Pubblicato il 06/04/2021

N. 02790/2021REG.PROV.COLL.
N. 04152/2018 REG.RIC.

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso NRG 4152/2018, proposto dalla **Telecom** Italia s.p.a., corrente in Milano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difeso dagli avv.ti Francesco Cardarelli e Filippo Lattanzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Roma, via G. Pierluigi Da Palestrina n. 47,

contro

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

nei confronti

dell'Associazione *Altroconsumo*, con sede in Milano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio,

per la riforma

della sentenza del TAR Lazio, sez. III, n. 2010/2018, resa tra le parti e concernente la delibera di AGCOM n. 456/16/CONS, notificata il 5

dicembre 2016, nonché gli atti presupposti sugli oneri di servizio universale per la telefonia fissa;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della sola AGCOM - Roma;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 maggio 2020 il Cons. Silvestro Maria Russo;

Dato atto che l'udienza si svolge ai sensi dell'art. 84, co. 5 del DL 17 marzo 2020 n. 18, 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 in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. – Ai sensi degli artt. 53 e 54 del D.lgs. 1° agosto 2003 n. 259 - CCE, ogni richiesta ragionevole di connessione nazionale ed internazionale in postazione fissa ad una rete di telecomunicazione pubblica —che consenta agli utenti finali, a prescindere dalla loro ubicazione, di accedere alle comunicazioni vocali, facsimile e dati, a velocità di trasmissione tali da permettere loro un accesso efficace a Internet—, costituisce servizio universale - SU e va garantita da almeno un operatore scelto ai sensi del successivo art. 58, co. 1 e per tutto il territorio nazionale.

All'AGCOM spetta il compito di stabilire il metodo più efficace e adeguato per garantire l'integrale fornitura del SU ad un prezzo accessibile, nel rispetto dei principi di obiettività, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità, a favore di tutti gli utenti finali, pure disabili, che lo richiedano.

2. – La **Telecom** Italia s.p.a., corrente in Milano ed *ex-incumbent* del servizio di telefonia vocale fissa, ai sensi dell'art. 58, co. 3 CCE fu incaricata di fornire in via provvisoria il SU per tutto il territorio nazionale.

Tanto in attesa delle scelte di altri operatori designati in base al precedente co. 2 che attuò l'art. 8 della dir. n. 2002/22/CE, recante la facoltà degli Stati membri a selezionare le imprese onerate del SU, purché fosse previamente fissato «… *un sistema di designazione efficace, obiettivo, trasparente e non discriminatorio in cui nessuna impresa è esclusa* a priori…». Al tempo dei fatti di causa (ed allo stato), non consta che la procedura preliminare, per l'individuazione del perimetro di detto SU, prodromica a siffatta scelta ed iniziata nel 2014, sia stata definita.

Detta Società a suo tempo aveva comunque predisposto, tra le altre, la c.d. offerta *VOCE*, a tutti gli effetti considerata come offerta dell'operatore a garanzia della fornitura del SU, avendone appunto le caratteristiche richieste dal CCE a tal fine. Infatti, essa fu contraddistinta da un *prezzo accessibile* (canone + € 0,10/min per le chiamate), in linea con quanto previsto dagli artt. 53 e 59 CCE e con *possibilità di controllo della spesa* (perché le chiamate erano fatturate a consumo), nel rispetto del successivo art. 60.

A detta della **Telecom** Italia s.p.a., in questo scenario d'inerzia per l'individuazione del SU e del nuovo soggetto onerato s'inquadra la presente controversia, originata, fin dalla primavera 2015, da una prima significativa manovra tariffaria. Quest'ultima, ad avviso di detta Società, avrebbe preso le mosse dalla progressiva riduzione della sua quota di mercato per la telefonia fissa, a cagione di scelte di consumo dei clienti, le quali confermano l'esistenza d'una piena sostituibilità tecnica ed economica tra l'accesso da rete fissa e quello da rete mobile. A suo dire, infatti, a fine 2015 le famiglie *mobile only* in Italia erano già il 37%, percentuale ben superiore a quella degli altri Paesi europei comparabili. Inoltre, la crescente diffusione della telefonia mobile e di soluzioni alternative alle tradizionali cabine telefoniche (tra cui, p.es., i *phone center*) ha determinato il quasi completo azzeramento dell'uso di

postazioni di telefonia pubblica in termini sia di conversazioni effettuate che di minuti di traffico.

Sicché, tra il 2010 ed il 2015, i prezzi dei servizi di comunicazioni elettroniche si erano ridotti nel complesso del 12,2%, a fronte dell'aumento dei prezzi al consumo del 7,3%, di talché risulta assai accresciuta la convenienza dei servizi telefonici per la totalità degli utenti.

2.1. – Ebbene, nel 2015 la **Telecom** Italia s.p.a. effettuò una manovra tariffaria, che portò in pratica a suddividere in via automatica ognuno dei singoli ca. 5.200.000 suoi clienti verso tre fasce di fatturazione (bassa, intermedia, alta).

Fu dunque l'operatore a scegliere verso qual fascia reindirizzare ciascuno dei clienti in base alle loro abitudini di consumo al momento della manovra. In particolare: a) nella fascia più bassa (€ 19 / mese + telefonate a consumo - offerta *VOCE*) furono inseriti i clienti che non avevano effettuato alcuna telefonata nei tre mesi precedenti (c.d. linee silenti); b) nella fascia intermedia (€ 29/mese + chiamate illimitate - offerta *TUTTO VOCE* o c.d. *flat*), andarono i clienti che, nello stesso periodo, avevano effettuato almeno una telefonata; c) chi aveva già in corso abbonamenti più costosi per Internet e chiamate fu collocato nella fascia più alta (€ 45/mese - offerta *TUTTO*). Intervenne però l'AGCOM, con delibera n. 169/15/CONS del 20 aprile 2015, rilevando profili di criticità in ordine al rispetto sia degli obblighi di SU, sia di quelli d'informativa nei confronti degli utenti interessati e diffidando detta Società odierna appellante a rispettare, nei termini indicati in motivazione, gli artt. 52, 54 e 70 CCE.

Dopo alcune interlocuzioni tra le parti, l'Autorità, con atto notificato il 31 luglio 2015, contestò formalmente all'odierna appellante l'inottemperanza alla diffida di cui alla delibera n. 169/2015, assegnandole il termine di 30 gg. per formulare memoria di osservazioni, ferma l'applicabilità della sanzione pecuniaria di cui all'art. 98, co. 11 CCE.

La citata delibera fu impugnata da detta Società con gravame straordinario poi trasposto in sede giurisdizionale innanzi al TAR Lazio, deducendo vari profili di censura. L'adito TAR, con sentenza n. 5033 del 28 aprile 2017, rigettò la pretesa attorea, tra l'altro affermando che un'offerta *flat* non potesse rispondere alle caratteristiche richieste dalla normativa in materia di SU e, in particolare, dall'art. 60 CCE. La Sezione, con sentenza n. 8024 del 25 novembre 2019, ha respinto l'appello proposto da **Telecom** Italia s.p.a. avverso la citata sentenza n. 5033/2017. In particolare, la Sezione ha affermato che: 1) quantomeno nei rapporti contrattuali caratterizzati da una forte asimmetria tra i contraenti, la ricostruzione in termini di bilateralità del meccanismo modifica-recesso è fuorviante, onde il contegno dell'utente, che ometta d'esercitare il recesso non è sufficiente a ricondurre la variazione imposta dall'operatore professionale ad un accordo; 2) il recesso permette al titolare non la conservazione delle condizioni contrattuali finora esistenti, ma solo l'uscita dal rapporto e, com'è noto, la difficoltà degli utenti più vulnerabili a destreggiarsi sul mercato è un forte disincentivo per loro ad avvalersi della facoltà di *exit*; 3) i mutamenti delle condizioni preesistenti non possono mai raggiungere il livello della novazione oggettiva *in peius* del preesistente rapporto obbligatorio.

2.2. – il 29 febbraio 2016, la **Telecom** Italia s.p.a. comunicò all'AGCOM una modifica dei modi di fatturazione, usando *sic et simpliciter* la procedura ex art. 70, co. 4 CCE ai soli fini della verifica di replicabilità, relativi all'offerta a consumo denominata *VOCE* e coincidente con la prima delle tre offerte verso cui era stata indirizzata la clientela con la citata manovra del 2015. In pratica, detta Società si limitò a comunicare tali modifiche alla clientela, consentendo ai singoli clienti il recesso, col noto sistema di c.d. *opt-out*.

