrizioni della citata delibera n. 252/16/CONS (cfr. l'art. 2, co. 3 della delibera n. 121/17/CONS).

L'Autorità, che pure ha provveduto a rideterminare la sanzione originariamente irrogata, chiede la riforma *in parte qua* della sentenza appellata, deducendo: 1) – l'ultrapetizione in cui essa è incorsa, non avendo l'appellante principale formulato in primo grado una diretta censura quantificazione della sanzione irrogata; 2) – l'erronea valutazione della norma sanzionatoria applicabile, poiché l'inadempimento all'ordine di ripristino del sistema di fatturazione mensile dà luogo ad un illecito permanente, tale, quindi, da imporre l'applicazione non già della *lex mitior*, ma della norma vigente al momento in cui al momento in cui è stata irrogata la sanzione. L'appellante principale eccepisce l'inammissibilità del gravame incidentale e, comunque, la sua infondatezza.

4.3. Tutte le parti hanno ritualmente depositato documentazione e memorie.

Alla pubblica udienza del 4 luglio 2019, su conforme richiesta delle parti, il ricorso in epigrafe è assunto in decisione dal Collegio.

5. – Non avendo quello incidentale alcun vero contenuto preclusivo, non v'è ragione d'anteporre l'esame all'appello principale, il quale è però infondato e va disatteso, ché non uno degli argomenti dedotti resiste all'esatta ricostruzione della *res controversa* operata dal TAR.

5.1. – Tuttavia, una precisazione preliminare è d'obbligo e s'incentra appunto sull'"eccentricità" della scelta, comune a tutti i principali operatori di telefonia, verso una fatturazione dei servizi erogati con cadenza a 28 giorni, anziché, com'è sempre stato e lo è comunque

dell'entrata in vigore della novella recata dall'art. 19-quinquiesdecies del DL 148/2017.

Ora, la periodicità temporale d'uso per i pagamenti nei contratti di somministrazione continuativi di beni (energia, gas, acqua) e di servizi (telefonia fissa) è sempre stata il mese o suoi multipli (p. es., il bimestre o il trimestre). Ciò è tanto universalmente noto, quanto certo da apparire indubitabile ed incontestabile, assurgendo a fatto notorio ex art. 115, II co., c.p.c. (su tali attributi del notorio, cfr. di recente Cass., III, 21 aprile 2016 n. 8049; id., V, 3 marzo 2017; id., VI/3, 20 settembre 2019 n. 23546 - ord.za). La conferma che la periodicità mensile (o multipli del mese) sia la scadenza *d'uso* da sempre adoperata per i contratti di durata relativi alle *utilities* continuativamente erogati (tipo la telefonia fissa) trova buona conferma pure a livello eurounitario nell'art. 5, § 1), lett. e) della dir. n. 2011/83/UE (sugli obblighi informativi precontrattuali del professionista al fine della stipula di contratti da concludere con i consumatori a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali). Al di là del peculiare oggetto della norma, essa si premura di precisare, per i contratti di abbonamento o a tempo indeterminato che prevedono l'addebito di una tariffa fissa, che il prezzo totale equivalga anche ai costi mensili totali. Pertanto, anche il legislatore UE reputa un dato di fatto ovvio, ossia un patrimonio di conoscenza comune della collettività per i contratti a prestazioni continuative a cadenza fissa, che il parametro ordinario di riferimento sia appunto il mese solare.

Ebbene, definire come eccentrica la scelta, in apparenza *ex abrupto* ed in realtà dissimulativa d'un aumento tariffario, della cadenza a 28 giorni, non solo è la ragione che mosse la citata delibera n. 121, ma evidenzia i due aspetti eversivi di tal scelta dal sistema: 1) il richiamo a una cadenza temporale estranea, se non contraria agli usi commerciali inveterati *ab immemorabili*; 2) il tentativo di detti operatori di forzare il sistema dell'autonomia tariffaria eludendo gli obblighi di cui all'art. 70, co. 4, II per.

ed all'art. 71, co. 1 CCE per dissimulare l'aumento tariffario e renderlo poco o nient'affatto intelligibile ai consumatori, in contrario avviso alla regola di trasparenza stabilita ai fini dell'esatta definizione delle regole del rapporto e della comparabilità di esse con quelle di altri operatori, non a caso tutti d'accordo sul punto.

Si potrebbe ipotizzare che questa scelta sia anche un'intesa restrittiva, oltre che una pratica scorretta (cfr. provvedimento AGCM del 21 dicembre 2016), posto che scaturì dalla denunciata (da AGCOM ad AGCM) situazione di anomalia per cui tutti i principali operatori nel settore della telefonia fissa e mobile erano passati, contemporaneamente, a cicli di fatturazione calcolati su 28 giorni.

Ma quel che qui rileva è che essa s'appalesa sleale, non solo perché indusse l'utente, grazie all'apparente piccolo scarto tra 28 giorni e mese intero, a sottovalutare tal sottile discrepanza e non cogliere fin da subito il predetto aumento. Invero la clausola sulla nuova cadenza di fatturazione sembra impedire o, comunque, rende più difficile all'utente rappresentare a se stesso e con la dovuta immediatezza come, attraverso la contrazione della periodicità di tariffazione, il gestore telefonico percepisce, nel corso di un anno, il corrispettivo per 13, anziché per 12 volte. Né basta: la scelta a 28 giorni limitò drasticamente la possibilità di reperire offerte basate su termini temporali mensili e rese difficoltoso, se non inutile, l'esercizio del diritto di recesso, non essendo più reperibili sul mercato alternative diverse da quella così adottata. L'anomalia era legata al riscontro, da parte degli utenti, di un aumento dei prezzi delle tariffe telefoniche con modalità non trasparenti in seguito alla nuova e contemporanea rimodulazione dell'offerta.

In tal senso, il principio di trasparenza ex art. 71, co. 1, l per. CCE serve ad evitare atteggiamenti oscuri ed a garantire la buona fede nei rapporti tra operatore e clientela, intesa come obbligo di celere informazione e divieto di pretermettere in modo irreversibile gli altrui ragioni e affidamenti. Dal

che la ravvisata necessità non solo d'inibire forme eccentriche di fatturazione (cioè il ripristino della cadenza mensile), ma pure l'immediato ristoro dell'equilibrio nei contratti della massa degli utenti attraverso gli strumenti di regolazione, la quale implica, anzi richiede che la regola inibitoria sia accompagnata dalla sanzione ripristinatoria. È stato necessario ristabilire così una condizione di simmetria tra operatore di telefonia, ben informato e consapevole delle sue politiche commerciali, e consumatore, obbligato ad accettare le modifiche delle condizioni di rinnovo della fatturazione, se non adeguatamente informato o in assenza di serie alternative praticabili presso altri operatori.

Soccorre al riguardo, in primo luogo, l'art. 2, co. 20, lett. d) della l. 481/1995, il quale consente all'Autorità d'imporre agli operatori, a fronte di comportamenti lesivi dei diritti degli utenti, l'obbligo di corrispondere loro un indennizzo, che, ai sensi del precedente co. 12, lett. g), può pure essere automatico.

