

Pubblicato il 07/02/2020

N. 00987/2020REG.PROV.COLL.

N. 09798/2018 REG.RIC.

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso NRG 9798/2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da Fastweb s.p.a. a socio unico, corrente in Milano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.ti Andrea Guarino, Daniele Maffeis ed Elenia Cerchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Roma, via Giulio Caccini n. 1 (Studio Guarino),

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 Movimento Consumatori, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Paolo Fiorio, con domicilio digitale come da PEC

da Registri di Giustizia e
– 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 Carlo Rienzi e Gino Giuliano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto nello studio Rienzi c/o Codacons in Roma, v.le G. Mazzini n. 73,

per la riforma

A) con il gravame introduttivo, del dispositivo di sentenza del TAR Lazio, sez. III, n. 11306/2018, reso tra le parti e concernente la delibera AGCOM n. 500/17/CONS; B) con l'atto per motivi aggiunti (e col ricorso incidentale dell'AGCOM), della sentenza del TAR Lazio, sez. III, n. 1956 del 14 febbraio 2019, 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'Associazione Movimento Consumatori, dell'AUS Tel. Onlus e del CODACONS;

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 Andrea Guarino, Maffei, Cerchi, Fiorio e Cristina Adducci (per delega di Rienzi) e l'Avvocato dello Stato Paola Palmieri;

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.

La Fastweb s.p.a. a socio unico, corrente in Milano e soggetto operatore autorizzato per i servizi di comunicazione elettronica in voce (telefonia vocale fissa e mobile), dichiara d'aver introdotto nel corso del 2017, 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 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 da AGCOM, né ritenuta illegittima o distorsiva della concorrenza, come tal Autorità chiarì all'AGCM in un procedimento per l'accertamento di pratiche commerciali scorrette.

2. – L'AGCOM ritenne però che detto aumento tariffario mercé l'introduzione di una "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 connotata 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 degli utenti. Reputò 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 CCE

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...». Ciò 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. L'Autorità impose a detti operatori di telefonia, ma senza contestar loro l'aumento in sé della tariffa, 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, l'intervento *de quo* aveva riguardato non già libere scelte imprenditoriali degli operatori di TLC, ma 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.

Avverso tal delibera la Fastweb s.p.a. si gravò innanzi al TAR Lazio, col ricorso NRG 4380/2017, 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.

3. – Nelle more di quel giudizio, intervenne l'art. 19-quinquiesdecies del DL 16 ottobre 2017 n. 148 (conv. modific. dalla l. 4 dicembre 2017 n. 172), introducendo talune novelle all'art. 1 del DL 31 gennaio 2007 n. 7 (conv. modific. dalla l. 2 aprile 2007 n. 40).

In particolare, il nuovo art. 1, co. 1 del DL 7/2007 stabilì che *«i contratti di fornitura nei servizi di comunicazione elettronica disciplinati dal codice di cui al decreto legislativo 1° 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, al di là dalla tecnologia usata, a tal 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 pure 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 1° 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...»*.

3.1. – L'adito TAR, con sentenza n. 3261 del 22 marzo 2018, ha respinto l'impugnazione attorea, poiché: 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 regola 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, Fastweb s'è appellata col ricorso NRG 4892/2018, tuttora pendente.

3.2. – Con la delibera n. 500/17/CONS, l'Autorità ritenne d'aver accertato che Fastweb s.p.a. non avesse ottemperato alle prescrizioni stabilite dalla delibera n. 121/17/CONS.

Sicché l'Autorità anzitutto irrogò alla Fastweb s.p.a. una sanzione di € 1.160.000. Inoltre le impose, secondo detta Società senza contestarle previamente alcunché e senza contraddittorio, di «... *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 9/17/DTC, detta Società ha nuovamente adito il TAR Lazio, con il ricorso NRG 1424/2018, deducendo undici gruppi di censure. Nelle more di tal giudizio, il TAR ha accolto la domanda cautelare, con l'ordinanza n. 997 del 22 febbraio 2018, ritenendo che l'ingiunta restituzione monetaria dei giorni c.d. "erosi" fosse gravosa per la Società, sotto i profili economico e di concreta applicazione d'una siffatta misura.

È intervenuta quindi la delibera n. 113/18/CONS del 1° marzo 2018, con la quale l'AGCOM ha revocato la precedente delibera n. 500 nella parte in cui aveva imposto la restituzione "monetaria", sostituendo l'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), con quello, d'analogo risultato, dell'erogazione gratuita delle prestazioni per un numero di giorni equivalente a quello cui lo stesso ordine di storno si sarebbe riferito. La delibera n. 113 è stata a sua volta gravata dalla Fastweb s.p.a. con l'atto per motivi aggiunti depositato il 22 marzo 2018.

Col secondo atto per motivi aggiunti dell'11 giugno 2018, la ricorrente ha impugnato, oltre alla già gravata delibera n. 113, pure il decreto presidenziale n. 9/18/Pres del precedente 9 aprile e la ratifica di questo ad opera delibera n. 187/18/CONS dell'11 aprile 2018.

A seguito di ciò, l'AGCOM ha emanato anche 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 Fastweb, un nuovo termine per l'adempimento agli obblighi di cui alle delibere nn. 112/18/CONS e

seguenti, tra cui la n. 113/18/CONS. Anche contro tal statuizione la Fastweb, in data 29 agosto 2018, ha depositato 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 osservazione formulate dalla ricorrente all'Autorità.

4. – Con dispositivo n. 11306 del 21 novembre 2018, l'adito TAR ha dichiarato il ricorso della Fastweb in parte improcedibile e in parte infondato, accogliendo una domanda per quanto di ragione. Avverso tal dispositivo la Fastweb s.p.a. ha proposto l'appello di cui al ricorso in epigrafe, deducendo vari profili di censura.