L'Autorità con la delibera n. 112/16/CONS del 24 marzo 2016 rilevò che: a) a causa di tal modifica contrattuale, il prezzo per una telefonata da postazione fissa dell'unica tariffa al consumo per la linea RTG attualmente

offerta dall'operatore incaricato del SU, avrebbe determinato, aggiungendo all'aumento in sé lo scatto alla risposta al costo di € 0,20, l'aumento del 300% della spesa sostenuta per una telefonata di un minuto da postazione fissa; b) detta Società aveva avviato un percorso finalizzato alla progressiva scomparsa delle offerte a consumo, a vantaggio dei piani tariffari c.d. *flat*; c) inoltre essa, quale incaricata del SU, restava soggetta ai relativi obblighi previsti dal CCE a tutela dell'interesse pubblico e sociale, con separazione contabile dell'attività di SU dal regime dell'autorizzazione generale per la fornitura di servizi in normali condizioni commerciali; d) il prezzo di fornitura del SU era condizione rilevante per garantire alla popolazione intera l'inclusione sociale mediante l'accesso e uso dei servizi ex art. 54 CCE, donde la necessità della vigilanza sulla evoluzione e sul livello delle tariffe al dettaglio di tali servizi, con particolar riguardo ai prezzi al consumo ed al reddito dei consumatori; e) dall'analisi aggregata dell'andamento dei costi per il servizio di fonia offerto dal 2012 fino al 31 marzo 2016, le componenti di costo avevano subìto variazioni compensative tali da non determinare un aumento *tout court* del costo del servizio stesso, mentre a partire dal 1° aprile 2016, tutte quante le variabili considerate subirono un consistente rialzo, senza che ciò fosse giustificato dalle condizioni economiche generali, quali l'andamento dei prezzi al consumo e il reddito dei consumatori, parametri previsti dall'art. 59, co. 1 CCE; f) tal modifica dei prezzi della componente di traffico telefonico e la conseguente variazione del rapporto con la componente fissa non corrispose all'assolvimento degli obblighi di fornitura del SU in modo efficiente rispetto ai costi e, soprattutto, la variazione delle tariffe a consumo, nella misura in cui avrebbero inciso sulle categorie di utenti che fruivano di agevolazioni sul canone di abbonamento per ragioni reddituali, avrebbe recato il rischio della loro esclusione dall'accesso alla rete ed ai servizi di SU.

2.3. – Pertanto l'AGCOM diffidò la **Telecom** Italia s.p.a. dall'attuare tal aumento generalizzato e l'avvisò dell'avvio del procedimento per la determinazione del metodo più efficace e adeguato a garantire la fornitura del SU a un prezzo accessibile, se del caso adottando le misure ex art. 59 CCE.

Tal Società formulò al riguardo varie osservazioni, rappresentando anzitutto l'errore di confondere l'offerta commerciale *VOCE* (cui aderivano ca. 800.000 clienti con profili di consumo tra i più vari e differenziati) con le esigenze di protezione ed inclusione sociale proprie del SU. In secondo luogo, essa affermò l'impossibilità di configurare il contenuto di tal offerta come l'unica conforme alle esigenze di abbordabilità economica di SU, esistendo sul mercato una pluralità di altre proposte tariffarie di altri operatori, comparabili con *VOCE* sotto il profilo tecnico ed economico, anche di telefonia mobile senza limitazioni tecniche rispetto ai servizi di telefonia fissa. In ogni caso, essa propose soluzioni alternative che avrebbero in varia guisa tenuto conto delle esigenze rappresentate dall'Autorità sulle finalità d'inclusione sociale degli utenti del SU, ma invano.

Con delibera n. 456/16 del 14 ottobre 2016, l'AGCOM ripercorse i tratti salienti della vicenda, poi esaminò e disattese le soluzioni alternative propostele, ritenne la tariffazione a consumo il metodo più appropriato ad assicurare all'utente la libertà in merito alle scelte di consumo dei servizi di SU (e pure il diritto di questi al controllo e alla sorveglianza della propria spesa) nell'attuale contesto di mercato e rinviò ad altro provvedimento le agevolazioni per gli utenti a basso reddito. Ciò posto, la stessa Autorità stabilì in sintesi di: I) - qualificare l'offerta *VOCE* quale vera e propria tariffa di SU, con conseguente definizione delle relative condizioni economiche come prezzi amministrati per la componente sia d'accesso, che di traffico; II) - assoggettare detta Società alla procedura di modifica di tali condizioni economiche del SU, secondo l'articolato

procedimento autorizzativo delineato agli artt. 2 e 4 della delibera stessa (proposta con cadenza temporale non inferiore all'anno dall'ultima variazione; procedimento di verifica della durata di 60 gg.); III) - fissare gli obblighi di trasparenza, corretta informazione e separazione tariffaria dei servizi aggiuntivi liberi rispetto a quelli di SU.

3. – Contro tali delibere, la **Telecom** Italia s.p.a. insorse avanti al TAR Lazio, con il ricorso NRG 1131/2017, deducendo:

1) – l'avvenuta attivazione del procedimento tariffario su istanza di parte, donde l'illegittima confusione e sovrapposizione, da parte dell'Autorità, di tal procedura per lo svolgimento del test di replicabilità con una d'ufficio (afferente al SU sull'accessibilità tariffaria), malamente usando una cornice pro-concorrenziale per definire d'ufficio questioni tipiche d'inclusione sociale;

2) – l'erroneo richiamo agli artt. 53, 59 e 60 CCE, norme che abilitano le ANR a svolgere attività di vigilanza sul SU, ma nei tassativi limiti e scopi colà previsti (fissazione di condizioni economiche diverse da quelle proposte in normali condizioni commerciali, per garantire l'accesso alla rete ai consumatori a basso reddito o con esigenze sociali particolari; adeguate condizioni d'accessibilità al servizio telefonico su tutto il territorio nazionale e per tutti i consumatori, ove il libero gioco della concorrenza non le assicuri; garanzia di tal accessibilità nel rispetto dei principi di obiettività, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità, nonché di tutela dell'interesse pubblico; tutela del contraente, affinché non sia costretto a pagare prestazioni o servizi che non sono necessari per il servizio richiesto);

3) – l'assenza di proporzionalità in tal intervento regolatorio dell'Autorità, la quale, al più, avrebbe potuto prescrivere all'impresa designata l'adozione di formule tariffarie divergenti dalle normali condizioni commerciali, non certo impedirle modifiche ad offerte commerciali già presenti sul mercato e giammai obbligarla ad un regime di prezzi

amministrati o a controlli conformativi *ultra vires* rispetto ai citati limiti d'inclusione sociale, giacché il CCE non vieta modifiche tariffarie, né impone tariffe comuni o *price cap* senza la previa definizione della nozione di *accessibilità* e di come i corrispettivi economici si potessero adattare a tal necessità, cose, tutte queste, non rinvenibili nella delibera n. 456;

4) – l'omessa valutazione dell'Autorità circa l'evoluzione del mercato e, quindi, la disponibilità di proposte tariffarie pienamente accessibili fornite da altri operatori e la pressoché piena sostituibilità del SU di fonia fissa con le offerte commerciali disponibili degli operatori mobili, fermo restando che l'Autorità impose una tariffa di SU in base ad un'offerta commerciale non pensata, né profilata con scopi d'inclusione sociale;

5) – l'erronea pretesa di AGCOM di sottoporre le variazioni all'offerta *VOCE* a un regime di previa autorizzazione in palese violazione dell'art. 70, co. 4 CCE, nonché lo sviamento per aver esercitato poteri di vigilanza sul SU a tutela di una platea indistinta di soggetti non bisognevoli;

6) – l'illegittimità della delibera n. 456 per aver previsto una rigida e sproporzionata procedura per l'approvazione delle modifiche tariffarie (con il rischio d'ingessare la capacità competitiva della ricorrente nel mercato), l'asimmetria tra la durata di 60 giorni per il procedimento di revisione tariffaria del SU e la durata massima di 30 giorni per il test di replicabilità ed un sistema che viola così le *best practices* in uso negli altri Paesi UE.

4. – L'adito TAR, con la sentenza n. 2010 del 21 febbraio 2018, ha respinto integralmente la pretesa così azionata, perché: A) nella specie, la ricorrente s'è limitata a negare che l'offerta *VOCE*, di cui essa aveva proposto modifiche tariffarie a suo dire puramente commerciali, fosse da ascrivere al SU, ma non ha indicato qual diversa tariffa essa proporrebbe (com'è obbligata a fare in base all'art. 58 CCE) agli utenti del SU; B) se v'è una delle tariffe offerte dalla ricorrente alla clientela che può assumere la

qualità di tariffa di SU, è solo quella che prevede l'accesso alla rete (o, al più, alla rete ed ai soli servizi di fonia) con fatturazione a consumo, poiché è l'unica che soddisfi tutti i requisiti basilari del SU; C) tal offerta, essendo la più abbordabile e promanante dall'operatore di telefonia "verticalmente integrato" —titolare, cioè, della rete più capillare nel territorio nazionale e detentore, per *incontestata qualificazione* impressa da precedenti delibere dell'AGCOM, d'un "significativo potere di mercato"—, si presta *naturaliter* a soddisfare siffatto requisito, ossia la possibilità, per gli utenti, di fruire di servizi accessibili a tutti, a prescindere dalla loro ubicazione geografica; D) non rileva che l'intervento dell'Autorità sia avvenuto nell'occasione di un'istanza di parte per un test di replicabilità dell'offerta (proposta di variazione tariffaria), perché l'Autorità ha esercitato i poteri conformativi della libertà negoziale ex art. 53 e ss. CCE, come sarebbe accaduto se avesse appreso tal notizia per propria iniziativa o per segnalazione di terzi; E) per espressa volizione dell'art. 59 CCE, l'Autorità può incidere sulle offerte che riguardino il SU, se del caso esigendo finanche la modifica o la revoca di determinate formule tariffarie; F) è del pari irrilevante un'offerta simile o intercambiabile di altri operatori di TF o di TM, perché in atto solo la ricorrente è onerata del SU, come irrilevante è d'altronde il *jus variandi*, perché fuoriesce dal perimetro del SU e la modifica di una tariffa correlata ai consumi in un'offerta *flat* (cioè con corrispettivo forfetario per servizi che potrebbero anche non esser fruiti dall'utente) trasmoda nella sostanziale novazione oggettiva del contratto; G) sono prive di pregio le questioni solo procedimentali.