Soccorre altresì l'art. 2, co. 12, lett. d) e lett. h) della stessa legge n. 481. Come meglio si dirà *infra*, la lett. h) consente all'Autorità di definire «... *in particolare i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente...*», se del caso proponendo, ai sensi della precedente lett. d), «... *la modifica...* delle condizioni di svolgimento dei servizi, *ove ciò sia richiesto dall'andamento del mercato o dalle ragionevoli esigenze degli utenti...*». Si duole l'appellante che le misure regolatorie dell'AGCOM son state assunte solo a tutela della trasparenza e che il richiamo all'art. 2, co. 12, lett. d) si rinviene, a tutto concedere sulla sua legittimità in sé, appare solo negli scritti difensivi. L'assunto è erroneo per due ragioni: a) la trasparenza di cui al citato art. 71, co. 1 concerne la potestà dell'Autorità di «... *assicurare che le imprese che forniscono... servizi accessibili al pubblico di comunicazione elettronica pubblichino informazioni trasparenti, comparabili, adeguate e aggiornate in merito ai prezzi e alle*

tariffe vigenti... (e)... tali informazioni sono pubblicate in forma chiara, esaustiva e facilmente accessibile...», ossia quel che dà contenuto ai poteri di cui al predetto art. 2, co. 12; b) è irrilevante che il riferimento alla lett. d) di quest'ultima disposizione sia avvenuta in scritti difensivi, poiché, essendo i predetti poteri immanenti nell'ordinamento dell'AGCOM ed in concreto esercitati nella specie, l'omesso specifico richiamo di essa nelle impugnate delibere di per sé solo non ne è motivo d'illegittimità, né può esser inteso come suo ripudio nella motivazione delle tali delibere.

Soccorre infine, soprattutto dopo il dirimente intervento della Corte di giustizia (cfr. CGUE, II, 13 settembre 2018 n. 54) —sul criterio di concorrenza/incompatibilità tra le disposizioni di tutela di cui alla dir. n. 2005/29/CE e quelle del CCE (cfr. Cons. St., VI, 25 ottobre 2019 n. 7296)—, tanto il concetto, condiviso dai Giudici nazionali e dalle Corti europee, dell'esistenza d'un corpo normativo multilivello unitario di tutele (che attinge dalle norme *antitrust* e dalle garanzie per i consumatori le regole comuni), quanto un altrettanto unitaria attività di protezione dei soggetti deboli (si potrebbe dire: di tutela del non predisponente nei contratti di massa per l'erogazione dei servizi d'utilità), che è svolta con criteri simili, da tutte e ciascuna ANR di settore. Ebbene, va evidenziato il concetto, poiché v'è un fermo orientamento della Sezione e per corroborare il principio di trasparenza ex art. 71, per cui, se una pratica commerciale utilizzata da un operatore costituisce, nel suo insieme e in ragione delle singole modalità di sviluppo, il presupposto idoneo ad ingannare in qualsiasi modo le scelte del consumatore, o a fuorviarle inquinando la sua libera scelta, essa va ricondotta nella categoria delle pratiche scorrette (cfr. Cons. St., VI, 4 marzo 2013 n. 1259; id., 25 giugno 2019 n. 4359; id., 2 settembre 2019 n. 6033). Per quanto le violazioni dei diritti degli utenti siano autonome rispetto alle pratiche commerciali scorrette, l'intervento dell'Autorità, stante sia la contiguità logica tra tali due vicende che la sostanziale identità tra i loro metodi inibitori e repressivi, trova la sua

legittimazione nelle definizioni delle seconde per verificare l'accadimento delle prime.

Sicché non giova alla tesi attorea d'averne a suo tempo dato comunicazione ai clienti, poiché una cosa è aver avuto contezza d'una data pratica (poi rivelatasi scorretta), ben altra è offrire, secondo buona fede, ai propri clienti un insieme di serie e precise informazioni atte a comprendere la misura adottanda e capirne di conseguenza tutte le sue eventuali implicazioni nocive.

L'appellante principale, tra le altre cose, si duole che il TAR non abbia colto la dedotta violazione del principio di proporzionalità ex art. 2, co. 6-bis CCE, perché l'Autorità avrebbe scelto, tra i vari rimedi, la più invasiva misura dell'eterointegrazione del contratto, anziché una di minor impatto sulla libertà d'iniziativa economica degli operatori di telefonia. Al riguardo, essa propone l'esempio per cui l'Autorità avrebbe potuto chiedere agli operatori di chiarire, nella fattura o nel modulo per stipulare un contratto, la proiezione di costo anche sulla misura mensile. L'appellante espone quindi il seguente schema: il costo per 28 gg. è X, che corrisponde a Y secondo la tariffa a base mensile. Sfugge al Collegio, oltre al motivo dell'improvviso cambio della cadenza di fatturazione —di per sé inspiegabile o, comunque, non perspicuo, se non per le ragioni dianzi esposte—, perché mai un tal suggerimento, in disparte l'infondatezza della relativa censura, se ritenuto così efficace non sia stato poi attuato dall'appellante. E ciò se non subito, almeno per integrare gli obblighi di trasparenza quando il nuovo sistema non fu capito o per evitare *a priori* ogni fraintendimento, chiarendo agli utenti e, se del caso, alla stessa Autorità, il reale significato di esso.

5.3. – Ciò posto, l'appellante principale lamenta anzitutto che il TAR non avrebbe colto la decisiva rilevanza delle omissioni delle garanzie procedurali, che invece costituiscono un indispensabile contrappeso ai forti poteri conformativi dell'Autorità intimata.

Ancora da ultimo questo Consiglio (cfr., *ex multis*, Cons. St., IV, 3 dicembre 2018 n. 6824; id., V, 15 luglio 2019 n. 4964) è fermo nel ritenere che le garanzie procedurali, a partire da quelle degli artt. 7 e segg. della l. 241/1990, vanno seriamente applicate, nel senso che esse son poste a tutela di concreti interessi ma esse non devono risolversi in inutili aggravii procedurali, poiché rispondono all'esigenza di provocare l'apporto collaborativo da parte dell'interessato, onde esse non sono violate non solo qualora nessuna effettiva influenza avrebbe potuto avere la partecipazione del privato rispetto alla concreta portata del provvedimento finale (come prevede il successivo art. 21- octies, co. 2) ma anche quando, al di là di forme solenni, la partecipazione procedimentale s'è svolta di fatto e le ragioni del destinatario son state introdotte e vagliate in procedimento, come in definitiva è avvenuto nella specie.

Sempre di recente, la Sezione (cfr., per tutti, Cons. St., VI, 15 ottobre 2019 n. 7017), affrontando la tematica dell'avviso d'avvio del procedimento e dei suoi destinatari, ha chiarito, con stringente rigore e aderenza al dato testuale, come tal adempimento è dovuto soltanto a coloro rispetto ai quali il provvedimento finale produce effetti diretti, intesi come ampliamento o restrizione rilevante in termini giuridici della propria sfera. Il «*pregiudizio*», considerato dalla seconda parte dell'art. 7 —e ancor prima che si ponga la questione di chi siano gli interessati, anzi qual metodo per poterli ben identificare—, dev'essere un pregiudizio giuridicamente rilevante e in qualche misura certo, non soltanto ipotetico ed eventuale.

Il Collegio è ben consapevole di taluni recenti arresti della CEDU, con riguardo alle istanze di tutela dei diritti fondamentali prescritte dalla relativa Convenzione, a cagione, tra l'altro, dei caratteri di eterogeneità e di differenziazione interna alla normativa nazionale italiana sulle sanzioni irrogate dalle ANR. Vero è pure che il sistema italiano, valutato nel suo complesso e pur se a tratti connotato da un livello non sempre elevato di

tutela del destinatario della misura afflittiva o dissuasiva, resiste bene al vaglio della CEDU. E ciò, in primo luogo grazie ad un controllo giurisdizionale *effettivo*, cioè attento sia agli aspetti procedurali dell'irrogazione della sanzione, sia all'accertamento fattuale della violazione e della sua gravità (ed è ciò che è accaduto nel caso in esame), nonché ad un attento sistema di consultazione pubblica simultanea degli operatori nel mercato da regolare.