Con sentenza n. 1956 del 14 febbraio 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 l'8 marzo 2019, con cui la Società appellante ora ne deduce, in via principale, l'erroneità per non aver colto:

I) – ad onta di quel che predicano le impugnate delibere, l'insussistenza di giorni “erosi” sul piano economico discendenti dalla fatturazione con cadenza quadrisettimanale, anziché mensile nel periodo di vigenza della delibera n. 121 — come, cioè, se l'appellante avesse così lucrato un compenso maggiore di quello cui avrebbe avuto diritto come giusta remunerazione, mentre ottenne il corrispettivo per il servizio erogato in base alla nuova cadenza a 28 (di rinnovo)/56 giorni (di fatturazione)—, donde l'assenza d'anomalie con riguardo sia al rapporto tra servizio reso e prezzo pagato per singola unità di tempo sia ad ogni incertezza (per il TAR riconducibile al disallineamento tra data fatturazione e la data in cui la buona parte dei clienti, lavoratori dipendenti, impostano con cadenza mensile il pagamento automatico dei conti telefonici tramite RID bancario) e, quindi, *non* si

può parlare d'uno squilibrio sinallagmatico per assenza d'un termine variabile d'adempimento (per il TAR, che avrebbe reso più difficoltoso l'adempimento del debito da parte degli utenti), né di violazione dei doveri di buona fede oggettiva e correttezza ex artt. 1175 e 1375 c.c., né di difetto delle garanzie informative ex art. 70 CCE, fermo restando che l'aumento della tariffa, pari a circa l'8,6%, è stato mantenuto pure dopo il ripristino della cadenza mensile;

II) – Illegittimità dell'assunto sul fondamento della potestà di eterointegrazione dei contratti tra operatori ed utenti (necessaria per garantire l'attuazione della delibera n. 121), nella specie esercitata da AGCOM e basata sull'art. 71 CCE (in attuazione di principi posti dall'art. 8, n. 2, lettere a e b e n. 4, lettere b e d della dir. n. 2002/21/CE, i quali definiscono gli obiettivi generali ed i principi dell'attività di regolazione e recepiti nell'art. 13, commi 4 e 6 CCE), nonché sull'art. 2, co. 12, lettere c), d), h) e l) della l. 14 novembre 1995 n. 481 e sull'art. 1, co. 6, n. 2) della l. 31 luglio 1997 n. 249 —che assumono il carattere di parametro di validità del contratto, le cui clausole difformi quanto previsto dall'AGCOM sono nulle ai sensi dell'art. 1418 c.c., appunto a causa della cadenza di fatturazione unilateralmente ridotta a 28 gg. ed alla circostanza che nell'anno l'utenza paga 13 e non più 12 volte il prezzo del servizio, deteriorandone la qualità—, sì da legittimare detta Autorità ad imporre l'obbligo restitutorio dei giorni erosi, mentre in realtà: a) l'ordine restitutorio è una coercizione ingiunta da un corpo amministrativo, che può farlo solo in base all'art. 23 Cost. e nei tassativi casi in cui la legge glielo consente; b) il potere sanzionatorio è cosa diversa dalla potestà di regolazione o di regolamentazione d'una qualunque attività, sicché non per ciò solo detta Autorità l'avrebbe potuto esercitare per garantire il rispetto delle regole precedentemente fissate e, in ogni caso, solo se almeno una delle norme richiamate dal TAR lo avesse previsto in maniera esplicita (il che non è); c) comunque l'Autorità non può usare a fini sanzionatori il potere di regolazione quando la legge le attribuisce, in

base all'art. 98 CCE, uno specifico potere per sanzionare l'inottemperanza degli operatori agli atti che essa ha emanato; d) i poteri attribuiti all'AGCOM dall'art. 98 sono disaggregati, per cui essa esercitare soltanto il potere sanzionatorio specificamente previsto per ciascuna delle ipotesi colà previste; e) nella specie, la violazione dell'art. 71 CCE è sanzionata solo ai sensi dell'art. 98, co. 17 CCE, che richiama l'art. 1, co. 31 della l. 249/1997 (cioè la sola sanzione pecuniaria); f) a tutto concedere, l'Autorità non avrebbe mai potuto imporre un obbligo restitutorio e men che mai generalizzato, poiché così avrebbe esercitato un potere di risoluzione di controversie, il quale, però ed ai sensi dell'art. 84, co. 1 CCE, s'invera con altre procedure ed altre misure; g) è pur sempre inconferente il richiamo dell'AGCOM alle disposizioni di cui all'art. 2, co. 12, lettere d), h) e l) della l. 481/1995 ed all'art. 1, co. 6, lett. b) della l. 249/1997, trattandosi di misure o rimedi relativi ai rapporti diretti tra Autorità ed operatori; h) è mancata la specifica pronuncia del TAR sulla deduzione attorea contro il difetto assoluto di potere dell'Autorità nell'imporre l'obbligo restitutorio, non potendosi invocare le citate norme della legge n. 481, fermo restando che l'Autorità, con le delibere n. 73/11/CONS e n. 347/18/CONS, ha predeterminato i casi in cui agli utenti spettava un indennizzo automatico;