Ha appellato quindi la **Telecom** Italia s.p.a., col ricorso in epigrafe, deducendo l'erroneità della sentenza impugnata perché:

sIa) – a parte il sindacato solo estrinseco condotto dal TAR sulle delibere impugnate —diverso dai poteri che gli ultimi approdi della giurisprudenza affidano a questo Giudice in ordine al controllo dell'attendibilità tecnica del loro contenuto—, l'art. 58 CCE affida certo all'AGCOM il potere di

designare le imprese onerate del SU, ma non le attribuisce il compito di definire il perimetro ed i contenuti di esso, né di obbligare loro a proporre tariffe abbordabili non commerciali in difetto di norme regolamentari e di meccanismi di compensazione, all'uopo non potendo bastare il richiamo del TAR ad una sua giurisprudenza, non pertinente, per affermare che una tariffa di SU debba esser per forza a consumo (e non anche *flat*), ove sul punto manchi un'indicazione *ex ante* di metodiche e parametri per definire e misurare quando una tariffa risulti abbordabile o meno, in ragione delle specifiche circostanze nazionali (art. 3 della dir. n. 2002/22/CE);

Ib) – nel caso in esame ed a causa dell'eterogenea platea del clienti del servizio *VOCE*, i proposti aumenti tariffari si sarebbero realizzati in alcuni casi marginali di traffico al minuto, mentre negli altri l'aumento non si sarebbe verificato, per cui il fatto asserito noto (il carattere non abbordabile di aumenti tariffari fino al 300%) a base del ragionamento presuntivo del TAR non solo non fu affatto tale (così da violare il divieto di *praesumptio de praesumpto*), ma anche trascurò, nel calcolo degli aumenti tariffari, che nell'offerta *VOCE* dopo i primi tre minuti la tariffa al minuto diventava di € 0,3/min, donde l'inattendibilità delle valutazioni tecnico-discrezionali svolte dall'AGCOM e, pur se un aumento tariffario fosse potuto risultare meno abbordabile del prezzo di partenza, da tanto non sarebbe stato lecito inferire automaticamente che l'offerta *VOCE*, nella sua struttura originaria, non potesse essere *ex se* accessibile a tutti;

Ic) – in caso contrario, si solleva sin da ora la rilevante questione pregiudiziale da sottoporre alla CGUE ai sensi dell'art. 267, § 3) del TFUE, per cui occorre chiederle «*Se gli artt. 3 e 9 della direttiva n. 2002/22/CE, alla luce della prassi del BEREC che le ANR devono tenere in massima considerazione ai sensi dell'art. 7 della direttiva n. 2002/21/CE, oltre che alla luce dell'art. 41 della CDFUE sul dovere di adeguata motivazione degli atti amministrativi, debbano essere interpretati nel senso per cui: a) soltanto le tariffe a consumo e non pure quelle* flat

siano abbordabili in relazione alle specifiche esigenze nazionali; b) l'ANR non possa imporre i rimedi di cui all'art. 9 della direttiva n. 2002/22/CE, in particolare cristallizzando e vincolando un'offerta commerciale esistente, se non definisce preventivamente ed ex ante *le procedure, i criteri, le metodologie per definire e misurare l'abbordabilità di un determinato prezzo ex art. 3 della direttiva n. 2002/22/CE*»;

II) – il TAR non ha colto che l'art. 3 e il *considerando* 10) della dir. n. 2002/22/CE ricollegano il concetto di abbordabilità alle «*specifiche circostanze nazionali*» e non anche al ristretto ambito delle offerte proposte dal solo soggetto onerato del SU e, comunque, l'abbordabilità va valutata in relazione a *tutte* le offerte presenti sul mercato, appunto perché, se un prezzo conveniente è già assicurato dal normale gioco del mercato, non è necessario imporre tariffe speciali né il correlato obbligo di compensazione (che potrebbe distorcere la concorrenza) alla luce del principio di proporzionalità (che presiede alla definizione degli obblighi di SU, alla scelta dei fornitori del SU ed è sotteso al concetto stesso di abbordabilità), tant'è che pure la giurisprudenza della CGUE e lo stesso BEREC concludono nei sensi testé accennati, onde, nell'imporre nuovi contenuti per la fornitura del SU, l'AGCOM avrebbe dovuto previamente valutare e motivare se il mercato già non fornisse servizi comparabili (o migliori) a condizioni economiche equiparabili e tali da rendere sproporzionata e distorsiva la misura imposta con la delibera n. 456/16, cosa, questa, dimostrata con riguardo alla tariffa *VOCE* per cui il mercato pare sapersi regolare senza interventi dell'ANR, in caso contrario occorrendo sollevare una rilevante questione pregiudiziale innanzi alla CGUE, «*Se gli articoli 3 e 9 della direttiva n. 2002/22/CE, alla luce della prassi del BEREC che le ANR devono tenere in massima considerazione ai sensi dell'art. 7 della direttiva n. 2002/21/CE, oltre che alla luce dei considerati 5) e 10) della direttiva n. 2002/22/CE, del principio di proporzionalità ex art. 5 del TUE, del principio di proporzionalità ai sensi del punto 3 del* Commitment

dell'Unione Europea GATS/SC/31/Suppl. 3 dell'11 aprile 1997, debbano essere interpretati nel senso per cui l'abbordabilità di una tariffa di SU debba essere valutata in relazione a tutte le offerte, sia a consumo, sia flat*, presenti sul mercato, indipendentemente dall'operatore di pertinenza*»;

III) – l'appellante non obiettò mai l'assenza d'un potere dell'AGCOM d'imporre, in deroga alla liberalizzazione tariffaria a partire dal 2002, la modifica o la revoca dei prezzi a carico del soggetto provvisoriamente onerato del SU, avendone piuttosto dedotto il cattivo esercizio sotto molteplici profili di sviamento di potere, dei quali esistono altrettanti sintomi nelle statuizioni regolatorie su una fattispecie tariffaria ordinaria ma trattata come violazione degli obblighi di SU, sintomi, cioè, riconducibili alle due macro-categorie del perseguimento d'un intento elusivo delle decisioni sullo *jus variandi* e quelli attinenti ai presupposti per l'esercizio del potere regolatorio ex art. 53 e ss. CCE, nei sensi già visti in primo grado e malamente trattati in sentenza;

IVa) – se è vero che la disciplina del SU possa rappresentare un limite sia per il *jus variandi* che per l'intera gamma delle proposte tariffarie attoree, i diritti soggettivi dell'operatore ne risultano violati e incisi se non vi sono i presupposti per l'applicazione della disciplina del SU e l'Autorità statuisce in sviamento di potere, poiché l'art. 70, co. 4 CCE (attuativo dell'art. 20, § 4 della direttiva n. 22), secondo la giurisprudenza nazionale e sovranazionale, reca un diritto assoluto degli operatori alla modifica dei prezzi, fermo restando che, in forza dell'art. 8, § 3 della dir. n. 2002/19/CE, quando esercita i suoi poteri regolatori nell'ambito della direttiva SU l'ANR non può imporre controlli sui prezzi, se non ricorrono i presupposti ex artt. 27, 28 e 30 della direttiva stessa;

IVb) – il TAR, pur avendo dato atto delle promozioni alternative attoree ai fini dell'applicazione del *jus variandi*, ha sorvolato sull'intento dell'appellante, in alternativa alla trasformazione della tariffa *VOCE* in prezzo *flat* e in ragione delle condizioni di mercato, suggerendo meri

aumenti quantitativi (donde la piena applicabilità sul punto dell'art. 70, co. 4 CCE e la correttezza del relativo richiamo), mentre l'Autorità, che non aveva contestato l'offerta *flat* per omesso previo consenso degli utenti, tuttavia ne inibì commercializzazione invocando strumentalmente ed impropriamente la disciplina del SU;

V) – il TAR ha ravvisato la ragionevolezza e proporzionalità della delibera n. 456/16 anche con riguardo ai contenuti procedurali colà presenti e sottoposti a serrata critica in primo grado, alla luce di censure qui richiamate.

Resiste in giudizio l'intimata AGCOM, concludendo in parte per l'inammissibilità di motivi nuovi in appello e per l'infondatezza degli altri.