Sfugge con ogni evidenza all'appellante che le determinazioni della AGCOM sono frutto non già di un unico procedimento solo sanzionatorio, scaturito *ex nihilo*, sommario e non accompagnato dalla prescritta interlocuzione tra l'ANR stessa e detta Società, bensì da un insieme di procedure di *public enforcement* con livelli di avvicinamento progressivo agli obiettivi dell'effettiva tutela.

Se si legge la scansione degli eventi, s'avrà che: a) la delibera n. 121/17/CONS, che novellò la delibera n. 252/2016/CONS e stabilì la cadenza mensile (o a multiplo di mese) per la fatturazione dei servizi di telefonia fissa, fu a sua volta preceduta dalla delibera n. 462/16/CONS del 19 ottobre 2016, recante la consultazione pubblica sulle modifiche da apportare alla delibera n. 252, cui partecipò pure detta appellante; b) la delibera n. 114/98/CONS, recante la trasformazione dello storno dei giorni erosi in una postergazione della fattura per un periodo pari a questi ultimi in sede di ritorno a tale cadenza mensile, era stata preceduta sì dalla delibera n. 498/17/CONS del 19 dicembre 2017 (ordinanza – ingiunzione di storno), ma quest'ultima, peraltro preceduta dalla nota AGCOM n. 7/17/DTC (avviso d'avvio del procedimento ingiuntivo per inadempimento della delibera n. 121) e dalla missiva attorea del 6 dicembre 2017 (recante l'intento d'adempiere, sia pur previo adattamento delle procedure informatiche di fatturazione all'ordine di storno), fu sospesa in sede cautelare dal TAR Lazio; c) tal misura cautelare indusse quindi l'Autorità verso un diverso sistema ripristinatorio nei confronti degli utenti, sfociato

appunto nella citata delibera n. 114; d) anche quest'ultima è stata sospesa dal TAR, sicché è intervenuto in via d'urgenza il decreto n. 9/18/PRES, con cui son state apportate modifiche alla delibera n. 114 ed è stata indetta l'audizione per definire, insieme agli operatori ed alle Associazioni dei consumatori, il termine entro il quale gli operatori, inclusa pure l'appellante, avrebbero dovuto far cessare gli effetti dell'illegittima anticipazione della decorrenza delle fatture emesse dopo il 23 giugno 2017; e) ferma la rinuncia attorea alla cautela una volta emanato il decreto n. 9/18 (poi ratificato dalla delibera n. 187/18/CONS), previa audizione indetta da tal decreto è intervenuta la delibera n. 269/18/CONS del 6 giugno 2018, recante la fissazione al 31 dicembre 2018 del termine, assegnato agli operatori, per restituire alle rispettive clientele i giorni erosi dalla precedente cadenza di fatturazione.

Come si vede, i momenti salienti della vicenda, compresa la delibera n. 121/17, oggetto di separato giudizio, hanno trovato non solo vari momenti di confronto con l'appellante —anche per agevolarne l'adempimento in tempi non troppo ravvicinati —, ma soprattutto una progressione regolatoria della complessa ma sostanzialmente unitaria fattispecie, di guisa che tutte le delibere possono esser lette come un unico insieme di *normae agendi* per gli operatori in soggetta materia.

È vero che il principio di legalità dell'azione amministrativa, di rilevanza costituzionale (artt. 1, 23, 97 e 113 Cost.), impone che sia la legge a individuare, anche se indirettamente, lo scopo pubblico da perseguire e i presupposti essenziali, d'ordine procedimentale e sostanziale, per l'esercizio in concreto dell'attività amministrativa. Ma è del pari vero, perlopiù, che la predeterminazione rigorosa dell'esercizio delle funzioni amministrative, quando venga in rilievo il potere regolatorio di un'Autorità amministrativa indipendente, può avere carattere meno intenso, in ragione dell'esigenza di assicurare, in contesti caratterizzati da un elevato tecnicismo, un intervento regolatorio celere ed efficace. A fronte

di tal dequotazione (o, meglio, differente o semplificata definizione normativa) del principio di legalità formale in favore della legalità sostanziale —la quale si giustifica per la valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire in dati settori sensibili (p. es., quelli connessi alle ANR), impone il rafforzamento del principio di legalità procedimentale, che si sostanzia, tra l'altro, nella previsione di varie forme di coinvolgimento degli operatori del settore nell'ambito del procedimento di formazione degli atti regolamentari (cfr. così Cons. St., VI, 2 maggio 2012 n. 2521; id., 20 marzo 2015 n. 1532).

Nella specie, però, tutto questo non cambia la prospettiva con cui il TAR ha esaminato la censura in primo grado. Il TAR ha voluto precisare sul punto che, anche ad «... *ammettere... che vi sia stato un iniziale difetto di contraddittorio, ... (l'odierna appellante ha)... comunque avuto modo di esternare adeguatamente le proprie argomentazioni, trovando, peraltro, ad esse puntale riscontro (e tutela) nelle decisioni assunte in sede cautelare da questo Tribunale e dalla stessa Autorità...*». In altre parole, per un verso, il Giudice di prime cure e, per altro verso, l'AGCOM hanno costruito un *continuum* di regole, apportando modifiche di volta in volta anche in base ai *decisa* cautelari, i quali hanno tenuto conto di talune esigenze di difesa degli operatori.

Sicché non è vero nella specie né il difetto d'un qualunque effetto utile per l'appellante (la quale neppure in questa sede, al di là delle enunciazioni di principio, riesce a dire dove ed in qual misura sia stata totalmente pretermessa), né quali norma nazionali o della UE siano state specificamente violate. Né va condiviso l'assunto ove pretende che il difetto di contraddittorio procedimentale conduca all'annullamento dell'atto impugnato, pur se non si dimostri di non aver potuto presentare osservazioni ed opposizioni idonee ad incidere causalmente in termini favorevoli sul provvedimento terminale.

La proposizione criticata è invece un caposaldo dell'azione amministrativa non perché le garanzie procedurali siano inutili formalità, ma proprio perché non lo diventino o non siano usate, in violazione della buona fede nel procedimento amministrativo, per lucrare vantaggi indebiti in assenza di valide ragioni di diritto sostanziale. In linea di massima, specie presso le Corti EDU e UE —ove le garanzie partecipative hanno una maggior enfasi nella misura in cui v'è colà una forte tendenza a dilatare la nozione di «*sanzione penale*» a quelle amministrative comunque afflittive—, non sfugge al Collegio l'esistenza d'una linea di pensiero per cui, pure dinanzi all'esercizio di poteri vincolati (soprattutto di natura sanzionatoria), va sempre assicurata la partecipazione del soggetto interessato. Ciò dovrebbe avvenire, secondo l'appellante, a prescindere dal contributo che questi apporti al procedimento, ma questa conclusione non tien conto della differenza tra le sanzioni afflittive e quelle dissuasive – inibitorie e soprattutto fra i poteri sanzionatori e quelli conformativi. Per questi ultimi vigono i medesimi e ben noti canoni di ragionevolezza e proporzionalità che disciplinano l'interpretazione delle regole partecipative ex l. 241/1990, per cui, in disparte l'impossibilità di confondere fondatezza e meritevolezza della pretesa con le garanzie partecipative —specie se non s'incorra in decadenze *ex lege*—, nessun “diritto”, se non quelli fondamentali, può dirsi “tiranno” (cioè sempre preminente) innanzi all'esercizio della funzione amministrativa, ove sono in gioco altri e (talvolta più) forti interessi protetti.

