

Pubblicato il 30/06/2020

N. 04156/2020REG.PROV.COLL.
N. 05547/2018 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5547 del 2018, proposto da **ASSTEL** Assotelecomunicazioni, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Brunetti, Alfredo Vitale e Gilberto Nava, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Filippo Brunetti in Roma, via XXIV maggio n. 43;

contro

Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

U.Di.Con - Unione per la difesa dei consumatori, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, 22 marzo 2018 n. 3258, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Autorità per le garanzie nelle comunicazioni;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 maggio 2020 il Cons. Diego Sabatino e rilevato che l'udienza si svolge ai sensi dell'art.84 comma 5, del D.L.n.18 del 17 marzo 2020, attraverso videoconferenza con l'utilizzo di piattaforma "Microsoft Teams" come previsto dalla circolare n. 6305 del 13 marzo 2020 del Segretario Generale della Giustizia Amministrativa.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso iscritto al n. 5547 del 2018, **ASSTEL** Assotelecomunicazioni propone appello avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, 22 marzo 2018 n. 3258 con la quale è stato respinto il ricorso proposto dalla stessa appellante e da Eolo s.p.a. contro l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e U.Di.Con - Unione per la difesa dei consumatori per l'annullamento

- della delibera n. 121/17/CONS, adottata dall'AGCOM in data 15 marzo 2017 e pubblicata sul sito istituzionale della medesima Autorità il 24 marzo 2017, avente ad oggetto "modifiche alla delibera n.252/16/CONS recante "misure a tutela degli utenti per favorire la trasparenza e la comparazione delle condizioni economiche dell'offerta dei servizi di comunicazione elettronica" e del relativo Allegato A, nei limiti di quanto dedotto nel presente ricorso;

- di ogni altro atto presupposto, consequenziale o comunque connesso, ivi inclusa, la delibera n. 462/16/CONS e i relativi allegati.

I fatti di causa possono essere così riassunti.

Col ricorso introduttivo, l'ASSTEL rappresentava di essere un'associazione nazionale di categoria della filiera delle telecomunicazioni, aderente a Confindustria, che rappresenta circa 50 imprese, tra cui i principali fornitori di servizi di telefonia fissa e mobile, nonché di servizi di connettività in Italia; detta associazione ha tra i propri fini statutari quello di tutelare gli interessi, individuali e collettivi, delle imprese associate e di rappresentare le stesse nei rapporti con tutti gli interlocutori esterni, pubblici e privati, in tutte le sedi, ivi incluse quelle amministrative e giurisdizionali; mentre Eolo s.p.a. è una società operante nel settore delle telecomunicazioni in virtù delle autorizzazioni generali rilasciate dal Ministero dello Sviluppo Economico ("MISE") ai sensi dell'art. 25 del Codice delle comunicazioni elettroniche ("CCE"), fornitrice di servizi di connessione Internet a banda larga e ultralarga con tecnologia wireless.

Con delibera 121/17/Cons, AGCOM ha approvato modifiche al regolamento adottato con la delibera 252/16/Cons per la tutela dell'utente e per favorire la trasparenza e la comparazione delle condizioni di offerta.

In particolare la predetta determinazione n. 121 del 2017 ha previsto un obbligo di informazione relativo al credito residuo che deve essere comunicato agli utenti gratuitamente e secondo determinate modalità e ha definito il parametro temporale di validità delle offerte dei singoli operatori, richiedendo a questi ultimi di adottare tutte le misure tecniche e giuridiche idonee a conformarsi a tali disposizioni.

Le modifiche introdotte dalla impugnata delibera n. 121/17/Cons alla del. 252/16/Cons servirebbero, secondo l'Autorità, a migliorare la trasparenza e la comparabilità delle informazioni relative ai prezzi dei servizi di comunicazione elettronica ed il controllo da parte dell'utente dei consumi e della spesa tra i vari operatori.

In tal modo l'Autorità ha indicato il parametro temporale di raffronto sulle offerte dei vari operatori su base mensile, stabilendo che la cadenza di

rinnovo delle offerte e della fatturazione dovessero avvenire su base mensile o suoi multipli.

Avverso gli atti in epigrafe hanno quindi proposto impugnativa gli interessati, deducendo i seguenti motivi:

1) difetto assoluto di attribuzione. Violazione e falsa applicazione dell'art. 71 del d. lgs. n. 259/2003; dell'art. 13 del d.lgs. n. 259/2003 e dell'art. 8 della direttiva 2002/21/ce; nonché dell'art. 2, comma 12, lett. h) ed l) della legge n. 481/1995. Violazione e falsa applicazione dell'art. 41 cost. Violazione del divieto di gold plating.