5. – La presente vicenda s'incentra sulla manovra tariffaria di **Telecom** Italia s.p.a., ex-*incumbent* ed attuale impresa designata del SU ex art. 53 e ss. CCE, effettuata nel 2016 e intesa ad indirizzare un numero sempre più consistente di utenti verso tariffe di tipo *flat*, anziché a consumo, qual in origine fu la tariffa denominata *VOCE*, oggetto di modifica.

Tal manovra fu pensata ed attuata in continuità, negli scopi e nell'oggetto, ad una del 2015, oggetto sì di separato ma simile giudizio, ma poi definito dalla Sezione con la sentenza n. 8024/2014, in senso contrario alla tesi dell'odierna appellante. Tal sentenza fu confermativa di quella del TAR Lazio n. 5033/2017, più volte richiamata, a sostegno o a confutazione delle rispettive tesi, pure dalle parti del presente giudizio.

La differenza tra le due manovre sta solo nel fatto che quella del 2015 fu effettuata obbligando la migrazione dell'utenza verso due offerte *flat* e lasciando sull'offerta a consumo *VOCE* i soli titolari delle c.d. linee silenti. In quella del 2016, la migrazione dell'utenza rimasta sull'unica offerta a consumo verso offerte *flat* fu svolta indirettamente, grazie ad un significativo aumento del prezzo alla risposta ed ai minuti di conversazione che rese meno abbordabile (intesa come possibilità di controllo della spesa), specie per le fasce più deboli della clientela, il mantenimento

dell'offerta a consumo. L'appellante mostrò tal seconda manovra come un'ipotesi di *jus variandi* tariffario ex art. 70, co. 4 CCE, comunicata all'Autorità ai soli fini della verifica di replicabilità, quando invece si trattò di un'operazione incidente *rebus sic stantibus* su tariffe ritenute di SU e fuori dal perimetro del legittimo *jus variandi*. Essa quindi trasmodò in una sostanziale novazione del contratto —di cui fu così variato l'oggetto e le discendenti obbligazioni in capo ai singoli clienti—, sì da replicare ciò che già fu ripudiato dalla sentenza n. 5033/2017. Appunto in questo consisté la modifica della tariffazione, da correlata ai consumi (con la possibilità di pagare, oltre al canone, i soli servizi effettivamente utilizzati) a "offerta *flat*" (ossia con un corrispettivo con scatto alla risposta e tariffa a minuti, nonché a *forfait* per servizi che sarebbero potuti anche non esser fruiti dal cliente).

5.1. – Ciò posto, quanto all'articolato primo mezzo d'appello, anzitutto sfugge al Collegio, a fronte della tesi attorea per cui il TAR, pur avendone il potere, non esercitò la verifica circa l'attendibilità tecnica dei provvedimenti dell'Autorità, in che cosa si sarebbe dovuta sostanziare tal verifica, se si considera che la scelta regolatoria s'inverò, fino al 1° aprile 2017, in un mero limite tariffario.

Per una più agevole trattazione d'una tal doglianza, il Collegio si riserva di darvi risposta dopo aver valutato le questioni sugli obblighi del SU, con riguardo all'individuazione dell'offerta *VOCE* di TIM, da parte dell'Autorità intimata, qual tariffa più congruente con le caratteristiche specifiche e proprie dell'offerta di SU.

Ora, nella prospettazione attorea, sembra quasi che una tariffa di SU possa esser di qualunque tipo o fornita da un qualunque OLO, purché abbia predette le caratteristiche, ma non è certo così. Infatti, a parte che qui non è controversa la designazione di TIM come soggetto onerato del SU, la tariffa di SU, oltreché doverosa per l'operatore che ne sia onerato —di talché, allo stato, non è possibile che sia pretesa da altro OLO—, deve

altresì rispondere alle caratteristiche d'universalità, inclusività ed abbordabilità e, ai sensi dell'art. 60 CCE, dev'esser tale che l'utente non sia costretto o indotto a pagare prestazioni o servizi non necessari o non indispensabili per il servizio richiesto.

Tal scelta è strettamente connessa alla funzione del SU, tant'è che i §§ 3), 4) e 5) dell'art. 9 della direttiva n. 22, i quali in base alla loro serena lettura vanno intesi congiuntamente ed applicati come un unitario *corpus* di regole attuative della tariffa di SU, consentono di prescrivere alle sole imprese designate di fornire opzioni tariffarie speciali o rispettare limiti tariffari o perequazioni tariffarie geografiche o altri sistemi analoghi e, al contempo (cioè, insieme), che gli Stati membri provvedano secondo una ragionevole proporzionalità «… *affinché sia fornito un sostegno ai consumatori di cui siano accertati un reddito modesto o particolari esigenze sociali*…». Siffatto sostegno, in base alle circostanze nazionali (che sono tanto quelle geografiche, quanto quelle socio-culturali e quelle più prettamente economico-reddituali), s'invera in capo al soggetto onerato di SU mercé tariffe comuni (comprese le perequazioni tariffarie) in tutto il territorio e/o col rispetto (in sé immutabile *rebus sic stantibus*, cioè non soggetto a *jus variandi*) di limiti tariffari.

Come si vede e quantunque la questione sia distribuita un po' tra tutti i motivi, è evidente che quella su chi sia chiamato a proporre l'offerta di SU, di cui s'occupa il secondo mezzo d'appello, si mostri prioritaria rispetto all'individuazione dell'oggetto di essa e dei modi della sua attuazione. Sicché è ovvio che il Collegio risolva prima la vicenda sull'esigibilità, in capo al soggetto designato di SU, dell'offerta di SU e solo dopo ne tratti dell'oggetto e degli scopi, sebbene i due argomenti siano strettamente interconnessi.

Ad ogni modo e già alla luce delle brevi considerazioni testé accennate, va esclusa la comparabilità tra l'offerta di SU e quella, seppur simile anche soltanto in termini di stabilità e di tendenziale immutabilità di essa,

promanante da altri operatori non onerati, né a ciò osta l'esistenza, secondo la prospettazione attorea, d'altre documentate offerte *flat* più economiche, proposte da altri operatori ma non considerate dall'Autorità né dal TAR.

Non è possibile, infatti, prescindere dal chiarissimo dato testuale dell'art. 59, co. 1 CCE e dell'art. 9, § 1) della direttiva n. 22 (di cui il primo è attuazione), in virtù del quale l'Autorità vigila sull'evoluzione ed il livello delle tariffe dei servizi rientranti nella fornitura del SU, *forniti dalla impresa designata*. Ove mai non vi sia un'impresa designata, per il medesimo art. 59, co. 1 detta vigilanza si rivolge verso i servizi disponibili sul mercato. Insomma, in presenza dell'impresa già designata alla fornitura del SU, solo essa è la destinataria dell'attività del regolatore, in applicazione di tutto l'art. 9 della direttiva, che, come s'è visto poc'anzi, stabilisce come dev'essere ed a chi si deve rivolgere la tariffa di SU. Sfugge all'appellante che, ferme le regole già richiamate, al più il restante mercato delle offerte serve al regolatore quale parametro per calibrare i propri interventi.

È quel che in effetti è accaduto nel caso in esame, ove l'Autorità, già sulla scorta del suo contenuto, ha ravvisato nell'offerta *VOCE* di **Telecom**, già presente tra quelle liberamente commercializzate da detta Società, la congruenza con le caratteristiche peculiari dell'offerta di SU ai sensi dell'art. 9 della direttiva. Tal definizione è potuta avvenire così, solo grazie al fatto che l'offerta promanò da un'impresa già onerata di SU, poiché ogn'altro operatore, anche a parità di tutte le altre condizioni rispetto all'offerta *VOCE*, ben avrebbe potuto rifiutarsi di abilitare un cliente, p. es., che si trovasse in un'area non remunerativa o fosse per la sola telefonia fissa (è il caso, chiamato in comparazione dall'appellante, dell'offerta Vodafone, ma SIM *based* e, come tale, realizzata su rete mobile e non su rete di telefonia fissa).

Non avendo l'appellante mai contestato, per tempo e nelle opportune sedi, la sua designazione qual soggetto onerato per legge al SU, non ha interesse

a formulare la questione pregiudiziale che si rifà essenzialmente al principio di proporzionalità qual criterio per verificare se gli artt. 3 e 9 della dir. n. 2002/22/CE siano da interpretare nel senso che «… *l'abbordabilità di una tariffa di SU debba essere valutata in relazione a tutte le offerte, sia a consumo, sia* flat*), presenti sul mercato, indipendentemente dall'operatore di pertinenza*».

Al Collegio è noto il sistema del rinvio pregiudiziale, introdotto dall'art. 267 TFUE per assicurare l'uniformità dell'interpretazione del diritto UE negli Stati membri e che istituisce una cooperazione diretta tra la Corte di Giustizia e i giudici nazionali, mercé un procedimento ove la determinazione e la formulazione delle questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione del diritto UE, se rilevanti ai fini della risoluzione della controversia oggetto del procedimento principale, spettano al giudice nazionale e le parti in causa nel procedimento principale non possono modificarne il tenore. Ma il giudice nazionale ha l'obbligo di garantire la piena efficacia del sistema di rinvio pregiudiziale, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi contraria disposizione della legislazione nazionale, senza doverne attendere la previa soppressione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale. Sicché, nel caso in esame, sia gli artt. 3 e 9 della direttiva n. 22, che le norme nazionali d'attuazione sono chiari e non consentono un'interpretazione abolitrice di fatto della fonte primaria europea.

