

N. R.G. 33002/2018



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO
UNDICESIMA CIVILE**

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Cristina Giannelli
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. **33002/2018** promossa da:

ASSOCIAZIONE MOVIMENTO CONSUMATORI (C.F. 97045640154), con il patrocinio degli
avv.ti Piero PACCHIOLI, Paolo FIORIO e Corrado PINNA

ATTRICE

contro

WIND TRE S.P.A. (C.F. 02517580920), con il patrocinio degli avv.ti Decio Nicola MATTEI,
Antonio AURICCHIO, Daniele VECCHI, Alessandro DE FERRARIIS e Piero FATTORI

CONVENUTA

CONCLUSIONI

Per parte attrice:

“Confermare l’Ordinanza 4.06.2018 del Trib. Milano, XI[^] sez. civ., in composizione collegiale, G. rel. Dott.ssa I. Gentile, (resa nel giudizio di reclamo ex art. 669 terdecies c.p.c. RG 13670/2018), e, in ogni caso, accogliere in via definitiva le seguenti domande

(ii) dichiarare che il comportamento posto in essere da WindTre S.p.A. - ed in particolare l’applicazione, l’uso e gli effetti di un sistema di tariffazione dei corrispettivi dei servizi di telefonia fissa e di quelli offerti in convergenza con essa, nonché delle relative clausole o pattuizioni contrattuali basate su una cadenza temporale di 28 anziché 30 giorni - integra una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20 e ss. Cod. cons. ed è contrario agli interessi collettivi dei consumatori “ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità” (art. 2, secondo comma, lett. C, Cod. cons.), “all’esercizio di pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà” (art. 2,

secondo comma, lett. C bis, C.d.C.) “alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali” (art. 2, secondo comma, lett. E, C.d.C.);

(iii) inibire ai sensi dell’art. 140 lett. a) C.d.C. l’applicazione, l’uso e gli effetti di ogni sistema e di ogni clausola o pattuizione contrattuale di rinnovo e di fatturazione dei contratti di telefonia fissa (ed in particolare di quelli indicati in premessa: Noi Unlimited, Wind Home Infostrada ADSL e Wind Home Infostrada FIBRA) con cadenza inferiore a 30 giorni;

(iv) inibire alla convenuta il rifiuto dell’accoglimento delle richieste di restituzione dei corrispettivi di telefonia fissa corrisposti dagli utenti, clienti attuali e ex abbonati, in applicazione delle clausole o pattuizioni contrattuali basate su una cadenza temporale di 28 giorni anziché 30;

(v) ordinare alla resistente di adottare ex art. 140 lett. b) C.d.C. tutte le misure che il Giudicante riterrà idonee per eliminare gli effetti lesivi degli illeciti accertati che la ricorrente indica nei seguenti provvedimenti:

- la pubblicazione sulla home page del sito internet della resistente di un avviso con un estratto dell’emanando provvedimento, diretto ad informare tutti i consumatori dell’illegittimità della fatturazione a 28 giorni dei corrispettivi per servizi di telefonia fissa e di quelli offerti in convergenza con essa e di ogni conseguente diritto alla ripetizione delle somme indebitamente corrisposte;

- l’invio di una comunicazione a tutti gli abbonati a tale servizio, diretta ad informarli che la fatturazione a 28 giorni è illegittima e contraria all’art. 1 della Delibera AGCOM 121/17/CONS, e che i consumatori titolari di contratti per la telefonia fissa a 28 giorni hanno diritto alla ripetizione delle somme indebitamente corrisposte;

(vi) ordinare la pubblicazione del provvedimento di accoglimento del presente ricorso su almeno tre quotidiani a diffusione nazionale in dimensioni non inferiori ad una pagina;

(vii) fissare un termine ai sensi dell’art. 140 c.d.c. per l’adempimento di tutti gli obblighi che il Tribunale imporrà alla convenuta nonché determinare in misura non inferiore a 1.000,00 € la somma che la convenuta dovrà corrispondere per ogni inadempimento ovvero per ogni giorno di ritardo.

Con il favore delle spese e degli onorari di causa oltre addizionale 15% per le spese generali, CPA ed IVA di legge da distrarsi a favore dei difensori.”

Per parte convenuta:

“Piaccia all’Ill.mo Giudice adito, disattesa ogni contraria istanza ed eccezione e previa – eventualmente – sospensione del procedimento ex art. 295 c.p.c., in attesa della definizione del giudizio pendente dinanzi al Consiglio di Stato n. 7553/2018, dichiarare inammissibili e/o rigettare tutte le domande proposte da AMC, ovvero in subordine dichiarare cessata la materia del contendere, per tutte le ragioni esposte nel corso del giudizio.

Con vittoria di spese, diritti e onorari.”

Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione

Associazione Movimento Consumatori (d’ora in poi, per brevità, “AMC”) ha agito in giudizio contro WIND-TRE S.p.A. (d’ora in poi, per brevità, “Wind”), ai sensi degli artt. 139 e 140 cod. cons., per la conferma dell’ordinanza emessa da questo Tribunale in data 4 giugno 2018 all’esito del procedimento per reclamo ex art. 669 *terdecies* c.p.c., promosso da Wind contro il provvedimento di inibitoria

cautelare reso sul ricorso ex art. 140, comma 8, cod. cons. promosso da AMC.

Con l'ordinanza 4.6.2018 di cui AMC chiede la conferma questo Tribunale ha:

- inibito “a Wind Tre S.p.A. l'adozione, l'uso, l'applicazione e gli effetti, nei contratti di telefonia fissa (o di altri servizi offerti in abbinamento alla telefonia fissa), stipulati con i consumatori, di clausole che prevedono rinnovi e pagamenti su base temporale di 28 giorni/8 settimane, sussistendo il fumus che l'adozione e l'uso di tale periodicità, a far data dal 23.06.2017, leda i diritti dei consumatori di cui agli artt. 2 co. 2 lett. c), c-bis) ed e) CdC e 70 e 71 CCE, nonché costituisca una pratica commerciale scorretta, segnatamente ingannevole, vietata dall'art. 20 CdC;”

- ordinato “a Wind Tre S.p.A. di pubblicare, con spese a suo carico, entro 30 (trenta) giorni, decorrenti dalla data di comunicazione della presente ordinanza, sulla home-page del suo sito, per la durata di trenta giorni continuativi dall'inizio della pubblicazione, l'avviso di cui al paragrafo 14 della motivazione;

- ordinato “a Wind Tre S.p.A. di inoltrare, con spese a suo carico, a ciascun cliente consumatore, relativamente a contratti di telefonia fissa (o di altri servizi abbinati alla telefonia fissa) in cui sia stata applicata la periodicità a 28 giorni, ed in essere alla data dell'invio della fattura, l'avviso di cui al par. 14, nella prima fattura (cartacea o digitale che sia) che l'operatore telefonico invierà al cliente consumatore, dopo il trentesimo giorno successivo alla data di comunicazione della presente ordinanza;”

- ordinato “a Wind Tre S.p.A. di pubblicare, con spese a suo carico, entro 30 (trenta) giorni, decorrenti dalla data di comunicazione della presente ordinanza, sui quotidiani “Il Corriere della Sera” e “La Repubblica”, a caratteri doppi del normale, per una sola volta, il dispositivo del presente provvedimento” (enfasi aggiunta).

Con l'atto introduttivo del presente giudizio di meriti AMC ha chiesto la conferma della sopra citata ordinanza del 4 giugno 2018 “e, in ogni caso” di:

“(ii) dichiarare che il comportamento posto in essere da WindTre S.p.A., ed in particolare l'applicazione, l'uso e gli effetti di un sistema di tariffazione dei corrispettivi dei servizi di telefonia fissa e di quelli offerti in convergenza con essa, nonché delle relative clausole o pattuizioni contrattuali basate su una cadenza temporale di 28 giorni anziché 30 integra una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20 e ss. Cod. cons. ed è contrario agli interessi collettivi dei consumatori ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità” (art. 2, secondo comma, lett. C, Cod. cons.),

“all’esercizio di pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà” (art. 2, secondo comma, lett. C bis, C.d.C.) “alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali” (art. 2, secondo comma, lett. E, C.d.C.)”;

(iii) inibire ai sensi dell’art. 140 lett. a) C.d.C. l’applicazione, l’uso e gli effetti di ogni sistema e di ogni clausola o pattuizione contrattuale di rinnovo e di fatturazione dei contratti di telefonia fissa (ed in particolare di quelli indicati in premessa: Noi Unlimited, Wind Home Infostrada ADSL e Wind Home Infostrada FIBRA) con cadenza inferiore a 30 giorni;

(iv) inibire alla convenuta di rifiutarsi di respingere le richieste di restituzione dei corrispettivi di telefonia fissa corrisposti in applicazione delle clausole o pattuizioni contrattuali basate su una cadenza temporale di 28 giorni anziché 30;

(v) ordinare alla resistente di adottare ex art. 140 lett. b) C.d.C. tutte le misure che il Giudicante riterrà idonee per eliminare gli effetti lesivi degli illeciti accertati che la ricorrente indica nei seguenti provvedimenti:

- la pubblicazione sulla home page del sito internet della resistente di un avviso con un estratto dell’emanando provvedimento diretto ad informare tutti i consumatori dell’illegittimità della fatturazione a 28 giorni dei corrispettivi per servizi di telefonia fissa e di quelli offerti in convergenza con essa e di ogni conseguente diritto alla ripetizione delle somme indebitamente corrisposte;

- l’invio di una comunicazione a tutti gli abbonati a tale servizio, diretta ad informarli che la fatturazione a 28 giorni è illegittima e contraria all’art. 1 della Delibera AGCOM 121/17/CONS, e che i consumatori titolari di contratti per la telefonia fissa a 28 giorni hanno diritto alla ripetizione delle somme indebitamente corrisposte;

(vii) ordinare la pubblicazione del provvedimento di accoglimento del presente ricorso su almeno tre quotidiani a diffusione nazionale in dimensioni non inferiori ad una pagina;

(viii) fissare un termine ai sensi dell’art. 140 c.d.c. per l’adempimento di tutti gli obblighi che il Tribunale imporrà alla convenuta nonché determinare in misura non inferiore a 1.000,00 € la somma che la convenuta dovrà corrispondere per ogni inadempimento ovvero per ogni giorno di ritardo” (enfasi aggiunta).