III) – il senso della doglianza attorea sull'effetto caducante del *jus superveniens* stabilito dall'art. 19-quinquiesdecies del DL 148/2017 nei confronti della delibera n. 121/17/CONS, prodottosi in base non già, come dice il TAR, all'art. 15 preleggi, ma su un pacifico principio di diritto pubblico —secondo cui la soppressione, ad opera di una legge successiva, di un potere amministrativo ha effetto caducante di tutti gli atti regolamentari, qual è appunto la citata delibera n. 121 (atto cogente e non necessitato, né chiesto ad istanza di parte), adottati nell'esercizio del potere così soppresso—, mentre detto art. 19-quinquiesdecies ha cristallizzato la disciplina della materia «*cadenza della fatturazione per il servizi di TLC*»

(ormai non più liberamente modificabile dall’Autorità), donde la caducazione della citata delibera n. 121 e degli atti consequenziali, ferma comunque l’omessa pronuncia del TAR sul conflitto tra il termine posto dall’art. 19-quinquiesdecies entro il quale gli operatori di TLC avrebbero dovuto adottare la cadenza mensile (120 giorni, scadenza al 5 aprile 2018) e quello entro cui gli operatori di telefonia erano obbligati a restituire i giorni “erosi” (dal 23 giugno 2017 fino al momento dell’effettiva adozione della cadenza mensile per la fatturazione ed il rinnovo delle offerte), sicché, essendo per il TAR tal art. 19-quinquiesdecies la norma applicabile a partire dal 6 dicembre 2017 alla cadenza mensile di fatturazione (ma che non impone di adottarla prima del 5 aprile 2018), allora nel periodo compreso tra le due date testé citate il mantenimento di una cadenza diversa da quella mensile è lecito e, quindi le delibere AGCOM impugnate in primo grado sono sicuramente illegittime laddove estendono l’obbligo restitutorio ai giorni “erosi” nel periodo indicato, sicché, onde evitare ogni irrazionale gestione della complessa vicenda derivante dalla simultanea applicazione della delibera n. 121 e del DL 148/2017 (come adombra il TAR), solo questo è l’unico applicabile al caso in esame e determina la caducazione di quella.

IV) – l’importanza dirimente della censurata violazione delle garanzie partecipative procedurali nell’emanazione delle impugnate delibere, non obliterandone l’illegittimità il fatto dell’alternarsi di provvedimenti cautelari emanati nel giudizio di prime cure (per il TAR invece idoneo a consentire agli operatori d’esternare le proprie posizioni, sì da indurre l’AGCOM ad emanare statuizioni di volta in volta correttive), giacché, per un verso, siffatte garanzie vanno ottemperate nell’ambito del procedimento amministrativo e non sono surrogabili nel processo (in disparte l’inequivoco dato normativo, a cagione delle insopprimibili differenze ontologiche tra l’uno e l’altro) e neppure se questo Giudice adotti misure cautelari conformative della successiva attività della P.A. e, per altro verso, non è vero che

non siano emersi in sede giurisdizionale elementi per dimostrare invece l'utilità della partecipazione dell'appellante specie ad un procedimento sanzionatorio (per contro il TAR subordina l'illegittimità sul mancato rispetto di dette garanzie alla dimostrazione, ad onere della parte, che tal partecipazione sia stata utile), tant'è che la serena lettura degli atti processuali dimostra come detta Società abbia illustrato più volte le circostanze che non poté rappresentare *ex ante* all'AGCOM e che invece erano rilevanti rispetto ai provvedimenti di quest'ultima (p. es., l'estrema difficoltà, se non l'impossibilità materiale, di determinare per ognuno dei propri clienti il numero dei giorni "erosi", di svolgere tal attività verso i clienti migrati ad altro operatore, ecc.);

V) – ad onta dei profili tecnici dedotti e dell'estrema difficoltà materiale di restituire l'equivalente dei giorni "erosi" a tutti ed a ciascun cliente (al di là del contenuto e della storia dei loro contratti), che tal restituzione non sarebbe potuta esser mai meno afflittiva del rimborso (equivalendo il differimento della fattura comunque ad un mancato ricavo), oltreché in pratica irripetibile in un contesto ancora *sub judice*, donde l'irrazionalità d'una tal scelta;

VI) – nell'affermare che il decreto n. 9/18/PRES servisse solo ad adempiere al decreto cautelare monocratico, a sospendere allo stato la procedura restitutoria e ad ammettere gli operatori al contraddittorio (sia pur limitato tempi da indicare per la restituzione dei giorni "erosi"), il vero contenuto della censura attorea — secondo cui, da un lato, l'Autorità avrebbe dovuto individuare modalità meno afflittive e più proporzionate al risultato da conseguire e, dall'altro, non v'erano i presupposti di straordinaria necessità e urgenza per l'esercizio del potere presidenziale—, mentre la misura cautelare non le impose pure d'emendare i possibili vizi della delibera n. 113/18, donde l'oggettiva insussistenza delle ragioni sottese al decreto n. 9/18 e l'invalidità di tutti gli atti ad esso successivi e conseguenti;