Nel porre il diverso regime applicabile nella definizione dell'offerta SU, a seconda che esista, o no, un'impresa onerata alla fornitura del SU, la direttiva n. 22 pose l'architrave del regime regolatorio del SU stesso, ritenendo doverosa la designazione di un operatore onerandolo del SU, in tutti i casi in cui il mercato e/o le condizioni nazionali non fossero stati in grado d'assicurare efficacemente l'abilitazione di tutti gli utenti alle comunicazioni elettroniche. Una volta definita tal designazione e con tutti i limiti e le garanzie indicate dagli artt. 3 e 9 della direttiva, è il soggetto

onerato a dover indicare l'offerta di SU, in caso contrario, com'è accadde nella specie, intervenendo il regolatore.

Inoltre, al di là dell'enfasi dei richiamo ai *considerando* 3) e 10) della stessa direttiva, non è che questi ultimi, pur indirizzando l'interpretazione delle norme correlate, dicano qualcosa di più o di meglio di tali norme o creino dubbi sul significato e sui limiti di esse. Il *considerando* 3) precisa, tra l'altro, i criteri di proporzionalità e di ragionevolezza affinché gli obblighi di SU non siano reputati anticoncorrenziali; il *considerando* 10) definisce il «*prezzo abbordabile*», quale prezzo definito a livello nazionale dagli Stati membri, in base alle specifiche circostanze nazionali, circostanze che possono esser sì pure i livelli dei prezzi delle offerte astrattamente ascrivibili alla tariffa di SU, ma senza che ciò deroghi al differente regime di impresa onerata o no al SU e tal dato è chiarissimo e non tollera forzature ermeneutiche.

Si può discettare, alla luce degli arresti citati dall'appellante, se serva tuttora designare un'impresa cui affidare il SU, ma questo è un falso problema, giacché la relativa designazione è una facoltà, per vero assai guarentigiata e, comunque e a date condizioni, non anticoncorrenziale, né certo estranea all'esperienza della liberalizzazione di tutti i mercati dei servizi a rete. È appena da soggiungere che la concorrenzialità dell'offerta di SU, nel caso in esame simile a quella *VOCE* di **Telecom**, vada apprezzata per la sua congruenza a *tutti* i parametri d'inclusività e di abilitazione di clienti del SU, in caso contrario non sussistendo *a priori* ogni possibilità di comparazione.

5.2. – Chiarito così l'obbligo posto dalla legge in capo all'ex-*incumbent* sulla fornitura di almeno un'offerta di SU, quest'ultimo, ad avviso del regolatore non irrazionale né anticompetitivo, non potrebbe esser diversa da quella a consumo e, certo, non una tariffa *flat*.

La ragione è chiara: in base alle norme che ne descrivono la fornitura, il SU consiste in un insieme *minimo* di servizi —cioè, non già un pacchetto

via via incrementabile nel tempo, bensì uno con poche cose e di facile comprensione per tutti, anche e soprattutto nel metodo di tariffazione—, da fornire ad un prezzo abbordabile e calmierabile per legge, tale, cioè, da consentire una fatturazione connessa all'uso effettivo che ne fa l'utente, in base a durata e terminazione delle chiamate. Si tratta quindi d'una tariffa che, con riguardo ai piani tariffari di TIM, corrisponde al profilo di consumo di gran parte dei contraenti dell'attuale offerta *VOCE* e si differenzia dai casi d'acquisto di pacchetti di servizi telefonici predefiniti, a prezzo forfettario, tipici invece delle c.d. offerte *flat*.

Non si può prescindere dal dato testuale dell'art. 54, co. 2 CCE, in virtù del quale, appunto, «… *la connessione consente agli utenti finali di supportare le comunicazioni vocali, facsimile e dati, a velocità di trasmissione tali da consentire un accesso efficace a Internet tenendo conto delle tecnologie prevalenti usate dalla maggioranza dei contraenti e della fattibilità tecnologica nel rispetto delle norme tecniche stabilite nelle Raccomandazioni dell'UIT-T*…». È facile opporre alla Società appellante come detta norma sia costruita e vada letta a favore degli utenti finali, non certo del soggetto onerato del SU, nel senso che ai primi dev'esser fornita una connessione capace (ossia, di buona qualità) a reggere anche qualcos'altro al di là del servizio di fonia e non viceversa. Invero, è l'utente finale che può, se vuole, avere servizi ulteriori, purché il loro costo resti abbordabile e la relativa fatturazione intelligibile ed a consumo, non che il soggetto onerato del SU, grazie al fatto che la connessione sia idonea, approfitti per fornire servizi non richiesti, né voluti, né comprensibili dall'utente finale.

L'offerta *flat*, dunque e per sua natura, è sovrabbondante (anzi, è più corretto dire pletorica) rispetto a quanto la legge descrive per il servizio d'inclusione sociale, specie per clienti che non telefonano tutti i mesi e son dispersi in tutto il territorio nazionale. E ciò, prim'ancora che al regolatore, è, o dovrebbe esser ben noto all'appellante, poiché la Sezione, nella

sentenza n. 8024/2019, chiaramente indica che lo scopo del SU è «… *di "abilitare" il consumatore all'utilizzo delle comunicazioni elettroniche e non quella di imporne lo sfruttamento con l'impiego di risorse economiche eccedenti le esigenze dell'utenza meno evoluta, formata da anziani ed altri soggetti vulnerabili, poco inclini a selezionare in modo avveduto le diverse offerte di mercato*…». Inoltre l'accessibilità del SU implica pure una giusta proporzionalità della fornitura, affinché l'utente «… *non sia costretto a pagare prestazioni o servizi che non sono necessari o che non sono indispensabili per il servizio richiesto* …» e possa al contempo sorvegliare e controllare le proprie spese a consumo.

Non è allora erroneo il *dictum* del TAR ove oppone alla tesi dell'odierna appellante, sulla natura soltanto "commerciale" della trasformazione dell'offerta a consumo in un'offerta *flat*, l'assenza di un'offerta (non già una qualunque, ma quella congruente con le predette caratteristiche) di SU. Tale tipo d'offerta, con le caratteristiche testé accennate, è un obbligo per l'OLO onerato, nel senso che, per tal sua qualità d'incaricato del SU, deve fornirne almeno un'offerta che risponda in modo serio e congruo alle esigenze sottese all'onere stesso. Pertanto non giova all'appellante aver negato avanti al TAR che l'offerta a consumo modificata fosse in origine ascrivibile al SU, né che ora contesti la sentenza che ne stigmatizza l'omessa indicazione di qual tariffa sia di SU, come se da questa essa si potesse e si possa tuttora esimere ad onta degli obblighi di legge.

5.3. – Anzi, nonostante quel che ora dice l'appellante e pur se nella differenza di oggetto, in realtà la sentenza del TAR Lazio n. 5033/2017 è stata correttamente richiamata nella sentenza appellata.

Essa aveva rinvenuto le caratteristiche dell'offerta tariffaria di SU in quella che previde «… *il solo accesso alla rete (o, al più, l'accesso alla rete e i soli servizi di fonia) con fatturazione a consumo* …», ricordando che solo essa sarebbe stata l'unica che avrebbe soddisfatto i requisiti fondamentali del SU. La ragione è chiara: tal tariffa, allo stesso tempo, è la più semplice,

la più economicamente abbordabile e la più inclusiva. Essa invero promana dall'OLO "verticalmente integrato", titolare della rete più capillare nel territorio nazionale (quindi la più accessibile in ogni contesto locale) e detentore, per incontestata definizione data dal regolatore, d'un significativo potere di mercato. Allo stato, quindi, detta tariffa s'appalesa, per economicità, inclusività ed accessibilità, la sola ascrivibile al SU, oltre ad esser fruibile dalla clientela a prescindere dalla loro ubicazione geografica.

Tal scelta è stata ritenuta legittima proprio alla luce delle finalità che, in base alla legislazione UE e nazionale vigente in materia di SU, vanno perseguite dall'Autorità, tra cui l'obbligo per il soggetto onerato di SU d'esprimere almeno un'offerta che soddisfi i requisiti essenziali del servizio stesso. A ben vedere, infatti, l'appellante, per effetto dell'incarico di fornitore del SU ai sensi dell'art. 58, co, 3 CCE, era ed è tuttora tenuta ad assicurare almeno un'offerta tariffaria SU con le caratteristiche sue proprie (offerta a consumo ad un prezzo accessibile). Si tralasci l'intento elusivo dell'appellante rispetto a tale obbligo, che invece è un *proprium* del SU, mercé il richiamo di essa a tariffe di terzi, o ad una non perspicua metodologia tecnica per definire e misurare quando una tariffa risulti abbordabile o meno, in ragione di precipue circostanze nazionali. È evidente l'inutilità di perseguire una simile ricerca a fronte dell'offerta *VOCE* di TIM che, se fu messa in campo dall'appellante, non dovette esser poco realistica o così improbabile, anche in termini di profitti.