Wind si è costituita, chiedendo – previa eventuale conversione del rito e sospensione del procedimento ex art. 295 c.p.c., in attesa della definizione dei giudizi pendenti dinanzi al Consiglio di Stato nn. 9600/2018 e 7553/2018 – di dichiarare inammissibili e/o rigettare tutte le domande proposte da AMC, eccependo:

- l'inammissibilità della domanda di conferma del provvedimento cautelare, per mancanza di interesse processuale di AMC: sarebbe infatti cessata già dal 5 aprile 2018 l'applicazione di clausole contrattuali inerenti alla fatturazione e al rinnovo a 28 giorni e non potrebbe sussistere il rischio che tale condotta riprenda, in quanto è stata specificamente inibita per legge; inoltre la restituzione ai clienti dei cosiddetti "giorni erosi" in applicazione del sistema di fatturazione a 28 giorni è già stata oggetto della delibera n. 497/17/CONS e, successivamente, della delibera n. 115/18/CONS dell'AGCOM;
- la nullità per indeterminatezza e comunque l'infondatezza delle domande diverse dalla conferma del provvedimento cautelare;
- nel merito, la legittimità – sia prima che dopo l'adozione della delibera n. 127/CONS/2017 da parte dell'AGCOM - del proprio comportamento commerciale, che non costituirebbe né una pratica commerciale scorretta, né una condotta lesiva degli interessi collettivi dei consumatori, stante l'illegittimità della delibera citata (anche in forza della successiva adozione della L. n. 172/2017), la natura non imperativa delle regole AGCOM e l'assenza di dolo.

*

Va preliminarmente osservato che, contrariamente a quanto eccepito dalla convenuta in sede di memoria conclusionale di replica, non risulta inammissibile la produzione, da parte dell'Associazione attrice, della sentenza resa dal Consiglio di Stato nel procedimento RG 9600/2018 e della delibera AGCOM n. 78/20/CONS, trattandosi non già di documenti, bensì di provvedimenti pubblicati sui siti web istituzionali del Consiglio di Stato e dell'AGCOM, noti al giudice, che non può non tenerne conto nell'ambito della presente decisione.

*

Ciò premesso, le domande svolte da AMC sono fondate nei termini che seguono e vanno accolte per quanto di ragione.

*

1. Insussistenza dei presupposti di cui all'art. 295 c.p.c.

Anzi tutto non sussistono i presupposti per la sospensione del processo ai sensi dell'art. 295 c.p.c. invocata da Wind.

Va sul punto osservato che, nelle more del presente giudizio, il procedimento iscritto al n. RG 9600/2018 è stato definito dal Consiglio di Stato con sentenza di rigetto pubblicata il 24.2.2020, mentre

nel procedimento iscritto al n. RG 7553/2018, avviato da Wind per la riforma della sentenza con cui il Tar Lazio aveva respinto il ricorso promosso dall'odierna convenuta avverso la delibera 121/17/CONS, il Consiglio di Stato, con ordinanza del 9 luglio 2020, in qualità di giudice di ultima istanza ha sollevato questione di pregiudizialità dinanzi alla Corte di Giustizia invitando la Corte a rispondere al seguente quesito:

“a) se la corretta interpretazione dell’art. 267 TFUE imponga al giudice nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, di operare il rinvio pregiudiziale su una questione di interpretazione del diritto unionale rilevante nell’ambito della controversia principale, anche qualora possa escludersi un dubbio interpretativo sul significato da attribuire alla pertinente disposizione europea - tenuto conto della terminologia e del significato propri del diritto unionale attribuibili alle parole componenti la relativa disposizione, del contesto normativo europeo in cui la stessa è inserita e degli obiettivi di tutela sottesi alla sua previsione, considerando lo stadio di evoluzione del diritto europeo al momento in cui va data applicazione alla disposizione rilevante nell’ambito del giudizio nazionale –, ma non sia possibile provare in maniera circostanziata, sotto un profilo soggettivo, avuto riguardo alla condotta di altri organi giurisdizionali, che l’interpretazione fornita dal giudice precedente sia la stessa di quella suscettibile di essere data dai giudici degli altri Stati membri e dalla Corte di Giustizia ove investiti di identica questione”.

Premesso che, dunque, non si pone più alcuna questione di sospensione del giudizio in attesa della definizione del procedimento iscritto al n. RG 9600/2018, il Tribunale osserva che in ogni caso non sussistevano, al momento dell'introduzione del presente giudizio, e tutt'ora non sussistono, con riferimento al procedimento iscritto al n. RG 7553/2018, i presupposti di cui all'art. 295 c.p.c.: i procedimenti incardinati da Wind dinanzi al Consiglio di Stato avevano (ed hanno, con riferimento a quello sospeso in attesa di pronuncia pregiudiziale da parte della CGUE) ad oggetto la legittimità rispettivamente delle delibere AGCOM nn. 115/18/CONS e 269/18/CONS, e n. 121/17/CONS, mentre in questa sede AMC ha chiesto accertarsi, al fine della loro inibitoria, l'illegittimità delle clausole (nei contratti di telefonia fissa ed offerte convergenti) che consentono il rinnovo delle offerte e il pagamento a 28 giorni/8 settimane, non solo in quanto violative della delibera AGCOM n. 121/17/CONS, ma anche in relazione al periodo antecedente al 23.6.2017 - data stabilita per l'adeguamento degli Operatori alla delibera AGCOM 121/17/CONS (cfr. ricorso introduttivo, paragr. 2., pagg. 24 e ss.), perché il loro uso, a prescindere dalla predetta delibera e sulla scorta della normativa alla stessa previgente, nella prospettazione dell'Associazione attrice, *“integra una pratica commerciale scorretta*

ai sensi degli artt. 20 e ss. Cod. cons. ed è contrario agli interessi collettivi dei consumatori ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità” (art. 2, secondo comma, lett. C, Cod. cons.), “all’esercizio di pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà” (art. 2, secondo comma, lett. C bis, C.d.C.) “alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali”.

2. Compatibilità tra la domanda di conferma dell’ordinanza cautelare e le ulteriori domande.

Va poi subito chiarito che, contrariamente a quanto sostenuto da Wind, la domanda svolta da AMC in questa sede “di merito” in relazione all’illegittimità delle clausole a 28 giorni per il periodo antecedente l’entrata in vigore della citata delibera AGCOM 121/17/CONS non è incompatibile con la domanda di “conferma dell’ordinanza cautelare” del 4.6.2018: parte attrice, invero, ha chiesto testualmente di “*confermare l’Ordinanza 4.06.2018 del Trib. Milano [...] e, in ogni caso, accogliere in via definitiva le seguenti domande: [...]“(ii) dichiarare che il comportamento posto in essere da WindTre S.p.A., ed in particolare l’applicazione, l’uso e gli effetti di un sistema di tariffazione dei corrispettivi dei servizi di telefonia fissa e di quelli offerti in convergenza con essa, nonché delle relative clausole o pattuizioni contrattuali basate su una cadenza temporale di 28 giorni anziché 30 integra una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20 e ss. Cod. cons. ed è contrario agli interessi collettivi dei consumatori [...]”* (enfasi aggiunta), con ciò evidentemente domandando un accertamento di contrarietà delle clausole in esame (e dei comportamenti fondati su dette clausole) alla normativa posta a tutela dei consumatori, con un semplice ampliamento temporale rispetto all’ambito di efficacia del primo capo del dispositivo dell’ordinanza che si vuole confermata (“*inibisce a Wind Tre S.p.A. l’adozione, l’uso, l’applicazione e gli effetti, nei contratti di telefonia fissa (o di altri servizi offerti in abbinamento alla telefonia fissa), stipulati con i consumatori, di clausole che prevedono rinnovi e pagamenti su base temporale di 28 giorni/8 settimane, sussistendo il fumus che l’adozione e l’uso di tale periodicità, a far data dal 23.06.2017, leda i diritti dei consumatori di cui agli artt. 2 co. 2 lett. c), c-bis) ed e) CdC e 70 e 71 CCE, nonché costituisca una pratica commerciale scorretta, segnatamente ingannevole, vietata dall’art. 20 CdC”* (enfasi aggiunta).

3. Sussistenza dell’interesse ad agire in capo a AMC

Ancora, contrariamente a quanto sostenuto da Wind, sussisteva al momento dell’introduzione del

presente giudizio, e sussiste tutt'ora, l'interesse di AMC ad agire con la presente azione inibitoria di merito, per i seguenti motivi.

Anzi tutto il fatto che Wind non abbia più applicato le clausole contestate ai contratti stipulati successivamente al 5 aprile 2018 (per effetto dell'entrata in vigore della l. n. 172/2017) non è circostanza idonea a far venir meno l'interesse dell'Associazione attrice e dei consumatori che rappresenta a fare accertare, con provvedimento idoneo al giudicato, l'illegittimità delle predette clausole anche in relazione al periodo antecedente il 5 aprile 2018, posto che tale accertamento è preliminare alla domanda di inibire a Wind di respingere le richieste dei consumatori di rimborso delle somme pagate in applicazione delle clausole lesive dei loro interessi.

Peraltro, AMC non ha semplicemente domandato l'inibizione dell'adozione delle clausole censurate, ma ha altresì chiesto l'inibizione dell'uso delle stesse, con sterilizzazione degli effetti lesivi derivanti dall'applicazione delle clausole censurate.

Ciò detto, se è incontestato che Wind abbia adottato una fatturazione su base mensile (o multipli) dal 5.04.2018 in poi, è però anche pacifico che la Società reputi la contestata periodicità a 28 giorni valida ed efficace ai fini della regolazione dei rapporti con i clienti consumatori nel periodo antecedente il 05.04.2018: Wind ha invero impugnato la delibera AGCOM 121/17/CONS e ha poi proposto appello avverso la sentenza del TAR Lazio di rigetto dell'impugnazione e, in ogni caso, costituendosi nel presente giudizio di merito, si è opposta all'accertamento – invocato in questa sede da AMC – dell'illegittimità dell'applicazione delle clausole in esame anche nel periodo antecedente al 23 giugno 2017.

Anche a seguito della sentenza del TAR Lazio di rigetto dell'impugnazione della delibera AGCOM n. 121/17/CONS, Wind ha continuato ad invocare la legittimità delle clausole in esame e dei relativi effetti, che hanno comportato il surrettizio aumento dei corrispettivi nella misura dell'8,6% su base annua.

Non solo: dopo l'intervento legislativo di cui alla l. 172/2017, Wind ha inteso continuare a beneficiare degli effetti di tali clausole, avendo aumentato il corrispettivo su base mensile in proporzione a quanto percepito con la periodicità a 28 giorni: così facendo, invece di sterilizzare gli effetti pregiudizievoli della periodicità infra-mensile adoperata, come era stato anche richiesto anche dall' AGCOM con la delibera n. 115/2018, la Compagnia ha cristallizzato in proprio favore il maggior corrispettivo in precedenza surrettiziamente fissato.

Il fatto, poi, che la stessa AGCOM abbia, sulla scorta della ritenuta illegittimità delle clausole in parola,

ordinato a Wind, così come alle altre compagnie telefoniche coinvolte, con le delibere n. 497/17/CONS, n. 115/18/CONS e 269/18/CONS, la “compensazione” delle somme indebitamente pagate dai consumatori in applicazione delle clausole impugnate, non è circostanza idonea ad escludere l’interesse di AMC a domandare l’adozione di misure atte ad eliminare gli effetti dannosi delle condotte lesive, quali la richiesta inibitoria del comportamento volto al rigetto delle domande dei consumatori di ottenere il rimborso di tali somme, atteso che – come pure affermato da Wind in comparsa- quest’ultima si era astenuta dal dare seguito alle predette delibere, in attesa che su di esse si pronunciasse il Consiglio di Stato.

