

N. 01368/2020REG.PROV.COLL.

N. 09600/2018 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 9600/2018, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla Wind Tre s.p.a. a socio unico, corrente in Rho (MI), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Angelo Raffaele Cassano, Marcello Clarich, Isabella Perego, Gian Michele Roberti, Marco Serpone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Roma, v.le Liegi n. 32 (Studio Clarich),

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,
– 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 e – 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,

per la riforma

A) col ricorso introduttivo, del dispositivo di sentenza del TAR Lazio, sez. III, n. 11303/2018, resa tra le parti e concernente la delibera AGCOM n. 497/17/CONS del 19 dicembre 2017;

B) con l'atto per motivi aggiunti (e con l'appello incidentale depositato da AGCOM il 15 marzo 2019), della sentenza del TAR Lazio, sez. III, n. 231/2019, resa tra le parti e concernente la citata delibera AGCOM e gli atti connessi;

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 Clarich, Roberti, Cassano, Perego, 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 Wind Tre s.p.a. a socio unico, corrente in Rho (MI) 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 Wind Tre s.p.a. si gravò innanzi al TAR Lazio, col ricorso NRG 4119/2017, 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. modif. dalla l. 4 dicembre 2017 n. 172), introducendo talune novelle all'art. 1 del DL 31 gennaio 2007 n. 7 (conv. modif. dalla l. 2 aprile 2007 n. 40).

In particolare, il nuovo art. 1, co. 1 del DL 7/2007 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'(AGCOM) ... applicando l'articolo 98, comma 16... (CCE)... L'inottemperanza agli ordini impartiti ai sensi del comma 1-quinquies è sanzionata applicando l'articolo 98, comma 11, del medesimo codice...»*.

.1. – L'adito TAR, con sentenza n. 5313 del 14 maggio 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 la Wind Tre s.p.a. s'è appellata col ricorso NRG 7533/2018, tuttora pendente.

3.2. – Con la delibera n. 497/17/CONS, l'Autorità ritenne d'aver accertato che Wind Tre s.p.a. non avesse ottemperato alle prescrizioni stabilite dalla delibera n. 121/17/CONS.

Sicché l'Autorità anzitutto irrogò alla Wind Tre 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 6/17/DTC, detta Società ha nuovamente adito il TAR Lazio, con il ricorso NRG 631/2018, deducendo sette articolati gruppi di censure. Nelle more di tal giudizio, il TAR ha accolto la domanda cautelare, con l'ordinanza n. 791 del 12 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. 115/18/CONS del 1° marzo 2018, con la quale l'AGCOM ha revocato la precedente delibera n. 497 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. 115 è stata a sua volta gravata dalla Wind Tre s.p.a. con l'atto per motivi aggiunti depositato il 16 marzo 2018.

Col secondo atto per motivi aggiunti del 29 marzo 2018, la ricorrente ha integrato l'impugnazione della già gravata delibera n. 115, proponendo ulteriori censure e domanda cautelare, Col terzo atto per motivi aggiunti, depositato il 14 maggio 2018, la Società ricorrente ha ulteriormente dedotto nei confronti della delibera n. 115. La ricorrente ha poi depositato, in data 21 giugno 2018, un quarto atto per motivi aggiunti, con cui s'è gravata contro 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 Wind Tre, un nuovo termine per l'adempimento agli obblighi di cui alle delibere nn. 112/18/CONS e seguenti, tra cui la n. 115/18/CONS. Anche contro tal statuizione la Wind Tre, in data 4 ottobre 2018, ha depositato un quinto atto per motivi aggiunti, deducendo vari profili di censura, in parte simili a quelli degli atti precedenti e in parte incentrati sul difetto di motivazione del differimento del predetto termine al 31 dicembre 2018, basato sul generico ed inconferente accenno alla struttura aziendale attorea e non tenendo conto delle osservazioni formulate dalla ricorrente all'Autorità.

4. – Con dispositivo n. 11303 del 21 novembre 2018, l'adito TAR ha dichiarato il ricorso della Wind Tre 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. 231 dell'8 gennaio 2019, l'adito TAR ha pubblicato la motivazione sulla vicenda 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:

1a) – l'impossibilità di ricondurre il potere restitutorio o indennitario esercitato dall'Autorità, prima dell'entrata in vigore dell'art. 19-quinquiesdecies del DL 148/2017, all'art. 2, co. 20, lett. d) della l. 14 novembre 1995 n. 481 (e men che mai alla potestà, colà prevista, di far cessare condotte illecite), in quanto tali poteri non hanno valenza atipica e innominata e, al più, si sarebbero potuti sostanziare in un ordine di cessazione della condotta illecita e non nella prescrizione di condotte risarcitorie o riparatrici del fatto illecito (attinenti a diversa sfera legislativa e

procedimentale), sicché il rimedio indennitario ex l. 481/1995, oltretutto ontologicamente diverso da istituti affini ma ispirati ad un'altra logica (il rimborso, la restituzione o il risarcimento, i quali sono diretti a ripristinare la situazione antecedente al pregiudizio patito dall'interessato), va commisurato, come d'altronde detta Autorità finora ha statuito, ai principi di conoscibilità, predeterminazione, proporzionalità, adeguatezza ed equità (affinché le relative misure riflettano al giusto la gravità del pregiudizio arrecato), principi, però, disattesi nel caso in esame (infatti, la delibera n. 121/2017 non richiamò il citato art. 2, co. 20, lett. d e neppure dettò alcun obbligo d'indennizzo in caso d'inottemperanza alle sue disposizioni, né stabilisce i parametri di calcolo dell'indennizzo; tali parametri non furono fissati neanche nelle delibere n. 497/2017 e n. 115/2018, recante le sanzioni per l'inosservanza della delibera regolatoria; il parametro dei c.d. giorni "erosi" fu individuato, peraltro in modo poco chiaro, soltanto nel corso del giudizio avanti al TAR e senza alcun contraddittorio con gli operatori);

1b) – l'impossibilità nella specie di riconoscere alcun potere implicito in capo a detta Autorità (ché il principio di legalità impone la predeterminazione del potere e dei casi in cui esso sia esercitabile), né tampoco un'autonoma sua capacità di *public enforcement* (tant'è che l'art. 98, co. 16 CCE, pur richiamato dall'AGCOM, prevede sanzioni e non obblighi restitutori a carico degli operatori, al più ottenibili dagli interessati previa azione giudiziaria o, al limite, davanti alla stessa Autorità nelle sue sedi sostanziale paracontenziose, ma in modo automatico o d'ufficio) e ancor meno, in generale, alcuna differenza tra storno e restituzione dei giorni c.d. "erosi";

1c) – non aver colto il significato della doglianza sull'effetto caducante dell'art. 19-quinquiesdecies del DL 148/2017 —già entrato in vigore al momento in cui l'Autorità esercitò il proprio potere con la delibera n. 121/2017 (che perse così la sua efficacia)—, in quanto: a) quest'ultima non riguardò l'abolizione della cadenza

di fatturazione a 28 giorni, non valendo in senso contrario il richiamo del TAR alla sua sentenza n. 5313/2018 (perché anch'essa *sub judice*), né tampoco a quella sorta d'avvicendamento tra le due fonti (quella regolatoria e quella legislativa) nella disciplina della materia sulla cadenza mensile di fatturazione; b) quand'anche fosse, il DL 147/2018 ha determinato la (sopravvenuta) cessazione dell'efficacia della delibera n. 121 (e ciò si vede nella stessa sentenza n. 5313/2018, nonché nel medesimo art. 19-quinquiesdecies, laddove ove fissò un nuovo termine per l'adeguamento delle offerte di telefonia fissa, in coerenza con la restaurata cadenza mensile di fatturazione); c) resta ferma la carenza di potere dell'Autorità ad intimare l'obbligo restitutorio pure ai sensi della delibera n. 115/2018, irretita così d'illegittimità derivata dalla delibera n. 121/2017;