VII) – di non aver correttamente o per nulla pronunciato sulla doglianza attorea: a) sull'inesistenza del potere (e quindi del dovere) dell'AGCOM di garantire un ristoro agli utenti, l'unico dovere per questa essendo d'irrogare la sanzione pecuniaria prevista dall'art. 98 CCE; b) circa il richiamo della delibera n. 121/17/CONS, ricordata dall'appellante solo per evidenziare che il "dovere", di cui parla l'Autorità, in realtà non esiste; c) in ogni caso, l'AGCOM non avrebbe potuto esercitare il potere sanzionatorio, qualunque ne fosse il contenuto, finché il Consiglio di Stato non avesse giudicato sull'appello verso il rigetto dell'impugnazione attorea della delibera sanzionatoria n. 121/17/CONS, a nulla rilevando, come invece afferma il TAR, che quest'ultima o la sentenza che ne respinse il ricorso non risultino sospese, posto che una sanzione non va irrogata fintanto che il presupposto per l'esercizio del potere sanzionatorio non si sia definitivamente consolidato; d) sulla sanzione di cui alla predetta delibera n. 121, il solo potere dell'AGCOM essendo quello d'aver irrogato la sanzione pecuniaria già in base alla delibera n. 500/17/CONS; e) sull'inadeguatezza in sé del termine (31 dicembre 2018) assegnato dalla delibera n. 269/18/CONS per eseguire la restituzione dei giorni "erosi", dal TAR ritenuto comunque congruo per gli operatori (che avrebbero ben potuto adempiere fin dal 6 giugno 2018) e invece incurante dei problemi rappresentati, specie con riguardo alla posizione personale di ciascun cliente e stante il difetto d'istruttoria in ordine agli strumenti tecnici (tant'è che il XV motivo del terzo atto per motivi aggiunti viene riproposto); f) sulla possibilità di rateazione dell'adempimento, prevista sì dalla delibera n. 269/18/CONS, ma su cui la sentenza appellata sorvola; g) sul contenuto del decreto n. 9/18/PRES, che aveva sì soppresso il termine originariamente fissato dalla delibera n. 113/18/CONS e disposto un'audizione al fine di determinarne uno nuovo entro cui gli operatori avrebbero dovuto far cessare gli effetti della cadenza di fatturazione a 28 giorni, ma senza dare alcuna indicazione di quale

sarebbe potuto essere il nuovo termine e se si potessero modificare le modalità d'adempimento, essendo tutto rimesso alla nuova delibera che l'AGCOM avrebbe adottato in futuro;

VIII) – aver dichiarato inammissibile il XII motivo del terzo atto per motivi aggiunti (perché basato su mere ipotesi indimostrate sul carattere non neutrale della misura restitutoria sotto il profilo economico-finanziario), cosa, questa, erronea per l'aspetto sia probatorio (non v'è contraddizione con altre doglianze; entrambe le forme di compensazione implicano per l'operatore una perdita non recuperabile e minano l'equilibrio economico-finanziario; i maggiori proventi furono reinvestiti nel mercato da tutti gli operatori, come risulta dal *report* annuale ASSTEL 2018; l'appellante adottò misure per neutralizzare l'effetto dell'aumento e ne ha dato contezza nell'audizione del 19 aprile 2018), sia del difetto d'istruttoria (l'affermazione dell'Autorità su tal neutralità non fu sorretta da alcuna effettiva analisi d'impatto, volta a verificare se la misura fosse sostenibile per gli operatori), sia, infine, contenutistico (mentre i restanti operatori erano passata alla cadenza di fatturazione a 28 giorni molto tempo prima della delibera n. 121/17/CONS senza che l'Autorità avesse avuto nulla da obiettare loro, l'appellante effettuò tal passaggio a ridosso della pubblicazione della delibera stessa, cosa, questa, che avrebbe dovuto esser considerata dall'Autorità stessa per una corretta analisi di impatto della misura;

IX) – l'indebita declaratoria d'improcedibilità di tutti i motivi (salvo l'XI), proposti con il gravame introduttivo di primo grado contro la delibera n. 500/17/CONS — servendo altresì a rigettare pure il IX motivo del primo atto per motivi aggiunti, tutte le censure d'illegittimità derivata formulate col VI motivo del secondo atto per motivi aggiunti e col XVII motivo del terzo—, sull'erroneo presupposto che tal delibera fosse stata revocata e sostituita dalla delibera n. 113/18/CONS, mentre tal sostituzione riguardò solo la diffida originariamente impartita dalla delibera n.

500, dal che il vizio d'omessa pronuncia concernente sia le parti di detta delibera che costituirono il presupposto del predetto obbligo restitutorio (cfr. § 2.2 della sentenza) e la necessità di riformare la sentenza stessa ai §§ 8 e 16 (in tutte le parti in cui fu dedotta l'illegittimità derivata dai vizi della delibera n. 500), sia i motivi dal XI al XVII del gravame introduttivo in primo grado (nelle parti che ebbero ad oggetto la lesione del diritto degli utenti ad un'informazione adeguata; la carenza assoluta di potere e l'invasione da parte dell'AGCOM della sfera di attribuzione di altro potere dello Stato; la carenza d'istruttoria, la contraddittorietà e perplessità; il difetto d'istruttoria e di motivazione e la violazione della novella recata dall'art. 19-quinquiesdecies del DL 148/2017 al DL 7/2007; l'irragionevolezza e la disparità di trattamento), sia, infine, l'illegittimità derivata dedotta col VI motivo del secondo atto per motivi aggiunti e con il XVII motivo del terzo atto per motivi aggiunti (la quale si riferisce, oltre che ai vizi della delibera n. 500, anche a quelli di tutti gli atti antecedenti, rispettivamente, al decreto n. 9/18/PRES ed alla delibera n. 269/18/CONS;

X) – l'omessa pronuncia su motivi diversi da quelli testé evidenziati e, in particolare: a) sulla sez. B) del gravame introduttivo al TAR (motivi da III a IX), poiché all'appellante, che aveva formulato all'Autorità una proposta di impegni — specificando al contempo d'aver posto in essere le attività occorrenti per il ripristino della cadenza mensile di fatturazione prima dell'entrata in vigore del DL 148/2017 e l'adozione di precise misure per garantire nelle more la trasparenza e la comparabilità dei prezzi, nonché volte a neutralizzare l'impatto dell'aumento di prezzo, sì da far cessare gli effetti della violazione ed i presupposti per la sanzione e per la diffida—, l'Autorità oppose che la condotta non fosse cessata, di non aver previsto l'implementazione di una struttura di vigilanza indipendente per monitorare detti impegni e di non aver chiarito gli effetti procompetitivi della misura, *decisa*, tutti questi, che l'appellante contestò in modo specifico in sede

procedimentale ed in via d'azione, ma senza risposta dal TAR; b) sulla sez. C) di tal gravame introduttivo (motivo X), per l'illegittima quantificazione della sanzione per ragioni diverse da quella accolta sì dal TAR, ma senza che, in sede di riemanazione, la sentenza avesse esaminato ed accolto anche le ulteriori contestazioni che avverso la quantificazione della sanzione erano state articolate per dimostrare l'errata applicazione del massimo edittale.