Ma non s'avvede l'appellante che la definizione di *abbordabilità* non è nella libera disponibilità né del soggetto onerato, né dell'Autorità, né certo di questo Giudice. Per vero, tal definizione è recata dal combinato disposto del *considerando* 10) («… *per prezzo abbordabile si intende un prezzo definito a livello nazionale… in base alle specifiche circostanze nazionali, che può comprendere la definizione di una tariffa comune indipendente dall'ubicazione geografica o formule tariffarie speciali destinate a*

rispondere alle esigenze degli utenti a basso reddito. Dal punto di vista del consumatore, l'abbordabilità dei prezzi è legata alla possibilità di sorvegliare e controllare le proprie spese…») e dell'art. 9, § 4) della direttiva n. 22 («*…gli Stati membri possono prescrivere alle imprese soggette…* [al SU]*… di applicare, tenendo conto delle circostanze nazionali, tariffe comuni, comprese le perequazioni tariffarie, in tutto il territorio, ovvero di rispettare limiti tariffari …*»). Non sembra quindi al Collegio così evidente il lamentato sviamento di potere che inficerebbe la delibera n. 456/16, a parte che ancor oggi l'appellante, pur se obbligata, non dice in che cosa si sostanzi la sua offerta in regime di SU. La scelta favorevole dell'Autorità verso l'offerta *VOCE* si manifestò perché quest'ultima, allo stato e senza necessità di regolazioni *ex ante*, presentò le citate caratteristiche virtuose e congruenti con la predetta definizione.

Del pari, è l'art. 9, § 5), II per. della direttiva n. 22 a consentire alle ANR di «*… esigere la modifica o la revoca di determinate formule tariffarie…*»

Tanto anche, ma non solo, a tutela delle persone con problemi di reddito, mentre la censura attorea sull'arbitraria cristallizzazione di un'offerta tipicamente commerciale è priva di pregio, in quanto, fuori dal perimetro del SU, nulla ha impedito all'appellante di proporla al libero mercato.

A tal ultimo riguardo, l'appellante, né in primo grado, né adesso, ha mai giustificato le vere ragioni circa l'aumento tariffario per l'offerta *VOCE*, giustificazione, questa, inutile se si fosse trattato d'un intervento su una tariffa di libero mercato, rilevante invece poiché l'intervento avvenne sulla tariffa ritenuta di SU *in assenza della sostituzione di essa* con una nuova. Quindi, da un lato, furono elusivi degli obblighi di SU l'omessa indicazione di altra offerta propria del SU ed il tentativo di esercitare il *jus variandi*, giustapposto al *jus poenitendi* dei singoli clienti di SU (recesso), in un contesto di mercato totalmente asimmetrico, a carico di utenti da tutelare, nonché privo di una formale offerta di SU. Dall'altro lato, durante l'istruttoria avviata per la fissazione delle condizioni economiche della

tariffa SU, l'Autorità appurò e riportò nella delibera n. 456/16/CONS che, in ordine alla «*... contabilità regolatoria ad oggi approvata... l'offerta "*Voce*" consente all'operatore incaricato la piena copertura dei costi sottesi alla fornitura dei servizi inclusi nel SU…*».

5.4. – La verità è che, con la nuova tariffazione dell'offerta *VOCE* per il 2016, il prezzo della telefonata sarebbe passato da € 0,10/min a € 0,20/min, con reintroduzione dello scatto alla risposta al costo di € 0,20.

Sicché l'aumento della spesa sostenuta per una telefonata da postazione fissa sarebbe stato pari al 300% per il primo minuto, tant'è che il punto d'indifferenza tra detta nuova offerta *VOCE* e quella *flat* "*Tutto Voce*" si sarebbe attestato a sole 24 telefonate di un minuto ciascuna al mese. Con una sola telefonata in più sarebbe stata più conveniente tal ultima offerta (€ 29/mese, incluse telefonate fisso/fisso e fisso/mobile), anche se più cara di € 10 dell'offerta *VOCE* (€ 19/mese per accesso alla linea RTG e tariffazione a consumo per servizio telefonico e dati). In base ai dati della contabilità regolatoria a disposizione dell'Autorità, per contro, il costo massimo di una telefonata con l'offerta *VOCE*, che originasse da rete fissa **Telecom** e terminasse su rete mobile di altro operatore, sarebbe stata per l'appellante pari a € 0,02,12/min. Pare quindi al Collegio di ben condividere l'eccezione dell'Autorità in questa sede, laddove il costo per l'appellante del servizio *VOCE* le reca un margine, in termini assoluti, pari a € 0,788/min (in percentuale, il 371,7%).

Con delibera n. 110/18/CONS, peraltro mai impugnata dall'odierna appellante, l'AGCOM non ha accolto le modifiche proposte dalla Società rispetto alla tariffa *VOCE* poiché «*… diversamente da quanto previsto dall'articolo 2, comma 3, della delibera n. 456/16/CONS: i) nel periodo in esame non è intervenuto un aumento dei costi all'ingrosso dei servizi sottesi; ii) la spesa media mensile degli utenti crescerebbe ben oltre l'assorbimento dell'inflazione; iii) si assisterebbe a un aumento del gap tra il prezzo del omissis di TIM e il valore corrispondente alla media dei*

principali Paesi europei, consolidando la posizione dell'Italia tra i principali paesi con il più alto canone di accesso alla rete fissa…».

A tal ultimo proposito, nella delibera n. 110 si legge, in particolare, che «*… dai dati comunicati da Società in relazione al* benchmark *dei prezzi applicati dai principali cinque operatori europei per le tariffe base di telefonia vocale, il omissis alla rete di TIM, attualmente pari a XX euro/mese, è secondo solo a quello di Deutsche Telekom e che, quindi, il proposto aumento di (omissis) di euro al mese incrementerebbe il già presente divario rispetto alla media dei paesi europei…*».

Ciò induce il Collegio a dubitare, da un lato, dell'interesse dell'appellante a far constare la non remuneratività dell'offerta tariffaria di SU in Italia, che resta ancora tra le più alte in Europa.

Dall'altro lato, dubita viepiù il Collegio dell'interesse attoreo a proporre la questione pregiudiziale, sollevata nel primo motivo di appello. Tanto perché le norme europee e nazionali sono chiare nel ritenere che l'abbordabilità delle tariffe, dal punto di vista del consumatore, si traduce nell'utilizzare solo i servizi che egli chiede e di cui ha bisogno e di controllare la propria spesa in relazione a tali servizi, condizioni, queste, che l'offerta *flat* non è in grado d'assicurare. Né basta: l'Autorità, ai sensi dell'art. 3, § 2), II per. della direttiva n. 22, mantenne ferma l'offerta *VOCE* come tariffa di SU in applicazione del principio di non distorsione del mercato (la tariffa essendo remunerativa già in partenza) e del principio di rispetto dei limiti tariffari, al contempo tutelando l'interesse pubblico alla perequazione sottesa al SU.

È perciò, se non del tutto inammissibile, certo manifestamente infondata la dedotta violazione sia dell'art. 2727 c.c. che del divieto di *praesumptio de praesumpto*, spettando a questo Giudice, che in soggetta materia e pur a fronte della lata discrezionalità dell'Autorità ha ampio accesso al fatto, di valutare l'opportunità se far ricorso alle presunzioni, d'individuare il fatto

da porre a fondamento del relativo processo logico e di valutarne la rispondenza ai requisiti di legge.

Infatti: a) chi censura un ragionamento presuntivo o il mancato utilizzo di esso, non può limitarsi a descrivere l'ipotesi di un convincimento diverso da quello espresso dal Giudice, ma è tenuto a far emergere l'assoluta illogicità e la contraddittorietà dell'argomentazione decisoria; b) la caratteristica di abbordabilità dell'offerta *VOCE* in sé (cioè prima delle pretese modifiche) e rispetto alle coeve offerte attoree fu tutt'altro che un "fatto ignoto", essendo invece nota alle parti e, in base agli atti di causa, pure al Giudice di prime cure; c) altresì noti *a priori* alle parti furono sia l'aumento tariffario, che gli effetti nocivi di esso, soltanto in parte compensati, a favore dell'utente finale, dal prosieguo della chiamata dopo i primi tre minuti, costituendo mera opinione del Giudice che l'offerta *VOCE*, rispetto ad altre, fosse a suo avviso la più vicina alle caratteristiche di un'offerta SU, trattandosi di un giudizio di valore (e non di fatto) sulla bontà e l'utilità di quella tariffa rispetto ai parametri già definiti dalla direttiva n. 22 (donde la superfluità d'un loro ulteriore approfondimento); d) se mai vi fu una presunzione dell'ignoto da un fatto ignoto o non sicuro, essa al più fu predicata dall'Autorità negli atti impugnati e non dal TAR, di talché già in primo grado l'odierna appellante l'avrebbe dovuta far constare e contestare.