L'Autorità non sarebbe titolare del potere di regolare i rapporti contrattuali tra operatori e utenti, in quanto l'art. 71 del Codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. n. 259/2003, anche CCE) conformemente al quadro normativo europeo, attribuirebbe all'Autorità il solo potere di assicurare la trasparenza e la comparabilità delle offerte commerciali, disciplinandone la forma, ma non il contenuto.

Il potere di indicare il periodo minimo per fatturazione/rinnovo delle offerte non troverebbe legittimazione nemmeno nelle direttive comunitarie (art. 8, par. 4 lett. b della direttiva 2002/21/CE) e nelle altre norme invocate dall'Autorità, tra cui gli artt. 1 e 2 della l. 481/1995, che si limitano a disciplinare la qualità del servizio e la conoscibilità delle condizioni contrattuali da parte degli utenti. Ciò in quanto il regolamento di servizio al quale la legge fa riferimento apparteneva al precedente regime concessorio o monopolistico, che caratterizzava i servizi di telecomunicazione prima della liberalizzazione, e precedente all'attuale regime autorizzatorio che implica la libertà di auto-organizzazione delle imprese.

L'art. 71 del Codice si limiterebbe ad attribuire all'Autorità la funzione di assicurare che le imprese di comunicazioni elettroniche forniscano agli utenti informazioni chiare e veritiere, riconoscendo alla medesima autorità

il potere di imporre prescrizioni quanto alla forma con cui tali informazioni devono essere rese.

La richiamata disposizione non consentirebbe alcuna interpretazione che permetta di riconoscere all'AGCOM la facoltà di prescrivere oneri ulteriori e diversi rispetto al mero obbligo di informativa e pubblicazione.

Né tale possibilità sarebbe rinvenibile nell'art. 13 del Codice, richiamato dall'AGCOM per legittimare una lettura "estensiva" del citato art. 71, che invece indicherebbe le funzioni affidate all'Autorità.

Tali norme di principio, devono essere necessariamente lette alla luce delle disposizioni di dettaglio contenute nello stesso Codice, che legittimano soltanto l'imposizione a carico delle imprese di comunicazione elettronica di oneri informativi a tutela degli utenti.

L'intervento regolamentare dell'Autorità inciderebbe in maniera diretta e immediata sulla libertà di iniziativa economica degli operatori e, in particolare, sulla loro autonomia contrattuale, tutelata dall'art. 41 Cost. e mediante la previsione della riserva di legge.

La delibera, dunque, sarebbe priva di qualsiasi base giuridica per cui sarebbe illegittimità per difetto assoluto di attribuzione e per violazione di legge.

L'intervento regolatorio in questione, nel contesto normativo europeo e nazionale, avrebbe una funzione ancillare e sussidiaria, che troverebbe giustificazione solo in presenza di un fallimento del mercato, come sarebbe possibile evincere dall'art. 1, comma 1 della direttiva 2002/22/CE, e dagli artt. 70 - 81 del codice delle comunicazioni elettroniche. La tutela dei consumatori non avverrebbe mediante la imposizione di misure di natura imperativa alle dinamiche di mercato, ma mediante la riduzione "a monte" (i) delle asimmetrie informative e (ii) dello squilibrio negoziale tra i contraenti.

In tale sistema, l'Autorità non potrebbe intervenire per determinare il contenuto negoziale (soprattutto in relazione alle condizioni economiche)

degli accordi tra utenti e operatori. I primi sarebbero già garantiti dagli obblighi informativi e dal diritto di recesso, e dalle dinamiche concorrenziali del settore delle comunicazioni elettroniche, senza che si renda necessario alcun ulteriore intervento regolamentare da parte di AGCOM.

Né si può ritenere che l'introduzione dei (censurati) vincoli di durata possa essere giustificato da un (insussistente) fallimento di mercato.

Con la delibera n. 623/15/CONS "identificazione ed analisi dei mercati dei servizi di accesso alla rete fissa (Mercati nn. 3° e 3B della raccomandazione della Commissione Europea n. 2014/710/UE e della raccomandazione n. 2007/878/CE)", con riferimento ai mercati retail dell'accesso alla rete fissa l'Autorità avrebbe riconosciuto l'esistenza delle dinamiche concorrenziali nei mercati al dettaglio dei servizi di accesso alla rete fissa (e per la rete mobile), eliminando qualsiasi obbligo regolamentare.