Peraltro, che Wind non abbia effettivamente dato attuazione alla delibera AGCOM 269/18/CONS, neppure dopo la pronuncia di rigetto del Consiglio di Stato resa nel procedimento RG 9600/18, lo si evince dallo *screen shot* del suo sito *web* sub doc. 20 fasc. attoreo, da cui si evince che la convenuta si è limitata ad offrire soluzioni di ristoro alternative, indicando la mera possibilità di chiedere *“il ristoro tramite lo storno in fattura”*: *“Wind Tre ti informa che, con riferimento alla delibera AGCOM n.269/18/CONS, relativa al ristoro della clientela sul tema della fatturazione a 28 giorni della telefonia fissa e convergente, accedendo all’Area Clienti è possibile conoscere le soluzioni di ristoro a te riservate. Potrai scegliere tra numerose proposte di Partner selezionati, molte delle quali di valore superiore a quanto previsto dalla suddetta delibera, nonché soluzioni proposte Wind Tre quali ad esempio GIGA gratuiti o sconti per l’acquisto di telefoni. Il catalogo sarà in continuo aggiornamento con eventuali variazioni delle soluzioni offerte, alcune soggette a disponibilità limitata. Ti ricordiamo che, laddove tu lo preferissi, potrai scegliere di richiedere, in alternativa, il ristoro tramite storno in fattura”*.

Dette modalità di ristoro dei “giorni erosi”, come ha ammesso la stessa Wind in sede di memoria n. 1, sono state ritenute inidonee dall’AGCOM, cui, a seguito del rigetto dell’appello (RG 9600/2018) proposto da Wind contro la sentenza del Tar Lazio che aveva respinto l’impugnazione delle delibere n. 497/17/CONS, n. 115/18/CONS e 269/18/CONS, la Compagnia aveva inviato un piano contenente le misure adottande in ottemperanza delle delibere citate.

In particolare, l’AGCOM aveva evidenziato che sarebbe stato necessario approntare *“modalità di restituzione dei giorni illegittimamente erosi che non presuppongano richieste da parte degli utenti interessati”* (enfasi aggiunta) ed ha invitato Wind *“a procedere tempestivamente all’adempimento nei confronti della clientela interessata delle disposizione di cui al combinato disposto delle delibere 115/18/CONS e 269/18/CONS”* (cfr. doc. 28 fasc. convenuta).

Ancora, con delibera AGCOM 78/20/CONS del 27 febbraio 2020, l'AGCOM ha sanzionato Wind per non aver *“ottemperato alle diffide impartite dall'autorità con le delibere nn. 115/18/CONS e 269/18/CONS”*, irrogandole una sanzione amministrativa di 2.000.000,00 di euro, osservando che *“sulla base della documentazione acquisita [...] si è potuto constatare che la Società, in difformità dai provvedimenti assunti e dalle pronunce giurisdizionali, non ha provveduto nelle modalità indicate dalla delibera dell'Agcom alla completa restituzione dei giorni illegittimamente erosi in relazione all'intera platea degli utenti che non avevano optato consapevolmente per soluzioni compensative alternative. Peraltro, la previsione di una richiesta inoltrata tramite l'Area riservata del sito aziendale ha ulteriormente procrastinato l'adempimento dell'obbligazione restitutoria al di là dei termini indicati dall'Autorità. [...] Tale restituzione [...] andava effettuata dagli operatori con le modalità dettagliatamente previste dalle richiamate delibere, che non presupponevano, pena l'inottemperanza alle diffide suddette, alcuna richiesta da parte degli utenti interessati. [...] Wind Tre ha comunicato all'Autorità di voler ottemperare alle diffide impartite con le delibere nn. 115/18/CONS e 269/18/CONS non già mediante la disposta posticipazione delle fatture per un numero di giorni pari a quelli illegittimamente erosi, bensì esclusivamente mediante la messa a disposizione della clientela di una serie di misure di compensazione alternativa alla restituzione dei giorni erosi, prevedendo, in caso di mancata adesione alle predette misure, che gli utenti dovessero chiedere la restituzione dei giorni erosi tramite la propria Area riservata, sotto forma di “storno in fattura” e fino a un massimo di ventiquattro accrediti.*

Tale scelta, resa operativa a partire dal mese di giugno 2019, è stata effettuata nonostante l'Autorità avesse già rappresentato alla Società, con nota del 12 giugno 2019, l'inidoneità di quanto proposto ai fini dell'ottemperanza alle delibere n. 115/18/CONS e n. 269/18/CONS, in quanto non era prevista la restituzione dei giorni illegittimamente erosi a prescindere dalla richiesta degli utenti, facendo altresì presente che le misure di compensazione alternativa, oltre a presentare una durata incompatibile con le esigenze di celerità e sollecita estinzione dell'obbligazione nei confronti degli utenti, non rispettavano gli obblighi di chiarezza e completezza informativa tali da garantire una consapevole rinuncia al diritto di restituzione dei giorni erosi. Ebbene, risulta che Wind Tre non ha posticipato la data di decorrenza delle fatture per un numero di giorni pari a quelli illegittimamente erosi, né che intenda farlo. [...]

Tali evidenze istruttorie rendono palese che l'inottemperanza alla diffida dell'Autorità ha coinvolto una platea ampia di utenti e attestano, altresì, come le misure di compensazione alternativa proposte non abbiano suscitato particolare interesse negli utenti, con la conseguenza che la maggior parte degli aventi diritto alla restituzione dei giorni erosi, nelle modalità indicate dall'Autorità con la propria delibera, risulta tuttora insoddisfatta. Tanto premesso, non può che confermarsi quanto contestato in sede di avvio del procedimento sanzionatorio, non avendo la Società addotto giustificazioni idonee a escludere la propria responsabilità” (enfasi aggiunta).

In definitiva, sulla scorta di quanto sopra deve ritenersi che Wind non ha ottemperato alle delibere AGCOM nn. 115/18/CONS e 269/18/CONS, che richiedono l'attivazione di un meccanismo di ristoro automatico, *erga omnes*, che prescindere da specifiche richieste della clientela.

Non possono pertanto reputarsi idonei e sufficienti a dimostrare l'esatta ottemperanza di Wind alle predette delibere i docc. 35-38 depositati con la memoria n. 2: il doc. 35 attesta l'avvenuto rimborso in favore di un cliente della somma di € 1,27 a fronte di un canone mensile di € 23,00, mentre i docc. 36, 37 e 38 attestano l'invio a tre clienti di altrettanti “voucher” di non meglio precisata origine o fondamento.

Anche i messaggi che Wind ha indicato di allegare alle fatture emesse a partire dal mese di novembre 2019 (doc. 30, allegato 3, fasc. convenuta) prevedono sempre, ai fini del ristoro, la richiesta esplicita dell'interessato.

In definitiva, le modalità approntate da Wind al fine di ristorare i consumatori suoi attuali clienti dei “giorni erosi”, non essendo idonee ad attuare in modo esatto la delibera AGCOM 269/18/CONS, non possono comportare una carenza di interesse ad agire di AMC, neppure sopravvenuta.

Si rileva, in ogni caso, che neppure l'eventuale esatta ottemperanza alla delibera AGCOM 269/18/CONS comporterebbe, a ben vedere, la sopravvenuta carenza di interesse ad agire di AMC, posto che il meccanismo contemplato dalla delibera citata può riguardare solo i soggetti che siano tutt'ora titolari di un contratto di telefonia fissa: per tutti i clienti che abbiano subito la fatturazione a 28 giorni e che successivamente abbiano esercitato il diritto di recesso dal contratto, tale meccanismo è inapplicabile, non essendovi alcuna nuova fattura dalla quale stornare i “giorni erosi”. Gli effetti lesivi del comportamento tenuto da Wind hanno invero certamente riguardato anche la clientela che abbia esercitato il diritto di recesso prima dell'eventuale attuazione del meccanismo di ristoro dei giorni erosi.

Ancora, la prova – offerta da Wind con il doc. 39 – di avere accettato la richiesta di rimborso da parte di un cliente “cessato” non appare sufficiente a tranquillizzare circa il fatto che, in difetto di un ordine definitivo in tal senso, essa intenda farlo con tutti gli altri ex clienti; detta prova è dunque inidonea ad escludere il perdurante interesse ad agire di AMC, tanto più che la Compagnia non ha provveduto a comunicare a tutti i suoi ex clienti il loro diritto alla restituzione (l’ordinanza cautelare del 4 giugno 2018 non lo prevedeva) e che, pertanto, sussiste l’interesse ad agire dell’Associazione attrice quanto meno in relazione alla domanda volta ad ottenere che sia dato avviso a tutti i consumatori– anche ai contraenti cessati- del loro diritto di pretendere il rimborso, considerato che la piena consapevolezza in capo a tutti i consumatori lesi costituisce il presupposto per ottenere la – pure in questa sede richiesta- eliminazione degli effettivi lesivi delle condotte illegittime.

Infine, anche nell’ottica di una integrale e compiuta attuazione delle delibere AGCOM 115/18/CONS e 269/18/CONS da parte di Wind, resterebbe in capo ad AMC l’interesse ad agire con riferimento ai “giorni erosi” per effetto della fatturazione a 28 giorni avvenuta nel periodo intercorrente tra il 1° giugno 2016 (quando, pacificamente, Wind introdusse tale nuova cadenza temporale di fatturazione) e il 23.6.2017, data a partire dalla quale detta cadenza temporale è stata riconosciuta come illegittima – quanto alla telefonia fissa- dalla delibera AGCOM 121/17/CONS.

Sempre in ordine alla sussistenza dell’interesse ad agire in capo all’Associazione attrice, il Tribunale osserva che se è vero che i consumatori, in esecuzione dell’ordinanza cautelare del 4 giugno 2018, sono stati resi edotti della ritenuta illegittimità – in quella sede sommaria- delle clausole che consentivano il rinnovo delle offerte e il pagamento a 28 giorni, sussiste comunque il loro ulteriore interesse ad essere informati del riconoscimento di detta illegittimità nella sede di cognizione piena e, dunque, secondo un giudizio che non sia di mera verosimiglianza, ma pieno e definitivo perché idoneo al giudicato.

Contrariamente a quanto sostenuto dalla convenuta, la formulazione dell’art. 140, cod. cons. e il richiamo dell’ottavo comma all’intera disciplina del rito cautelare uniforme (“*articoli da 669-bis a 669-quaterdecies*”) configurano invero l’azione prevista all’ottavo comma come azione cautelare esercitabile solo in via d’urgenza ed inidonea a formare cosa giudicata.