1d) – tal carenza, anzi, è dimostrata proprio dall'art. 19-quinquiesdecies, sicché l'AGCOM agì *ultra vires* ed in carenza di appropriata base giuridica, d'altronde non rinvenibile negli artt. 71 e 13, co. 4 e 6 CCE, né nell'art. 2, co. 12, lettere c), d), h) e l) della l. 481/1995, né nell'art. 1, co. 6, lett. b) n. 2) della l. 249/1997), né nella funzione di regolazione di settore, né nella portata precettiva degli atti di regolazione emanati dalle Autorità di garanzia (ed idonei a stabilire vincoli di conformazione *ex ante*) che pur sempre deve trovare nella legge la fonte attributiva del potere autoritativo ed i criteri di svolgimento della relativa attività;

1e) – non aver colto che la delibera è stata comunque adottata senza alcuna previa interlocuzione con gli operatori coinvolti, in violazione del principio del contraddittorio e, in ogni caso, vietando cicli di fatturazione diversi da quello mensile per ragioni di mancanza di trasparenza (tale da viziare le scelte del consumatore), l'Autorità di fatto ha prefigurato una pratica commerciale “scorretta”, incompatibile con i principi e la normativa consumeristica;

1f) – non aver tenuto conto di come il regime introdotto dall'Autorità con la delibera n. 121: a) abbia inciso direttamente, prima al riguardo intervenisse il citato

art. 19-quinquiesdecies, sul *jus variandi* relativo alla cadenza di fatturazione o di rinnovo delle offerte, con ciò inibendo durate diverse dai minimi regolamentari, senza considerare che il diritto UE avesse voluto valorizzare la libertà degli operatori del settore; b) non presenti alcun collegamento con l'affermata finalità di dar tutela agli utenti la trasparenza e la comparazione nelle condizioni economiche dell'offerta dei servizi di TLC, giacché in realtà si configura come un intervento di normalizzazione delle prassi commerciali e sul punto, anzi, l'Autorità non ha mai chiarito perché il regime di trasparenza informativa, già dettato subito prima con la delibera n. 252/2016/CONS (che ammise la cadenza di fatturazione a 28 giorni), non fosse sufficiente a garantire tali obiettivi;

1g) – non aver considerato come che l'obbligo di storno recato dalla delibera n. 115/2018 non trovi affatto il suo presupposto nelle prescrizioni di cui alla delibera n. 121/2017 (che, lungi dal conferire all'Autorità il potere d'introdurre una regola di *restitutio in integrum* a favore degli utenti, pose solo regole per garantire la trasparenza e la comparabilità delle condizioni economiche delle offerte di telefonia) e, in realtà, detto storno si basa su una errata interpretazione, da parte di detta delibera n. 115, del contenuto dispositivo e della parte motiva della delibera n. 121/2017 —tant'è che il TAR neppure motiva su tal aspetto—, né quest'ultima prese mai partito sulle tariffe in sé;

2a) – aver equivocato sulla censura di violazione del principio di contraddittorio procedimentale, in quanto in realtà l'odierna appellante contestò, senza che il TAR se ne diede per inteso, come mai l'inosservanza alla delibera n. 121/2017 potesse tradursi nell'imposizione di un obbligo di storno (né tantomeno son mai state ipotizzate le relative modalità di calcolo), visto che la nota AGCOM n. 6/2017/DTC si limitò a render nota a detta Società la violazione dell'art. 3, co. 10, della delibera n. 121 anticipandole solo la possibile irrogazione d'una sanzione pecuniaria ai sensi dell'art. 98, co. 16 CCE, onde la delibera n. 115/2018 CONS è

stata adottata senza che sia stata esperita alcun'ulteriore attività procedimentale, neppure sulla complessità tecnica ed il tempo occorrente per realizzare tale storno e fermo restando che tal omesso contraddittorio, condizione di legittimità di detta delibera, non sarebbe stato certo sanato a seguito di quello processuale nella causa *inter partes* avanti al TAR Lazio (anzi, la giurisprudenza ha chiarito che: le garanzie partecipative vanno assicurate non solo in astratto, bensì in concreto; ogni qualvolta l'interessato sia stato avvisato d'un procedimento che lo concerne, dev'esser posto realmente nella condizione d'esternare le proprie osservazioni; siffatto contraddittorio va garantito in misura ancora più accentuata nei procedimenti sanzionatori, in linea con l'art. 6 CEDU e l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, ogni omissione al riguardo essendo insanabile *ex post*);

2b) – la reiterazione di tal omissione procedimentale anche con riguardo alla delibera AGCOM n. 9/2018/CONS, ove la successiva interlocuzione procedimentale ha avuto ad oggetto solo il termine di esecuzione dell'obbligo di storno e non anche l'*an* della misura, mentre il contraddittorio sarebbe stato tanto più necessario perché il meccanismo di storno in esame, al di là d'ogni questione circa l'inesistenza d'alcuna base legislativa della misura, era ed è tuttora suscettibile d'incidere in modo assai gravoso sulla sfera soggettiva dell'appellante e sugli stessi suoi equilibri finanziari e contabili;

2c) – l'impossibilità di sanare siffatta omissione sul presupposto, invece evocato dal TAR, secondo cui, rideterminando le modalità d'adempimento all'obbligo restitutorio, l'Autorità avrebbe tenuto conto delle istanze degli operatori incisi dalla misura, poiché la delibera n. 115 si basa sull'asserita differenza tra storno in denaro e recupero dei giorni "erosi" (in realtà, cose praticamente identiche e parimenti fonte d'una perdita economica in capo all'impresa);

3) – replicando acriticamente gli assunti dell'Autorità, l'insussistenza materiale di giorni "erosi" (e men che mai risarcibili), nonché dei presupposti, di fatto e di

diritto, del relativo obbligo restitutorio disposto dalle delibere impugnate, in quanto: a) la delibera n. 121/2017 disciplinava solo la cadenza di fatturazione del servizio e certo non i suoi prezzi; b) a tutto concedere, cioè se la cadenza mensile di fatturazione fosse stata anche subito ottemperata, comunque ciascun cliente avrebbe ricevuto fatture a cadenza mensile (anziché quadrisettimanale), le quali avrebbero incorporato il costo del servizio per il 29°, il 30° ed il 31° giorno del mese fatturato sempre in base al prezzo stabilito; c) è logico e coerente con la natura stessa del contratto di telefonia (rapporto di somministrazione di durata) che la variazione della cadenza di fatturazione, in aumento o in diminuzione, non incide sul prezzo reale del servizio; d) la ritardata ottemperanza alla delibera n. 121/2017 non solo non ha inciso sulla spesa effettiva sopportata dal cliente, ma soprattutto non ha determinato, a favore della stessa appellante, alcun'indebita percezione di somme (da cui scaturisce l'obbligo restitutorio), percezione che si sarebbe potuta determinare quando un operatore avesse fatturato al cliente o un servizio mai somministrato, o un servizio ad un prezzo superiore a quello in realtà applicabile, ossia due comportamenti mai realizzati da detta Società; e) il servizio è erogato alla clientela, in costanza di rapporto, su base continuativa e la circostanza che tal prestazione sia fatturata ogni 28 giorni o a mese, non implica affatto che al cliente siano addebitati in fattura giorni di servizio in effetti non erogati; f) la lettura della delibera n. 121, che vada oltre alla fissazione d'un regime consumeristico finalizzato a garantire trasparenza e comparabilità delle offerte commerciali e voglia vedervi pure un regime che incide sui e vincola i prezzi delle offerte, si pone in contrasto con le disposizioni, procedurali e sostanziali, del Nuovo Quadro Regolamentare europeo in materia di misure *ex ante* di *retail price regulation* e va indebitamente ad interferire sulle dinamiche imprenditoriali e negoziali di formazione dei prezzi (appalesandosi con ciò priva di logica economico-giuridica);