Né l'intervento dell'Autorità potrebbe avvenire in base al potere delle autorità indipendenti 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" (art. 2, comma 12, lett. h) della legge n. 481/1995) menzionato nell'allegato A) della delibera in esame.

Inoltre l'art. 2, comma 12, lett. h) della Legge n. 481/1995 circoscriverebbe il potere di intervento dell'Autorità alla determinazione dei livelli generali e specifici di qualità del servizio, e non consentirebbe la definizione delle condizioni economiche della sua fornitura.

La delibera impugnata violerebbe inoltre il divieto di gold plating, introdotto nell'ordinamento nazionale dall'art. 15 della Legge n. 183/2011; 2) difetto assoluto di attribuzione. Violazione e falsa applicazione dell'art. 70 del d.lgs. n. 259/2003. Violazione e falsa applicazione dell'art. 41 cost.

Violazione del divieto di gold plating.

La Delibera limiterebbe il diritto potestativo degli operatori di comunicazione elettronica di modificare unilateralmente i contratti in essere con gli utenti: c.d. ius variandi, come sarebbe stato affermato da recente decisioni del T.A.R.

L'art. 70, comma 4 del Codice e l'art. 20 della direttiva 2002/22/CE, interpretati alla luce del considerando n. 27 della direttiva 2009/136/UE (modificativa della direttiva 2002/22/CE), non consentirebbero di individuare alcun potere in capo all'Autorità capace di limitare l'esercizio dello ius variandi degli imprenditori;

3) illegittimità per violazione del principio di proporzionalità. Eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche ed in particolare per manifesta illogicità ed irragionevolezza. Violazione e falsa applicazione dell'art. 13, comma 4 del d.lgs. n. 259/2003, nonché del generale principio della libera concorrenza e dell'art. 41 Cost..

La delibera sarebbe comunque illegittima, inoltre, per violazione del generale principio di proporzionalità.

L'imposizione del ciclo di fatturazione/rinnovo su base mensile (o suoi multipli) per i servizi di telefonia fissi o convergenti, da un lato, e del ciclo minimo di quattro settimane per i servizi mobili, fallirebbe il cd. test "trifasico" imposto dal principio di proporzionalità, recepito dalla giurisprudenza anche di questo Tribunale.

L'obiettivo di trasparenza comparabilità delle offerte sarebbe soddisfatto dall'imposizione di un obbligo di pubblicazione del costo delle diverse soluzioni tariffarie praticate da singoli operatori uniformato su un parametro temporale standard ritenuto opportuno (es. settimanale, bisettimanale etc.), a prescindere dall'effettiva durata dei relativi periodi di fatturazione o rinnovo delle singole offerte.

Tale finalità sarebbe, inoltre, già perseguita dalla Delibera garantita dal regolamento n. 252/16/CONS, che ha previsto l'obbligo degli operatori di

predisporre e pubblicare sui propri siti internet schemi riassuntivi delle caratteristiche delle proprie offerte e ha introdotto un motore di comparazione tariffaria dell'Autorità, che uniformerebbe le offerte su un unico parametro di riferimento ai fini di comparazione (se le stesse hanno durate diverse).

L'introduzione di un periodo minimo di fatturazione/rinnovo per i servizi di telefonia mobile confliggerebbe con detto canone anche sotto il diverso profilo della (in)idoneità della misura a raggiungere lo scopo prefissato, in quanto gli operatori commerciali avrebbero estrema libertà di scegliere cicli di tariffazione/rinnovo delle offerte basati su periodi diversi (es. a 40, 50 o 60 giorni).

La delibera, imponendo vincoli temporali ai cicli di fatturazione/rinnovo delle offerte, restringerebbe la facoltà degli operatori di articolare liberamente le condizioni di fornitura dei propri servizi sulla base delle esigenze manifestate dall'utenza e limitando la facoltà di differenziare le proprie offerte.

Ciò comporterebbe un appiattimento del livello di concorrenza tra gli operatori, pregiudicando la libertà di iniziativa economica e contrattuale degli operatori e degli stessi utenti, che avranno una libertà di scelta più limitata in un mercato meno competitivo.

La delibera violerebbe il principio della libera concorrenza – costituzionalmente tutelato dall'art. 41 Cost. – e si porrebbe contrasto anche con l'art. 13, comma 2 e comma 4, lett. a) del Codice;

4) eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche ed in particolare per sviamento, illogicità manifesta ed irragionevolezza.

L'AGCOM avrebbe perseguito un fine (quello di incidere sulle condizioni contrattuali) estraneo a quello assegnato dalla norma invocata (assicurare la trasparenza delle condizioni contrattuali comunque definite dall'operatore).