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 dall'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 simultanea rimodulazione dell'offerta. La circostanza che l'odierna appellante principale arrivò, a suo dire, buon ultima a rimodulare la cadenza di tariffazione, ben lungi dall'aver agevolato i suoi clienti, ebbe l'agio di esaminare le reazioni degli altri operatori di telefonia e delle rispettive clientele e di trarne lezione strategica, non dovendo così temere gli effetti di migrazione dei suoi utenti, di fatto impossibilitati a cambiar gestore.

Non s'avvede allora l'appellante come il principio di trasparenza ex art. 71, co. 1, l. per. CCE serva proprio 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, da parte di AGCOM e al di là del significato attribuibile a pregressi suoi atteggiamenti attendisti, 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. Non dura fatica il Collegio a credere alle parole dell'odierna appellante, secondo cui tal ripristino della fatturazione a cadenza mensile le abbia provocato un costo o un disagio, trattandosi, tuttavia, degli stessi costi e disagi indotti in tutti e ciascun suo utente. Dal che la "neutralità" di tal ripristino verso gli utenti, intesa non come mera gratuità —ché gratuita non fu per gli utenti neppure la cadenza a 28 giorni—, bensì come effetto economico a somma zero. Sicché rettamente fu comunque disattesa la doglianza attorea ribadita nell'VIII motivo d'appello, in quanto l'AGCOM non considerò né dirimente, né rilevante la questione di tal passaggio di Fastweb alla cadenza a 28 giorni, a ridosso della pubblicazione della citata delibera n. 121, ai fini dell'analisi d'impatto del ripristino del tempo di fatturazione nello *statu quo ante*.

5.2. – Soccorre al riguardo, in primo luogo, l'art. 2, co. 20, lett. d) della l. 481/1995, che consente alla predetta 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 (ossia, per quanto qui rileva, non necessitare della domanda da parte dell'utente). 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...*». Al riguardo, nessuna censura diretta o trasversale è meritevole d'accoglimento, contro le misure regolatorie dell'AGCOM assunte a tutela della trasparenza e con il richiamo all'art. 2, co. 12, lett. d). Invero, la tutela della trasparenza di cui al citato art. 71, co. 1 si fonda sulla potestà dell'Autorità d'«...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 vero ai poteri di cui al predetto art. 2, co. 12. È solo da soggiungere che, essendo tali poteri immanenti nell'ordinamento dell'AGCOM ed in concreto esercitati nella specie, l'omesso specifico richiamo al citato art. 2, co. 12 nelle impugnate delibere di per sé solo non ne è motivo d'illegittimità, né può esser inteso come ripudio di esso nella motivazione delle delibere stesse.

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, stante il fermo orientamento della Sezione sul

punto 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., per tutti, 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 si duole pure che il TAR non abbia colto, tra le altre cose, l'importanza dirimente dell'omesso contraddittorio procedimentale nell'interlocuzione con l'AGCOM, specie per quelle circostanze che non poté rappresentare *ex ante* all'AGCOM e che invece erano rilevanti rispetto ai provvedimenti di quest'ultima (p. es., l'estrema difficoltà, se non l'impossibilità materiale, di determinare per ognuno dei propri clienti il numero dei giorni "erosi", di svolgere tal attività verso i clienti migrati ad altro operatore, ecc. In disparte la necessità di ridimensionare le varie censure procedurali, non è che l'appellante non poté mai render noto siffatte difficoltà nel corso della lunga interlocuzione con AGCOM, ma è che questa non le ritenne opponibili al potere a tutela delle posizioni deboli dei clienti. Non è chi non veda come, al di là dei profili tecnici

sulla gestione informatizzata di decine di migliaia di clienti, fu immediato l'abbandono d'un sistema ben noto e collaudato di fatturazione mensile a favore d'uno oggettivamente esoterico, mentre la Società appellante ora oppone difficoltà per tornare alla cadenza originaria. Privo di pregio è poi opporre le questioni tecniche per l'esatto calcolo dei giorni "erosi" a favore di ciascun utente, nonostante che tutti gli operatori (e, dunque, pure Fastweb) abbiano goduto di fatto d'un termine lungo a tal fine ed avrebbero potuto iniziare l'adempimento restitutorio con fatture provvisorie, salvo conguaglio.