4) – aver l’Autorità eluso i *decisa* cautelari resi in primo grado, perché: a), diversamente da quel che il TAR dice, la delibera n. 115/2018/CONS, modificando le modalità di restituzione agli utenti dei giorni “erosi”, non è stata una misura esecutiva dell’ordinanza n. 719/2018, ma ha introdotto un metodo di restituzione sì nuovo (peraltro non richiesto dall’ordinanza, che al più avrebbe imposto all’Autorità di rinviare ogni iniziativa sulla restituzione di somme e d’attendere la pronuncia di merito), ma affetto dagli stessi vizi dedotti già col ricorso introduttivo nei confronti della delibera 497/2017 (in pratica, si tratta di fornire ai clienti taluni giorni di servizio a “costo zero”); b) siffatta elusione s’è verificata, dopo l’emanazione del decreto cautelare monocratico n. 1782/2018 — che ha accertato nel comportamento del TAR l’assenza d’ogni interlocuzione cogli operatori—, col decreto n. 9/18/PRES, il quale ha riconosciuto la necessità d’acquire le osservazioni degli operatori e delle associazioni consumeristiche, ma sul solo profilo dei tempi per l’adempimento alle diffide, onde in tal modo l’AGCOM ha replicato tal quale l’omissione della garanzia procedimentale;

5) – non aver colto l’incongruenza del termine (31 dicembre 2018) stabilito dall’AGCOM (delibera n. 269/2018/CONS) ai fini della completa restituzione dei giorni “erosi” a tutti gli utenti (sebbene con facoltà per gli operatori di frazionare l’adempimento su più fatture, nonché proporre ai singoli interessati soluzioni di compensazione alternative), giacché l’Autorità ha sì riconosciuto che detto adempimento sarebbe potuto esser impegnativo per gli operatori coinvolti, ma ha considerato pure il lungo tempo ormai trascorso dagli illegittimi esborsi posti a carico degli utenti, i profitti maturati con la questione della diversa cadenza di fatturazione ed il rischio di comprimere ancora la libertà di scelta degli utenti stessi per l’eventuale cambio di operatore (pregiudicando il buon funzionamento del mercato), ma si tratta di valutazioni non basate su un’adeguata istruttoria (inficiata comunque da una seria interlocuzione cogli operatori) e senza ponderare con

attenzione la dedotta complessità tecnica d'intervento su milioni di rapporti contrattuali con l'attribuzione dello storno:

6) – non aver colto, incappando in un'ipotesi seria di omessa concretezza ed effettività della tutela giurisdizionale, non avendo il TAR, per un verso, esaminato e risolto il profilo definitorio circa la natura della misura a favore degli utenti e del potere esercitato dall'AGCOM, misura, cioè, di volta in volta definita «*indennitaria*», «*lato sensu ripristinatoria*» (o talora «*riparatoria*») —sì da porre sullo stesso piano, ma indebitamente istituiti tra loro diversi, connotati da differenti presupposti—, come d'altronde sono i confini dei poteri esercitabili dall'Autorità nei due casi e come, peraltro non ebbe alcun fondamento obiettivo l'imposizione di un indennizzo/ripristino, profili, tutti, questi, non esaminati o giudicati in primo grado;

4.2. – L'appellante principale esprime infine la necessità d'un rinvio pregiudiziale ex art. 267 del TFUE, da parte di questo Consiglio –Giudice di ultima istanza–, su quanto disposto dall'AGCOM in contrasto con norme e principi fondamentali dell'ordinamento UE, ove residuasse un dubbio circa la corretta interpretazione delle disposizioni europee inerenti alla controversia, sottoponendo così alla CGUE i seguenti quesiti pregiudiziali:

1) se i principi di buona amministrazione, del contraddittorio e della tutela dei diritti della difesa, sanciti dall'art. 41 della Carta e dall'art. 6 CEDU, ostino all'intervento, nel campo della tutela del consumatore, di un'ANR che esercita le sue prerogative *inter alia* ai sensi dell'art. 3 della dir. n. 2002/21/CE quali quelle di cui alle citate delibere n. 497/17/CONS, n. 115/18/CONS, n. 9/18/PRES e n. 269/18/CONS, laddove in presenza di un'asserita violazione di regole di condotta imponga (a carico delle imprese ed a favore del consumatore) un obbligo di restituzione che si sostanzia in una prestazione patrimoniale imposta (in denaro, ovvero in natura), senza avere previamente informato e svolto alcuna

consultazione o contraddittorio con l'operatore interessato prima dell'adozione di un tale intervento;

2) se i principi di buona amministrazione, del contraddittorio e di tutela dei diritti della difesa, di cui all'art. 41 della Carta ed all'art. 6 CEDU (letti anche alla luce del principio generale della certezza del diritto), ostino ad un intervento di un'ANR nel campo della tutela del consumatore, quali quello di cui alle testé citate delibere dell'AGCOM n. 497/17/CONS, n. 115/18/CONS, n. 9/18/PRES e n. 269/18/CONS, che, in presenza di un'asserita violazione di regole di condotta, imponga (a carico delle imprese ed a favore del consumatore) l'obbligo restitutorio consistente in una prestazione patrimoniale imposta (in denaro o in natura), in una vicenda in cui, oltre a non aver ben individuato qual sia esattamente la condotta da cui origina tal obbligo, non determini l'entità del pregiudizio che il consumatore avrebbe sofferto dal per effetto di tale condotta, né dimostra l'esistenza di un nesso di causalità tra essa ed il pregiudizio medesimo.

4.3. – L'appellante principale ripropone infine le censure relative alla quantificazione della sanzione che l'Autorità le irrogò e che il TAR ha sì annullato, ma con riguardo, ad avviso di tal Società, della sola applicazione retroattiva del massimo edittale introdotto dall'art. 1, co. 43 della l. 4 agosto 2017 n. 124 (legge annuale per il mercato e la concorrenza).

L'appellante ribadisce adesso che l'Autorità abbia, comunque, applicato i criteri di quantificazione della sanzione in modo erroneamente rispetto all'art. 11 della l. 689/2981. In particolare deduce l'erroneità dell'assunto dell'Autorità:

I) – secondo il quale la trasparenza e la confrontabilità delle offerte ex art. 71 CCE debbano per forza implicare l'omogeneità o la standardizzazione dei cicli di fatturazione delle offerte (queste, a ben vedere, son trasparenti e confrontabili pur quando taluni dei loro elementi siano dissimili), in quanto la quasi totalità delle offerte di telefonia fissa dei vari operatori già da tempo s'era articolata in una

cadenza a 28 giorni (addirittura prima della delibera n. 121/17/CONS e, anzi, ciò le rendeva tutte trasparenti ed immediatamente comparabili), ferma l'indicazione, nei prospetti informativi su tutte le singole offerte di telefonia fissa a 28 giorni e pubblicati in un'apposita sezione del sito web aziendale, del prezzo della stessa offerta su base mensile;

II) – secondo il quale detta Società non avrebbe adottato alcuna misura correttiva e si sarebbe limitata a confermare la correttezza del proprio operato, non tenendo conto invece, delle misure di trasparenza e completezza informativa, a suo avviso idonee a consentire alla generalità degli utenti di comparare le offerte;

III) – per cui detta Società avrebbe ben potuto osservare prontamente gli obblighi previsti da detta delibera n. 121 (grazie anche alla congruità del termine per adeguare le proprie offerte), mentre l'Autorità non considerò come i 90 giorni all'uopo assegnati non fossero sufficienti per riadeguare le offerte alla cadenza di fatturazione su base mensile (o dei suoi multipli) e ciò il TAR ben avrebbe dovuto valutare ai fini dell'applicazione d'una sanzione commisurata alla personalità dell'agente:

IV) – circa le condizioni economiche dell'appellante (fatturato netto da essa realizzato nell'esercizio 2016, pari a € 6,491 mln) per determinare il *quantum* di siffatta sanzione, in realtà discriminatoria e sproporzionata se poi la sanzione irrogata (pari a € 1.160.000,00) fu identica a quella applicata alla TIM (il fatturato fu di ca. € 1,9 mld).