5.4. – Non a diversa conclusione deve il Collegio pervenire per il rigetto, statuito dal TAR, della pretesa attorea, secondo il quale nessuna delle norme invocate dall'Autorità varrebbe a costituire un vero e idoneo fondamento normativo dell'azione regolatoria per cui è causa.

L'art. 2, co. 12, lett. d) della l. 481/1995, nel riferirsi espressamente alle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, stabilì che ognuna di esse «... *propone la modifica delle clausole delle concessioni e delle*

convenzioni, ivi comprese quelle relative all'esercizio in esclusiva, delle autorizzazioni, dei contratti di programma in essere e delle condizioni di svolgimento dei servizi, ove ciò sia richiesto dall'andamento del mercato o dalle ragionevoli esigenze degli utenti, definendo altresì le condizioni tecnico-economiche di accesso e di interconnessione alle reti, ove previsti dalla normativa vigente...». In forza poi della lett. h), l'Autorità «... *emana le direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi, definendo in particolare i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente, sentiti i soggetti esercenti il servizio e i rappresentanti... (di utenti e consumatori), eventualmente differenziandoli per settore e tipo di prestazione...».* Il successivo co. 37, cui il co. 12, lett. h) rinvia e che si occupa del regolamento di servizio predisposto da ciascun esercente il servizio regolato, precisa che «... *le determinazioni delle Autorità di cui al comma 12, lettera h), costituiscono modifica o integrazione del regolamento di servizio...».*

Come si vede, e in ciò l'interpretazione resa dal TAR s'appalesa condivisibile, si tratta di norme «... *dai tratti generali, che impongono un intervento attuativo dell'Autorità...»*, cioè di clausole aperte, da implementare in base al prudente apprezzamento di essa a seconda degli scopi di tutela da raggiungere. Il risultato potrà *prima facie* apparire l'esercizio d'un potere atipico, ma in realtà, a ben vedere, esso discende dal vero e proprio sistema che la dir. n. 2005/29/CE, le direttive settoriali e le fonti interne vanno costruendo tra loro e che trovano unità di principi proprio nell'art. 2, commi 12 e 37 della l. 481/2015 (cui rinvia l'art. 1, co. 6, lett. c, n. 14 della l. 249/1997, istitutiva dell'AGCOM). Tutto ciò accade sotto la guida degli organismi europei e della giurisprudenza CGUE, che così garantiscono l'applicazione unitaria, coerente ed uniforme delle discipline generale e di settore, come all'interno fanno le ANR

raccordando e coordinando i propri interventi nelle materie aventi tratti comuni, *in primis* normativi e regolatori. Sicché, ad onta di quel opina l'appellante, v'è una copertura eurounitaria alle delibere delle ANR di settore (come AGCOM) che, pur talvolta non rinvenendo immediatamente nel proprio sistema se non clausole generali e non anche un puntuale fondamento nelle norme primarie (europee e nazionali) di settore, perseguano obiettivi comunque coerenti con quelli fissati nelle suddette normative primarie, tali da poterne costituire continuazione ideale. Esse, quindi e per il sol fatto d'aver a disposizione le fonti interne e dell'UE — nonché un *framework* sovranazionale basato sulla formazione, condivisione e circolazione di *best practices* poste dagli organi dell'Unione —, costruiscono provvedimenti congruenti coi fini di tutela contro le pratiche commerciali scorrette ed a favore dei consumatori, ferme le loro rispettive potestà autonome avanti a fattispecie incompatibili (cioè, irriducibili per specificità tecnica propria del settore).

Ebbene, già ben prima dei fatti di causa ed il TAR non ha mancato di rammentarlo, la Sezione (cfr. Cons. St., VI, 24 maggio 2016 n. 2182, ma su tali poteri, sia pur con le cautele del caso, era intervenuta Cass., III, 27 luglio 2011 n. 16401) ha chiarito come tutte tali norme abbiano attribuito all'Autorità poteri ampi di eterointegrazione, suppletiva e cogente, dei contratti per il perseguimento di specifici obiettivi individuati. Tal potere, in quanto attribuito da una norma imperativa, diventa esso stesso, insieme a tale norma, parametro di validità del contratto. Il contenuto dei contratti viene così integrato, secondo lo schema dell'art. 1374 c.c., dall'esercizio di tal potere da parte dell'Autorità o, se del caso (per i contratti contenenti clausole difformi da quanto statuito dall'Autorità stessa), queste ultime sono nulle, ai sensi dell'art. 1418, I c., c.c.

Scolorano così tutte le questioni sull'assenza, in capo all'AGCOM, del potere d'assumere misure di carattere ripristinatorio a favore degli utenti ed in applicazione della l. 481/1995. Si può discutere se ordine di storno e

restituzione dei giorni erosi a causa della fatturazione a 28 giorni siano, o no, misure d'identico tenore, anche se la questione non rileva, avendo ormai l'azione amministrativa circoscritto il contenuto del provvedimento alla disposizione di forme di erogazione gratuita aventi natura sostanzialmente conformativa. Ma ciò, quantunque sbagliata ne sia la deduzione —posto che l'obbligo restitutorio per i giorni erosi è solo uno degli effetti del ripristino della fatturazione con la cadenza mensile, non la sanzione d'un illecito—, non rileva nella specie, una volta assodato, come visto poc'anzi, che la potestà d'eterointegrazione delle scadenze temporali e la tutela sulla trasparenza delle offerte e dei rinnovi e sulla libera e cosciente determinazione del consumatore costituiscono regole comuni alle ANR che debbano regolare, nel proprio settore, tali vicende. Del pari non sussiste la paventata violazione del principio di legalità ex art. 23 Cost. e non si determina alcuna nullità ex art. 21-septies della l. 241/1990 per le delibere ed i provvedimenti in esame, giacché tal obbligo restitutorio, peraltro più volte differito, è appunto la *restitutio in integrum* di quanto lucrato, mediante un aumento dissimulato dagli operatori grazie alla cadenza di fatturazione a 28 giorni.

5.5. – Dice ancora l'appellante principale che la misura posta dall'AGCOM è solo un'erogazione gratuita di prestazioni, non già un indennizzo e men che mai un indennizzo automatico.

S'è accennato dianzi alla potestà che l'art. 2, co. 20, lett. d) della l. 481/1995 assegna all'Autorità per far cessare comportamenti lesivi dei diritti degli utenti, se del caso imponendo all'operatore, che li commetta, l'obbligo di corrispondere loro un indennizzo ai sensi del precedente co. 12, lett. g), che può esser anche automatico.

Conviene qui ricordare i tratti principali in teoria generale dell'istituto dell'indennità o indennizzo, avendo l'Autorità esercitato, a giudizio del Collegio, in definitiva un potere conformativo che è sostitutivo della potestà di imposizione di obblighi di natura indennitaria.

L'indennizzo o indennità è termine riferito normalmente a prestazioni pecuniarie che ricorrono, in diritto civile, in situazioni molto diverse fra loro; in diritto amministrativo si ricollega, di solito all'adozione di un provvedimento amministrativo che incida sulla sfera patrimoniale di un privato (come nel caso dell'espropriazione).