È appena da osservare sul punto, specie dopo la ribadizione attorea sul mantenimento dell'aumento tariffario —dissimulato mediante la cadenza di fatturazione quadrisettimanale—, che per dar senso al principio di trasparenza ed evitare la predetta "complessità" dei calcoli gli operatori avrebbero assai più semplicemente potuto chiarire, nella fattura o nel modulo per stipulare un contratto a 28 giorni, la proiezione di costo anche sulla misura mensile. Al riguardo, dice l'appellante d'aver reso noto alla clientela il corrispondente costo su base mensile e, quindi, d'aver consentito agli utenti di comparare le proprie con le offerte altrui. Certo, già dar contezza della proiezione del costo (in base, p.es., al seguente schema: il costo per 28 gg. è X, che corrisponde a Y secondo la tariffa a base mensile), è un principio di ravvedimento operoso da parte dell'appellante. Ma lo scopo di una seria e corretta informazione è, al fine d'evitare *a priori* ogni fraintendimento, non solo tal proiezione, ma soprattutto una chiara esposizione dell'aumento. Se l'appellante avesse chiarito subito ai suoi utenti e, se del caso, alla stessa Autorità, il reale significato del nuovo sistema di fatturazione, ossia l'aumento della tariffa, il cambio della cadenza sarebbe stato inutile. Per contro l'insistenza attorea sulla difesa della cadenza a 28 giorni rafforza la necessità delle misure dissuasive e procompetitive contro una scelta degli operatori rivelatasi se non emulativa, certo dissimulativa, cioè sleale.

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 gli 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 e senza creare altri problemi d'interpretazione della fattura a tutti ed a ciascun cliente.

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. – 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, perseguono 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.

Scolorano così le doglianze di cui al V motivo d'appello, giacché l'indennità restitutoria disposta dall'Autorità, ben lungi dall'esser irrazionale o arbitraria, è il metodo più efficace per rimborsare gli utenti ed il meno afflittivo, come meglio si dirà *infra*, per gli operatori (al fine di non esporli a liti giudiziarie infinite di tipo risarcitorio).

6.2. – 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 d'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 o perlopiù 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), in quanto essa 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 o conformativi spettanti alle ANR). 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 a 28 giorni.

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, nell'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 vero e proprio potere sanzionatorio, ma ha attivato il rimedio generale posto dalla legge (dunque, tutt’altro che privo di base normativa) sull’ordinamento delle Autorità di regolazione. Tal rimedio indennitario, infatti e che per sua natura s’attaglia alla situazione cui intende por 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 ANR e, in particolare, trova il suo fondamento nella necessità di 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 e 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 da 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 d’evitare che la scelta unilaterale degli operatori di telefonia (sul piano della trasparenza, della conoscibilità dei costi del servizio, della buona fede contrattuale e del buon andamento del servizio) incida senza controllo sulla sfera giuridica degli utenti.

Questi ultimi, in mercati regolati come quello in esame, sono soggetti che tengono condotte di c.d. “apatia” solo in apparenza razionale, cioè 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’inesco 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 conguaglio (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, com'è appunto quello scaturito nella specie dalla complessa vicenda all'esame del Collegio (che, pur riguardando un indennizzo non a domanda, concerne un caso che non è predeterminabile, risolto in fondo con una sorta di reintegrazione in forma specifica mirante ad eliminare *in toto* il pregiudizio subito dagli utenti e quindi non necessitante di alcuna prederminazione di criteri).

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. Essa invero si riconnette direttamente (come ben s'evince dalla locuzione «*determinando altresì*») agli esiti del controllo, il quale costituisce il potere *oggetto principale* di tal norma. Sicché tal predeterminazione non è esclusa in assoluto, ma si rende necessaria le quante volte si tratti di forme d'indennizzo che non si traducano nel mero riequilibrio della situazione patrimoniale alterata per effetto dell'esercizio di scelte unilaterali dei gestori, quando queste si palesino non conformi al canone di trasparenza. E tal necessità, che si ravvisa, p. es., nel caso in cui l'indennizzo, per la sua parzialità e per il suo carattere forfetario, si cumuli al risarcimento, non si ha nel caso di specie, ove proprio la decisione dell'Autorità in sostanza finisce per escludere, *nello stesso interesse dei gestori* e per la logica che la muove (e per la portata e l'efficacia che le si deve riconoscere), l'attivazione di giudizi risarcitori, che si potranno far valere innanzi all'AGO.

6.3. – Non dura fatica il Collegio a prender atto che, 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 di 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 l'atto di regolazione aveva già stabilito, senza con ciò sovrapporsi a quest'ultimo.

Per contro, non v'è alcuna ragione di leggere la novella ex DL 148/2017 con una specie, spuria, di ragionamento *a contrario* o, peggio, come un annullamento *ex tunc* di quanto fatto dall'Autorità fin a quel momento. La novella ex DL 148/2017 è solo quel che s'appalesa dall'interpretazione testuale delle sue disposizioni, ossia una norma che definisce *erga omnes* e, soprattutto, al di fuori della lite in esame il sistema di fatturazione per tutti i servizi di TLC. Ma non si tratta certo né della conferma della carenza di potere dell'Autorità in materia, né tampoco d'una sorta di “sanatoria” della delibera n. 121. Al più detta novella ha avuto l'evidente scopo d'estendere, *recte*, di rammentare 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 delibera preesistente. Né si può inferire dalla novella

la dedotta assenza d'un potere regolatorio originario dell'AGCOM sugli effetti nocivi della cadenza della fatturazione dei servizi di telefonia a 28 giorni. Invero, non appaiono così coinvolti nella specie grandi principi di diritto amministrativo, che la norma primaria non ha mai inteso intaccare e, per quanto consta al Collegio, neppure quello del «*tempus recit actum*». Non è chi non colga l'*eadem ratio* dei provvedimenti e della citata norma primaria a tutela della trasparenza e del diritto all'accesso pieno e immediato 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'annullamento, non 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 scadenze 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. 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.