L’art. 669-octies, ultimo comma, c.p.c. precisa infatti che “*l’autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo*”, mentre l’art. 669-septies c.p.c. stabilisce che “*l’ordinanza di rigetto non preclude la riproposizione dell’istanza ... quando si verificano mutamenti delle circostanze*”. L’art. 669-decies c.p.c. sancisce poi la non definitività del provvedimento cautelare, individuando i casi nei quali il provvedimento è soggetto ai poteri di revoca e modifica da parte del

giudice di merito. Ancora, ai sensi dell'art. 669-*octies* c.p.c. i provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito hanno una fase di cognizione piena solo eventuale.

Stante – dunque - la natura cautelare del procedimento conclusosi con l'ordinanza 4.6.2018, deve desumersene l'inidoneità dello stesso al giudicato: *“Il ricorso straordinario per cassazione ai sensi dell'art. 111 cost. è proponibile avverso provvedimenti giurisdizionali emessi forma di ordinanza o di decreto solo quando essi siano definitivi ed abbiano carattere decisorio, cioè siano in grado di incidere con efficacia di giudicato su situazioni soggettive di natura sostanziale: donde l'inammissibilità dell'impugnazione con tale mezzo dell'ordinanza adottata dal tribunale in sede di reclamo avverso provvedimenti di natura cautelare o possessoria”* (Cass. S.U. n. 1245/2004); nello stesso senso cfr. Cass. n.12229/2018: *“E' inammissibile il ricorso straordinario per cassazione, ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost., avverso l'ordinanza resa in sede di reclamo cautelare ex art. 669-terdecies c.p.c., ancorché affetta da inesistenza, nullità o abnormità, senza che ciò si ponga in contrasto con gli artt. 24 e 111 Cost., trattandosi di provvedimento inidoneo a incidere con efficacia di giudicato su situazioni soggettive di natura sostanziale e ininfluyente nel successivo giudizio di merito, o con l'art. 6 Cedu, essendo comunque garantita una duplice fase di tutela davanti a un'istanza nazionale”*.

Sussiste pertanto l'interesse di AMC ad ottenere una pronuncia definitiva, idonea al giudicato.

4. Legittimazione ad agire di AMC

Ancora, non appare fondata l'eccezione sollevata da Wind di carenza di legittimazione ad agire di AMC in relazione alle domande sub **ii**) (*“dichiarare che il comportamento posto in essere da WindTre [...] integra una pratica commerciale scorretta [...]”*) e **iv**) (*“inibire alla convenuta di rifiutarsi di respingere le richieste di restituzione dei corrispettivi di telefonia fissa corrisposti in applicazione delle clausole [...]”*).

Secondo la prospettazione di Wind, l'Associazione non sarebbe legittimata in relazione a dette domande in quanto gli artt. 139 e 140 cod. cons. consentono alle associazioni dei consumatori, in loro rappresentanza, di formulare esclusivamente domande finalizzate all'inibitoria delle condotte lesive degli interessi collettivi dei consumatori e dei correlati provvedimenti informativi e ripristinatori, mentre con la domanda sub **ii**) AMC avrebbe indebitamente formulato una domanda di accertamento dell'illegittimità delle condotte che consentono il rinnovo delle offerte e la fatturazione a 28 giorni a prescindere da una domanda di inibitoria, mentre la domanda sub **iv**) consisterebbe nella sostanza in una domanda di condanna di Wind alla restituzione di somme.

In realtà la domanda sub ii) è funzionalmente collegata alla successiva domanda sub iii) di inibitoria delle condotte ritenute lesive degli interessi dei consumatori, mentre la domanda sub iv) è inquadrabile tra le domande correttive/ripristinatorie contemplate dall'art. 140 cod. cons.: come ha condivisibilmente affermato la Suprema Corte in un caso analogo (nel quale una parte aveva eccepito che affermare l'illegittimità di un comportamento negativo, consistente nel rifiuto di restituire le somme indebitamente riscosse, si risolverebbe nell'affermazione della doverosità della speculare condotta positiva, consistente appunto nell'accertamento al diritto alla restituzione di quelle somme, ovvero una condanna di *facere* inammissibile), *“inibire alla BPM di opporre alla generalità dei propri clienti un rifiuto al riconoscimento del diritto, argomentato sulla base della infondata tesi della legittimità della capitalizzazione trimestrale degli interessi, non significa altro che ordinarle di porre termine a un persistente comportamento illecito, e ciò è coerente con le richieste che le associazioni dei consumatori e degli utenti sono legittimate a rivolgere al giudice, a tutela del loro interesse collettivo “alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi” (L. n. 281 del 1998, art. 2, comma 2, lett. e, diritto riconosciuto come fondamentale dall'art. 2, comma 2, del cod. del consumo). Se è vero che il concetto di inibitoria potrebbe evocare l'idea di una condotta avente un contenuto negativo (di “non fare”), non si può dubitare che, nel caso in cui la violazione dei diritti dei consumatori e degli utenti sia attuata con una condotta omissiva (mediante il rifiuto di riconoscere un diritto), l'imposizione di un *facere* costituisce uno strumento necessario e, come si è detto, consentito dalla L. n. 281 del 1998, art. 3 (e ora dall'art. 140 cod. consumo), in base al quale il giudice può, non solo, “inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti”, ma anche “adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate”. Con tale sintetica formulazione si è inteso attribuire al giudice il potere di adottare le misure, anche atipiche e innominate, che più si adattino alle specifiche situazioni dedotte in giudizio, idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni e ad imporre al trasgressore comportamenti conformi alle regole di correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali” (Cass. n. 10713/2016 in motivazione, pagg. 11 ss.; enfasi aggiunta).*

5. Fondatezza nel merito delle domande di AMC

Sgombrato il campo dalle eccezioni preliminari sollevate da Wind, nel merito questo giudice condivide integralmente le argomentazioni spese da questo Tribunale di Milano con l'ordinanza 4 giugno 2018 di

cui AMC chiede la conferma.

Wind, come ammesso nella memoria difensiva depositata nell'ambito del giudizio cautelare, ha diffuso offerte commerciali che prevedevano periodo di rinnovo e fatturazione a 28 giorni a partire dal 1° giugno 2016.

Come emerge dalla documentazione versata in atti da parte attice (doc. 3.1-3.6), nelle condizioni economiche di ognuna delle offerte commerciali lì menzionate - condizioni che, ai sensi dell'art. 2 delle Condizioni Generali di abbonamento, sono "*parte integrante del Contratto*" per il Servizio telefonico (doc. 4.1-4.4.) - Wind ha previsto in 28 giorni l'unità temporale per la fatturazione dei corrispettivi dei servizi di telefonia fissa, forniti singolarmente o in combinazione con servizi di telefonia mobile e/o televisivi (c.d. offerte convergenti).

Come già sopra accennato, tali clausole sono state inserite nei contratti conclusi da Wind fino al mese di aprile del 2018, quando è entrata in vigore la legge n. 172/2017.

Ora, osserva il Tribunale che anche prima dell'adozione della delibera AGCOM n. 121/2017/CONS e dell'entrata in vigore della l. 172/2017 i contratti di telefonia fissa erano disciplinati da un'ampia ed articolata normativa generale, sia nazionale che unionale, in relazione alla quale –complessivamente intesa- l'adozione di una periodicità diversa dal mese nei contratti stipulati con i consumatori risulta violare i diritti e gli interessi collettivi degli stessi ad un'informazione adeguata, ad una corretta pubblicità ed alla trasparenza, pregiudicando la possibilità per il consumatore di comparare e scegliere le offerte tra gli operatori telefonici concorrenti.

Come già compiutamente evidenziato da questo Tribunale nell'ordinanza 4 giugno 2018, la Corte di legittimità, con massime costanti (*ex multis*: Cass. civ., sez. 3, 3.08.2017 n. 19342; conf.: Cass. civ., sez. 3, 2.10.1997 n. 9624; Cass. civ., sez. 3, 17.02.1986 n. 947), ha ricondotto i contratti di telefonia fissa al tipo della somministrazione (di servizi, *ex art. 1677 cc*), regolati dagli artt. 1559 e *ss cc*.

Ciò detto, il codice civile pone una regola chiara in tema di periodicità dei pagamenti nei contratti di somministrazione a carattere continuativo (quale è il contratto avente ad oggetto l'erogazione di telefonia fissa), stabilendo espressamente all'art. 1562 co. 2 *cc*, che "*nelle somministrazioni a carattere continuativo, il prezzo è pagato secondo le scadenze d'uso*". Lo stesso codice civile, altresì, impone in via generale al debitore ed al creditore anche l'obbligo di comportarsi secondo le regole della correttezza, corrispondente alla buona fede oggettiva, regola generale da seguire in fase precontrattuale

così come in fase esecutiva ed interpretativa del contratto, ex artt. 1175, 1337, 1366 e 1375 cc (Cass. civ., sez. 3, 10.11.2010 n. 22819; conf.: Cass. civ., sez. 3, 3.08.2017 n. 19342).

Quanto alla disciplina dettata a tutela dei consumatori, l'art. 2 cod. cons. stabilisce che *“Ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti: ...c) ad un’adeguata informazione ed a una corretta pubblicità; c-bis) all’esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà; e) alla correttezza, alla trasparenza ed all’equità nei rapporti contrattuali”*.

Gli artt. 18 e ss. cod. cons., come modificati dal d. lgs. 2.08.2007 n. 146 in attuazione della direttiva 11.05.2009 n. 29/2005/CE, vietano poi le pratiche commerciali scorrette relative a fornitura di prodotti, intesi quali *“beni e servizi”* ex art. 18 co. 1 lett. c) cod. cons. In particolare, a mente dell'art. 20 co. 1 cod. cons., *“Le pratiche commerciali scorrette sono vietate”*. Ai sensi del comma 2 del medesimo articolo 20, una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico in relazione al prodotto del consumatore medio. Ancora, ai sensi dell'art. 21 cod. cons. *“E’ considerata ingannevole una pratica commerciale che contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio riguardo ad uno o più dei seguenti elementi, e in ogni caso, lo induce e è idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso:...b) le caratteristiche principali del prodotto, quali....la quantità...; d) il prezzo o il modo in cui questo è calcolato”*.

Gli artt. 139 e 140 cod. cons. prevedono, nei casi indicati dall'art. 2 e dall'art. 139 cod. cons, il diritto delle associazioni rappresentative dei consumatori ed utenti di agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, chiedendo di inibire atti e comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti, di adottare le misure idonee a correggere od eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate e di ordinare la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale.