L'indennità si distingue dal risarcimento (collegato ad un danno ingiusto) perché dipende solo da un fatto di arricchimento a scapito di altri che si deve eliminare, senza alcuna indagine sull'ingiustizia del danno (spettante all'AGO: arg. ex Cass., sez. un., 29 agosto 2008 n. 21934, di norma senza pregiudizio per i poteri inibitori e/o conformativi spettanti all'Autorità). Il danno è una lesione di un bene protetto, mentre il fatto genetico dell'obbligo restitutorio di natura indennitaria è la perdita o limitazione della sfera giuridico-patrimoniale altrui in correlazione ad un trasferimento forzoso od alla nascita di un diritto in capo ad altri che l'ordinamento vuole riequilibrare. L'indennizzo ha una funzione di corrispettività o di carattere sostitutivo del bene che è stato trasferito.

Nel caso di specie, l'erogazione gratuita della prestazione (di natura *lato sensu* indennitaria) sostituisce la somma di danaro che è stata prelevata dalla generalità degli utenti con il sistema di fatturazione in esame.

Da queste coordinate generali deriva l'individuazione dell'esatta natura del potere esercitato, che è un potere conformativo di natura *lato sensu* indennitaria e non certo un potere sanzionatorio.

Va altresì rilevato che la giurisprudenza da tempo ha riconosciuto alle Autorità indipendenti, per la loro collocazione istituzionale, dei poteri impliciti, da esercitarsi in relazione agli scopi stabiliti dalla legge. Basti in proposito menzionare la giurisprudenza della Sezione (cfr. Cons. St., VI, 20 marzo 2015 n. 1532), secondo cui la parziale deroga al principio di legalità in senso sostanziale (che si estrinseca, in particolare, attraverso la tipica forma di esercizio del potere regolamentare ai sensi dell'art. 17 della l. 23 agosto 1988 n. 400, secondo un sistema ispirato a una rigorosa tipicità) si

giustifica, nel caso delle autorità indipendenti, in ragione dell'esigenza d'assicurare il perseguimento di fini che la stessa legge predetermina. Il particolare tecnicismo del settore impone, infatti, di assegnare alle Autorità il compito di prevedere e adeguare *costantemente* il contenuto delle regole tecniche all'evoluzione del sistema; una predeterminazione legislativa rigida risulterebbe invero di ostacolo al perseguimento di tali scopi: da qui la conformità a Costituzione, in relazione agli atti regolatori in esame, dei poteri impliciti.

Ma, nella specie, il potere è nominato (essendo di natura inibitorio-conformativa ed indennitaria) ed è stato esercitato, sostanzialmente con una fattispecie procedimentale a *formazione progressiva* che lo ha sagomato, in contraddittorio con le imprese. Esso è riconducibile all'ampio *genus* dei poteri conformativi ed inibitori spettanti all'Autorità per garantire la tutela degli utenti sul mercato. In tale chiave l'unica interpretazione accoglibile dei provvedimenti impugnati è quella che li riconduce a tali poteri ed illumina sull'intento perseguito, che deve essere garantito effettivamente —in quanto conforme agli scopi legalmente perseguiti ed assegnati all'Autorità—, di riequilibrare a tutela degli utenti, la situazione alterata da un aumento dei prezzi non trasparente.

In conclusione, in base all'art. 2, co. 20, lett. d), l'AGCOM non ha esercitato un potere sanzionatorio vero e proprio, ma ha attivato il rimedio generale posto dalla legge (dunque, tutt'altro che privo di base normativa) sull'ordinamento delle Autorità di regolazione. Infatti, tal rimedio indennitario, che per sua natura s'attaglia alla situazione cui intende porre soluzione, appunto per questo sfugge al principio di tipicità proprio delle sanzioni. Ma non per ciò solo non risponde al fine generale dell'istituzione delle Autorità di regolazione e, in particolare, trova il suo fondamento nella necessità d'assicurare, insieme con la promozione della concorrenza e con definizione di sistemi tariffari certi, trasparenti e basati su criteri predefiniti per i servizi erogati, la tutela degli interessi di utenti e

consumatori. L'indennizzo, quindi è proprio perché in base alla delibera n. 114/2017/CONS non s'atteggia più a mero rimborso, contempera le esigenze di ripristino della fatturazione a cadenza mensile (il termine per il cui adempimento servendo a risolvere i problemi operativi di tal ripristino nei sistemi interni degli operatori di telefonia) con la refusione dei disagi subiti dagli utenti. L'appellante adombra la necessità della previa diffida ai fini dell'imposizione dell'indennizzo, ma tal dicotomia temporale, non necessaria nella misura *lato sensu* ripristinatoria assunta dall'AGCOM, neppure si ravvisa nella legge. Questa, piuttosto, tende a unificare la regolazione del corretto *modus agendi* degli operatori con le misure di tutela consumeristica, giacché il ripristino dello *statu quo ante* consta anche della riparazione degli effetti pregiudizievoli: tutto ciò ad un unico fine, ossia al fine di evitare che la scelta unilaterale degli operatori (sul piano della trasparenza , della conoscibilità dei costi del servizio, della buona fede contrattuale, del buon andamento del servizio) incida senza controllo sulla sfera giuridica degli utenti, che, in mercati regolati come quello in esame, sono soggetti che tengono condotte di c.d. "apatia" apparentemente razionale, soggetti di minorata difesa (l'attivazione da parte degli utenti di meccanismi ordinari di controllo comporterebbe *effetti disfunzionali* sul piano sia dell'andamento molecolare del contenzioso, sia dell'ingolfamento del sistema giudiziario, sia sul piano della rinuncia alla tutela da parte dei soggetti c.d. *apatici*) .

Si tratta della c.d. tutela amministrativa dei diritti o *public enforcement*, un campo indispensabile di intervento delle Autorità di regolazione nella moderna realtà dei mercati, a fronte delle difficoltà dell'ordinaria risposta giudiziaria (basata sull'innescio di un contenzioso pulviscolare) a rispondere alle problematiche poste dall'economia di massa.

Ciò serve ad assicurare un'effettiva e concreta tutela a favore degli utenti, quali soggetti deboli del rapporto negoziale (e senza più necessità,

dunque, d'una loro istanza di "rimborso") e per dissuadere (su un piano general preventivo) gli operatori da condotte illegittime e pregiudizievoli. L'indennizzo quindi non impone a questi ultimi alcuna erogazione patrimoniale né in denaro, né in servizi, né in alcunché d'altro che non sia, da un lato, il mero riallineamento (ovviamente, d'ufficio) della cadenza mensile di fatturazione e, dall'altro, il conseguente congruaggio (sempre d'ufficio) per il disallineamento cagionato da una fatturazione a cadenza diversa.

Erronea è quindi la prospettazione attorea, ove vuol inferire dal richiamo dell'art. 2. co. 20, lett. d) della l. 481/1995 al precedente co. 12, lett. g) l'adozione di un atto di regolazione *ex ante*, nel caso in esame insussistente, per "predeterminare" i casi d'indennizzo a favore degli utenti.

Dalla serena lettura completa del co. 12, lett. g) s'evince solo che l'Autorità «... *controlla lo svolgimento dei servizi con poteri di ispezione, di accesso, di acquisizione della documentazione e delle notizie utili, determinando altresì i casi di indennizzo automatico da parte del soggetto esercente il servizio nei confronti dell'utente ove il medesimo soggetto non rispetti le clausole contrattuali o eroghi il servizio con livelli qualitativi inferiori a quelli stabiliti nel regolamento di servizio di cui al comma 37, nel contratto di programma ovvero ai sensi della lettera h)...*». Non vi sono evidenze d'un dovere di "predeterminazione" regolatoria sui casi d'indennizzo, specie ove sia di carattere non automatico e quindi non necessariamente predeterminabile (come quello scaturito nella specie dalla complessa vicenda richiamata).