4.4. – L'Autorità inoltre propone a sua volta gravame incidentale contro la sentenza n. 231/2019, 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 applicò l'art. 98, co. 16 CCE

(richiamato dall'art. 8 della delibera n. 252/16/ CONS), che fu modificato sì dall'art. 1, co. 43 della l. 124/2017, ma a far tempo dal 29 agosto 2017; b) tale novella riguardò l'importo del massimo edittale della sanzione prevista, applicato nel caso di specie, che fu 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 dall'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).

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.

4.5. – 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.

Quest'ultimo è però infondato e va disatteso, ché non uno degli argomenti dedotti resiste all'esatta, quantunque sbrigativa, ricostruzione della *res controversa* operata dal TAR. Tutto ciò suggerisce al Collegio d'integrare, con talune precisazioni, la

motivazione del rigetto della pretesa azionata, pure al fine di rispondere alle osservazioni svolte dalla Società appellante nel sesto motivo del ricorso in epigrafe.

5.1. – Tuttavia, una precisazione preliminare è d’obbligo e s’incentra appunto sull’“eccentricità” della scelta, comune a tutti i principali operatori di telefonia, verso una fatturazione dei servizi erogati con cadenza a 28 giorni, anziché, com’è sempre stato e lo è comunque dell’entrata in vigore della novella recata dall’art. 19-quinquiesdecies del DL 148/2017.

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

Ebbene, definire come eccentrica la scelta, in apparenza *ex abrupto* ed in realtà dissimulativa d'un aumento tariffario, della cadenza a 28 giorni, non solo è la ragione che mosse la citata delibera n. 121, ma evidenzia i due aspetti eversivi di tal scelta dal sistema: 1) il richiamo a una cadenza temporale estranea, se non contraria agli usi commerciali inveterati *ab immemorabili*; 2) il tentativo di detti operatori di forzare il sistema dell'autonomia tariffaria eludendo gli obblighi di cui all'art. 70, co. 4, II per. ed all'art. 71, co. 1 CCE per dissimulare l'aumento tariffario e renderlo poco o nient'affatto intelligibile ai consumatori, in contrario avviso alla regola di trasparenza stabilita ai fini dell'esatta definizione delle regole del rapporto e della comparabilità di esse con quelle di altri operatori, non a caso tutti d'accordo sul punto.

Si potrebbe ipotizzare che questa scelta sia anche un'intesa restrittiva, oltre che una pratica scorretta (cfr. provvedimento AGCM del 21 dicembre 2016), posto che scaturì dalla denunciata (da AGCOM ad AGCM) situazione di anomalia per cui tutti i principali operatori nel settore della telefonia fissa e mobile erano passati, contemporaneamente, a cicli di fatturazione calcolati su 28 giorni. Ma quel che qui rileva è che essa s'appalesa sleale, non solo perché indusse l'utente, grazie allo scarto apparente piccolo 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, mercé ed a causa della contrazione della periodicità di tariffazione, il gestore telefonico impone, nel corso di un anno, il pagamento del corrispettivo per 13, anziché per 12 volte. Né basta: la scelta a 28 giorni limitò drasticamente la possibilità di reperire offerte basate su termini temporali mensili e rese difficoltoso, se non inutile, l'esercizio del diritto di recesso, non essendo più reperibili sul mercato alternative diverse da quella così adottata. L'anomalia era

legata al riscontro, da parte degli utenti, di un aumento dei prezzi delle tariffe telefoniche con modalità non trasparenti in seguito alla nuova e contemporanea rimodulazione dell'offerta. In tal senso, il principio di trasparenza ex art. 71, co. 1, I per. CCE serve ad evitare atteggiamenti oscuri ed a garantire la buona fede nei rapporti tra operatori e clientela, intesa come obbligo di celere informazione e divieto di pretermettere gli altrui ragioni e affidamenti in modo irreversibile. Dal che la ravvisata necessità non solo d'inibire forme stravaganti o eccentriche di fatturazione (con 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 ha gran senso allora l'assunto attoreo secondo il quale, avendo l'Autorità così operato su detta cadenza, si sarebbe ingerita direttamente nel *jus variandi*, con riguardo alla durata di fatturazione (o rinnovo delle offerte), inibendo durate con cadenza diversa dai minimi regolamentari, Ciò sarebbe in violazione dell'art. 70, co. 4 CCE, che attua l'art. 20, § 2) della dir. n. 2002/22/CE, il quale, a sua volta, valorizza certo la libertà commerciale degli operatori del settore ed il loro diritto d'apportare ai contratti di durata variazioni unilaterali delle offerte commerciali. Tuttavia, dette norme non solo non legittimano pratiche commerciali scorrette, né intese restrittive della concorrenza, ma devono anche esser coordinate coi poteri regolatori delle ANR nei confronti di siffatti mercati sensibili.

Soccorre al riguardo, in primo luogo, l'art. 2, co. 20, lett. d) della l. 481/1995, il quale consente a tal 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 in sé automatico, cioè, senz'uopo di pregresse statuizioni che ne predefiniscano i casi d'applicazione.

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...*». Invero, per un verso, la trasparenza di cui al citato art. 71, co. 1 concerne la potestà dell'Autorità di «... *assicurare che le imprese che forniscono... servizi accessibili al pubblico di comunicazione elettronica pubblichino informazioni trasparenti, comparabili, adeguate e aggiornate in merito ai prezzi e alle tariffe vigenti... (e)... tali informazioni sono pubblicate in forma chiara, esaustiva e facilmente accessibile...*», ossia quel che dà contenuto ai poteri di cui al predetto art. 2, co. 12. Per altro verso, è irrilevante che non sia immediatamente chiaro il riferimento alla lett. d) di quest'ultima disposizione, poiché i predetti poteri sono e restano immanenti nell'ordinamento sezionale dell'AGCOM e son stati in concreto esercitati nella specie, onde l'omesso specifico richiamo di tal norma nelle impugnate delibere di per sé solo non ne è motivo d'illegittimità, né può esser inteso come suo ripudio nella motivazione delle tali delibere. e, per altro verso ancora, la garanzia dei livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione per ciascun utente implica che l'Autorità regoli quest'ultima in modo specifico ed unitario (egualitario) per detti utenti.

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)—, in primo luogo 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. Esiste altresì 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. Si deve allora evidenziare il concetto, visto che al riguardo v'è un fermo orientamento della Sezione e ciò serve a corroborare il principio di trasparenza ex art. 71, in virtù del quale, 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 un qualsiasi modo le scelte del consumatore, o a fuorviarle inquinando la sua libera scelta, detta pratica va ricondotta nella categoria delle pratiche scorrette (cfr. Cons. St., VI, 4 marzo 2013 n. 1259; id., 25 giugno 2019 n. 4359; id., 2 settembre 2019 n. 6033).

5.2. – Per quanto le violazioni dei diritti degli utenti (e le relative tutele) siano autonome rispetto alle vicende delle pratiche commerciali scorrette, l'intervento dell'Autorità, stante sia la contiguità logica tra tali due vicende che l'identità sostanziale 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, o predicare che, in fondo, tutte le offerte, quand'anche dissimili in alcuni loro aspetti, siano sempre tra di esse comparabili. Non è proprio così: una cosa è, per l'utente finale, l'aver avuto contezza d'una data pratica (poi rivelatasi scorretta), giacché la notizia d'una metodica nuova, che impinge direttamente su una cadenza usuale del tempo della fatturazione, non rende chi l'abbia ricevuta automaticamente e subito edotto di conferme o differenze rispetto al passato. Ben

altra cosa è offrire, secondo buona fede, ai propri clienti un insieme di serie e precise informazioni atte a far comprendere il contenuto vero della misura adottanda e consentire loro di coglierne di conseguenza tutte le sue eventuali *noctive* implicazioni.