L'intervento regolamentare, infine, non sarebbe rivolto a tutelare la libertà di scelta degli utenti, perseguendo in realtà il fine di eliminare aumenti di prezzo verificatisi in concomitanza con il passaggio di alcuni operatori mobili dalla tariffazione su base mensile a quella a 28 giorni e di alleviare gli oneri connessi all'esercizio delle sue funzioni di controllo;

5) illegittimità dell'art. 2, comma 3 della delibera: eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche ed in particolare per manifesta irragionevolezza ed illogicità, difetto di istruttoria.

Il termine di 90 giorni assegnato agli operatori per adeguarsi alle misure previste dalla delibera gravata non sarebbe sufficiente e sarebbe stato determinato da AGCOM in assenza di alcuna istruttoria che verificasse l'impatto reale degli obblighi introdotti.

L'AGCOM si è costituita in giudizio, depositando memorie con le quali eccepisce la infondatezza del ricorso.

All'udienza del 7 febbraio 2018, la causa è stata discussa e decisa con la sentenza appellata, preceduta da deposito del dispositivo in data 12 febbraio 2018. Nella sua decisione il T.A.R. riteneva infondate le censure proposte, ritenendo concretamente e correttamente esercitato il potere regolatorio censurato.

Contestando le statuizioni del primo giudice, la parte appellante, ossia la sola associazione originariamente ricorrente, evidenzia l'errata ricostruzione in fatto e in diritto operata dal giudice di prime cure, proponendo sei motivi di appello in parte riproduttivi delle proprie originarie censure, meglio descritte in parte motiva.

Nel giudizio di appello, si è costituita l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, chiedendo di dichiarare inammissibile o, in via gradata, rigettare il ricorso.

Alla pubblica udienza del 14 maggio 2020, il ricorso è stato discusso e assunto in decisione.

DIRITTO

1. - Prima di iniziare la disamina delle questioni di diritto sottoposte, occorre aggiungere, alla descrizione di fatto sopra riportata, che si ferma al momento della pubblicazione della sentenza di primo grado, gli eventi successivi, di tipo legislativo e interpretativo, che hanno ulteriormente modificato il quadro di riferimento, secondo una dinamica tipica del giudizio amministrativo di aderenza alla realtà fattuale e all'azione del potere pubblico.

Sul versante normativo, va ricordato che, nelle more del giudizio dinanzi al T.A.R., è stato adottato l'art. 19 quinquiesdecies del d.l. 16 ottobre 2017 n. 148 (convertito in l. 4 dicembre 2017 n. 172) che ha introdotto modifiche all'art. 1 del d.l. 31 gennaio 2007 n. 7 (convertito in l. 2 aprile 2007 n. 40). Nel dettaglio, il nuovo art. 1, comma 1 del citato d.l. 7 del 2007 stabilisce ora che "i contratti di fornitura nei servizi di comunicazione elettronica disciplinati dal codice di cui al decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, prevedono la cadenza di rinnovo delle offerte e della fatturazione dei servizi, ad esclusione di quelli promozionali a carattere temporaneo di durata inferiore a un mese e non rinnovabile, su base mensile o di multipli del mese".

Con la detta disposizione si è così complessivamente previsto: l'obbligo di adeguamento di tutti gli operatori di TLC, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata, alla predetta cadenza di fatturazione entro 120 gg. dall'entrata in vigore della legge di conversione; la garanzia dell'AGCOM sulla pubblicazione dei servizi offerti e delle tariffe generali, in modo da consentire ai consumatori scelte informate; il potere dell'AGCOM di ordinare all'operatore la cessazione della condotta e il rimborso delle eventuali somme indebitamente percepite o comunque ingiustificatamente addebitate agli utenti; nonché la possibilità di sanzionare la violazione delle disposizioni de qua, indicandone le modalità.

Sul versante giurisprudenziale, la vicenda ha avuto uno sviluppo ulteriore in quanto l'adeguamento degli operatori alla citata delibera 121 non è

intervenuto entro il termine in essa previsto ma solo successivamente all'adozione del citato art. 19-quinquiesdecies. L'Autorità ha pertanto sanzionato i principali operatori, diffidandoli altresì a restituire agli utenti i giorni erosi a causa della illegittima fatturazione a 28 giorni per non aver adottato una cadenza di rinnovo delle offerte di telefonia fissa e di fatturazione su base mensile, in violazione della delibera n. 252/16/Cons, come novellata dalla delibera n. 121/17/Cons. Le delibere sanzionatorie e di imposizione del ristoro sono state impugnate dai diversi operatori destinatari, dapprima dinanzi al T.A.R. e, successivamente al rigetto del loro ricorso, dinanzi a questo Consiglio di Stato, sezione Sesta che, con le sentenze 4 febbraio 2020 n. 879, 7 febbraio 2020 n. 987 e 24 febbraio 2020 n. 1368, ha condiviso l'impianto del giudice di prime cure, confermando la legittimità delle sanzioni (salvo il loro dimensionamento) e degli ordini di indennizzo.