È vero il contrario: la determinazione dei casi d'indennizzo è una potestà non per forza di tipo generale —che imponga, cioè, la previa identificazione dei casi per i quali scatti poi l'obbligo d'indennizzo—, ma si riconnette direttamente (come s'evince dalla locuzione «*determinando*

altresì») agli esiti del controllo, il quale costituisce il potere oggetto principale di tal norma.

Certamente la predeterminazione si rende necessaria le quante volte si tratti di forme di indennizzo che si traducano non in un mero riequilibrio della situazione patrimoniale alterata per effetto dell'esercizio di scelte unilaterali dei gestori che si palesino non conformi al canone di trasparenza come ad es. nel caso in cui l'indennizzo si cumuli al risarcimento (mentre nel caso di specie proprio la decisione dell'Autorità in sostanza finisce per escludere, nello stesso interesse dei gestori, l'attivazione di giudizi risarcitori per la logica che la muove e la portata e l'efficacia che le si deve riconoscere e che potrà farsi valere innanzi ai giudici ordinari).

5.6. – Non coglie nel segno la doglianza, già confutata dal TAR e qui riproposta senza fornire argomenti alternativi convincenti, per cui le misure ripristinatorie ed indennitarie impingerebbero sulla libertà d'impresa ex art. 41 Cost.

Sul punto il Collegio non ha motivo di discostarsi dal modello descrittivo del comportamento dell'appellante, come delineato dal Giudice di prime cure: in realtà la disciplina contestata mette in discussione, in via generale, non libere scelte imprenditoriali sulla cadenza delle fatturazioni, ma specifiche modalità di scelte non rispettose del principio di trasparenza nei riguardi degli utenti ed in sostanza preordinate a nascondere incrementi tariffari. Dal che l'intervento della stessa AGCOM, attivando lo strumento della tutela indennitaria automatica di massa a favore di tutti e ciascun utenti, a fronte di violazioni generalizzate che pregiudicarono una moltitudine di utenti mediante un'unica e identica condotta da parte dei più rilevanti operatori di telefonia.

Dubita il Collegio che tutto ciò possa aver violato l'art. 41 Cost.: coevo ai fatti di causa è un arresto della Corte costituzionale (cfr. C. cost., 24 gennaio 2017 n. 16) sull'intervento del legislatore su talune norme

incentivanti, con ricadute su atti d'autonomia privata, di talché non è configurabile una lesione della libertà d'iniziativa economica allorché l'apposizione di limiti di ordine generale al suo esercizio corrisponda all'utilità sociale, se l'individuazione di questa non sia arbitraria e le misure assunte ne siano congruenti. Pare al Collegio che né le citate delibere dell'AGCOM, né il diritto sopravveniente ex DL 248/2017 abbiano caratteristiche manifestamente sproporzionate o si mostrino distoniche col sistema dei rapporti tra imprese e consumatori e cogli obblighi degli uni verso gli altri.

5.7. – Non dura fatica il Collegio a prender atto della pur vera considerazione attorea per cui, stavolta in modo espresso, l'art. 1, co. 1-quinquies del DL 7/2007, nel testo da ultimo novellato dall'art. 19-quinquiesdecies, co. 1, lett. a) del DL 148/2017, ha attribuito all'AGCOM il potere d'ordinare «... *all'operatore la cessazione della condotta e il rimborso delle eventuali somme indebitamente percepite o comunque ingiustificatamente addebitate agli utenti...*», qualora questi abbia violato, tra l'altro, l'obbligo di fatturazione a cadenza mensile.

Ma anche in tal caso valgono le medesime (e qui condivise) considerazioni che il TAR ha svolto per descrivere i rapporti tra la ripetuta delibera n. 121 e l'art. 19-quinquiesdecies del DL 148/2017: l'intervento legislativo ha completato quello che già l'atto di regolazione aveva già stabilito, senza sovrapporsi a quest'ultimo.

Per contro, non v'è alcuna ragione di leggere la novella ex DL 148/2017 con una sorta di ragionamento *a contrario*, come se fosse la conferma della carenza di potere dell'Autorità in materia e fungere come una sorta di “sanatoria” della delibera n. 121. Al più detta novella ha avuto l'evidente scopo d'estendere la tutela per la violazione del principio di trasparenza all'erogazione degli altri servizi di TLC.

Sfugge quindi al Collegio la ragione dell'orientamento dell'appellante, il quale, anzi, s'appalesa una vera fallacia argomentativa, essendo del tutto

implausibile la lettura che essa dà al rapporto tra la delibera e la sopravvenuta novella (che ha rango di fonte primaria), sotto i profili logico, fattuale e giuridico. Tra l'art. 19-quinquiesdecies del DL 148/2017 e la delibera citata non v'è contrasto il primo condividendo con la seconda il suo contenuto essenziale. Dal che l'impossibilità anzitutto di predicare, alla luce della gerarchia delle fonti e pur dettando una disciplina di settore, che la norma primaria abbia implicitamente abrogato o derogato alla citata preesistente delibera, né si può inferire dalla novella la dedotta assenza d'un potere regolatorio originario dell'AGCOM sulla cadenza della fatturazione dei servizi di telefonia. E ciò stante l'*eadem ratio* di provvedimenti e norma primaria a tutela della trasparenza e dell'accesso pieno e diretto alle informazioni sui prezzi praticati, al fine di garantire la libertà di scelta degli utenti in termini di reale possibilità di comparare le condizioni economiche dei servizi offerti.

Sicché non già l'abrogazione, non la sanatoria, ma la riaffermazione da parte del legislatore dei valori sottesi alla delibera n. 121 e pianamente ricavabili dal sistema legale istitutivo dell'Autorità si può ravvisare nel ripetuto art. 19-quinquiesdecies, sì da rafforzare il divieto, posto da detta delibera, di scegliere cadenze temporali di fatturazione eccentriche rispetto all'unità temporale individuata (il mese o suoi multipli) e lo stesso vale per la misura indennitaria in questione.

È solo da soggiungere che la novella ex art. art. 19-quinquiesdecies, disponendo per l'avvenire, non ratifica, né sostituisce il predetto intervento regolatorio (che così resta autonomamente fondato sui propri presupposti normativi), mentre il termine d'adeguamento previsto dal *jus superveniens* riguarda gli altri operatori di TLC, *solo verso i quali vige un apposito termine per adeguare le loro offerte*, visto che all'appellante ne è stato concesso uno *ad hoc*-

Non nega il Collegio la rilevanza dei lavori parlamentari in sede di conversione del DL 148/2017, fermo restando che quest'ultimo non

abroga, ma rafforza il divieto d'adottare fatturazioni con cadenza diversa dal mese o suoi multipli, come del resto si ricava dalla *ratio legis* citata nella relazione di accompagnamento al DDL di conversione. In ogni caso, detti lavori possono agevolare certo la interpretazione della norma ed evidenziare l'intenzione del legislatore, ma non imporsi a loro volta quale fonte del diritto o escludere l'interpretazione sistematica delle norma alla luce delle fonti eurounitarie.

6. – L'appellante censura inoltre la sentenza gravata per non aver colto l'insussistenza *a priori* di giorni "erosi" sul piano economico a causa della fatturazione quadrisettimanale, anziché mensile —nel periodo di vigenza della delibera n. 121, ossia dal 23 giugno 2017 al 5 aprile 2018 (data di scadenza del termine di 120 giorni posto dall'art. 19-quinquiesdecies)—, nel senso, cioè, che essa non ha lucrato un compenso maggiore di quello cui avrebbe avuto diritto.