Invero, il passaggio dalla fatturazione a cadenza mensile a quella a 28 giorni, sebbene annunciata dall'appellante alla sua clientela, determinò una violazione del principio di trasparenza, rendendo meno intelligibile l'effettivo costo del servizio. Tanto al fine d'impedire la percezione immediata dell'aumento della tariffa e, quindi, una libera valutazione delle offerte. Non basta allora asserire che, in fondo, il servizio fu sempre compiutamente offerto agli utenti e che, quindi, non vi sarebbe stato, né v'è tuttora il pregiudizio lamentato, che per l'Autorità fonda il citato obbligo di ristoro a favore della clientela. Ciò è materialmente vero, ma non è il punto della questione.

In disparte che effetto ripristinatorio e misura indennitaria discendono da siffatta violazione, nonché dal mancato ripristino della fatturazione a cadenza mensile, non è vero che la rideterminazione della cadenza di fatturazione, alla fin fine, 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 mise, né ancor oggi revoca in dubbio) non fu reso comprensibile e, anzi, fu espresso in modo da impedire l'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, pur se non lavoratori subordinati (ma soprattutto questi ultimi, che ricevono di norma la retribuzione a cadenza mensile e a data fissa), impostano il pagamento automatico dei loro conti telefonici con il sistema del RID bancario; d)

rese più complicato individuare il giorno esatto in cui ciascun rateo sarebbe venuto a scadere. Insomma, il cambio di passo temporale, riducendo a 28 giorni l'obbligo di pagamento dei servizi a carico di ciascun utente e mantenendo, ma soltanto in apparenza, lo stesso prezzo della fattura mensile, determinò invece l'aumento del costo dei servizi stessi pari a ca. l'8,6 %. Tal camuffamento s'appalesa tanto più rilevante, ai fini della responsabilità di tutti e di ciascun operatore, se si considera che, al contempo, tal dato non fu reso esplicito e che il simultaneo cambio di detta cadenza da parte di tutti gli operatori principali di telefonia non consentì nei fatti la possibilità di recesso.

Non dura fatica il Collegio a constatare che l'appellante d'aver debitamente comunicato il cambio di cadenza temporale di fatturazione. Ma essa non s'avvede, oltre che degli effetti peggiorativi di quest'ultimo, d'esser stata sleale coi suoi utenti, non avendo fatto presente l'aumento sostanziale della tariffa, né tampoco la contemporanea scelta di tutti gli operatori nel medesimo senso, così da blindare la propria clientela rispetto gli altri operatori di telefonia e viceversa.

Fallace è il tentativo dell'appellante di far constare 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 a lui erogato con la nuova tariffa (+ 8,6%), corrispondente sì (più o meno) alla precedente, ma solo per le prime quattro settimane di ciascun mese. Se l'appellante questo avesse detto, ciò non solo sarebbe stato in linea col *clare loqui* (prima manifestazione della trasparenza), ma soprattutto non avrebbe creato altri problemi d'interpretazione della fattura a tutti ed a ciascun cliente e, anzi, a questo punto sarebbe stato del tutto inutile il cambio di cadenza ed ogni

operatore non avrebbe falsato né il gioco della concorrenza, né questioni di trasparenza nella fatturazione.

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 e senza bisogno, pertanto, di coinvolgere pure il Codice del consumo.

5.3. – 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.

S'è già detto dell'art. 2, co. 12, lettere d) e h) della l. 481/1995. Va rammentato ora 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). Ma tutto questo accade sotto la guida degli organismi europei e della giurisprudenza della 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 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 puntiglioso fondamento nelle norme primarie (UE e nazionali) di settore, perseguano obiettivi comunque coerenti con quelli fissati in queste ultime, tali, cioè, da poterne costituire continuazione ideale. Esse, quindi e per il sol fatto di 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'UE—, danno vita a 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 (vale a dire irriducibili ed uniche, a causa della specificità tecnica propria ed esclusiva 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.

In particolare, non può esser condivisa la tesi attorea, corretta in linea di principio ma estranea ai fatti di causa, in base alla quale nella specie si sarebbe di fronte all'esercizio di potere sanzionatorio, con cui l'Autorità sanzionerebbe l'autore di un illecito amministrativo. Le relative statuizioni, ad effetti negativi e restrittivi, sarebbero comunque sottoposte ai principi, sostanziali e procedurali di cui al capo I della l. 689/1981, in particolare, a quelli di tassatività, determinatezza e irretroattività della fattispecie sanzionatoria, a loro volta corollari del principio di legalità. Per contro, ad avviso dell'appellante, lo storno imposto dapprima con la delibera n. 497/2017/CONS, poi modificato con la delibera n. 115/2018 si pone, per contro, al di fuori della logica sanzionatoria, attribuendo agli utenti un beneficio che dovrebbe piuttosto conseguire, eventualmente, allo svolgimento di una controversia davanti all'AGO.

Ebbene, conviene qui ricordare i tratti principali in teoria generale dell'istituto dell'indennità o indennizzo, avendo in definitiva l'Autorità esercitato, a giudizio del Collegio, un potere veramente 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 perlomeno 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 illecita di un bene protetto e, come dev'esser sanzionato applicando i predetti principi; 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. Sicché tal indennizzo ha una funzione di corrispettività o di carattere sostitutivo del bene che è stato trasferito.

Nel caso in esame, l'erogazione gratuita della prestazione (di natura *lato sensu* indennitaria) non fa che sostituire 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, mentre 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.

La Sezione precisò a suo tempo (cfr. Cons. St., VI, 1° ottobre 2014 n. 4874), con riguardo a detti poteri delle ANR, che comunque il rispetto del principio di legalità,

pur non imponendo la puntuale e rigida predeterminazione legale dell'*an* e del *quomodo* dell'attività di regolazione, richiede che sia indicato lo scopo che l'Autorità deve perseguire nell'esercizio concreto dell'attività stessa, oltre alla definizione, in funzione di garanzia, del contenuto e delle condizioni dell'esercizio dell'attività. A tal riguardo, nel caso in esame, il potere dell'AGCOM è nominato (è di natura inibitorio-conformativa ed indennitaria) ed è stato esercitato, nella sostanza 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) della l. 481/1995, 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 è proprio perché in base alla delibera n. 114/2017/CONS non s'atteggia più a mero rimborso, contempera le esigenze di ripristino della

fatturazione a cadenza mensile (il termine per il cui adempimento servendo a risolvere i problemi operativi di tal ripristino nei sistemi interni degli operatori di telefonia) con la refusione dei disagi subiti dagli utenti.

5.4. – Neppure si può inferire, come tenta l'appellante principale, il difetto di detti poteri dalla pur materialmente vera circostanza della novella introdotta al DL //2007 con l'art. 19-quinquiesdecies del DL 148/2017.

Dice al riguardo l'appellante principale che, solo in base a quest'ultima novella, fu espressamente attribuito all'AGCOM, in caso di accertata violazione all'obbligo di legge di fatturazione mensile, il potere di adottare, a seconda dei casi, misure tipicamente sia restitutorie (co. 1-quinquies: qualora la violazione si fosse tradotta in addebiti ingiustificati alla clientela) che indennitarie (co. 4-bis: se tale violazione non avesse comportato un tale addebito). Pure in questo caso la doglianza non ha pregio e va rigettata.

Il Collegio prende atto che, stavolta in modo espresso, l'art. 1, co. 1-quinquies del DL 7/2007, nel testo da ultimo novellato dal testé citato 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.

Pure in questo caso reputa opportuno il Collegio richiamare le (qui condivise) considerazioni che il TAR ha svolto per descrivere i rapporti tra la citata delibera n. 121 e l'art. 19-quinquiesdecies del DL 148/2017. Invero, 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 ai relativi operatori) la tutela per la violazione del principio di trasparenza all'erogazione degli altri servizi di TLC, unificandone il regime a quello scaturito dalle vicende contenziose.

Dice l'appellante che la doglianza, di cui al terzo motivo del I ricorso per motivi aggiunti avanti al TAR, attenesse non già al divieto sancito dall'AGCOM contro una cadenza di fatturazione diversa da quella mensile, bensì alla circostanza che, al momento (19 dicembre 2017, data di adozione della delibera n. 497/2017) in cui l'Autorità dispose la citata misura contro di essa per violazione della delibera n. 121/2017, fosse già in vigore il divieto per legge di fatturare su basi diverse dal mese o suoi multipli (6 dicembre 2017).