2. - Sulla base di queste premesse, può passarsi alla disamina dell'appello, che non è fondato e va respinto per i motivi di seguito precisati.

3. - Con il primo motivo di diritto, rubricato "I. erroneità della sentenza nella parte in cui ha rigettato il primo motivo del ricorso principale; difetto assoluto di attribuzione; violazione e falsa applicazione dell'art. 71 del d. lgs. n. 259/2003; dell'art. 13 del d. lgs. n. 259/2003 e dell'art. 8 della direttiva 2002/21/CE; nonché dell'art. 2, comma 12, lett. h) ed l) della legge n. 481/1995; violazione e falsa applicazione dell'art. 41 Cost.; violazione del divieto di gold plating" viene dedotta l'erroneità della sentenza nella parte in cui, rigettando il primo motivo di ricorso di **ASSTEL**, ha confermato la legittimità della delibera pur adottata dall'Autorità in assenza di una qualsiasi norma legislativa nazionale o comunitaria che attribuisse tale potere ad AGCOM.

In particolare, veniva contestato quanto erroneamente ritenuto dall'Autorità in merito ad una pretesa giustificazione dell'intervento regolamentare da rinvenirsi nell'esigenza di garantire agli utenti

un'adeguata informativa e nell'ottica di assicurare a questi ultimi una facile comparazione delle condizioni economiche delle offerte degli operatori di comunicazioni elettroniche.

3.1. - La censura va respinta.

Al contrario di quanto sostenuto in appello, dove si afferma che AGCOM prima, e il T.A.R. poi, avessero individuato la base normativa della delibera, richiamandole apoditticamente e in maniera del tutto disorganica, diverse disposizioni che sono o del tutto inconferenti ovvero, lungi dal conferire il potere esercitato, si limitano a riconoscere la facoltà della stessa di imporre obblighi informativi a carico degli operatori, va sottolineato come la ricostruzione operata dal primo giudice risulti non solo condivisibile ma anche fatta implicitamente propria da questo Consiglio nelle sentenze prima evocate che si sono occupate del tema della cadenza di rinnovo delle offerte di telefonia fissa e di fatturazione non su base mensile.

In particolare, soccorre per lo scrutinio della questione qui in esame la già citata sentenza Cons. Stato, VI, 4 febbraio 2020 n. 879, che al punto 5.4. esplicitamente si pronuncia in questo modo:

“L'art. 2, co. 12, lett. d) della l. 481/1995, nel riferirsi espressamente alle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, stabilì che ognuna di esse «... propone la modifica delle clausole delle concessioni e delle convenzioni, ivi comprese quelle relative all'esercizio in esclusiva, delle autorizzazioni, dei contratti di programma in essere e delle condizioni di svolgimento dei servizi, ove ciò sia richiesto dall'andamento del mercato o dalle ragionevoli esigenze degli utenti, definendo altresì le condizioni tecnico-economiche di accesso e di interconnessione alle reti, ove previsti dalla normativa vigente...». In forza poi della lett. h), l'Autorità «... emana le direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi, definendo in particolare i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli

specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente, sentiti i soggetti esercenti il servizio e i rappresentanti... (di utenti e consumatori), eventualmente differenziandoli per settore e tipo di prestazione...». Il successivo co. 37, cui il co. 12, lett. h) rinvia e che si occupa del regolamento di servizio predisposto da ciascun esercente il servizio regolato, precisa che «... le determinazioni delle Autorità di cui al comma 12, lettera h), costituiscono modifica o integrazione del regolamento di servizio...». Come si vede, e in ciò l'interpretazione resa dal TAR s'appalesa condivisibile, si tratta di norme «... dai tratti generali, che impongono un intervento attuativo dell'Autorità...», cioè di clausole aperte, da implementare in base al prudente apprezzamento di essa a seconda degli scopi di tutela da raggiungere. Il risultato potrà prima facie apparire l'esercizio d'un potere atipico, ma in realtà, a ben vedere, esso discende dal vero e proprio sistema che la dir. n. 2005/29/CE, le direttive settoriali e le fonti interne vanno costruendo tra loro e che trovano unità di principi proprio nell'art. 2, commi 12 e 37 della l. 481/2015 (cui rinvia l'art. 1, co. 6, lett. c, n. 14 della l. 249/1997, istitutiva dell'AGCOM). Tutto ciò accade sotto la guida degli organismi europei e della giurisprudenza CGUE, che così garantiscono l'applicazione unitaria, coerente ed uniforme delle discipline generale e di settore, come all'interno fanno le ANR raccordando e coordinando i propri interventi nelle materie aventi tratti comuni, in primis normativi e regolatori. Sicché, ad onta di quel opina l'appellante, v'è una copertura eurounitaria alle delibere delle ANR di settore (come AGCOM) che, pur talvolta non rinvenendo immediatamente nel proprio sistema se non clausole generali e non anche un puntuale fondamento nelle norme primarie (europee e nazionali) di settore, perseguano obiettivi comunque coerenti con quelli fissati nelle suddette normative primarie, tali da poterne costituire continuazione ideale. Esse, quindi e per il sol fatto d'aver a disposizione le fonti interne e dell'UE — nonché un framework sovranazionale basato sulla formazione,

condivisione e circolazione di best practices poste dagli organi dell'Unione —, costruiscono provvedimenti congruenti coi fini di tutela contro le pratiche commerciali scorrette ed a favore dei consumatori, ferme le loro rispettive potestà autonome avanti a fattispecie incompatibili (cioè, irriducibili per specificità tecnica propria del settore). Ebbene, già ben prima dei fatti di causa ed il TAR non ha mancato di rammentarlo, la Sezione (cfr. Cons. St., VI, 24 maggio 2016 n. 2182, ma su tali poteri, sia pur con le cautele del caso, era intervenuta Cass., III, 27 luglio 2011 n. 16401) ha chiarito come tutte tali norme abbiano attribuito all'Autorità poteri ampi di eterointegrazione, suppletiva e cogente, dei contratti per il perseguimento di specifici obiettivi individuati. Tal potere, in quanto attribuito da una norma imperativa, diventa esso stesso, insieme a tale norma, parametro di validità del contratto. Il contenuto dei contratti viene così integrato, secondo lo schema dell'art. 1374 c.c., dall'esercizio di tal potere da parte dell'Autorità o, se del caso (per i contratti contenenti clausole difformi da quanto statuito dall'Autorità stessa), queste ultime sono nulle, ai sensi dell'art. 1418, I c., c.c.”

Le osservazioni appena svolte sono esattamente riportabili nel presente giudizio (e in questo senso, non colgono nel segno i distinguo proposti nella memoria del 11 maggio 2020 della parte appellante, dove si sostiene, ma senza riscontro, che le dette ragioni possano valere solo per le sanzioni ripristinatorie) ed evidenziano correttamente la base normativa della delibera in esame.

Conclusivamente, il primo motivo di doglianza deve essere respinto, dando continuità all'orientamento di questo Consiglio.

4. - Con il secondo motivo di diritto, recante “II. erroneità della sentenza nella parte in cui ha rigettato il secondo motivo del ricorso principale; difetto assoluto di attribuzione; violazione e falsa applicazione dell'art. 70 del d. lgs. n. 259/2003; violazione e falsa applicazione dell'art. 41 Cost.; violazione del divieto di gold plating”, si lamenta il rigetto del secondo

motivo del ricorso principale, dove veniva dedotta l'illegittimità della delibera per difetto assoluto di attribuzione e violazione di legge anche perché limitativa del diritto potestativo degli operatori di comunicazione elettronica di modificare unilateralmente i contratti in essere con gli utenti, il c.d. ius variandi.

4.1. - La doglianza non può essere condivisa.

Il divieto di gold plating, ossia il divieto, introdotto dall'art. 15 della l. n. 183 del 2011, che impone che gli atti di recepimento delle direttive comunitarie non possano introdurre o mantenere "livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse" (e, quindi "requisiti, standard, obblighi e oneri non strettamente necessari per l'attuazione delle direttive"), appare qui erroneamente evocato, come correttamente rilevato dal T.A.R.

La delibera gravata, emessa dopo che il mercato della telefonia si era orientato verso una cadenza quadrisettimanale dei periodi di rinnovo e fatturazione, ha introdotto un elemento regolatorio che si inquadra interamente nell'ambito dei poteri esercitabili nel rispetto del principio di proporzionalità. Infatti, l'intervento si caratterizza per la sua residualità, individuando unicamente un limite minimo per la durata dei rinnovi e delle fatturazioni per la telefonia fissa, onde consentire maggiore trasparenza e più agevole comparabilità delle offerte, inquadrandosi così perfettamente nel disposto di cui all'art. 71 del Codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. n. 259/2003, che espressamente permette all'Autorità il potere di assicurare la trasparenza e la comparabilità delle offerte commerciali.