L'appellante afferma quindi che il servizio è stato compiutamente offerto alla clientela e che non vi sarebbe il pregiudizio lamentato, che fonda l'obbligo di ristoro a favore degli utenti. Non è così: s'è già detto come il passaggio dalla fatturazione a cadenza mensile a quella a 28 giorni, quantunque annunciata dall'appellante alla sua clientela, determinò una violazione del principio di trasparenza, rendendo meno intelligibile l'effettivo costo del servizio al fine di non consentire la percezione immediata dell'aumento della tariffa ed impedendo perciò una libera valutazione delle offerte. In disparte che effetto ripristinatorio e misura indennitaria discendono da tal violazione e dal mancato ripristino della fatturazione a cadenza mensile, è evidente che il cambio di passo temporale, nel ridurre a 28 giorni l'obbligo di pagamento dei servizi a carico di ciascun utente e mantenere, però, lo stesso prezzo della fattura mensile, ha determinato un aumento del costo dei servizi stessi pari a ca. l'8,6 %. Tanto senza considerare che, al contempo, tal dato non fu reso

esplicito e che il cambio di tal cadenza da parte di tutti i principali operatori non consentì nei fatti la possibilità di recesso.

Ora, non è vero che la rideterminazione della cadenza di fatturazione, alla fin fine ed in base a quel che assume l'appellante, non abbia prodotto effetti nocivi sugli utenti. Infatti, il nuovo sistema: a) incorporò l'applicazione d'un aumento tariffario che, per quanto liberamente disponibile da tutti e ciascun operatore nell'esercizio del *jus variandi* (che l'Autorità non ha mai messo in dubbio) non fu reso comprensibile e, anzi, fu espresso in modo da impedire ogni eventuale recesso; b) determinò il passaggio da 12 a 13 fatture emesse nel corso dell'anno, aumentando così l'onere economico e quello tributario a carico degli utenti, rispetto *coeteris paribus* al costo del servizio per l'annualità precedente; c) disallineò la data di tale fatturazione da quella in cui la più parte degli utenti, anche se non per forza lavoratori subordinati (ma soprattutto questi ultimi, che di norma ricevono la retribuzione a cadenza mensile, a data fissa), impostano il pagamento automatico dei loro conti telefonici col sistema del RID bancario; d) rese più complicato individuare il giorno esatto in cui ciascun singolo rateo sarebbe venuto a scadere.

Dice l'appellante d'aver debitamente comunicato il cambio di cadenza temporale di fatturazione. Ma non s'avvede, oltre che degli effetti peggiorativi di quest'ultimo, d'esser stata sleale coi propri utenti, per non aver fatto loro presente l'aumento sostanziale della tariffa, né tampoco la simultanea scelta di tutti gli operatori nel medesimo senso, così blindando la propria clientela rispetto agli altri operatori di telefonia e viceversa. Né si dica che, in fondo, nessuno avrebbe pagato di più di quel che sarebbe stato il costo del suo servizio acquistato con cadenza mensile, giacché questa è una petizione di principio: la cadenza a 28 giorni determinò comunque maggiori oneri, poiché fu solo apparente l'identità della tariffa rispetto a prima. Al più ciascun cliente avrebbe pagato, con cadenza mensile, il servizio erogato con la nuova tariffa (+ 8,6%), corrispondente sì

(ove più, ove meno) a quella precedente, ma soltanto per le prime quattro settimane di ciascun mese.

Buona fede e correttezza (regole specifiche sia della fase di conclusione che di quella di esecuzione del contratto, artt. 1175 e 1375 c.c.), nonché rispetto del principio di trasparenza appunto questo imponevano all'appellante di render noto ai suoi utenti e ciò già alla luce del solo art. 71, co. 1 CCE, senza bisogno, pertanto, di coinvolgere pure il Codice del consumo.

6.1. – Secondo l'appellante, il TAR non ha considerato che le delibere impugnate, in realtà hanno perseguito il fine, chiarissimo nella delibera n. 269/18/CONS, di garantire «... *ai contraenti deboli ...la disponibilità di strumenti di tutela efficaci, parimenti generalizzati e di semplice realizzazione ...*», così sovrapponendosi alla sfera di attribuzione dell'AGO, avanti alla quale, sono esperibili le azioni, collettive o individuali, previste dal Codice del consumo.

La tesi è solo in apparenza suggestiva, ma non ha pregio alcuno.

La tesi attorea muove da un malinteso senso di separazione dei poteri, come, cioè, se le pronunce dell'AGCOM possano vincolare in via definitiva i poteri d'accertamento o, peggio, la potestà giudiziale dell'AGO e sostituire quest'ultima.

Un assunto del genere non ha senso, poiché pure in quegli altri ordinamenti in cui ciò pare accadere, in realtà si crea un raccordo tra l'azione esperita dal privato e gli accertamenti svolti dall'Autorità di regolazione: se ciò accade, serve ad aumentare e non a sminuire le ragioni di tutela del consumatore inciso. Oggidì l'art. 7, co. 1, l. per. del D.lgs. 19 gennaio 2017 n. 3, nelle cause per il risarcimento del danno da illecito *antitrust*, la violazione del diritto della concorrenza, verificata da una decisione dell'AGCM, si ritiene accertata definitivamente nei confronti dell'autore, ove non più passibile di ricorso o confermata con sentenza passata in giudicato. Si ha qui un caso notevole di cooperazione tra *public*

e *private enforcement* contro i danni *antitrust* subiti dai privati, in cui si semplifica molto l'accesso del privato all'azione risarcitoria secondo il modello della causa *follow on* e, fatte le debite differenze, l'oggetto del presente contendere è una delle possibili declinazioni di tali vicende nello specifico campo d'azione dell'AGCOM. Sicché il regime invalso anche in Italia tende non già alla separatezza o alla concorrenza, bensì alla cooperazione collaborativa tra il *public* ed il *private enforcement*, con continui travasi di esperienze, accertamenti e documentazione dall'uno all'altro plesso di tutela.

Il Collegio ha avuto finora più volte modo di precisare l'esistenza nella specie: 1) d'una diretta consequenzialità tra la violazione del principio di trasparenza sulla periodicità della fatturazione e l'indebita percezione di somme da parte degli operatori; 2) di violazioni generalizzate, incidenti su una moltitudine di utenti in esito ad un'unica condotta. È evidente che il Codice del consumo, agli artt. 138/142 offre al privato un'ampia gamma di tutele *stand alone* attivabile su istanza di parte (ed anche con l'assistenza delle associazioni consumeristiche), compresa l'azione di classe ex art. 140, le quali rivestono un carattere fondamentale per la tutela dei privati anche per vicende patologiche di massa. Ma tutto questo non è né esclusivo, né alternativo al *public enforcement*, in quanto, fermi i rispettivi interessi perseguiti, quest'ultimo coopera alla tutela dei privati anzitutto operando come amministrazione neutrale e non meramente imparziale, quindi agendo nel rispetto dell'art. 97 Cost. ma anche di altri valori costituzionali ed assumendo per l'effetto statuizioni paragiustiziali.

Ebbene, nella specie l'AGCOM, a fronte di vicende connotate da alta efficacia lesiva, in base alla l. 481/1995 ha inteso attivare i suoi poteri regolatori verso gli operatori, definendo i loro limiti nel mercato di riferimento e tutelando gli utenti incisi mercé lo strumento di tutela indennitaria diffusa ed automatica prevista dalla legge. Innanzi ad un fenomeno tanto pervasivo quanto complesso per il numero di soggetti

coinvolti e per la particolare delicatezza, non è che l'Autorità abbia inteso sostituirsi alla, né sminuire la tutela privata, ma s'è affiancata ad essa.