La direttiva 2011/83/UE del 25.10.2011 sui *“Diritti dei consumatori”* sancisce una disciplina uniforme, detta *“armonizzata”*, trasfusa in numerose disposizioni del Codice del Consumo. La direttiva in parola prevede stringenti obblighi informativi precontrattuali a carico del professionista nei contratti conclusi con il consumatore: l'art. 5, relativo a contratti non negoziati a distanza o fuori dei locali commerciali, stabilisce al co. 1, lett. a) e c), l’esaustiva informazione del consumatore sulle caratteristiche principali dei beni o servizi oggetto del contratto e sul prezzo e, al co. 4, consente agli Stati Membri di adottare

una disciplina più severa in favore dei consumatori; l'art. 6, relativo ai contratti conclusi a distanza o fuori dei locali commerciali, dispone al co. 1 lett. e) che l'informativa precontrattuale riguardi: *“il prezzo totale dei beni o dei servizi comprensivo delle imposte o.....nel caso di un contratto a tempo indeterminato o di un contratto comprendente un abbonamento, il prezzo totale include i costi totali per periodo di fatturazione; quando tali contratti prevedono l'addebitamento di una tariffa fissa, il prezzo totale equivale anche ai costi mensili totali; se i costi totali non possono essere ragionevolmente calcolati in anticipo, devono essere fornite le modalità di calcolo del prezzo”* (enfasi aggiunta); in forza dell'art. 3 co. 2 è comunque impregiudicata la disciplina prevista da altre direttive su materie specifiche (tra cui espressamente quella in materia di comunicazioni elettroniche, come chiarito dal Considerando 11).

La direttiva 2011/83/UE è stata recepita integralmente negli attuali artt. 45 e ss. cod. cons.

Quanto alla disciplina speciale euro-unitaria in materia di comunicazioni elettroniche, l'art. 8 co. 2 direttiva 2002/21/CE del 7.03.2002 prevede: *“2. Le autorità nazionali di regolamentazione promuovono la concorrenza nella fornitura delle reti di comunicazione elettronica, dei servizi di comunicazione elettronica e delle risorse e servizi correlati, tra l'altro: a) assicurando che gli utenti, compresi gli utenti disabili, ne traggano il massimo beneficio sul piano della scelta, del prezzo e della qualità”*; l'art. 8.4 recita: *“4. Le autorità nazionali di regolamentazione promuovono gli interessi dei cittadini dell'Unione europea, tra l'altro: ...d) promuovendo la diffusione di informazioni chiare, in particolare imponendo la trasparenza delle tariffe e delle condizioni di uso dei servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico”* (enfasi aggiunta).

La direttiva n. 22/2002/CE del 7.03.2002, relativa ai diritti degli utenti, prevede all'art. 3 co. 2 che *“Gli Stati membri determinano il metodo più efficace e adeguato per garantire l'attuazione del servizio universale, nel rispetto dei principi di obiettività, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità. Gli Stati membri mirano a limitare le distorsioni del mercato, in particolare la fornitura di servizi a prezzi o ad altre condizioni che divergano dalle normali condizioni commerciali, tutelando nel contempo l'interesse pubblico”* (enfasi aggiunta). L'art. 20 della citata direttiva, in tema di contratti, stabilisce: *“2. [...] Il contratto indica almeno: [...] d) il dettaglio dei prezzi e delle tariffe [...]4. Gli abbonati hanno il diritto di recedere dal contratto, senza penali, all'atto della notifica di proposte di modifiche delle condizioni contrattuali. Gli abbonati sono informati con adeguato preavviso, non inferiore a un mese, di tali eventuali modifiche e sono informati nel contempo del loro diritto di recedere dal contratto, senza penali, qualora non accettino le nuove condizioni”*. L'art. 21, rubricato

“Trasparenza”, prevede: “1. Gli Stati membri assicurano che informazioni trasparenti e aggiornate in merito ai prezzi e alle tariffe nonché alle condizioni generali vigenti in materia di accesso e di uso dei servizi telefonici accessibili al pubblico siano accessibili agli utenti finali e ai consumatori, conformemente alle disposizioni dell’allegato II.” (enfasi aggiunta).

Le direttive testé richiamate sono state trasfuse nel diritto nazionale dal d. lgs 259/2003, “Codice delle comunicazioni elettroniche” (di seguito “CCE”): l’art. 70 co. 1 CCE prevede che il contratto indichi “in modo chiaro, dettagliato e facilmente comprensibile [...] e il dettaglio dei prezzi e delle tariffe [...] f) la durata del contratto, le condizioni di rinnovo...” ed il comma 4 recita: “Il contraente, qualora non accetti le modifiche delle condizioni contrattuali da parte delle imprese [...] ha diritto di recedere dal contratto senza penali né costi di disattivazione. Le modifiche sono comunicate al contraente con adeguato preavviso, non inferiore a trenta giorni, e contengono le informazioni complete circa l’esercizio del diritto di recesso.”. L’art. 71 CCE, rubricato “Trasparenza e pubblicazione delle informazioni” recita: “L’Autorità assicura che le imprese che forniscono reti pubbliche di comunicazione elettronica o servizi accessibili al pubblico di comunicazione elettronica pubblichino informazioni trasparenti, comparabili, adeguate e aggiornate in merito ai prezzi e alle tariffe vigenti, a eventuali commissioni per la risoluzione del contratto e a informazioni sulle condizioni generali vigenti in materia di accesso e di uso dei servizi forniti agli utenti finali e ai consumatori, conformemente alle disposizioni dell’allegato n. 5. Tali informazioni sono pubblicate in forma chiara, esaustiva e facilmente accessibile. ...” (enfasi aggiunta).

La stessa finalità di tutela del principio di trasparenza delle offerte (intesa come agevole comparabilità delle stesse) si rinviene anche nell’art. 1 d.l. 7 del 31.01.2007, conv. con mod. da l. 40/2007, anche nella formulazione vigente alla data di adozione delle clausole in parola per la telefonia fissa da parte di Wind (giugno 2016, secondo quanto da essa ammesso): il comma 1 prevede difatti il divieto per gli operatori telefonici di applicare costi fissi e contributi per la ricarica di carte prepagate “al fine di favorire la concorrenza e la trasparenza delle tariffe, di garantire ai consumatori finali un adeguato livello di conoscenza sugli effettivi prezzi del servizio, nonché di facilitare il confronto tra le offerte presenti sul mercato...” ed il comma 2 recita: “L’offerta commerciale dei prezzi dei differenti operatori della telefonia deve evidenziare tutte le voci che compongono l’offerta, al fine di consentire ai singoli consumatori un adeguato confronto.” (enfasi aggiunta).

Allo scopo di favorire la concorrenza nel rispetto del principio della trasparenza anche in fase precontrattuale, la l. 4.08.2017 n. 124 ha modificato i commi 3 e 4 del citato art. 1 co. 1 d.l. 7/2007,

introducendo i commi 3-bis, 3-ter e 3-quater, in vigore dal 28.08.2017, fissando che il contratto tra operatori di telefonia, ove contenente offerte promozionali, non possa avere durata superiore “a ventiquattro mesi”, nonché prevedendo un’adeguata informazione del consumatore, prima della stipula, dei costi del recesso anticipato.

Quanto alla disciplina dell’Autorità, con delibera 15.03.2017 n. 121/2017/CONS l’AGCOM, sulla scorta della seguente premessa “*Ravvisata, alla luce dell’evoluzione dei mercati della telefonia fissa e mobile, la necessità di garantire una tutela effettiva degli utenti avendo riscontrato problemi in termini di trasparenza e comparabilità delle informazioni in merito ai prezzi vigenti in materia di accesso e di uso dei servizi forniti dagli operatori di comunicazione elettronica, nonché di controllo dei consumi e della spesa, determinati anche dal venir meno di un parametro temporale certo e consolidato per la cadenza del rinnovo delle offerte e della fatturazione, ossia il mese*” ha aggiunto all’art. 3 della delibera AGCOM n. 252/2016/Cons i commi 10 e 11, che testualmente prevedono: “10. *Per la telefonia fissa la cadenza di rinnovo delle offerte e della fatturazione deve essere su base mensile o suoi multipli. Per la telefonia mobile la cadenza non può essere inferiore a quattro settimane. In caso di offerte convergenti con la telefonia fissa, prevale la cadenza relativa a quest’ultima.* 11. *Gli operatori di telefonia mobile che adottano una cadenza di rinnovo delle offerte e della fatturazione su base diversa da quella mensile, informano prontamente l’utente, tramite l’invio di un SMS, dell’avvenuto rinnovo dell’offerta.*”, prevedendo il termine di 90 giorni dalla pubblicazione della delibera (avvenuta il 24.03.2017) per l’adeguamento, termine spirato il 22.06.2017.

Infine, con l’art. 19-*quinquiesdecies* della l. 4.12.2017 n. 172, di conversione del d.l. 16.10.2017 n. 148, pubblicata in G.U. il 5.12.2017, il Legislatore ha modificato ulteriormente l’art. 1 del sopra citato d.l. 7/2007, aggiungendo i commi da 1-bis a 1-*quinquies*, del seguente tenore: “1-bis. *I contratti di fornitura nei servizi di comunicazione elettronica disciplinati dal codice di cui al d. lgs 1°08.2003 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.* 1-ter. *Gli operatori di telefonia, di reti televisive e di comunicazioni elettroniche, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata, si adeguano alle disposizioni di cui al comma 1-bis entro il termine di centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione.* 1-quater. *L’AGCOM garantisce la pubblicazione dei servizi offerti e delle tariffe generali di cui al comma 1-bis, in modo da assicurare che i consumatori possano compiere scelte informate.* 1-*quinquies*. *In caso di violazione del comma 1-bis l’AGCOM ordina 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.....4. L'AGCOM vigila sull'attuazione delle disposizioni di cui al presente articolo e stabilisce le modalità attuative delle disposizioni di cui al comma 2 e al comma 3-quater. 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'art. 98 co. 16 del d. lgs 1^08.2003, n. 259, e successive modificazioni. L'inottemperanza agli ordini impartiti ai sensi del comma 1-quinquies è sanzionata applicando l'art. 98 co. 11 del medesimo codice. 4-bis. Il periodo mensile o suoi multipli di cui al comma 1-bis costituisce standard minimo nelle condizioni generali di contratto e nella carta dei servizi. Nel caso di variazione dello standard da parte dell'operatore e tenendo conto delle tempistiche di cui al comma 1-ter, si applica un indennizzo forfetario pari ad € 50, in favore di ciascun utente interessato dalla illegittima fatturazione, maggiorato di € 1 per ogni giorno successivo alla scadenza del termine assegnato dall'Autorità ai sensi del comma 1-quinquies. L'Autorità vigila sul rispetto della presente disposizione nell'ambito delle competenze di cui all'art. 1 co. 6, lett. a), num. 14, e co. 11 e 12, l. 31.07.1997 n. 249.". Le disposizioni sopra riportate sono entrate in vigore il 6.12.2017 ed il termine per l'adeguamento è spirato il 5.04.2018.

Ora, come già condivisibilmente ritenuto da questo Tribunale nell'ordinanza cautelare di cui AMC chiede la conferma, alla luce dell'articolata disciplina sopra richiamata deve ritenersi che l'adozione di una periodicità diversa dal mese nei contratti di telefonia fissa (e servizi offerti in abbinamento alla telefonia fissa) con i consumatori abbia violato, ancor prima dello spirare del termine per l'adeguamento alla delibera AGCOM 121/17/CONS, e violi, anche alla luce della citata delibera e della l. 172/2017, i diritti e gli interessi collettivi degli stessi ad un'informazione adeguata, ad una corretta pubblicità ed alla trasparenza, pregiudicando la possibilità per il consumatore di comparare e scegliere le offerte tra gli operatori telefonici concorrenti.