Qualunque cosa tutto ciò voglia significare, sfugge al Collegio la ragione dell'orientamento di detta Società, il quale, anzi, s'appalesa una vera fallacia argomentativa. Infatti, non è perspicuo, una volta ricostruito come sopra il complesso dei poteri regolatori dell'AGCOM, perché mai il legittimo intervento di quest'ultima fosse stato eliso dal citato art. 19-quinquiesdecies, peraltro con effetto retroattivo ed in violazione del principio *tempus regit actum*, visto che la delibera n. 497 ripeté la sua legittimazione dalla delibera n. 121, non annullata, né sospesa in sede giurisdizionale. Né basta: appare del tutto implausibile la lettura che l'appellante vuol dare al rapporto tra la delibera n. 121 e la sopravvenuta novella (che ha rango di fonte primaria), sotto i profili logico, fattuale e giuridico, poiché tra l'art. 19-quinquiesdecies e la delibera citata non v'è contrasto, il primo

condividendo con la seconda il suo contenuto essenziale e disponendo esso nei confronti di oggetti diversi da quelli di cui s'occupò quest'ultima.

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 per implicito inteso abrogare la (o derogato alla) citata e preesistente delibera. 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. Se in ultima analisi l'assunto attoreo è costruito al solo scopo d'affermare che, con la delibera n. 497/2017, non sia più operante il termine del 22 giugno 2017 per dare attuazione alla delibera n. 121/2017, allora non v'è (o non v'è più) interesse a sostenere tal ricostruzione, per l'evidente ragione che, grazie alla formazione progressiva della fattispecie regolatoria in contraddittorio con gli operatori di telefonia, tal termine fu superato da uno nuovo e disgiunto stabilito, per gli altri operatori di TLC coinvolti, dal ripetuto art. 19-quinquiesdecies.

Pertanto, 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. Esso rafforza 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. Né vale obiettare che, allo stato ed anche adesso, la delibera n. 121 sia *sub judice*, perché non solo essa, come s'è detto poc'anzi, non né annullata, né sospesa, ma soprattutto ogni questione su di essa non è introducibile nel presente giudizio, non avendo d'altronde l'appellante chiesto una trattazione congiunta della presente causa con l'appello da essa proposto contro la sentenza del TAR Lazio n. 5313/2017, con cui fu respinta l'impugnazione attorea contro tal delibera.

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*.

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. – L'appellante adombra poi la necessità, ai fini dell'imposizione dell'indennizzo (e con onere del cliente interessato), della previa diffida, 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, ché il ripristino dello *statu quo ante* consiste pure nella riparazione degli effetti pregiudizievoli.

E tutto ciò ad un unico fine, ossia 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 stesso) 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, mentre in realtà essi sono soggetti di minorata difesa. Invero, l'attivazione, da parte degli utenti stessi, 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*.

Invece, la c.d. tutela amministrativa dei diritti o *public enforcement* costituisce un indispensabile campo d'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 soddisfare le problematiche poste dall'economia di massa. Il *public enforcement* 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) a fronte delle distonie cagionate 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 b)...*». Non vi sono dunque evidenze di un dovere di "predeterminazione" regolatoria sui casi d'indennizzo, specie ove esso sia di carattere non automatico e quindi non necessariamente predeterminabile. È appunto l'indennizzo scaturito nella specie dalla complessa vicenda all'esame del Collegio la quale, pur riguardando un indennizzo non a domanda, concerne un caso che non è predeterminabile e, in fondo, risolto con una sorta di reintegrazione in forma specifica mirante ad eliminare *in toto* il pregiudizio subito dagli utenti (tale, quindi, da non abbisognare di alcuna prederminazione di criteri). Non sfugge al Collegio che la determinazione dei casi d'indennizzo sia 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. Tal potestà 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 solo le quante volte si tratti delle forme d'indennizzo che *non* si traducano nel mero riequilibrio della situazione patrimoniale alterata per effetto dell'esercizio di scelte unilaterali dei gestori, ove queste si palesino non conformi al canone di trasparenza. E tal necessità, che si ravvisa, p. es., qualora 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.

È solo da soggiungere che l'indennità restitutoria disposta dall'Autorità, ben lungi dall'esser in sé irrazionale o arbitraria, è il metodo più efficace per rimborsare gli utenti ed il meno afflittivo per gli operatori, appunto perché, in linea di massima, non li espone a controversie giudiziarie infinite di tipo risarcitorio.

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 è superata dagli eventi. Infatti, l'azione amministrativa ormai ha circoscritto il contenuto del provvedimento alla disposizione di forme di erogazione gratuita aventi natura sostanzialmente conformativa. Ma ciò, pur se sbagliata ne è 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—, tal questione non rileva nella specie. S'è invero assodato, come visto poc'anzi, che il potere d'eterointegrazione delle scadenze temporali e la tutela sulla trasparenza delle offerte e dei rinnovi (al fine d'una libera e cosciente determinazione del consumatore) costituiscono regole comuni alle ANR che

debbano disciplinare, nel proprio settore, tali vicende. Al contempo non sussiste la paventata violazione del principio di legalità ex art. 23 Cost., né si verifica alcuna sanzione propriamente detta che promani dalle delibere in esame, ché tal obbligo restitutorio, peraltro più volte differito nel tempo, è appunto la *restitutio in integrum* di quanto lucrato, mediante un aumento dissimulato dagli operatori grazie alla cadenza di fatturazione a 28 giorni.

7. – Col secondo motivo d'appello, la Wind Tre contesta l'impugnata sentenza, laddove il TAR ha ritenuto infondate anche le censure di difetto di contraddittorio contro i provvedimenti impugnati.

7.1. – Giova premettere la condivisione, da parte del Collegio, di quanto dice il TAR con riguardo alla delibera n. 115/2018, emanata, come s'è già detto nelle premesse in fatto, tenendo presenti pure le ragioni degli operatori, tra cui l'odierna appellante, emerse in sede contenzioso, dopo l'adozione della delibera n. 497/2017. Per contro, l'appellante stessa afferma la totale assenza di interlocuzione sul fatto che l'inosservanza alla delibera n. 121 mai si sarebbe potuta tradurre nell'imposizione d'un ordine di storno, conseguenza, questa, che l'Autorità non rappresentò nell'atto di contestazione n. 6/17/DTC, la quale si limitò a prospettare la possibile irrogazione d'una sanzione pecuniaria ai sensi dell'art. 98, co. 16 CCE. Dice poi l'appellante, lo dice la stessa sentenza appellata, che la delibera n. 115/2018 è stata adottata senza che l'Autorità abbia svolto alcuna ulteriore attività procedimentale.

Sul contraddittorio procedimentale 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 applicate con rigore e serietà, nel senso che esse sono poste a tutela di concreti interessi ma non devono, né possono mai risolversi in inutili aggravii procedurali.

La ragione è evidente: dette garanzie rispondono all'esigenza di provocare l'apporto collaborativo da parte dell'interessato. 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 (o anche senza) forme solenni, la partecipazione procedimentale s'è svolta di fatto e le ragioni del destinatario son state introdotte e vagliate in procedimento, come è avvenuto in definitiva 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 (è quel che è accaduto nel caso in esame),

nonché ad un attento sistema di consultazione pubblica simultanea degli operatori nel mercato da regolare.

7.2. – Inoltre, sfugge con ogni evidenza all'appellante che le determinazioni della AGCOM non sono frutto di un unico procedimento solo sanzionatorio, scaturito *ex nihilo*, sommario e non accompagnato dalla prescritta interlocuzione tra l'ANR stessa e detta Società. Esse derivano da un insieme di procedure di *public enforcement* con livelli di avvicinamento progressivo agli obiettivi dell'effettiva tutela indennitaria a favore dei consumatori finali.