Il Collegio è fermo nel ribadire come l'apparente successione di norme nel tempo imponga, per un verso, di leggere ciascuna di essa nel proprio contesto e secondo le rispettive origini e *rationes* e, per altro verso, di non intendere l'identità di scopi come sovrapposizione tra le due fonti. È ben vero che, lo dice lo stesso TAR, che l'art. 19-quinquiesdecies la norma applicabile a far tempo dal 6 dicembre 2017 alla cadenza mensile di fatturazione, quantunque l'obbligo d'adeguamento scatti dal 5 aprile 2018. Ma ciò vale solo per tutti quei destinatari che, diversi dagli operatori di telefonia fissa coinvolti già nel procedimento regolatorio e negli obblighi indennitari testé esaminati, sono estranei a tali vicende e non hanno goduto dell'adeguamento dei termini d'adempimento frutto di siffatta regolazione e dell'interlocuzione con l'Autorità. Essi terzi sono rispetto al complesso procedimento regolatorio inerente all'appellante ed agli altri operatori destinatari della delibera n. 121 e, pertanto, quest'ultimo *neque iuvat, neque nocet* e viceversa.

Da ciò discende l'irrilevanza della simultanea applicazione della delibera n. 121 e del DL 148/2017, poiché si tratta d'una simultaneità meramente temporale, non funzionale: a ciascuno il suo.

6.4. – Col quarto motivo, l'appellante principale lamenta 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 nibilo*, 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 indennitaria.

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. 113/98/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. 9/17/DTC (avviso d'avvio del procedimento ingiuntivo per inadempimento della delibera n. 121), 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 conclusivo.

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, di talché, 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.

Poiché la rateazione delle misure indennitarie fu prevista fin dalla delibera n. 269, è onere specifico dell'appellante richiederlo all'Autorità, invece di farlo constare in questa sede.

6.5. – In tal caso, non ha gran senso la doglianza attorea sull'obbligo, per l'Autorità, d'individuare modi meno afflittivi e più proporzionati al risultato da conseguire, poiché la misura indennitaria fu quella più idonea a garantire la restituzione dei giorni “erosi”.

È solo da soggiungere che, a fronte della misura cautelare del TAR, non v'è alcun interesse, in capo all'appellante, di dolersi perché, seppur non obbligata, l'Autorità stessa ha voluto emendare anche i vizi della delibera n. 113/18. Parimenti inammissibile è la censura sull'assenza delle ragioni di straordinaria necessità e urgenza per l'esercizio del potere presidenziale per mezzo del decreto n. 9/18, essendo questo stato poi ratificato dal Consiglio, onde tal ultimo provvedimento ha impresso l'assetto agli interessi controversi sul punto. Va respinta poi la doglianza sulla consumazione della potestà sanzionatoria in base alla delibera n. 500/17/CONS, in quanto le misure indennitarie e le modalità restitutorie sono

ontologicamente distinte da siffatta sanzione pecuniaria e, quindi, le une non sono il doppio dell'altra.

Del pari da rigettare è, a causa della sua manifesta infondatezza, la questione sulla fissazione al 31 dicembre 2008 del termine per adempiere alla misura restitutoria, essendo quest'ultimo quello più recente tra tutti quelli finora inutilmente assegnati all'appellante per adempiere. Va così assorbito il motivo sulla soppressione del termine d'adempimento (fissato in origine dalla delibera n. 113) e disposta allo stato degli atti dal decreto n. 9/18/PRES senza indicazione del nuovo termine, essendo stata tal questione superata ormai dagli eventi.

Infine, poiché l'Autorità ha statuito soltanto misure indennitarie e non sanzioni propriamente dette, è priva di pregio la pretesa attorea, laddove asserisce che l'AGCOM stessa non avrebbe potuto statuire finché il Consiglio di Stato non avesse giudicato sull'appello contro il rigetto del gravame sulla delibera n. 121/17/CONS. Per vero, la sentenza (di rigetto) del TAR sul punto non risulta sospesa, mentre l'appellante sarebbe potuta esser parte diligente e chiedere la trattazione congiunta di quello col presente appello.

6.6. – 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, I 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 realizzato 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”.

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, va ribadito che l'intervento dell'Autorità, per le sue caratteristiche, ben si può reputare spendibile, se del caso, avanti 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'AGO ed in sostanza svuotandolo ogni significato (con indubbi vantaggi per le certezze del mercato).

7. – Lamenta ancora l'appellante l'indebita declaratoria d'improcedibilità di tutti i motivi (salvo l'XI), proposti con il gravame introduttivo di primo grado contro la delibera n. 500/17/CONS, così disposta dal TAR sull'erroneo presupposto che tal delibera fosse stata revocata e sostituita dalla delibera n. 113/18/CONS: nella prospettazione attorea, tal sostituzione riguardò solo la diffida originariamente impartita dalla delibera n. 500.

Dal che il vizio d'omessa pronuncia, concernente sia le parti di tal delibera. che costituirono il presupposto del predetto obbligo restitutorio (cfr. § 2.2 della sentenza) e la necessità di riformare la sentenza stessa ai §§ 8 e 16 (in tutte le parti in cui fu dedotta l'illegittimità derivata dai vizi della delibera n. 500), sia i motivi dall'XI al XVII del gravame introduttivo in primo grado (nelle parti che ebbero ad oggetto la lesione del diritto degli utenti ad un'informazione adeguata; la carenza assoluta di potere e l'invasione da parte dell'AGCOM della sfera di attribuzione di altro potere dello Stato; la carenza d'istruttoria, la contraddittorietà e perplessità; il difetto d'istruttoria e di motivazione e la violazione della novella recata dall'art. 19-quinquiesdecies del DL 148/2017 al DL 7/2007; l'irragionevolezza e la disparità di trattamento).

Il motivo è pretestuoso.