Alla luce di tutte queste considerazioni, va finalmente disattesa la censura che il TAR, secondo la prospettazione dell'appellante, si sarebbe convinto direttamente dell'ascrivibilità della tariffa *VOCE* a tariffa di SU, disinteressandosi d'un più penetrante sindacato circa l'attendibilità metodologica e tecnico-discrezionale della scelta dell'AGCOM sull'abbordabilità di detta tariffa.

Ancora di recente la Sezione (cfr. Cons. St., VI, 30 gennaio 2020 n. 779) ha affermato, secondo una linea di pensiero che parte da lontano e s'invera nel sindacato intrinseco di questo Giudice anche sui c.d. concetti giuridici

“indeterminati”, che il controllo giurisdizionale deve garantire un’efficace e concreta tutela giurisdizionale, pur davanti all’esercizio della discrezionalità tecnica delle Autorità indipendenti. Siffatta tutela si sostanzia non solo nel controllo di logicità, congruenza e plausibilità delle scelta, ma anche in quello intrinseco, se del caso mercé il ricorso alle conoscenze tecniche proprie della medesima scienza specialistica applicata dall'Autorità indipendente. Si badi, però, che di fronte a valutazioni ed apprezzamenti che presentino un oggettivo margine di opinabilità, questo Giudice, che pur ha un ampio accesso al fatto e può conoscere di quei profili tecnici il cui esame sia necessario per giudicarne la legittimità, il relativo scrutinio s'invera in un controllo di logicità, coerenza e ragionevolezza di tale giudizio e nella verifica della non esorbitanza dai suddetti margini di opinabilità (cfr., solo per gli arresti della Sezione su dette Autorità, Cons. St., VI, 14 ottobre 2016 n. 4266; id., 3 marzo 2020 n. 1547). Per contro, ove i dati materiali (nel caso di specie la contabilità regolatoria ed il contenuto originario della tariffa *VOCE* di **Telecom**) assunti dall’Autorità siano in sé chiari o non controversi nel loro oggettivo significato, la loro qualificazione giuridica da parte di tal Autorità costituisce questione di diritto, che questo Giudice valuta secondo criteri di legittimità.

Ed è appunto quel che è accaduto nel caso in esame, ove il TAR, a fronte della scelta regolatoria di AGCOM nel tener ferme le condizioni economiche dell’offerta *VOCE* —unica offerta a consumo di **Telecom** presente sul mercato ed in assenza di altre offerte che il soggetto onerato di SU avrebbe potuto proporre in alternativa—, non ha avuto bisogno, a fronte della qualificazione giuridica del contenuto materiale di tal offerta, di approfondimenti metodologici di tipo tecnico, confermandone invece la giustezza in punto di diritto e ritenendo tal qualificazione immune da vizi logico-giuridici, come peraltro il Collegio ritiene di ribadire in questa sede.

In altri termini, rettamente il TAR ha confermato la definizione impressa dall'Autorità all'offerta *VOCE* di **Telecom**, ritenendola la più giuridicamente congruente con la *ratio* sottesa alla normativa europea e nazionale in tema di SU, ossia l'obbligo del soggetto onerato di fornire almeno un'offerta con le caratteristiche di SU.

6. – Quanto al terzo motivo d'appello, è manifestamente infondato il tentativo di **Telecom** di far apparire sbagliata l'interpretazione resa dal TAR sulla sua doglianza di sviamento di potere, nella misura in cui, a suo dire, il TAR stesso ha ritenuto corretta la scelta dell'AGCOM di trasformare il procedimento ad istanza di parte per la valutazione della replicabilità dell'offerta in un'istruttoria *ex officio* per la valutazione d'una tariffa di SU, rilevando che, in base all'art. 59, co. 3 CCE, l'Autorità potrebbe incondizionatamente ordinare la revoca o la modifica di tutte le formule tariffarie presenti sul mercato.

Ad avviso dell'appellante, in una complessa ricostruzione che ribadisce in pratica tutti i motivi di primo grado, il TAR avrebbe travisato il primo e parte del secondo motivo di gravame, che avevano dedotto vari profili di sviamento.

In particolare, l'odierna appellante aveva lamentato: 1) – l'omessa considerazione che era stato attivato un procedimento, su istanza di parte, sul *test* di replicabilità della nuova offerta VOCE e che l'Autorità l'aveva trasformato in uno, d'ufficio, sull'abbordabilità tariffaria ai fini SU, per definire questioni tipiche d'inclusione sociale; 2) – l'erroneo richiamo agli artt. 53, 59 e 60 CCE, norme che abilitano le ANR a svolgere attività di vigilanza sul SU, ma nei tassativi limiti e scopi colà previsti. Pare piuttosto al Collegio che, in fondo, sia non il TAR ad aver frainteso le citate doglianze, bensì l'appellante non voler intendere il suo ruolo di soggetto onerato di SU ed i relativi effetti. Essa per vero torna, come d'altronde ha fatto in primo grado —laddove i cinque gruppi di doglianze colà dedotti sono declinazioni dell'impossibilità dell'AGCOM d'intendere l'offerta

VOCE come offerta di SU—, ogni momento al punto di partenza. E tal punto è: l'offerta *VOCE* fu un'offerta soltanto commerciale per il libero mercato; era variabile, ferma la facoltà di recesso da parte della clientela; l'Autorità non aveva poteri d'imporgliela come tariffa di SU; comunque nel mercato ve n'erano, da parte di altri OLO (*Other Licensed Operators*: operatori delle reti di telecomunicazione diversi dalla compagnia detentrice delle linee), parimenti inclusive ed abbordabili che l'Autorità non volle vedere.

Anche il Collegio è costretto a ripetere nuovamente, in base a quanto già mostrato finora, che dette proposizioni sono o false o erronee, anzi sono inficiate in radice dal rifiuto nei fatti del ruolo della medesima appellante, che ribadisce sempre di non revocarlo in dubbio (neppure in questa sede), ma comportandosi come non fosse impresa designata. Il richiamo attoreo agli artt. 53, 50 e 60 CCE, a ben vedere, è stato in primo grado e lo è ora più *ad colorandum* che di sostanza: infatti, l'art. 53, co. 2 impone all'Autorità di determinare il metodo più efficace e adeguato per garantire la fornitura del SU ad un prezzo accessibile, nel rispetto dei principi di obiettività, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità e contemperando le eventuali divergenze dei prezzi dei servizi dalle normali condizioni commerciali con l'interesse pubblico; l'art. 59 consente all'Autorità d'imporre a siffatte imprese designate propongano ai consumatori opzioni o formule tariffarie diverse da quelle offerte in normali condizioni commerciali e può esigere la modifica o la revoca di determinate formule tariffarie; l'art. 60 consente sì all'Autorità di non dar luogo all'imposizione degli obblighi di SU, ma solo qualora le relative prestazioni siano *ampiamente* disponibili nel mercato e viceversa. E se è pur vero che la fornitura del SU non sia poi del tutto avulsa dal sistema di mercato, quando ciò non si avvera l'operatore designato, chiamato a tal fornitura, deve proporne almeno un'offerta.

Ora, in mancanza di proposte alternative da parte dell'appellante per il SU, rettamente l'Autorità, nel provvedere ed il TAR, nell'aver confermato la relativa legittimità in sede giudiziale, hanno ritenuto che la modifica dell'offerta *VOCE* deprivasse il SU da ogni tariffa abbordabile. Come s'è riferito nelle premesse in fatto, l'Autorità, esercitando i poteri regolatori verso il soggetto onerato di SU, emanò l'atto di diffida di cui alla delibera n. 112/16/CONS, vero e proprio atto cautelare per sospendere le modifiche prospettate. Quindi l'Autorità ha avviato il procedimento per la fissazione delle tariffe di SU, ai sensi dell'art. 59, commi 1 e 2 CCE, rendendo noti all'appellante i suoi doveri d'impresa designata e considerando l'offerta *VOCE* qual unica offerta, fino a quel tempo emanata da detta Società, congruente col SU. Che ciò sia avvenuto all'occasione nella procedura per il *test* di replicabilità d'una nuova offerta da parte di **Telecom**, rileva poco, in quanto tal Società, secondo la buona fede nell'esecuzione del contatto qualificato di impresa designata di SU, ben avrebbe potuto mantener ferma l'invocata modifica da proporre tal quale al solo libero mercato e gestire l'offerta *VOCE* (o, se del caso, un'altra che ne avesse le caratteristiche) come offerta di SU, determinando la chiusura del procedimento regolatorio e adeguandosi alle disposizioni sull'aggiornamento tariffario stabilite dall'Autorità. In tal caso, le ragioni della "manovra tariffaria" del 2016 di **Telecom** sarebbero apparse, ove non vi si fossero riscontrati problemi d'altra sorta a tutela dei consumatori (arg. ex Cons. St., VI, 25 novembre 2019 n. 8024; id., 27 febbraio 2020 n. 1424), irrilevanti ai fini del SU e non per forza sindacabili dall'Autorità.