Se si legge la scansione degli eventi, s'avrà che: a) la delibera n. 121/17/CONS, che novellò la delibera n. 252/16/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. 121, inoltre, non fu una solitaria volizione di detta Autorità, ma la risultante della testé citata consultazione, onde le relative misure, giuste o sbagliate qui non rileva (poiché si tratta di provvedimento estraneo al presente giudizio), hanno incorporato la partecipazione procedimentale e la relativa dialettica tra le parti; c) la delibera n. 497/17/CONS del 19 dicembre 2017 (ordinanza – ingiunzione di pagamento della sanzione pecuniaria ed ordine di storno a favore degli utenti), fu preceduta dalla nota AGCOM n. 6/17/DTC (avviso d'avvio del procedimento ingiuntivo per inadempimento della delibera n. 121), per cui, stante la mancanza di spontanea esecuzione di quest'ultima da parte dell'odierna appellante, l'oggetto del procedimento sanzionatorio, come avviato con la citata nota dell'Autorità, fu delimitato a tal evento, noti essendo o dovendo essere a detta Società i presupposti della sanzione e delle misure da assumere; d) detta delibera n. 497/17, impugnata innanzi al TAR Lazio col ricorso NRG 631/2018, è stata sospesa con l'ordinanza n. 791 del 12 febbraio 2018, misura

cautelare, questa, che ha indotto quindi l'Autorità verso un diverso sistema ripristinatorio nei confronti degli utenti, sfociato appunto nella citata delibera n. 115/18/CONS (dice il TAR: «... la delibera n.115... è stata assunta... considerando proprio anche le ragioni degli operatori, tra cui la ricorrente, emerse in sede di contenzioso, dopo l'adozione della delibera n.497...»); e) detta delibera, recante la trasformazione dello storno dei giorni erosi nella postergazione della fattura per un periodo pari a questi ultimi in sede di ritorno alla cadenza mensile, pur se impugnata, non è stata sospesa dal TAR Lazio per la sopravvenuta emanazione del decreto n. 9/18/PRES; f) questo, a sua volta, ha apportato modifiche alla delibera n. 115 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; g) 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, ove venga in rilievo il potere regolatorio di un'Autorità 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., appunto 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. Invero, anche ad ammettere che vi fu un iniziale difetto di contraddittorio, l'odierna appellante ha comunque avuto modo di esternare adeguatamente i suoi argomenti, cui l'Autorità ha dato puntuale riscontro, come d'altronde è accaduto in sede cautelare di primo grado. 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.

È infine solo da osservare che: a) lo storno è stato comunque superato e non più ripreso qual misura indennitaria, onde la relativa onerosità, se vi fu, è stata assorbita dall'indennizzo per i giorni “erosi”, onde sul punto non giova più tornare; b) se non sfugge al Collegio il contenuto del decreto cautelare del TAR n.

1782/2018 —di sospensione della delibera n. 115/18—, a parte la rinuncia attorea alla cautela (cfr. l'ordinanza del TAR n. 2273/2018), tal decreto invece è servito proprio ad emendare la predetta delibera e ad indurre l'Autorità alla nuova interlocuzione, poi sfociata nella delibera n. 269. 7.3. – Dice l'appellante che, in fondo, questa successiva interlocuzione procedimentale ha soltanto riguardato il termine per l'esecuzione dell'obbligo di storno e non anche l'*an* della misura, quando poi questa ha avuto un diverso impatto che non lo storno e ha formato oggetto dell'interlocuzione stessa, che, si badi, ha preso le mosse dall'inadempimento ingiustificato (dunque, assai ben noto) della delibera sul ripristino della cadenza mensile di fatturazione.

Sicché non è vero nella specie né il difetto d'un qualunque effetto utile per l'appellante dalla costruzione progressiva della regolazione, permettendo anche all'Autorità, nella fase esecutiva, di ricalibrare il tipo di rimedio più acconcio per gli utenti e meno invasivo per gli operatori. Come si vede, il contraddittorio sostanziale ha dato luogo ad un diverso approccio dell'Autorità alla vicenda ed anche al termine, quest'ultimo, d'altro canto, ben più favorevole all'appellante che non agli altri operatori di TLC, destinatari della disciplina di cui al ripetuto art. 19-quinquiesdecies. Non si può certo predicare la totale pretermissione delle ragioni dell'appellante o, peggio, che essa non abbia per nulla inciso causalmente in termini favorevoli sul provvedimento conclusivo.

Invero, s'è detto che l'ordinamento considera possibile prescindere, in date ipotesi, dalle garanzie procedimentali. Ebbene, ciò accade non perché esse siano inutili formalità, ma proprio affinché 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, se non per aggravarlo in modo emulativo.

Certo, 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 (di natura sanzionatoria), sia sempre assicurata la partecipazione del soggetto interessato. Di ciò si ha eco nella prospettazione dell'appellante: essa afferma che, a fronte dell'attenuazione della cogenza del principio di legalità sostanziale (che, nella specie, però, non si ravvisa) e, quindi, della semplificazione delle regole sulla predeterminazione di casi e modalità d'esercizio del potere, vada affermata una forte legalità procedurale e il conseguente rafforzamento delle garanzie partecipative. Ma tal 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 ben noti canoni di ragionevolezza e proporzionalità che disciplinano l'interpretazione delle regole partecipative ex l. 241/1990. Pertanto, ferma comunque 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 siano in gioco altri e (talvolta più) forti interessi protetti.

7.4. – A fronte di tali considerazioni si appalesa non rilevante la rimessione della causa alla Corte di Giustizia UE.

Anzitutto, è avviso del Collegio che, nel processo amministrativo, di regola il rinvio pregiudiziale alla CGUE ai sensi dell'art. 267 TFUE non è un rimedio giuridico esperibile automaticamente a sola istanza delle parti. Se così non fosse sarebbero lesi i principi di ragionevole durata del processo ed i margini di

autonomia che la stessa Corte Ue lascia sempre ai giudici nazionali nell'applicazione (e non nell'interpretazione) della norma giuridica.

È compito di questo Giudice di stabilirne la necessità e, quindi, solo questo Consiglio, qual Giudice d'ultima istanza, ha la potestà di delibare la questione, al fine d'impegnare la CGUE soltanto con questioni che siano veramente rilevanti e necessarie ai fini della decisione o che siano pertinenti e determinanti nel caso concreto (arg. ex Cons.St., V, 18 giugno 2015 n. 3102).

È noto l'avviso di questo Consiglio (cfr., per tutti, Cons. St., IV, 22 novembre 2013 n. 5542; id., V, 6 febbraio 2016 n. 404), per cui i Giudici amministrativi di appello *non* sono tenuti a sottoporre alla CGUE una questione d'interpretazione di norme comunitarie, tra l'altro, se la corretta applicazione del diritto comunitario possa imporsi con tale evidenza da non lasciar adito a nessun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata (o, il che è lo stesso, cfr. Cons. St., IV, 18 settembre 2019 n. 6219, laddove questo Consiglio, pur ammettendo che le disposizioni da applicare alla fattispecie al suo esame non siano veramente in contrasto con la legislazione UE, dubita però della loro non contrarietà e quindi rimette la questione).

Nella motivazione di tale ordinanza in particolare, si è rilevato che in disparte i casi di controversie fittizie (Corte di Giustizia, sentenza 11 marzo 1980, C-104/79, Foglia) o di questioni puramente ipotetiche (Corte di Giustizia, sentenza 18 luglio 2013, C-136/12, Consiglio Nazionale dei geologi), secondo la consolidata giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia il dovere di rimessione esula soltanto allorché:

- la questione sia materialmente identica ad altra già affrontata e risolta dalla Corte;
- la questione inerisca ad punto di diritto già affrontato e risolto dalla Corte, sia pure nell'ambito di una controversia non strettamente identica;

- la questione, pur non ancora affrontata dalla Corte, sia comunque tale da non lasciare alcun ragionevole dubbio sull'esatta interpretazione da riconoscere al diritto euro-unitario.