La serena lettura della delibera n. 113/18/CONS porta il Collegio a concludere che: a) solo in apparenza detta delibera abbia revocato la sola diffida contenuta nella delibera n. 500, mantenendo tutto il resto; b) in realtà la delibera n. 113 ha inteso adempiere al *decisum* cautelare del TAR e, al contempo, di fornire adeguata protezione agli utenti, disponendo una modalità indennitaria del tutto nuova e non assimilabile a quella posta dalla delibera n. 500; c) il TAR ritenne tal nuovo metodo più equilibrato ed attento alle esigenze degli operatori rispetto al mero storno finanziario stabilito dalla delibera n. 500; d) i tre impegni assunti da Fastweb si sono rilevati in parte meramente attuativi dell'obbligo di fatturazione a cadenza mensile, in parte una dichiarazione di intenti preordinata non già ad indennizzare i clienti per i giorni "erosi", bensì a far loro risparmiare le spese, al fine di migliorare le condizioni di concorrenza ed a rimuovere le conseguenze anticompetitive della misura illegittima; e) la delibera n. 500 reputò i tre impegni inammissibili ed insufficienti. Il Collegio, che condivide la sostanziale inutilità di tali impegni —che non appaiono rinnovati o modificati in esito alla delibera n. 113—, reputa l'assetto recato da quest'ultima ed il nuovo termine per adempiere del tutto nuovo ed incompatibile con quello recato dalla delibera n. 500. Sicché reputa corretta la citata declaratoria, da parte del TAR, dei motivi del gravame introduttivo di primo grado testé richiamati.

È solo da soggiungere, quanto ai predetti motivi ed a tutto concedere, che in loro risposta valgono le considerazioni fin qui esaminate dal Collegio, concernendo essi appunto la carenza del potere della Autorità, la violazione dei termini introdotti dal ripetuto art. 19-quinquiesdecies, dei profili del contraddittorio procedimentale (in particolare, sui tre impegni *de quibus*) e sull'illegittimità della sanzione pecuniaria per erronea applicazione del massimo edittale previsto da norma sopravvenuta (questione risolta dal TAR e di cui meglio si vedrà *infra*). Resta così assorbito tutto

il IX motivo d'appello, anche nella parte in cui ci si duole dell'illegittimità in via derivata dalla delibera n. 500 nei tre atti per motivi aggiunti, nonché degli atti antecedenti al decreto n. 9/18/PRES ed alla delibera n. 269/18/CONS, in varia guisa respinti coi precedenti paragrafi della presente sentenza.

L'appellante replica le questioni sugli impegni, in forza del X motivo d'appello, che tuttavia sono del tutto prive di pregio per evidente loro elusività rispetto al cuore della questione controversa, cioè l'indennità ed il termine per l'adempimento di essa, cui ancora adesso l'appellante tenta di sfuggire, donde l'assorbimento anche di questo motivo perché nulla apporta di decisivo a confutazione della motivazione fin qui resa.

8. – 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.

8.1. – 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.

8.2. – 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. Ma 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, rettamente 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.

8.3. – L'appellante principale, a sua volta, si duole (X motivo del gravame introduttivo di primo grado, in particolare pag. 43 e ss.), riproducendone in appello la censura, che l'Autorità non volle tener conto, nell'irrogare la sanzione nel massimo edittale, in primo luogo la circostanza che essa fu l'unico operatore di telefonia che formulò una proposta di impegni, che attuò le misure specifiche ivi contemplate allo scopo di eliminare l'asserito danno (e ciò indipendentemente dal rigetto di detti impegni da parte dell'AGCOM) e non lese il diritto degli utenti a una corretta informazione (specie con riguardo alla pubblicazione nelle fatture destinate all'utenza dell'equivalente su base mensile del corrispettivo fatturato).

Non una di tali proposizioni è condivisibile.

Non la prima, perché, a parte la non plausibilità tecnica d'un assunto per cui il cambio della cadenza di fatturazione dal mese a 28 giorni fu immediata e molto problematico l'inverso (nonostante tutte le proroghe di fatto del relativo termine), i predetti impegni non furono seri né in linea con la tutela accordata dall'Autorità e con le correlate esigenze restitutorie e dissuasive, quindi, non sono adesso invocabili come attenuanti. Non la seconda, giacché l'appellante è stata tanto restia nel riportare la cadenza di fatturazione, da predicare un'interpretazione parimenti

implausibile del termine inserito nella novella ex art. 19-quinquiesdecies per gli altri operatori di TLC, tale da implicare addirittura un segmento temporale di non ripristino della cadenza mensile. Non la terza, in quanto la corretta informazione agli utenti non si sarebbe dovuta sostanziare se non nel richiamare la loro attenzione all'aumento in sé della tariffa, appalesandosi ogn'altra soluzione, compreso il cambio della predetta cadenza, in un metodo per sviare tal attenzione. Solora così la connessa censura, che adombra una disparità di trattamento, sull'impatto paritario della sanzione nel massimo edittale verso tutti gli operatori (al di là, quindi del differente fatturato d'ognuno di essi) ed alla condotta di Fastweb per elidere o attutire le conseguenze dell'illecito. In realtà, tal condotta non è stata così idonea come la descrive l'appellante, per le ragioni accennate fin qui. Pertanto, se è ben vero il principio d'adeguatezza che deve guidare il calcolo del *quantum* della sanzione, affinché quest'ultima svolga un'efficace funzione deterrente essa va parametrata sì al fatturato, ma pure al pregiudizio arrecato ai consumatori in termini di diffusione verso tutta la platea degli utenti dell'appellante, nonché del tempo in cui esso s'è protratto. Ebbene, l'egual misura di tal sanzione per tutti gli operatori, esclusa ogni seria attenuante nella condotta, non appare irrazionale, poiché essi hanno realizzato insieme e con le stesse intensità e durata l'illecito sanzionato.

9. – 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 9798/2018 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