Come ha ben evidenziato questo Tribunale nell'ordinanza cautelare del 4 giugno 2018 "*Le clausole censurate, difatti, hanno previsto una periodicità dei rinnovi delle offerte e dei pagamenti del tutto eccentrica ed abnorme rispetto all'unità temporale d'uso tipicamente adoperata nei contratti di abbonamento a telefonia fissa (ovvero altri servizi collegati alla telefonia fissa, ad esempio traffico internet abbinato a telefonia fissa): la periodicità temporale adoperata da WIND, difatti, si fonda su un intervallo temporale (28 giorni/8 settimane) che non ha alcun aggancio con la prassi dei commerci né con la vita quotidiana, a parte forse (ed unicamente) la disciplina scientifica della geografia*

astronomica. In particolare, il moto di rotazione del satellite della Luna dura quasi 28 giorni ed altrettanto dura il moto di rivoluzione della Luna attorno al pianeta Terra, assumendo come punto di riferimento una stella fissa (cd mese “sidereo”).

Orbene, come è noto, sia il calendario Giuliano (adottato da Giulio Cesare nel 46 a.C.), sia il calendario Gregoriano (adottato da Papa Gregorio XIII nel 1582), si fondano sull’unità di misura temporale del mese solare e non già del mese lunare. Posto che, pertanto, è da oltre 2.000 anni che in Italia (e nella cultura occidentale, quanto meno europea) l’unità temporale fondata sulla periodicità dei moti lunari è stata abbandonata nella pratica della vita quotidiana in favore del mese solare, si può serenamente escludere che la periodicità a 28 giorni corrisponda ad una “scadenza d’uso”.

In effetti, 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 multipli del mese, quali ad esempio il bimestre o il trimestre): tale asserto può reputarsi fondato sul notorio ex art. 115 co. 2 cpc, che è quel “il fatto acquisito alle conoscenze della collettività con tale grado di certezza da apparire indubitabile ed incontestabile.” (Cass. civ., sez. 1, 19.03.2014 n. 6299; Cass. civ., sez. 1, 10.09.2005 n. 17906; Cass. civ., sez. 5, 3.03.2017 n. 5438).

La conferma che la periodicità mensile (o multipli del mese) corrisponda alla scadenza d’uso da sempre adoperata per i contratti di durata relativi a servizi continuativamente erogati (tipo la telefonia fissa) trova un’importante conferma normativa a livello euro-unitario, atteso che l’art. 5 co. 1 lett. e) dir. 2011/83/UE, nell’imporre a carico del professionista obblighi informativi precontrattuali al fine della stipula di contratti da concludere con i consumatori a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali, si premura di specificare per i contratti di abbonamento o a tempo indeterminato che prevedono l’addebito di una tariffa fissa, che il prezzo totale (da indicarsi a cura del professionista) “equivale anche ai costi mensili totali”. Ora, a prescindere dalla portata precettiva e dalla rilevanza di tale disposizione ai fini del decidere, su cui si ritornerà infra, il Tribunale richiama qui questa norma perché dimostra con evidenza come anche il Legislatore comunitario consideri un dato di fatto scontato ed ovvio, appartenente al patrimonio di conoscenza comune della collettività che, per i contratti di durata a tempo indeterminato con prestazioni continuative commisurate a tempo, il parametro standard di riferimento da considerare per informare in via precontrattuale il consumatore sia appunto quello del mese (e non certo la periodicità “lunare” proposta da WIND nelle sue offerte).

Le clausole censurate da AMC, pertanto, appaiono violare anzi tutto il disposto dell'art. 1562 co. 2 cc, in quanto non corrispondono alla scadenza temporale d'uso propria dei contratti di utenza, né dei contratti aventi ad oggetto servizi di telefonia fissa e servizi combinati alla telefonia fissa."

Del resto, anche il Consiglio di Stato, a definizione del giudizio RG n. 9600/2018, con sentenza del 24 febbraio 2020, ha espressamente affermato che anche prima dell'intervento regolamentare dell'AGCOM la periodicità temporale dei pagamenti nei contratti di somministrazione continuativa è sempre stato il mese, sia in forza delle disposizioni nazionale, sia in forza di quelle eurounitarie: *"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".*

Orbene, come ha condivisibilmente ritenuto questo Tribunale nella più volte citata ordinanza 4 giugno 2018, nella misura in cui le clausole impugnate *"adottano un parametro temporale eccentrico rispetto a quello d'uso, le stesse appaiono violare i diritti "fondamentali" previsti dall'art. 2 co. 2 lett. a) e c-bis) CdC, vale a dire i diritti dei consumatori ad un'adeguata informazione ed a una corretta pubblicità ed il diritto alla trasparenza nei rapporti contrattuali con il professionista. Giova sottolineare che il principio della "trasparenza" nei rapporti contrattuali con l'operatore telefonico risulta altresì specificamente ribadito, per i contratti relativi alle telecomunicazioni, anche dall'art. 21 della dir. 21/2002/CE e dall'art. 71 CCE nei contratti relativi a comunicazioni elettroniche conclusi con consumatori. Ora, le clausole censurate da AMC, in quanto prevedono una periodicità diversa ed*

eccentrica rispetto a quella usualmente adoperata per gli altri consimili contratti di utenza (acqua, luce e gas) appaiono rendere più difficile per il consumatore rappresentarsi chiaramente quale sia l'entità effettiva del servizio di telecomunicazioni oggetto dell'offerta e quale sia l'entità del relativo corrispettivo, in quanto sia l'entità del servizio, sia l'entità del corrispettivo sono commisurati a 28 giorni, anziché su un mese. Per la stessa ragione, tali clausole appaiono rendere più difficile per il consumatore comparare la convenienza delle offerte di telefonia fissa di WIND rispetto ad offerte di altri gestori telefonici tarate sul parametro mensile. Facendo un esempio, non è agevole calcolare a quale corrispettivo mensile corrisponda un servizio di telefonia fissa con offerta flat di € 10,00/28 giorni e, di conseguenza, un'offerta formulata in questi termini non sembra che possa reputarsi "trasparente".

Al fine di consentire al consumatore medio di rappresentarsi quale sia l'entità del prezzo e del servizio contrattualizzato, ove si tratti di servizio con corrispettivo fisso su base temporale (cioè euro/periodo di tempo), appare necessario che sia adoperata una unità di misura temporale standard uniforme.

Si deve aggiungere che -a ben vedere- l'obbligazione in capo al professionista di fornire al consumatore informazioni chiare e trasparenti sull'entità del prezzo e del servizio, idonee a consentire al consumatore una comparazione tra diverse offerte e dunque una scelta consapevole, appare prevista anche negli artt. 5 e 6 della dir. 2011/83/UE, confluiti negli artt. 48 e 49 CdC, quanto meno per la fase pre-contrattuale. Addirittura, per i contratti conclusi con i consumatori a distanza, quali spesso sono i contratti relativi alla telefonia fissa, l'art. 49 co. 1 lett. e) CdC espressamente prevede per i contratti a tempo indeterminato l'obbligo di comunicare i "costi mensili totali".

Quanto alla modifica della periodicità adottata da WIND nei contratti in essere con i consumatori per mezzo di jus variandi, è evidente che tale diritto dell'operatore telefonico, previsto e regolato dall'art. 70 co. 4 CCE, intanto può reputarsi correttamente esercitato, in quanto rispettoso dei superiori principi (cioè con l'adozione di una periodicità conforme a scadenze d'uso)."

Deve dunque accogliersi l'azione inibitoria ex art. 140 co. 1 cod. cons. promossa da AMC, perché l'adozione e l'uso di tale periodicità abnorme risulta integrare, anche in relazione al periodo antecedente il 23.06.2017, una violazione dei diritti fondamentali dei consumatori e, dunque, risulta integrare atti e comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori stessi.

Peraltro, come pure ha riconosciuto il Tribunale nell'ordinanza cautelare richiamata, la condotta lesiva descritta si risolve anche in una pratica commerciale scorretta, in particolare ingannevole: *"infatti, le clausole che hanno previsto la periodicità a 28 giorni (con fatturazione ad otto settimane) appaiono*

anche contrarie alla diligenza professionale e decettive, cioè idonee a falsare in maniera apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio e, di più, predisposte per confondere il consumatore medio nella comparazione delle offerte, in violazione degli artt. 2 co. 2 lett. c-bis CdC, nonché degli artt. 18 e 20 CdC.

*Le clausole in parola, difatti, appaiono contrarie alla diligenza professionale perché adottano una periodicità diversa da quella della scadenza d'uso (mensile o multipli) che WIND, in quanto operatore professionale nel settore delle telecomunicazioni, certamente ben conosce o comunque dovrebbe conoscere. Le stesse clausole, inoltre, pur non contenendo affermazioni mendaci, nella misura in cui prevedono una durata temporale molto vicina a quella d'uso (28 giorni/8 settimane sono, difatti, rispettivamente “quasi” coincidenti con il mese solare e con il bimestre), appaiono idonee a confondere il consumatore **medio**: in particolare, inducono il consumatore medio a credere che il corrispettivo preteso ed il servizio contrattualizzato abbia una durata sostanzialmente sovrapponibile al mese solare, così spingendolo a sottovalutare la sottile discrepanza -invece sussistente, ed in minuscola un'offerta su base mensile ed un'offerta su base 28 giorni/8 settimane.*

*Mediante tale meccanismo, queste clausole, sia se adottate come esercizio di jus variandi in contratti in essere, sia se adottate in relazione a contratti stipulati con nuovi clienti, impediscono (o comunque rendono più difficile) al consumatore **medio** di rappresentarsi con la dovuta immediatezza che attraverso tale periodicità “contratta” a 28 giorni, il gestore telefonico andrà di fatto a percepire - nell'anno- il corrispettivo per 13 volte anziché per 12 volte, come sottolineato da AMC, nonché dall'AGCOM nei plurimi provvedimenti da essa adottati in merito.*

*Con l'inserzione di tali clausole nei contratti con i consumatori, pertanto, appare violato anche il diritto (sancito dall'art. 2 co. 2 lett. c-bis CdC) degli stessi a pratiche commerciali improntate a principi di buona fede, di correttezza e, addirittura, di **lealtà**: giova ricordare che la “lealtà”, parola sempre più desueta nel linguaggio comune e, pertanto, anche per questo, ancor più significativa quando è scelta dal Legislatore, implica un dovere di attenzione e di rispetto dell'altro contraente e delle sue esigenze di grado più elevato di quanto è implicato mediante il richiamo ai generali principi della buona fede e della correttezza.*

L'adozione di tale periodicità eccentrica ha impedito al consumatore medio di rapportare agevolmente il prezzo del servizio all'unità di misura temporale abituale (del mese) ed anche di confrontare tra loro diverse offerte, evidenziandosi che un'offerta a 28 giorni, apparentemente più vantaggiosa economicamente in termini assoluti, ben può essere più svantaggiosa di un'offerta su base mensile che

preveda un importo monetario apparentemente maggiore al mese. Ad esempio: l'offerta di € 10,00/28 giorni prevede il pagamento di un corrispettivo più oneroso, su base mensile, di un'offerta di € 10,50/mese, ma ciò non è di intuitiva evidenza, quanto meno per il consumatore medio, con vulnus alla possibilità di scegliere tra varie offerte e di decidere se recedere a seguito di jus variandi.”