E si ricorda che questo Consiglio, nella già citata sentenza 879/2020, ha già evidenziato la legittimità dell'integrazione del contenuto negoziale, secondo lo schema dell'art. 1374 c.c., determinato dall'esercizio di tal potere da parte dell'Autorità.

Non può quindi ritenersi che vi sia stata una imposizione tranciante in favore di una definita cadenza di fatturazione, ma unicamente

l'individuazione di una soglia minima di riferimento, lasciando così liberi gli operatori di introdurre sistemi ulteriori dove i rinnovi e le fatturazioni operino per periodi superiori al mese o a suoi multipli, differenziando così le proprie offerte senza alcuna limitazione delle libertà garantite dal diritto unionale.

Per altro verso, che il periodo di rinnovo e di fatturazione costituisca un elemento di competizione essenziale per gli operatori, come sostenuto dall'appellante, appare smentito in fatto non solo dalla possibilità che gli elementi di competizione si svolgano differenziando in altro modo le offerte e le promozioni, ma soprattutto in relazione alla circostanza che proprio la scansione temporale della fatturazione ha visto una convergenza di tutti gli operatori in funzione della stessa durata quadrisettimanale, evidenziando come la stessa non rappresenti un fattore competitivo ma uno strumento di omogeneizzazione delle offerta, in parte qua, condiviso nell'azione commerciale.

5. - Le osservazioni appena svolte consentono altresì di superare anche il terzo motivo di ricorso, rubricato "III. erroneità della sentenza nella parte in cui ha rigettato il terzo motivo del ricorso principale; illegittimità per violazione del principio di proporzionalità; eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche ed in particolare per manifesta illogicità ed irragionevolezza; violazione e falsa applicazione dell'art. 13, comma 4 del d. lgs. n. 259/2003; del generale principio della libera concorrenza e dell'art. 41 Cost.", dove si lamenta il mancato accoglimento della censura con cui si lamentava l'illegittimità della delibera anche sotto l'autonomo profilo del contrasto con il generale principio di proporzionalità.

Come noto, tale principio vieta alle pubbliche amministrazioni – ivi incluse le autorità indipendenti – di comprimere la sfera giuridica dei destinatari della propria azione in misura diversa ed ultronea rispetto a quanto necessario per il raggiungimento dello scopo cui è destinata. Ma, come si è appena visto, l'intervento dell'AGCOM si è mantenuto entro

limiti ristretti, funzionali ad assicurare maggiore trasparenza e tesi alla più agevole comparabilità delle offerte di questo tipo di servizi.

In questo senso, in disparte il tema della sufficienza o meno del motore di calcolo utilizzato in precedente da AGCOM (dove l'appellante non incide sulla pronuncia del T.A.R.) l'auspicato controllo trifasico indicato negli atti dell'associazione appellante (che comprenda: i. l'idoneità della misura allo scopo da raggiungere; ii. la necessità della misura; iii. la proporzionalità col fine) deve ritenersi superato, come sopra evidenziato e in rapporto alle finalità conseguite.

Il che esclude che si sia violato il generale canone di proporzionalità.

6. - Con il quarto motivo di ricorso, rubricato "IV. erroneità della sentenza nella parte in cui ha rigettato il quarto motivo del ricorso principale; eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche ed in particolare per sviamento, illogicità manifesta ed irragionevolezza", viene censurata la sentenza per non avere tenuto nel debito conto l'ingiustificata gravosa compressione dell'autonomia contrattuale di operatori e utenti sotto il profilo dell'eccesso di potere per sviamento.

In particolare, **ASSTEL** riteneva che la delibera, lungi dall'essere rivolta a tutelare la libertà di scelta degli utenti, perseguiva in realtà: (i) da un lato, il mal celato fine di porre rimedio a presunti aumenti di prezzo (asseritamente) verificatesi in concomitanza con il passaggio di alcuni operatori mobili dalla tariffazione su base mensile a quella a 28 giorni; (ii) dall'altro, l'obiettivo di alleviare gli oneri che affermava essere connessi all'esercizio delle sue funzioni di controllo. La doglianza evidenzia come un intervento sulla cadenza di rinnovo e fatturazione delle offerte costituisca un elemento del rapporto negoziale e, come tale, parte integrante del rapporto tra operatore e utente in quanto definisce la periodicità della controprestazione pecuniaria dovuta dall'utente a fronte del servizio erogato dall'operatore.