Conseguentemente, va esclusa la rilevanza di ogni questione che non sia di reale interpretazione (ossia volta a dirimere un dubbio interpretativo enucleando la norma da una disposizione di rilevanza eurounitaria), ma si traduca in una *quaestio facti* o meramente applicativa.

Valutando la natura della questione posta dalla parte ricorrente, sia in generale, sia con riguardo alle garanzie procedurali, il potere di regolazione / dissuasione dell'Autorità, a favore del contraente debole, non dimostra criticità o aperto contrasto col diritto UE, specie in un caso come quello in esame, relativo alla mancata trasparenza dei rapporti tra operatori di TLC ed utenti e che taglia trasversalmente altre ed affini materie (come quelle della concorrenza), essendo caso da valutare proprio sulla base delle premesse logico giuridiche di diritto eurounitario affermate dalla giurisprudenza che ha fatto riferimento ai doveri di trasparenza degli operatori di mercato affermati nei Trattati (cfr. Corte giustizia Unione europea, 2 giugno 2016, n. 410/14).

Altre esigenze postulate dalla parte ricorrente con riferimento al rispetto del contraddittorio (peraltro in termini che sono di mero principio e che la Sezione condivide) non sono revocabili in dubbio e quindi non rendono necessaria la chiesta rimessione (essendo pacifico che occorre rispettare il contraddittorio procedimentale ed il diritto di difesa degli operatori).

Sul piano fattuale, non si può considerare, stante l'articolata complessità delle interlocuzioni attivate anche nel corso (o a seguito) del processo, mai intervenuto alcun contraddittorio procedimentale e quindi non esercitato il diritto di difesa e garantito il buon andamento dell'azione amministrativa.

In definitiva, non si scorge, nell'andamento del rapporto tra le parti, un reale dubbio interpretativo di carattere giuridico, da risolvere con riguardo alla normativa comunitaria e sovranazionale, tale da dar luogo, sul piano oggettivo ed astratto, a plurime interpretazioni, e da imporre la rimessione alla Corte.

Il Collegio ritiene senz'altro cogenti le garanzie partecipative affermate pacificamente dalla giurisprudenza interna e dalla giurisprudenza eurounitaria (Corte giustizia Unione europea, 02-12-2009, n. 89/08 P precedente sull'importanza generale del contraddittorio nel diritto eurounitario, rilevante e che si condivide) ma ritiene sussistente una piena equipollenza, a fini procedurali, delle interlocuzioni intervenute nel corso di questo processo, pacificamente connotato da pienezza del contraddittorio, fino all'adozione delle delibere nn. 115 e 269 del 2018 sullo storno dei giorni erosi.

Esse sono state assunte a seguito di provvedimenti giudiziari, che sono coperti dall'autonomia procedurale dello Stato membro e hanno portato l'Autorità a rivedere le proprie determinazioni proprio a seguito di detti provvedimenti.

Le determinazioni amministrative assunte a seguito di interlocuzioni processuali – connotate da pienezza del contraddittorio– sono state poi impugnate con motivi aggiunti.

Non casualmente le questioni pregiudiziali sono formulate astrattamente ed ignorando tali evenienze di fatto relative al concreto svolgimento del potere nel caso di specie. Ebbene, qui si discute non sul dubbio di legittimità sulla portata di norme o principi applicati dall'Autorità, ma della questione di fatto del rispetto delle stesse nel complesso procedimento svoltosi intersecatosi con il processo e quindi della applicazione dei principi di partecipazione che hanno una pregnanza contenutistica non revocabile in dubbio.

In quella sede procedimentale, il parallelo processo nazionale, nell'intersecare le varie fasi d'una fattispecie regolatoria via via affinatasi, ha avuto —come una volta

si sarebbe detto— una vera e propria funzione partecipativa. Infatti, il contenzioso non s'è posto fuori o in alternativa al procedimento, ma ha offerto all'Autorità la possibilità di sanare, o attraverso la propria condotta processuale o utilizzando il materiale ritratto dai *decisa* di questo Giudice, il vizio di un'iniziale omessa o inappagante o incompleta partecipazione procedimentale.

Tutto questo toglie rilevanza alle questioni pur acutamente poste dalla parte appellante essendo le stesse relative ad una *quaestio facti* e non ad un dubbio interpretativo sul diritto comunitario.

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. – Con l'ottavo mezzo di gravame, l'appellante principale si duole a sua volta dell'erronea conclusione cui è pervenuta l'Autorità intimata nell'affermare la violazione commessa (lesione del diritto degli utenti di disporre di informazioni complete e trasparenti per confrontare le varie offerte sul mercato ed operare scelte contrattuali consapevoli) di entità consistente.

Sul punto l'appellante deduce che: a) trasparenza e confrontabilità delle offerte non presuppongono per forza cicli di fatturazione omologati e standardizzati; b) la quasi totalità delle offerte dei vari operatori, ben prima della delibera n. 121/17/CONS, erano già da tempo con cadenza di fatturazione a 28 giorni, dunque già trasparenti e comparabili; c) a seguito della delibera n. 121/17/CONS, fornì agli utenti un nuovo prospetto, sul proprio sito WEB, recante l'indicazione del prezzo dell'offerta su base quadrisettimanale e su base mensile.

Non una di tali proposizioni è condivisibile. Non la prima, perché già in sé la differenza di cadenza temporale tra i due cicli di fatturazione in questione non consentono un immediato loro confronto, all'uopo occorrendo un'operazione di proporzione con calcolo d'un termine incognito, cosa, questa, che non è né immediata, né intuitiva. Non la seconda, perché la trasparenza e la comparabilità delle offerte sono sia fini a se stesse (allo scopo di poterne cogliere la sostenibilità in sé d'ognuna di loro) che preordinate a rinvenire l'offerta più conveniente (nella

comparazione tra offerte di diverso tipo o d'altro operatore). Non la terza, in quanto la corretta informazione agli utenti si sostanzia, se non in via esclusiva, essenzialmente nel richiamare la loro attenzione all'aumento in sé della tariffa, appalesandosi ogn'altra soluzione, compreso il cambio della predetta cadenza, un metodo per sviare tal attenzione.

Da ciò discende l'infondatezza anche della censura contro il giudizio circa l'assenza di misure correttive del danno da parte dell'appellante o sulla sua mera ribadizione del suo corretto operato, poiché, per un verso, tali misure non sarebbero potute esser altro che il pronto ripristino e della cadenza mensile e dell'indennizzo e, per altro verso, le misure di trasparenza, come s'è testé detto, si sono appalesate inefficaci. Quanto poi alla questione sull'insufficienza del termine di 90 giorni disposto dalla delibera n. 121/17/CONS per l'adeguamento delle offerte alla nuova cadenza per il rinnovo e la fatturazione su base mensile (o suoi multipli), il primo aspetto è stato superato dagli eventi successivi e, comunque, sfugge al Collegio la ragione tecnica per cui, se immediato fu l'abbandono della cadenza di fatturazione mensile, non lo sarebbe stato invece il contrario.

Scolora 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.

Le questioni fin qui vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati per vero tutti gli aspetti rilevanti ai sensi dell'art 112 c.p.c. ed in coerenza con il principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, *ex multis*, per le affermazioni più risalenti, Cass., II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, *id.*, V, 16 maggio 2012 n. 7663). Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati son stati ritenuti dal Collegio non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di segno diverso. Non ravvisa il Collegio la necessità dell'invocato (col settimo motivo dell'appello principale) rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione Europea, da parte di questo Consiglio di Stato quale giudice di ultima istanza, in quanto non rilevante e relativo a problematiche applicative di principi pacifici di diritto eurounitario, quale il rispetto del principio del contraddittorio, nella specie osservato mediante lo svolgimento del processo in funzione partecipativa.

La complessità e la novità della controversia suggeriscono la compensazione integrale, tra tutte le parti, delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sez. VI) definitivamente pronunciando sul ricorso NRG 9600/2018 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