Ne consegue che l'adozione e l'uso di tali clausole, ed i conseguenti effetti, nei contratti di telefonia fissa in corso ovvero stipulati *ex novo*, integri una pratica commerciale scorretta, nella specie ingannevole. Ora, poiché in base all'art. 20 cod. cons. *“Le pratiche commerciali scorrette sono vietate”*, l'adozione e la pretesa di usare tali clausole da parte di Wind nei contratti di telefonia fissa con i consumatori sia un atto ed un comportamento antigiuridico e lesivo degli interessi dei consumatori, come garantiti dalle sopra citate norme di rango primario.

Inoltre, come pure bene esplicitato nell'ordinanza 4 giugno 2018, *“i motivi volti a sostenere che la delibera AGCOM n. 121/2017/Cons sarebbe nulla, o comunque sarebbe stata abrogata dalla l. 172/2017 con conseguente asserita liceità dell'adozione delle clausole censurate da AMC (e dei relativi effetti) sino al 5.04.2018, vanno disattesi.*

Si consideri innanzi tutto che, come scritto, l'obbligo di WIND di attenersi a periodicità conformi agli usi per la durata delle offerte e per le fatturazioni (nel caso di specie, il mese solare o suoi multipli) non trova il suo primario fondamento nella delibera AGCOM n. 121/2017/Cons, rinvenendosi lo stesso prima di tutto nel Codice civile e poi nelle norme consumeristiche di cui agli artt. 2 e 20 CdC, nonché nelle norme di legge in materia di comunicazioni elettroniche (art. 70 e 71 CCE), disciplina ulteriormente rafforzata dagli artt. 48 e 49 CdC, come novellati nel 2014, per le informative pre-contrattuali.

Il motivo di reclamo è anche infondato, atteso che la delibera AGCOM n. 121/2017/Cons appare legittima, come del resto statuito dal competente TAR Lazio come da dispositivo della sentenza 12.02.2018 assunta sul ricorso di WIND (doc. 10 fasc. prima fase AMC).

Con tale provvedimento l'AGCOM, preso atto dell'adozione di una periodicità eccentrica e confusiva per la telefonia fissa da parte di alcuni operatori telefonici (5 su 29, come incontestato) ha in buona sostanza ammonito detti operatori telefonici a rispettare le regole di correttezza e trasparenza (imposte da norme di rango primario) e, pertanto, ad applicare, quanto meno per la telefonia fissa, periodicità conformi a quelle d'uso (il mese solare o multipli), in quanto solo tale periodicità appare idonea a consentire al consumatore di comparare tra loro le offerte al fine di una scelta consapevole (anche ai fini dell'esercizio del recesso in caso di jus variandi per i contratti in corso). E' vero che la delibera in

parola è -a livello formale della gerarchia delle fonti- un atto avente natura regolamentare ma con la stessa l'AGCOM ha esercitato i suoi poteri e doveri (ad essa attribuiti da disposizioni di legge, anche in esecuzione di obblighi comunitari) di vigilanza a tutela dei consumatori ed utenti e non si è discostata dalle previsioni di legge e, anzi, ha dato ad esse attuazione.

Parimenti infondata è la tesi di WIND in punto di asserita abrogazione della delibera AGCOM n. 121/2017/Cons, condividendosi integralmente quanto scritto sul punto dal TAR Lazio nella sentenza 22.03.2018 resa nell'impugnazione della citata delibera svolta da altro operatore (doc. 3 fasc. AMC reclamo): la l. 172/2017 non ha portata retroattiva e non ha abrogato affatto la delibera n. 121/2017/Cons. Come si ricava in fatti dal tenore dell'art. 19-quinquiesdecies l 172/2017, con tale articolata disposizione il Legislatore ha imposto l'obbligo di periodicità mensile (o multipli del mese) per tutti i servizi di comunicazioni elettroniche, rafforzando quanto era stato previsto dalla delibera AGCOM n. 121/2017/Cons per la sola telefonia fissa.

Infine, anche la tesi di WIND in punto di asserito differimento ad opera della l. 172/2017 del termine di adeguamento alla periodicità mensile al 5.04.2017, con conseguente asserita liceità (o sanatoria) delle clausole con diversa periodicità sino a tale data, è priva di pregio.

La l. 172/2017 non ha portata retroattiva, avendo esteso l'obbligo di adottare una periodicità standard (su base mensile o multipli) a tutti i servizi di comunicazioni elettroniche, introducendo ex novo sanzioni in caso di violazione da parte degli operatori telefonici, ed è dunque solo per questa ragione che la stessa legge ha introdotto un termine di adeguamento, a partire dal quale si applicano anche le sanzioni nuove da essa introdotte. E' tuttavia chiaro che la legge non solo non abroga alcunché del pregresso, ma anzi rafforza il divieto di adozione di periodicità di rinnovo e fatturazione eccentriche rispetto all'unità temporale d'uso (cioè il mese o multipli), come del resto si ricava dal tenore delle norme e dalla ratio legis esplicitata nella relazione accompagnatoria al Senato del d.l. 148/2017 trascritta (senza che WIND abbia contestato alcunché) da AMC a pag. 39 della memoria difensiva depositata il 3.04.2018.

In conclusione, non può che ribadirsi la fondatezza delle domande di AMC, che specificamente allega l'illegittimità della condotta dell'operatore telefonico dalla scadenza del termine del 23.06.2017 (assegnato dall'Autorità): infatti, come scritto al paragrafo 6, sia la delibera n. 121/2017/Cons, sia la l. 172/2017 non sono intervenute nel "deserto normativo" ipotizzato da WIND. Già prima di tali provvedimenti l'ordinamento giuridico conteneva numerose disposizioni di legge dalle quali si inferiva con chiarezza il divieto di adottare modalità di fatturazione con cadenze diverse dalla misura

temporale d'uso (il mese solare o multipli) quanto meno per la telefonia fissa. In tale contesto la l. 172/2017 non ha reso legittima ex post la condotta di WIND ma -se ancora possibile- ha ulteriormente corroborato la tesi di AMC in ordine all'antigiuridicità della condotta in parola.”

Le argomentazioni spese da questo Tribunale con la citata ordinanza 4.6.2018 risultano peraltro del tutto coerenti con quanto sostenuto dal TAR Lazio nella sentenza n. 5842/2019: *“Il potere di intervento in materia dell’Autorità trova fondamento nelle norme contenute nella legge istitutiva delle Autorità per i servizi di pubblica utilità, competenti per energia elettrica, gas e telecomunicazioni (cfr. legge 14 novembre 1995, n. 481) nonché nella stessa legge istitutiva dell’AGCOM (cfr. legge 31 luglio 1997, n. 249) [...] In linea generale, infatti, la legge n. 481/1995 attribuisce all’Autorità il compito di promuovere la tutela degli interessi di utenti e consumatori tenuto conto della normativa europea in materia e, in particolare, dell’art. 2, comma 12, lett. h) della medesima legge che affida all’AGCOM il potere di emanare “le direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi, definendo in particolare i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente, sentiti i soggetti esercenti il servizio e i rappresentanti degli utenti e dei consumatori, eventualmente differenziandoli per settore e tipo di prestazione; tali determinazioni producono gli effetti di cui al comma 37”;* la successiva lett. l), inoltre, stabilisce che l’Autorità *“pubblicizza e diffonde la conoscenza delle condizioni di svolgimento dei servizi al fine di garantire la massima trasparenza, la concorrenzialità dell'offerta e la possibilità di migliori scelte da parte degli utenti intermedi o finali”* [...] La sopra indicata interpretazione dell’art. 2, comma 12, lett. h) della l. 481/1995 trova, peraltro, conferma in una importante pronuncia del Consiglio di Stato, secondo cui *“tali norme attribuiscono all’Autorità poteri ampi di etero-integrazione, suppletiva e cogente, dei contratti, sopra indicati, per il perseguimento delle specifiche finalità individuate. Si tratta di un potere che, essendo attribuito da una norma imperativa, diventa esso stesso, insieme a tale norma, parametro di validità del contratto. Perciò il contenuto dei contratti viene integrato, secondo lo schema dell’art. 1374 Cod. civ., dall’esercizio del potere dell’Autorità ovvero – qualora detti contratti contengano clausole difformi da quanto previsto dalla determinazione dell’Autorità stessa – tali clausole vanno, ai sensi del primo comma dell’art. 1418 Cod. civ., ritenute nulle per contrarietà a norma imperativa”* (cfr. Consiglio di Stato, n. 2182/2016). [...] Sulla base di tali presupposti deve riconoscersi la legittimità dell’operato dell’Autorità e che il successivo intervento legislativo deve essere interpretato in funzione di perfezionamento e specificazione di un potere generale già attribuito alla stessa

AGCOM ai sensi dell'art. 71 CCE, non potendo certo essere inteso – come proposto dalla ricorrente – quale singolare forma di indulto o sanatoria per le pratiche poste in essere nel 2017, in data antecedente alla entrata in vigore delle norme primarie, che in alcun modo consentono di desumere tale interpretazione [...] fra l'art. 19-quinquiesdecies del D.L. 148/17 (poi convertito in legge n. 172/2017) e la contestata delibera n. 121/17/CONS non sussiste alcun contrasto (atteso che il primo condivide con la seconda il suo contenuto essenziale), per cui non può in alcun modo sostenersi che in base ai principi di gerarchia delle fonti (fondati sul rapporto di forza giuridica tra fonti normative di diverso rango) la norma di rango primario, introducendo disposizioni di dettaglio, avrebbe avuto un effetto abrogativo e/o derogatorio implicito della norma di rango secondario con essa incompatibile ancorché preesistente; [...] La norma regolamentare, come sopra già rilevato, in realtà ha il suo fondamento nelle norme di diretta derivazione europea citate nel precedente paragrafo ed ha un ambito applicativo più ristretto; [...] dalla richiamata legge n. 172/2017 non è nemmeno possibile inferire alcuna conferma (come sostenuto dalla ricorrente) dell'assenza di un precedente potere di intervento dell'AGCOM in tema di cadenza di fatturazione dei servizi di comunicazione elettronica. Il d.l. 148/2017 è sostenuto dalla medesima logica sottesa alla precedente delibera n. 121/2017 a tutela della trasparenza e dell'accesso pieno e diretto alle informazioni riguardanti i prezzi praticati, mirando a tutelare la libertà di scelta degli utenti, in termini di effettiva possibilità di comparare le condizioni economiche dei servizi di comunicazione elettronica offerti. [...] L'intervento del legislatore, quindi, non dimostra affatto che l'Autorità non avesse in precedenza un autonomo potere regolatorio, basato su diversi (e ben individuati) presupposti normativi, per i quali si rinvia a quanto già osservato nelle sentenze di questo Tribunale n. 3261 del 22 marzo 2018 e n. 4988 del 4 maggio 2018. [...] L'art. 19 quinquiesdecies del D.L. 148/17 impone la medesima cadenza (mensile) già prevista dall'Autorità per i servizi di telefonia fissa, estendendo tale obbligo a tutti gli operatori di telefonia mobile e delle reti televisive, ciò al fine evidente di garantire una maggiore uniformità di disciplina e di estendere la tutela della trasparenza ad una gamma più ampia di offerte commerciali. [...] La normativa introdotta nel dicembre 2017, in conclusione, non comporta alcuna abrogazione della delibera 121/2017, di cui conferma anzi i contenuti, esplicitandoli ed estendendoli ad un contesto più ampio delle comunicazioni elettroniche, per cui non si rinviene alcun effetto caducatorio o abrogativo della medesima delibera (come viceversa supposto nel primo mezzo). La previsione, in sede normativa, di un termine di 120 giorni, superiore a quello di adeguamento previsto nella delibera, non è sufficiente quindi a dimostrare che fino a quel momento (ossia fino al 5 aprile 2018) tale condotta

non potesse essere qualificata come illecita e non potesse essere sanzionata, attesi i differenti presupposti normativi sui quali si fonda la determinazione n. 121/2017. [...] In definitiva, la legge n. 172/2017 (di conversione del D.L. n. 148 del 2017) non ha portata retroattiva, avendo esteso l'obbligo di adottare una periodicità standard (su base mensile o multipli) a “tutti” i servizi di comunicazioni elettroniche ed è dunque solo per questa ragione che la stessa legge ha introdotto un termine di adeguamento, a partire dal quale sarebbero state applicate le nuove sanzioni da essa introdotte per tutti gli altri servizi a cui si estendeva l'obbligo di fatturazione mensile”.

Anche il Consiglio di Stato, con la citata sentenza 24 febbraio 2020, ha avuto modo di sottolineare che il passaggio alla fatturazione a 28 giorni ha determinato una violazione dei doveri di trasparenza, correttezza e buona fede, e di conseguenza degli interessi collettivi dei consumatori sanciti all'art. 2 cod. cons: “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. (...) 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” (enfasi aggiunta).

Il Consiglio di Stato ha poi chiarito, nella medesima sentenza, che la fatturazione a 28 giorni ha prodotto effetti nocivi per tutti i consumatori: “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” (enfasi aggiunta).

Il Consiglio di Stato ha poi confermato che il comportamento oggetto del presente giudizio integra gli estremi della pratica commerciale scorretta: “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). [...] 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. [...] “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” (enfasi aggiunta).

6. Conclusioni

In definitiva, le domande proposte da AMC con la presente azione inibitoria di merito ai sensi dell'art. 140, comma 1, cod. cons., devono essere accolte, stante l'illegittimità, anche per il periodo compreso tra il 1° giugno 2016 e il 23 giugno 2017, dell'applicazione e dell'uso delle clausole contrattuali che hanno consentito, nei contratti coi consumatori, il rinnovo delle offerte di telefonia fissa (o dei servizi offerti in abbinamento alla telefonia fissa) e la loro fatturazione con una cadenza di 28 giorni/8 settimane in luogo della cadenza mensile, trattandosi di condotte che ledono i diritti dei consumatori di cui agli artt. 2 co. 2 lett. c), c-bis ed e) cod. cons. e 70 e 71 CCE, e che costituiscono una pratica commerciale scorretta, segnatamente ingannevole, vietata dall'art. 20 cod. cons.

Il Tribunale ritiene che le misure che appaiono nel caso di specie più idonee a “*correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate*” consistano da un lato nell'ordinare a Wind – come pure espressamente chiesto da AMC, sebbene formulando formalmente la richiesta come “inibitoria” – di dare compiutamente seguito a tutte le richieste di rimborso, anche provenienti da consumatori che subirono l'applicazione della fatturazione a 28 giorni prima del 23 giugno 2017 ed anche provenienti da ex clienti che abbiano receduto dal contratto di telefonia e, dall'altro, nell'ordinare a Wind di inviare a ciascun contraente consumatore (per contratti di telefonia fissa o servizi offerti in abbinamento alla telefonia fissa) – ivi compresi quelli che abbiano receduto dal contratto dopo il mese di giugno 2016, un avviso che lo informi, ora per allora, della pratica commerciale scorretta qui definitivamente accertata, delle conseguenze pregiudizievoli della stessa e del suo diritto al rimborso dei “giorni erosi”, nonché di esporre sulla *home-page* del suo sito un avviso dello stesso tenore: tali misure appaiono idonee a riequilibrare, almeno in parte, il *vulnus* ai diritti del consumatore.

Si provvede nel paragrafo che segue ad enunciare il testo dell'avviso.

Va poi disposta la pubblicazione del dispositivo della presente sentenza sui due quotidiani a tiratura nazionale indicati nell'ordinanza reclamata entro i termini come formulati in dispositivo.

Infine, deve stabilirsi, ai sensi dell'art. 140, comma 7, cod. cons., in € 700,00 la somma che la convenuta dovrà corrispondere per ogni inadempimento ovvero per ogni giorno di ritardo nell'adempimento degli ordini qui impartiti.

7. Testo dell'avviso:

“Il Tribunale di Milano, Sezione Undicesima Civile, all’esito dell’azione ordinaria promossa da Associazione Movimento Consumatori, ha inibito a WIND TRE S.P.A. l’adozione, l’uso e gli effetti nei contratti di telefonia fissa (o di altri servizi offerti in abbinamento alla telefonia fissa) stipulati con i consumatori, di clausole che prevedono rinnovi e pagamenti su base temporale di 28 giorni/8 settimane. L’adozione e l’uso di tale periodicità, a far data dal 01.06.2016, ha leso e lede i diritti e gli interessi collettivi dei consumatori, previsti dall’art. 2 Codice del consumo (1: diritto ad un’adeguata informazione ed ad una corretta pubblicità; 2: diritto a pratiche commerciali improntate a principi di buona fede, correttezza e lealtà; 3: diritto alla correttezza, alla trasparenza ed all’equità nei rapporti contrattuali) con violazione anche dei contenuti informativi minimi e del principio di trasparenza, previsti a favore dei consumatori utenti di servizi telefonici dagli artt. 70 e 71 Codice delle comunicazioni elettroniche.

Tale condotta si risolve altresì in una pratica commerciale scorretta ingannevole, vietata dall’art. 20 Codice del consumo, in quanto l’adozione di tale periodicità (28 giorni), diversa da quella d’uso, risulta contraria alla diligenza professionale ed è idonea a falsare in maniera apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio, rendendo difficile la valutazione delle offerte ed il confronto tra le medesime, anche ai fini dell’esercizio della facoltà di recesso gratuito, prevista dalla legge in caso di mutamento unilaterale delle condizioni del servizio da parte dell’operatore telefonico. L’illegittimità delle condotta sopra descritta comporta il diritto di ciascun consumatore che abbia subito, nell’ambito di un contratto di telefonia fissa (o di altri servizi offerti in abbinamento alla telefonia fissa), l’adozione della periodicità di fatturazione a 28 giorni/8 settimane, alla ripetizione delle somme indebitamente corrisposte”.

8. Spese

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo. Esse vanno distratte in favore dei difensori di AMC, che si dichiarano antistatari.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza ed eccezione disattesa o assorbita, anche a conferma dell'ordinanza cautelare in data 4.6.2018, resa da questo Tribunale all'esito del procedimento per reclamo introdotto da Wind Tre s.p.a. contro il provvedimento di inibitoria cautelare ex art. 140, comma 8, cod. cons. promosso da Associazione Movimento Consumatori, così dispone:

1. inibisce a Wind Tre s.p.a. l'adozione, l'uso, l'applicazione e gli effetti, nei contratti di telefonia fissa (o di altri servizi offerti in abbinamento alla telefonia fissa) stipulati con i consumatori, di clausole che prevedono rinnovi e pagamenti su base temporale di 28 giorni/8 settimane, posto che l'adozione e l'uso di tale periodicità, a far data dal 01.06.2016, lede i diritti dei consumatori di cui agli artt. 2 co. 2 lett. c), c-bis ed e) cod. cons. e 70 e 71 CCE, nonché costituisce una pratica commerciale scorretta, segnatamente ingannevole, vietata dall'art. 20 cod. cons.

2. ordina a Wind Tre s.p.a. di accogliere, entro il termine di 30 (trenta) giorni dalla ricezione delle singole richieste, le richieste di restituzione dei corrispettivi di telefonia fissa versati dai consumatori in applicazione delle clausole o pattuizioni contrattuali basate su una cadenza temporale di 28 giorni anziché 30;

3. ordina a Wind Tre s.p.a. di pubblicare, con spese a suo carico, entro 30 (trenta) giorni, decorrenti dalla data di pubblicazione della presente sentenza, sulla *home-page* del suo sito, per la durata di trenta giorni continuativi dall'inizio della pubblicazione, l'avviso di cui al paragrafo 7 della motivazione;

4. ordina a Wind Tre s.p.a. di inoltrare, con spese a suo carico, a ciascun cliente consumatore – ivi compresi i clienti che abbiano receduto dal contratto - relativamente a contratti di telefonia fissa (o di altri servizi abbinati alla telefonia fissa) in cui sia stata applicata la periodicità a 28 giorni, l'avviso di cui al paragrafo 7, inserendolo nella prima fattura che Wind Tre s.p.a. invierà al cliente consumatore dopo il trentesimo giorno successivo alla data di pubblicazione della presente sentenza ovvero, quanto ai clienti consumatori receduti, mediante lettera raccomandata da inviarsi al recapito indicato in contratto entro 30 (trenta) giorni dalla data di pubblicazione della presente sentenza;

5. ordina a Wind Tre s.p.a. di pubblicare, con spese a suo carico, entro 30 (trenta) giorni decorrenti dalla data di pubblicazione della presente sentenza, sui quotidiani “*Il Corriere della Sera*” e “*La Repubblica*”, a caratteri doppi del normale, per una sola volta, il dispositivo della presente sentenza;

6. pone a carico di Wind Tre s.p.a. la somma di € 700,00 per ogni giorno di ritardo nell'adempimento degli obblighi imposti con la presente sentenza;

7. condanna Wind Tre s.p.a. a rimborsare all'Associazione Movimento Consumatori le spese di giudizio, che si liquidano in € 518,00 per spese ed € 21.387,00 per compenso professionale, oltre IVA se dovuta, CPA e rimborso forfetario spese generali al 15%, da distrarsi in favore dei difensori di parte attrice che si dichiarano antistatari.

Milano, 4 luglio 2021

Il Giudice
Cristina Giannelli