6.1. - La doglianza non può essere condivisa, per ragioni già prima evidenziate nello scrutinio del secondo motivo, ricordando in particolare il meccanismo di eterointegrazione delle clausole contrattuali, esaminato da questo Consiglio, nella già citata sentenza 879/2020, nonché gli elementi funzionali e di sistema che connotano la delibera impugnata.

7. - Con il quinto motivo di ricorso, rubricato “V. erroneità della sentenza nella parte in cui ha rigettato il quarto motivo del ricorso principale; illegittimità dell’art. 2, comma 3 della delibera: eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche ed in particolare per manifesta irragionevolezza ed illogicità, difetto di istruttoria”, viene lamentata l’illegittimità della delibera, nella parte in cui fissava un termine di appena 90 giorni per l’adeguamento degli operatori ai nuovi vincoli regolamentari.

7.1. - La doglianza è smentita in fatto.

Come correttamente evidenziato dal primo giudice, per un verso, le vantate difficoltà di adeguamento entro il termine assegnato da AGCOM sono state allegate ma non suffragate da elementi concreti (se non una mera indicazione di dettaglio delle azioni da compiere); per altro verso, è emersa la circostanza che molti operatori di telefonia abbiano completato il passaggio alla fatturazione a 28 giorni (sia per la telefonia fissa che per quella mobile) ad appena due mesi dal suo preannuncio ai consumatori finali.

La doglianza va quindi respinta.

8. - Con il sesto e ultimo motivo di ricorso, rubricato “VI. carenza assoluta di motivazione; violazione e falsa applicazione dell’art. 19-quinquiesdecies del d.l. n. 148/2017; violazione del principio tempus regit actum”, viene evidenziata la rilevanza, in termini sistematici, dell’introduzione del citato art. 19-quinquiesdecies che, solo a dicembre del 2017, ha introdotto nell’ordinamento una norma legislativa che impone agli operatori di telefonia, di reti televisive e di comunicazioni elettroniche di adottare il

mese – o multipli del mese - quale standard per la cadenza del rinnovo delle offerte e della fatturazione dei servizi.

Secondo l'appellante, dalla semplice lettura delle previsioni sopracitate, risulta di tutta evidenza la sovrapposibilità di contenuti tra le disposizioni della delibera impugnata nel presente giudizio e la previsione legislativa di cui all'art. 19 - quinquiesdecies del d.l. n. 148/2017, dove tale sovrapposibilità è elemento di conferma dell'illegittimità della delibera gravata.

8.1. - La doglianza è infondata.

La citata sentenza 4 febbraio 2020 n. 879 consente di rispondere anche all'ultima censura, ulteriormente sviluppata nella memoria del 11 maggio, dove si sostiene che l'introduzione dell'art. 19-quinquiesdecies del d.l. n. 148 del 2017 sia una conferma indiretta che, anteriormente all'emanazione della stessa, gli operatori di telefonia, di reti televisive e di comunicazioni elettroniche fossero liberi di fissare cadenze di rinnovo e di fatturazione delle proprie offerte di servizi anche su base diversa da quella mensile.

La citata pronuncia, al punto 5.7., si sofferma sui rapporti tra la delibera n. 121 e l'art. 19-quinquiesdecies del d.l. 148/2017, evidenziando come "l'intervento legislativo ha completato quello che già l'atto di regolazione aveva già stabilito, senza sovrapporsi a quest'ultimo. Per contro, non v'è alcuna ragione di leggere la novella ex DL 148/2017 con una sorta di ragionamento a contrario, come se fosse la conferma della carenza di potere dell'Autorità in materia e fungere come una sorta di "sanatoria" della delibera n. 121. Al più detta novella ha avuto l'evidente scopo d'estendere la tutela per la violazione del principio di trasparenza all'erogazione degli altri servizi di TLC".

Anche l'ultimo motivo di appello va quindi respinto.

9. - L'appello va quindi respinto. Tutti gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo

diverso. Sussistono peraltro motivi per compensare integralmente tra le parti le spese processuali, determinati dalla novità della questione decisa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando in merito al ricorso in epigrafe, così provvede:

1. Respinge l'appello n. 5547 del 2018;
2. Compensa integralmente tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 maggio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere, Estensore

Andrea Pannone, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere

L'ESTENSORE

Diego Sabatino

IL PRESIDENTE

Sergio Santoro

IL SEGRETARIO