Ebbene, è fermo avviso del Collegio che il TAR abbia ben compreso le ragioni in base alle quali l'Autorità valutò l'istanza di carattere commerciale di **Telecom** e l'assunse nella disciplina del SU, a ciò non ostando l'occasione da cui scaturì l'intervento regolatorio. E ciò per la chiara ragione, citata in sentenza, che tal occasione non era per legge idonea ad inibire la potestà regolatoria, innanzi ad una scelta dell'impresa

designata che avrebbe irrimediabilmente stravolto l'unica offerta di SU che la **Telecom** aveva messo in campo ed in assenza di valide alternative utilizzabili. È allora agevole, per la difesa dell'Autorità, qui eccepire che, in realtà, non vi fu alcuno sviamento nella diffida del 2016 e nell'avvio del procedimento di SU, poiché l'Autorità non confuse affatto il procedimento ad istanza di parte per lo svolgimento del *test* di replicabilità con uno in materia di SU. Ed è agevole per il Collegio, scorrendo la sentenza impugnata, come tal vicenda sia stata interpretata bene dallo stesso TAR e gestita male dall'appellante, ove essa non colse la propria mancanza quale operatore onerato di SU nel non aver proposto neppure un'offerta di SU e aver lasciato all'Autorità di fissarla d'ufficio. Anzi, anche a seguire la tesi attorea e proprio in base alla giurisprudenza della Sezione testé citata, neppure convince l'"assoluto" *jus variandi*, opponibile all'intervento dell'Autorità, giacché, nei rapporti contrattuali caratterizzati da una forte asimmetria tra i contraenti (anche nel caso del SU), la ricostruzione in termini di bilateralità del meccanismo modifica/recesso è scorretta. Infatti, il contegno dell'utente apatico, che ometta di esercitare il recesso, non è idonea a ricondurre la variazione posta unilateralmente dall'operatore professionale ad un accordo, poiché la difficoltà per gli utenti più vulnerabili di destreggiarsi sul mercato costituisce per essi un forte disincentivo ad avvalersi della facoltà di recesso.

Nemmeno è corretto predicare tal sviamento con riguardo al procedimento principale di cui alla delibera n. 456/16/CONS. Con tal provvedimento, l'Autorità statuì sì le condizioni economiche dei servizi soggetti agli obblighi di SU (in pratica, l'offerta *VOCE* a consumo), ma negli stessi sensi già offerti sul libero mercato in via autonoma dalla stessa **Telecom**. Anche in questo caso l'Autorità può ben eccepire (ed il Collegio concordare) che tal scelta non solo non fu affetta da sviamento, ma non incise in modo significativo sulle normali condizioni di mercato. Infatti, l'Autorità fece propria una offerta scaturita dalla stessa **Telecom**, poi

rivelatasi tutt'altro che poco remunerativa in sé, ed evitò così d'interferire più dello stretto necessario sulle dinamiche del mercato. Sicché tal suo intervento fu sia a salvaguardia degli interessi sottesi al SU, sia a dimostrazione della proporzionalità della stessa attività regolatoria.

7. – Sarebbe allora erroneo l'assunto secondo cui, in fondo, si trattò d'un modo per eludere il *jus variandi*, poiché nulla impedì o impedisce tuttora a **Telecom**, quando agisca in concorrenza con gli altri operatori, di riproporre le modifiche all'offerta *VOCE* nel libero mercato, come d'altra parte è prevista per l'impresa designata proporre aggiornamenti della tariffa di SU. La serena lettura della delibera n. 456 non consente di concludere nel senso né che l'Autorità avesse trascurato o tenuto in non cale la provenienza dell'offerta *VOCE* direttamente da **Telecom**, né che questa fosse 'unica con tariffazione a consumo e, quindi, rispettosa dei requisiti fondamentali della tariffa SU (e ciò la sentenza impugnata ha accertato a chiare lettere: «… *E' pacifico tra le parti che l'offerta "VOCE" di* ***Telecom*** *Italia costituisca oramai l'unica formula tariffaria proposta dalla ricorrente che preveda una tariffazione a consumo*…»). Né la ribadita violazione del *jus variandi* anche nel quarto mezzo d'appello aggiunge alcunché di nuovo ai concetti già più volte ripresi, in quanto la vicenda in esame, concernendo i poteri regolatori dell'Autorità verso l'impresa designata di SU, s'è incentrata non nel mero dato di quanto l'Autorità avesse compresso le facoltà ex art. 70, co. 4 CCE, bensì nell'assunzione dell'originaria offerta *VOCE* alla tariffa di SU.

In tal caso, è vano disputare della compatibilità, o no, del *jus variandi* con la tariffa di SU regolata dai principii ex art. 59, commi 2 e 4 CCE. Invero, i due istituti si muovono su piani logico-giuridici diversi e, in linea di massima, non intersecantisi. In altre parole, l'Autorità non "limitò" l'esercizio di siffatto *jus variandi* in sé ma, regolando la peculiarità dell'offerta *VOCE* perché rientrante o, ad ogni modo, sussumibile nella fornitura del SU, dapprima bloccò e quindi respinse tal esercizio per

prevalenza del regime di SU. Ma neppure si può dire che intese del tutto escluderlo, potendo invero la variazione dell'offerta *VOCE* a consumo avvenire nel libero mercato per i clienti diversi da quelli tutelati nel SU e, per il resto, pure la tariffa di SU è sì variabile, ma previa verifica della rispondenza delle nuove tariffe alle esigenze sottese della fornitura del SU.

Del tutto infondato è, infine, il quinto motivo d'appello, giacché:

I) – in ordine alla censura sulla cadenza non inferiore all'anno solare per modificare le condizioni economiche dei servizi di SU, la scelta di tal cadenza fu, da un lato, calibrata su quella di precedenti manovre effettuate dalla stessa **Telecom** e, dall'altro, concordata con l'Autorità durante l'audizione del 13 settembre 2016 e trasfusa nell'art. 2, co. 4 della delibera n. 456/16/CONS («… *Entro 20 giorni dalla ricezione dell'istanza, la Direzione tutela dei consumatori comunica all'impresa… eventuali rilievi in merito all'accoglimento dell'istanza, formulando, ove opportuno, una richiesta di informazioni o chiarimenti*…»), fissando quindi in complessivi 60 giorni il termine massimo di conclusione del procedimento di revisione, fermi sempre il silenzio-assenso (nel caso d'inutile decorso del predetto termine senza osservazioni) e la possibilità di tempi più brevi a fronte di evenienze particolari (p. es., variazione dell'inflazione o dei trend di prezzo di accesso *wholesale*, cioè all'ingrosso) che suggeriscano l'urgenza nel provvedere, misure tutte queste proporzionate e, come dice il TAR, in linea con le richieste dell'appellante;

II) – avendo l'Autorità agito in applicazione degli artt. 53, co. 2 e 59 CCE nei confronti di **Telecom** quale impresa designata alla fornitura del SU, non si applica nella specie la disciplina dell'art. 1, co. 5 della delibera n. 118/04/CONS, concernendo essa i procedimenti istruttori sulle analisi di mercato per l'individuazione delle posizioni dominanti;

III) – tralasciando ogni questione sul divieto di *nova* in appello, non si comprende in che cosa si sostanzi il vizio d'"infrapetizione" (forse sarebbe meglio dire: difetto di motivazione) della sentenza impugnata, la quale

invece, al § 1.6. e trattando delle diverse preferenze di varie categorie di utenti, si è espressa rilevando che «… *secondo le rilevazioni di* ***Telecom*** *Italia il 40% degli utenti "VOCE" non effettuerebbe chiamate tutti i mesi, il 45% di essi ne effettuerebbe soltanto per un tempo assai esiguo, compreso tra uno e cinquanta minuti al mese, e solo il 15% ne userebbe per un tempo compreso tra cinquanta e trecento minuti al mese: il che dà conto dell'incidenza assai negativa del passaggio da una tariffa a consumo ad una "flat" per la estesa maggioranza dei consumatori finali*…», sicché resta oscuro il senso della doglianza.

8. – In definitiva, l'appello va integralmente disatteso. Tutte le questioni testé vagliate esauriscono la vicenda sottoposta all'esame della Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c. e gli argomenti di doglianza non esaminati espressamente sono stati ritenuti dal Collegio non rilevanti ai fini della decisione e, comunque, inidonei a supportare una conclusione di segno diverso.

Le spese del presente grado di giudizio seguono, come di regola, la soccombenza e son liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sez. VI), definitivamente pronunciando sull'appello (ricorso NRG 4152/2018 in epigrafe), lo respinge.

Condanna la Società appellante al pagamento, a favore dell'Autorità resistente e costituita, delle spese del presente giudizio, che sono nel complesso liquidate in € 8.000,00 (Euro ottomila/00). Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del 28 maggio 2020, con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Andrea Pannone, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere, Estensore

Giordano Lamberti, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere

L'ESTENSORE
Silvestro Maria Russo

IL PRESIDENTE
Sergio Santoro

IL SEGRETARIO