L'Autorità ha realizzando così il duplice interesse pubblico sotteso allo strumento indennitario: A) rendere effettiva e ottimizzare la tutela degli utenti, all'evidente scopo d'offrire loro accesso ad un indennizzo automatico in virtù di un atto generale di regolazione, scongiurando perciò la probabile rinuncia di molti utenti ad esperire qualunque azione, giudiziale o stragiudiziale; B) dare maggior efficienza all'azione amministrativa e deflazionare (si badi, non certo impedire) il contenzioso, sia individuale che collettivo, relativo a liti perlopiù di modico valore).

In tutta franchezza, si comprendono le ragioni, ma non è condivisibile in punto di diritto l'assunto attoreo, che vede nel *public enforcement* di detta Autorità una sorta d'avallo a che essa continui a "farsi giustizia da sé" (testuale).

In realtà, l'Autorità, anche quando applica le norme che regolano le sue competenze, è pur sempre legata al rispetto dei diritti costituzionalmente garantiti e ad agire secondo legalità, ragionevolezza e proporzionalità in un mercato tecnicamente complesso ed in perenne evoluzione ed operato da imprese di grande rilevanza economica. È evidente che, nel caso in esame, l'intervento regolatorio forte dell'Autorità è stato provocato da innegabili problemi e dalla necessità di mantenere un serio equilibrio per la tenuta stessa del mercato della telefonia. Parimenti evidente è che questa è proprio la missione di tutte le ANR e che la forza dell'intervento non può che esser strettamente commisurata, di volta in volta, al problema da risolvere.

Né l'Autorità si fa giustizia da sé, essendovi nel sistema la soggezione della stessa alla giurisdizione del Giudice amministrativo.

In ultimo si deve ribadire che l'intervento dell'Autorità per le sue caratteristiche ben può considerarsi spendibile, se del caso, innanzi alla giurisdizione ordinaria al fine di affermare che l'ottemperanza al

medesimo riequilibra definitivamente le relazioni fra gestori ed utenti prevenendo il contenzioso innanzi all'A.G.O. ed in sostanza svuotandolo di ogni significato (con indubbi vantaggi per le certezze del mercato).

6.2. – Sulla scorta di quanto fin qui detto, vanno respinte le doglianze dirette contro la delibera n. 121/2017, perché: I) fu l'indebita ed irrealistica scelta della fatturazione a 28 giorni a determinare la violazione del principio di trasparenza ex art. 71, co. 1, l per. CCE e non viceversa, sicché la misura ripristinatoria intervenne non sui contratti ma sulla punta qualità *in parte qua* nell'espletamento del servizio erogato; II) – l'Autorità ha applicato l'art. 2, co. 12, lett. h della l. 481/1995, laddove le consente di definire «... *in particolare...* i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione *da garantire all'utente...*», se del caso proponendo, ai sensi della precedente lett. d), «... *la modifica... delle condizioni di svolgimento dei servizi, ove ciò sia richiesto dall'andamento del mercato o dalle ragionevoli esigenze degli utenti...*».

6.3. – Passando alla disamina del gravame incidentale, la norma sanzionatoria applicata in concreto dall'Autorità alla vicenda dell'appellante principale è stata quella racchiusa nell'art. 98, co. 16 CCE, richiamato dall'art. 8 della delibera 252/16/CONS.

Si rammenti, però, che tal disposizione fu modificata dall'art. 1, co. 43 della l. 124/2017 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza), entrata in vigore il 29 agosto 2017. Tal modifica ebbe ad oggetto l'importo del massimo edittale della sanzione prevista, applicato nella specie, che fu però raddoppiato (da € 580.000 ad € 1.160.000). Il TAR ha sul punto precisato la necessaria applicabilità non di quest'ultima misura, ma di quella massima previgente, posto che la violazione si consumò nel mese di giugno 2017, cioè allo spirare del termine concesso dall'Autorità agli operatori per adeguare le loro offerte alle prescrizioni della delibera n. 252/16/CONS, ossia in data anteriore alla entrata in vigore della modifica recata dalla l. 124/2017.

La statuizione del TAR va confermata.

Sul primo mezzo di gravame, ove si deduce un vizio d'ultrapetizione, il TAR ha dichiarato in modo espresso di procedere alla rideterminazione della sanzione pecuniaria irrogata dall'Autorità verso la Società appellante e ciò nell'esercizio della sua giurisdizione di merito. In particolare, il TAR ha rilevato come l'appellante principale avesse, in quella sede, dedotto una specifica censura su una sanzione assunta in violazione della regola d'irretroattività della norma sanzionatoria ex art. 1 della l. 24 novembre 1981 n. 689. In base a ciò, nell'esercizio della propria giurisdizione di merito il Giudice di prime cure, a seguito di un'analisi del provvedimento impugnato, ha osservato che in effetti l'Autorità aveva erroneamente individuato la cornice edittale applicabile alla vicenda al suo esame e ha riformato detta sanzione irrogata. Questo precipuo aspetto non è stato colto da detta Autorità nel suo appello incidentale che, quindi, non vi ha fatto una specifica contestazione, pur se il Giudice amministrativo, nel caso in cui si trovi ad esercitare una giurisdizione di merito, lo fa secondo scelte non vincolate, quanto ai mezzi, alla domanda di parte (cfr. così Cons. St., VI, 12 dicembre 2011 n. 6501).

Tal motivo va perciò dichiarato inammissibile.

Col secondo mezzo di gravame, l'AGCOM deduce che, pur se il TAR ha correttamente ricostruito le norme di riferimento, erroneamente ha ritenuto applicabile il precedente sistema sanzionatorio (*lex mitior*), anziché quello in vigore dal 29 agosto 2017 (più severo). Ad avviso dell'Autorità, per vero si trattò d'un illecito permanente, che quindi non s'è consumato nel mese di giugno del 2017 ma che si era protratto quantomeno fino alla data di adozione della delibera impugnata, donde l'applicazione della nuova sanzione, vigente al momento in cui essa è stata applicata.

Anche tale tesi è infondata e va respinta.

Invero, nella delibera n. 498/17/CONS: a) fu contestato il mancato adeguamento alle prescrizioni a suo tempo poste dalla delibera n. 121/17/CONS (ripristino della cadenza mensile di fatturazione) alla data del 23 giugno 2017; b) si è tenuto conto della durata dell'infrazione solo per individuare la gravità della sanzione e non anche per la qualificazione della condotta (ossia, illecito permanente), come invece assume l'appellante incidentale. Entrambe queste circostanze sono stante esattamente descritte e valutate dal TAR, onde, in base al chiaro tenore di detta delibera, retamente la sentenza conclude nel senso l'Autorità contestò alla Vodafone una violazione consumata nel mese di giugno 2017. Pertanto, corretta s'appalesa l'interpretazione, resa dal TAR, sulla sicura prevalenza della sanzione secondo la norma vigente allo spirare del termine concesso dall'Autorità agli operatori per l'adeguamento delle proprie offerte alle prescrizioni della citata delibera n. 252.

7. – In definitiva, entrambi gli appelli vanno respinti, ma la reciproca soccombenza e la novità e la complessità della controversia suggeriscono la compensazione integrale, tra tutte le parti, delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sez. VI), definitivamente pronunciando sul ricorso NRG 9570/2018 in epigrafe, respinge l'appello principale e quello incidentale.

Spese del grado compensate.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del 4 luglio 2019, con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere, Estensore

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere

L'ESTENSORE
Silvestro Maria Russo

IL PRESIDENTE
Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO