

Pubblicato il 09/12/2024

N. 22203/2024 REG.PROV.COLL.
N. 01803/2024 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1803 del 2024, proposto da Telecom Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Edoardo Giardino e Federico Marini Balestra, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni - Roma, 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

ADUSBEF-Associazione Difesa Utenti Servizi Bancari e Finanziari, non costituita in giudizio;

e con l'intervento di

ad *opponendum*:

Iliad Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Renzo Ristuccia, Mario Di Carlo e

Giulia Fabrizi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia:

U.DI.CON. APS, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Donato Patera e Giuseppe Catalano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento,

previa concessione delle opportune misure cautelari:

- di alcune disposizioni di cui all'art. 8-quater dell'all. B, recante “*Regolamento recante disposizioni a tutela degli utenti finali in materia di contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche*”, alla delibera n. 307/23/CONS, recante “*Conclusione del procedimento e della consultazione pubblica inerente alla modifica del regolamento recante disposizioni a tutela degli utenti in materia di contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche*”, pubblicata sul sito web dell'AGCOM in data 3 gennaio 2024;
- di ogni altro atto, ancorché non conosciuto, presupposto, connesso e consequenziale, tra cui espressamente lo schema di provvedimento pubblicato con Delibera n. 89/23/CONS;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità per le garanzie nelle Comunicazioni - Roma;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatrice nell'udienza pubblica del giorno 27 novembre 2024 la dott.ssa Marianna Scali e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il presente gravame Telecom Italia s.p.a. (di seguito anche solo “Telecom”) impugna alcune previsioni dell’articolo 8-quater della delibera n. 307/23/CONS dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (di

seguito AGCOM), rubricata “*Regolamento recante disposizioni a tutela degli utenti finali in materia di contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche*”, che stabiliscono regole e limiti che incontrano i fornitori di servizi di comunicazioni elettroniche nell’introdurre o nell’applicare clausole di indicizzazione del corrispettivo nei contratti con gli utenti, nonché obblighi informativi da fornire nei confronti di questi ultimi nel caso in cui vengano proposte o pubblicizzate le predette clausole. Le censure sono affidate ai seguenti motivi di ricorso:

“*Motivo I: Violazione di legge (CCE; Art. 41 Cost.; artt. 1322 e 1230 ss. c.c.); eccesso di potere sotto svariate figure sintomatiche (contraddittorietà intrinseca ed estrinseca; carenza di motivazione e di istruttoria; difetto di proporzionalità; ingiustizia manifesta)*”;

“*Motivo II: Violazione di legge (CCE; Art. 41 Cost.; Artt. 1322 e 1341 c.c.; Legge n. 241/1990; codice consumo); incompetenza; eccesso di potere sotto svariate figure sintomatiche (contraddittorietà intrinseca ed estrinseca; carenza di motivazione e di istruttoria; difetto di proporzionalità; ingiustizia manifesta)*”;

“*Motivo III: Violazione di legge (Decreto Bersani; CCE; Art. 41 Cost.; Artt. 1322 ss. e 1418 c.c.; Art. 11 Preleggi e Art. 21 bis, Legge n. 241/1990); difetto di attribuzione; illegittimità derivata; eccesso di potere sotto svariate figure sintomatiche (contraddittorietà intrinseca ed estrinseca; carenza istruttoria e di motivazione; difetto di proporzionalità; ingiustizia manifesta)*”;

“*Motivo IV: Violazione di legge (CCE; Art. 41 Cost.); eccesso di potere sotto svariate figure sintomatiche (contraddittorietà; carenza istruttoria e di motivazione; difetto di proporzionalità; ingiustizia manifesta)*”.

2. L’AGCOM si è costituita per resistere al gravame depositando articolate memorie.

U.DI.CON APS e Iliad s.p.a. hanno depositato atto di intervento *ad opponendum*.

3. All'esito della camera di consiglio del 13 marzo 2024 parte ricorrente ha chiesto che la trattazione dell'istanza cautelare avvenisse unitamente al merito.

4. All'esito dell'udienza pubblica del 27 novembre 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

5. Il ricorso va accolto limitatamente al secondo motivo, nei termini e nei limiti che verranno di seguito precisati.

6. Con il primo motivo Telecom impugna l'art. 8-quater nella parte in cui, al comma 1, prevede quanto segue: “*La proposta di modifica, da parte dell'operatore, delle condizioni contrattuali al fine di prevedere un adeguamento periodico all'indice dei prezzi al consumo, in caso di contratti che non prevedono già tale meccanismo, può essere attuata solo dopo esplicita accettazione, in forma scritta, da parte dell'utente finale. In caso di mancata accettazione esplicita della modifica contrattuale da parte dell'utente restano in vigore le condizioni contrattuali già previste*”.

Tale disposizione, in particolare, stabilisce che l'inserimento di una clausola con meccanismi di indicizzazione del corrispettivo, in contratti stipulati in origine senza detto tipo di clausola, abbisogni di un'accettazione espressa da parte dell'utente, non potendo – viceversa – trovare applicazione in detta ipotesi l'istituto dello *ius variandi*, previsto dall'art. 98-*septiesdecies*, comma 5 del d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259 recante il “codice delle comunicazioni elettroniche”, il quale ricollega l'efficacia della clausola al mancato esercizio del diritto di recesso nei termini di legge.

A detta di Telecom, AGCOM, assoggettando alla regola del consenso espresso (c.d. opt-in) l'introduzione di clausole di indicizzazione del corrispettivo avrebbe violato il richiamato art. 98-*septiesdecies*, comprimendo indebitamente il suo ambito applicativo.

La tesi si basa sull'assunto che l'introduzione di una clausola con meccanismi di indicizzazione rappresenti soltanto una modifica accessoria

dell'obbligazione, con conseguente applicabilità del meccanismo dell'opt-out (tipico dello *ius variandi*), previsto dalla citata previsione del codice delle comunicazioni elettroniche, e non invece un'ipotesi di novazione, implicante l'acquisizione del consenso.

6.1. Ai fini dello scrutinio del motivo di ricorso si rende preliminare richiamare il quadro normativo di riferimento:

- articolo 98-septiesdecies, comma 5, del codice delle comunicazioni elettroniche: “*Gli utenti finali hanno il diritto di recedere dal contratto ovvero di cambiare operatore, senza incorrere in alcuna penale né costi di disattivazione, al momento dell'avvenuta comunicazione di modifiche delle condizioni contrattuali proposte dal fornitore di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico diversi dai servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero, tranne nel caso in cui le modifiche proposte siano esclusivamente a vantaggio dell'utente finale, siano di carattere puramente amministrativo e non abbiano alcun effetto negativo sull'utente finale o siano imposte direttamente dal diritto dell'Unione o nazionale. I fornitori informano gli utenti finali, con preavviso non inferiore a trenta giorni, di qualsiasi modifica delle condizioni contrattuali e, al contempo, del loro diritto di recedere dal contratto senza incorrere in alcuna penale né ulteriore costo di disattivazione se non accettano le nuove condizioni. (...)*”;

- articolo 98-quaterdecies del codice delle comunicazioni elettroniche: “*1. Prima che il consumatore sia vincolato da un contratto o da un'offerta corrispondente, i fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico diversi dai servizi di trasmissione utilizzati per la fornitura di servizi da macchina a macchina forniscono le informazioni necessarie di cui agli articoli 48 e 49 del Codice del consumo, nonché, in aggiunta, le informazioni elencate all'allegato 8, nella misura in cui tali informazioni riguardino un servizio da loro offerto. Il fornitore richiama esplicitamente l'attenzione del consumatore sulla disponibilità di tale*

documento e sull'importanza di scaricarlo a fini di documentazione, riferimento futuro e riproduzione identica. (...).

5. Le informazioni di cui ai commi 1 e 4 diventano parte integrante del contratto e non sono modificate prima della scadenza del termine di cui all'articolo 98-septies decies comma 1, se non con l'accordo esplicito delle parti contrattuali” [ossia durante il periodo di durata massima del vincolo contrattuale, pari a 12 o 24 mesi, a seconda dell’offerta commerciale].

Occorre precisare che gli articolo 48 e 49 del codice di consumo, richiamati nell’ articolo 98-quaterdecies, tra le informazioni che non possono essere modificate durante il periodo massimo del vincolo contrattuale, indicano le seguenti:

- “*il prezzo totale dei beni o servizi comprensivo delle imposte o, se la natura dei beni o dei servizi comporta l'impossibilità di calcolare ragionevolmente il prezzo in anticipo, le modalità di calcolo del prezzo (...);*” (articolo 48, comma 1, lett. c) e 40 comma 1, lett. e));
- “*nel caso di un contratto a tempo indeterminato o di un contratto comprendente un abbonamento, il prezzo totale include i costi totali per periodo di fatturazione; quando tali contratti prevedono l'addebitamento di una tariffa fissa, il prezzo totale equivale anche ai costi mensili totali; se i costi totali non possono essere ragionevolmente calcolati in anticipo, devono essere fornite le modalità di calcolo del prezzo*” (articolo 49, comma 1, lett. e);

Con specifico riferimento ai contratti stipulati con i consumatori vale poi completare il quadro normativo di riferimento con il richiamo all’art. 65, comma 2 del d.lgs. n. 206/2005 (“Codice del Consumo”) il quale stabilisce quanto segue: “*Prima che il consumatore sia vincolato dal contratto o dall'offerta, il professionista chiede il consenso espresso del consumatore per qualsiasi pagamento supplementare oltre alla remunerazione concordata per l'obbligo contrattuale principale del professionista. Se il professionista non ottiene il consenso espresso del consumatore ma l'ha*

dedotto utilizzando opzioni prestabilite che il consumatore deve rifiutare per evitare il pagamento supplementare, il consumatore ha diritto al rimborso di tale pagamento”.

Dalle previsioni appena riportate è possibile evincere che le modifiche delle condizioni contrattuali siano di norma soggette allo *ius variandi* e che il legislatore preveda delle particolari cautele per assicurare che l’utente (specie se consumatore o comunque parte debole) sia effettivamente consapevole delle condizioni che riguardano il prezzo e le sue modalità di determinazione le quali, come detto, non possono essere modificate durante i primi 12 mesi (o 24) dalla stipula a seconda della tipologia di offerta commerciale.

6.2. È opportuno, inoltre, dare subito atto che la questione relativa ai limiti dell’utilizzo dell’istituto dello *ius variandi* per ciò che attiene ai contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche è già stata affrontata dalla giurisprudenza amministrativa in relazione alle previsioni di cui:

- all’articolo 70, comma 4, della versione previgente del codice delle comunicazioni elettroniche (che conteneva una regola sostanzialmente sovrapponibile a quella oggi contenuta nel citato articolo 98 *septiesdecies*, comma 5);
- all’articolo 6 della delibera n. 519/15/CONS (oggi sostituito dall’articolo 6 della delibera impugnata, con previsione di analogo tenore).

Il Consiglio di Stato, in particolare, in una fattispecie in cui era stato chiamato a valutare se fosse legittimo, ai sensi dell’articolo 70, comma 4, del codice delle comunicazioni elettroniche, fare ricorso allo *ius variandi* per la modifica di una tariffa da consumo a *forfait* aveva affermato quanto segue: «*Ritiene il Collegio che, quantomeno nel quadro dei rapporti contrattuali caratterizzati da una forte asimmetria tra i contraenti, la ricostruzione in termini di bilateralità del meccanismo modifica-recesso sia fuorviante. Il contegno dell’utente che ometta di esercitare il recesso*

non è sufficiente a ricondurre la variazione disposta unilateralmente dall'operatore professionale ad un accordo. Il cliente "subisce" la modifica apportata ex uno latere e che egli non ha voluto. Ad impedire di riconoscere al silenzio il significato di accettazione delle nuove condizioni contrattuali sta una fondamentale considerazione: il recesso permette al titolare, non la conservazione delle condizioni contrattuali originariamente convenute, ma soltanto l'uscita dal rapporto; la difficoltà per gli utenti più vulnerabili di destreggiarsi sul mercato costituisce per essi un disincentivo significativo ad avvalersi della facoltà di exit.

*Per questi motivi, l'art. 70, comma 4, del Codice, non può applicarsi a qualsivoglia tipo di variazione del contenuto del contratto, dovendosi riconoscere in via ermeneutica due tipologie di limiti: in primo luogo, le modifiche unilaterali possono riguardare soltanto la variazione di condizioni già contemplate nel contratto; in secondo luogo, i mutamenti delle condizioni preesistenti non possono mai raggiungere il livello della novazione del preesistente rapporto obbligatorio.». In applicazione dei principi esposti, ha concluso che nel caso di specie la rimodulazione aveva «*inciso su clausole non preesistenti, in quanto gli utenti incisi erano titolari di un contratto base per linea RTG, senza ulteriori offerte tariffarie attive*», precisando altresì che, sotto altro aspetto, «*l'operatore non ha apportato semplici modificazioni accessorie (come quelle di cui all'art. 1231 c.c.), bensì una trasformazione sostanziale delle preesistenti prestazioni contrattuali (aliquid novi). In particolare, per gli utenti "bassospendenti", che non godevano di alcuna offerta flat in precedenza attivata, l'imposizione di un pacchetto di servizi a prezzo forfettizzato ha modificato due aspetti qualificanti del regolamento negoziale: la possibilità di pagare le sole chiamate vocali in effetti eseguite e di non vedersi addebitare alcun costo in caso di mancata esecuzione di chiamate (salvo importo fisso di abbonamento); la possibilità, per l'utente, di avvalersi del servizio di chiamata fornito da altri operatori (ad esempio, con i servizi di Carrier**

pre-selection forniti da altro operatore).» (Consiglio di Stato, sez. VI, 25 novembre 2019, n. 8024).

In un’ulteriore occasione il Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza del 27 febbraio 2020, n. 1529, nell’esaminare la questione se l’articolo 6 della delibera n. 519/15/CONS - ove prevede che gli operatori di telefonia mobile possono modificare «le condizioni contrattuali solo nelle ipotesi e nei limiti previsti dalla legge o dal contratto» - rinvenga un fondamento nella legge e, dunque, sia conforme al principio di legalità, ha dato risposta positiva al quesito affermando in sostanza che i limiti allo *ius variandi* nel settore delle comunicazioni elettroniche debbano rinvenirsi non solo nelle previsioni del codice delle comunicazioni elettroniche, ma anche nelle disposizioni relative alla tutela dei consumatori contenute nel codice del consumo. Segnatamente la sentenza afferma che “*trovi applicazione l’art. 33, comma 2, lett. m. del Codice del consumo, che condiziona l’esercizio dello ius variandi alla sussistenza di un giustificato motivo indicato nel contratto*” e “*in ogni caso, anche in assenza di tale puntuale prescrizione, un limite legale è desumibile dal principio generale di buona fede nella fase di esecuzione del contratto, che impedisce alla parte forte di incidere in via unilaterale sul contenuto del contratto con modalità esecutive contrastanti con le regole di correttezza*”.

Orbene, dalle coordinate normative e giurisprudenziali appena esposte è possibile ricavare le seguenti regole:

- 1) le modifiche delle condizioni contrattuali proposte dal fornitore di servizi di comunicazione elettroniche possono essere assoggettate allo *ius variandi* solo se:
 - a) si tratti di variazione di condizioni già contemplate nel contratto (la modifica dunque deve incidere su clausole già esistenti);
 - b) non determinino una novazione del preesistente rapporto obbligatorio;
 - c) siano sorrette da giustificato motivo.

- 2) lo *ius variandi* deve essere esercitato con modalità esecutive conformi con le regole di correttezza;
- 3) se le modifiche riguardano il prezzo totale dei beni o servizi o le modalità di calcolo del prezzo comprensivo non devono essere disposte nei primi 12 o 24 (a seconda del tipo di offerta commerciale) dalla stipula.

6.3. Applicando tali principi al caso di specie, deve affermarsi la legittimità della previsione impugnata in quanto AGCOM con il citato comma 1 – in linea con il quadro normativo appena esposto - si è limitata a specificare che l'introduzione di meccanismi di indicizzazione, non previsti al momento dell'adesione dell'offerta commerciale, non riguarda la variazione di condizioni già contemplate nel contratto e, dunque, abbisogna del consenso espresso dell'utente.

Sul punto non può condividersi la tesi di parte ricorrente secondo cui il meccanismo di indicizzazione, limitandosi ad aggiornare i corrispettivi all'inflazione, non andrebbe ad incidere su elementi qualificanti del rapporto. Difatti, l'introduzione di un meccanismo di indicizzazione, nella misura in cui rende il corrispettivo variabile (da fisso che era), modifica in radice la struttura di determinazione dello stesso. Peraltro, rientra nelle massime di esperienza che i contratti per la fornitura di servizi di comunicazione elettronica siano usualmente promossi con un canone fisso mensile e che il valore del predetto canone rappresenti un elemento essenziale – spesso determinante – per l'utente del servizio di comunicazione elettronica nella scelta tra i diversi fornitori. La modifica della struttura dello stesso sulla base di parametri non accettati dal momento della stipula è, dunque, per gli stessi, una alterazione peggiorativa delle condizioni contrattuali e, pertanto, impone il richiamo dell'attenzione dell'utente sulla stessa attraverso il meccanismo dell'opt-in. Allo stesso modo, non appare decisivo il richiamo di parte ricorrente alla giurisprudenza civile ove afferma che non può presumersi la novazione del contratto in caso di mera adesione del conduttore ad una proposta del

locatore di aumento del canone. Deve anzitutto evidenziarsi che l'assenza del requisito sub a) - ovvero la modifica di condizione già contemplate nel contratto - è sufficiente per sottrarre la proposta di modifica in discussione dall'ambito di applicazione dell'articolo 98-*septiesdecies* (arg. ex Cons. Stato, n. 8024 del 2019 e n. 1529 del 2020 cit., dai cui principi il Collegio non ravvisa ragione per discostarsi nel caso di specie). In secondo luogo il Collegio non può far a meno di evidenziare le specificità che presenta la normativa in esame, rispetto alla disciplina della locazione richiamata dal ricorrente, tenuto conto, per un verso, della forte asimmetria, quantomeno informativa e di potere contrattuale, tra le parti, per l'altro, della modalità di contrattazione “standardizzata” che connota i rapporti in discussione.

Come ha avuto modo di evidenziare il Consiglio di Stato (8024 del 2019 cit.), difatti, non v’è dubbio che il cliente subisca la modifica apportata in via unilaterale e, per gli utenti più vulnerabili, la difficoltà a destreggiarsi sul mercato, costituisce un disincentivo significativo ad avvalersi della facoltà di *exit*.

Sotto tale profilo, la previsione impugnata si pone del tutto in linea con i principi di tutela del contraente “debole” di cui le norme in precedenza richiamate (cfr. punto 6.1. della presente sentenza) sono espressione e con le regole di buona fede e correttezza che dovrebbero improntare le relazioni contrattuali connotate da asimmetria.

Le presenti conclusioni non sono inficate dal richiamo, effettuato da Telecom, al considerando n. 275 della direttiva UE 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio, ove prevede che qualsiasi “*cambiamento non favorevole all’utente finale delle condizioni contrattuali proposte dai fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico diversi dai servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero, ad esempio in relazione a oneri, tariffe, limitazioni del volume di dati, velocità dei dati, copertura o trattamento dei dati personali, dovrebbe conferire all’utente finale il diritto di risolvere il contratto senza*

dover sostenere alcun costo, anche se tale cambiamento è associato ad alcuni benefici.”.

Difatti, come condivisibilmente affermato da AGCOM nel provvedimento impugnato (p. 150 Allegato A alla delibera n. 307/23/CONS), qualsiasi “*modifica di un contratto che va a introdurre, per la prima volta, un meccanismo di indicizzazione, non può essere considerata come una mera modifica tariffaria ma altera la natura stessa del contratto coinvolgendo altri aspetti quali, ad esempio, l’assenza di certezza sull’entità del canone nel corso del rapporto contrattuale. Si passa da un contratto determinato in tutte le sue componenti a un contratto in cui una delle componenti essenziali, il canone, potrà variare nel tempo in modo non prevedibile*”.

In conclusione non si ravvisa la dedotta violazione del citato comma 5 dell’articolo 98-septiesdecies, dovendosi ribadire la necessità di interpretare tale disposizione alla luce del quadro normativo ricostruito in premessa, il quale, come visto, depone nel senso di voler assoggettare al meccanismo del consenso espresso le modiche che incidono sulla struttura di determinazione del corrispettivo, trasformandolo da fisso a variabile.

7. Con il secondo motivo parte ricorrente, dopo avere evidenziato che i “*commi 2-7 e 10 del contestato art. 8-quater del Regolamento stabiliscono la disciplina applicabile alle clausole di adeguamento del prezzo previste ab initio nei contratti e, quindi, approvate espressamente dagli utenti quando hanno sottoscritto il contratto e accettato, in parte qua, la scheda di sintesi*” deduce, nello specifico, l’illegittimità delle seguenti previsioni:

- comma 2: “*Per i contratti con previsione di adeguamento all’indice dei prezzi al consumo a cui l’utente finale ha aderito, se e solo se la successiva modifica delle tariffe, connesse alla prestazione di servizi di comunicazione elettronica, è dipendente da un indice oggettivo dei prezzi al consumo stabilito da un istituto pubblico, suddetta modifica annuale delle tariffe, non costituisce una modifica delle condizioni contrattuali che conferisce all’utente il diritto di recedere dal contratto senza penali ai*

sensi dell'articolo 6 comma 2, salvo quanto previsto dal comma 7 del presente articolo”;

- comma 4: “*I contratti di cui al comma 2 non possono prevedere alcun correttivo rispetto all'applicazione integrale dell'indice di adeguamento pubblico, incluso l'applicazione di soglie rispetto all'indice o mark up aggiunti o aumenti minimi nel corso del periodo contrattuale”;*

- comma 7: “*In caso di adeguamento superiore al 5% del canone, di cui al comma 3, l'utente finale può richiedere all'operatore di passare a un'offerta di analoghe caratteristiche che non preveda il meccanismo di adeguamento. Il passaggio avviene senza costi per l'utente. Di tale previsione gli operatori danno chiara ed inequivocabile indicazione nelle comunicazioni alla clientela di cui al comma 6”.*

Parte ricorrente, con specifico riferimento alle previsioni di cui ai citati comma 2 e 4, sostiene che l'esclusione dallo *ius variandi* «se l'eventuale incremento del prezzo derivi unicamente dalla pura e semplice applicazione di clausole di indicizzazione “validate” dai poteri pubblici (e, quindi, per converso, l'attribuzione del diritto del recesso in caso di variazioni che non dipendano strettamente da un indice pubblico) non abbia fondamento giuridico.

*Non sussiste, infatti, una “modifica contrattuale” (e, quindi, non si applica lo *jus variandi*) in tutti i casi in cui l'applicazione della variazione tariffaria rappresenta una mera esecuzione dell'esistente regolamento contrattuale accettato dal cliente in cui, in ossequio al principio di libertà negoziale, il gestore può proporre le più molteplici opzioni tariffarie (inclusi, ad esempio, i cc.dd. canoni “a scaletta”, diffusi nella pratica)».*

A giudizio di Telecom, AGCOM - imponendo le regole suddette - avrebbe operato un inammissibile esercizio di potestà tariffaria in un mercato liberalizzato, a detrimento della concorrenza e dell'autonomia contrattuale. Per ciò che attiene invece al comma 7, parte ricorrente lamenta che la relativa previsione vanifichi «*l'applicazione di una clausola contrattuale*

che (...) prevede legittimamente il (solo) adeguamento inflattivo per riequilibrare il sinallagma contrattuale.

Viene, infatti, imposto al gestore, quando comunica un tasso di inflazione superiore al 5%, di dare “chiara ed inequivocabile” informativa al cliente che può sottrarsi a tale aumento, passando gratis ad altra offerta, che sia analoga in termini economici e di contenuti. In tal modo, ancorché l’utente avesse accettato ab ovo il meccanismo di (mero) adeguamento inflattivo, viene imposto al gestore il costo della svalutazione del denaro, non solo in quell’anno ma anche in quelli successivi perché l’utente è passato ad offerta senza indicizzazione».

7.1. Le censure mosse avverso i commi 2 e 4 possono essere trattate congiuntamente per ragioni di connessione.

Si rende anzitutto preliminare ricostruire il contenuto delle previsioni appena richiamate il cui tenore, soprattutto quello del comma 4, ha sollevato dubbi interpretativi anche nel corso del procedimento di consultazione.

Il comma 2 afferma che, nelle ipotesi in cui il contraente abbia aderito a contratti con previsione di adeguamento all’indice dei prezzi al consumo, l’operatore ha la facoltà di aumentare il canone senza ricorrere al meccanismo dello *ius variandi* e dunque senza che vi sia diritto di recesso laddove l’adeguamento sia "dipendente da un indice oggettivo dei prezzi al consumo stabilito da un istituto pubblico".

La *ratio* della previsione è quella di sollevare l’operatore dal ricorso al meccanismo dello *ius variandi* allorché il contratto, che colleghi già la prestazione economica dell’utente all’indicizzazione, preveda un aumento condizionato solo al predetto indice.

Per quanto attiene al quarto comma, il quale, invero, si prestava a diverse interpretazioni stante il suo non inequivoco contenuto letterale, AGCOM, nel corso del procedimento di consultazione, ha chiarito che “*la disposizione di cui al comma 4 vada interpretata nel senso che, in presenza*

di un mark up, la comunicazione dell'entrata in vigore dell'aumento dia luogo al diritto di recesso senza penali, in applicazione di quanto già evidenziato con riferimento al comma 2”(p. 164 allegato A alla delibera n. 307/23/CONS).

In altri termini il comma 4 – secondo quanto prospettato da entrambe le parti anche nel corso del presente giudizio - non preclude, in assoluto, la possibilità di prevedere meccanismi di indicizzazione legati ad indici di prezzo al consumo diversi da quelli stabiliti da un istituto pubblico, ma si limita a stabilire che, in sede di applicazione della relativa clausola, venga concesso all’utente lo *ius variandi* e il correlativo diritto di recesso; ciò anche ove, in sede di adesione al regolamento contrattuale, il cliente avesse aderito a detta clausola di indicizzazione.

Così ricostruito il quadro normativo di riferimento, la questione giuridica posta dall’esame della prima parte del motivo è se AGCOM sia legittimata ad introdurre una previsione – come quella desumibile dal combinato disposto tra i citati commi 2 e 4 - che concede all’utente il diritto di sottrarsi - tramite il meccanismo dell’opt-out – all’aumento tariffario conseguente all’applicazione di una clausola di indicizzazione a parametri diversi dall’IPCA, preventivamente accettata.

È opinione del Collegio che a tale quesito debba darsi risposta negativa, trovando condivisione la tesi di parte ricorrente secondo cui subordinare, di volta in volta, ad una rinnovata manifestazione del consenso la produzione degli effetti di una regola accettata a monte non abbia fondamento giuridico o comunque lo stesso non si evinca dalla motivazione della delibera.

In tal senso non può dirsi sufficiente il richiamo effettuato dall’Autorità alla pronuncia emessa dalla Corte di Giustizia dell’Unione europea nella causa C-326/14, atteso che la fattispecie su cui si era espressa in quell’occasione la Corte è diversa da quella che il comma 4 intende regolare.

Alla Corte di Giustizia Europea, difatti, era stato chiesto se l'applicazione di una clausola contenuta nelle condizioni generali di contratto di Telekom Austria, che prevedeva un meccanismo di adeguamento del corrispettivo ancorato ad un indice dei prezzi al consumo (in aumento e in diminuzione), configurasse o meno una modifica contrattuale soggetta a *ius variandi* ai sensi dell'articolo 20, comma 2, della n. 2002/22/CE (cd. direttiva servizio universale) come modificata dalla direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009. La Corte in quell'occasione aveva affermato che il citato articolo 20, paragrafo 2 “*dove essere interpretato nel senso che una modifica delle tariffe di una prestazione di servizi relativi alle reti o di servizi di comunicazione elettronica, derivante dall'applicazione di una clausola di adeguamento delle tariffe contenuta nelle condizioni generali di contratto applicate da un'impresa che fornisce tali servizi, clausola che prevede un tale adeguamento in base a un indice oggettivo dei prezzi al consumo stabilito da un istituto pubblico, non costituisce una «modifica delle condizioni contrattuali» che, ai sensi di tale disposizione, conferisce all'abbonato il diritto di recedere dal contratto senza penali.*”.

La Corte, dunque, si è limitata ad affermare che l'applicazione dell'indice previsto dalla predetta clausola non è soggetta al meccanismo *ius variandi/recesso* ai sensi dell'articolo 20, comma 2 della direttiva servizio universale, perché in tal caso non viene in rilievo una variazione contrattuale; la CEG non ha escluso, tuttavia, che l'applicazione di clausole contenenti *mark up* rispetto al tasso pubblico di inflazione configuri, necessariamente, una variazione contrattuale legittimante lo *ius variandi*.

A diversi avvisi non conduce nemmeno il passaggio della sentenza ove si prevede che “*l'adeguamento tariffario, come previsto dal contratto, nei limiti in cui si basa su un metodo di indicizzazione chiaro, preciso e accessibile al pubblico, derivante da decisioni e da meccanismi propri della sfera pubblica, non può porre gli utenti finali in una situazione*

contrattuale differente rispetto a quella che emerge dal contratto il cui contenuto è determinato dalle condizioni generali che contengono la clausola in questione”. Difatti, a parte l’ovvio rilievo che la Corte di Giustizia non poteva che calibrare la sua decisione sugli elementi del caso di specie – in cui per l’appunto l’indice aveva queste caratteristiche –, l’esigenza di tutela di cui la Corte si fa carico è che il meccanismo sia predeterminato e trasparente e che la sua applicazione non ponga “*gli utenti finali in una situazione contrattuale differente rispetto a quella che emerge dal contratto*” e, a giudizio del Collegio, quanto affermato nella predetta pronuncia, non supporta la conclusione che solo le clausole ancorate all’IPCA soddisfino i requisiti di trasparenza ed evitino di porre l’utente in una situazione diversa da quella accettata con l’adesione all’offerta commerciale.

Ciò premesso non può condividersi l’affermazione dell’AGCOM secondo cui “*l’applicazione di un indice ISTAT combinato con mark-up e soglie di aumento minimo, che danno luogo ad un aumento annuale non conoscibile apriori, non garantisce una sostanziale trasparenza informativa, se non foss’altro per il fatto che l’utente medio dovrebbe essere in grado di stimare gli aumenti ISTAT e combinarli con le soglie arbitrariamente fissate dall’operatore*”.

A ben vedere, l’elemento che è incerto nelle clausole in discussione è l’andamento dei prezzi al consumo, che presenta un “alea” perché, per natura, non predeterminabile, laddove invece il *mark up* o la soglia di aumento possono ben (e anzi lo dovrebbero) essere stabiliti all’inizio. Non quindi è logico desumere che dall’affermata conformità, da parte della CEG, rispetto ai canoni di trasparenza del primo tipo di clausola, derivi, *a contrario*, e necessariamente, la sicura non conformità, rispetto a detto parametro, del secondo tipo di clausola.

Diverso è chiedersi se le clausole, per come configurate specificamente dagli operatori, siano sufficientemente chiare o se esse determinino un

eccesso di squilibrio nei diritti ed obblighi stabiliti dal contratto, ma trattasi di questioni che vanno valutate in concreto e che comunque esulano dai poteri regolatori che AGCOM era legittimata ad esercitare con la delibera impugnata.

Chiarito dunque che la pronuncia della Corte di Giustizia (C-326/14) non può rappresentare la base legale dell'intervento dell'Autorità, vale osservare che il fondamento normativo dell'intervento – su cui le difese dell'Autorità invero non argomentano - non può essere validamente rivenuto nemmeno nel richiamo, effettuato a pagina 64 della delibera n. 307/23/CONS, all'art. 98-*quindecies* (ove detta misure di trasparenza e confrontabilità delle offerte) e all'articolo 94 (che prevede il diritto di poter fruire del servizio di accesso a internet a banda larga e a servizi di comunicazione vocale). Le generiche prerogative attribuite all'AGCOM da tali disposizioni nel settore, infatti, non possono legittimare – in assenza di un puntuale fondamento normativo in tal senso e in un mercato caratterizzato dall'assenza di obblighi di regolamentazione *ex ante* - l'imposizione delle predette limitazioni all'operatività dei meccanismi di adeguamento tariffario concordati tra le parti.

Alla luce di quanto precede, in accoglimento delle censure di parte ricorrente, va affermata la fondatezza delle contestazioni riguardanti i commi 2 e 4 dell'articolo 8-quater.

7.2. Le considerazioni appena svolte possono essere spese anche per affermare l'illegittimità del comma 7, ove prevede che, in caso di adeguamento superiore al 5% del canone, l'utente finale può richiedere all'operatore di passare a un'offerta con analoghe caratteristiche. AGCOM, difatti, non indica, nel contesto del provvedimento impugnato – e nemmeno nel corso del presente giudizio, ove, in relazione a tale specifico aspetto, non ha dispiegato difese – la fonte normativa legittimante l'introduzione della richiesta previsione.

7.3. Vanno viceversa dichiarate inammissibili le doglianze con cui parte ricorrente lamenta in generale lo spirito vessatorio della delibera e afferma quanto segue: «*dall’ambigua formulazione del comma 10, potrebbe sembrare che la clausola di indicizzazione debba essere “accettata espressamente” dal cliente, come fosse una clausola vessatoria ex art. 1341 c.c. Fosse questa l’interpretazione (quod non), l’AgCom violerebbe anche detta disposizione codicistica che, come pacifico, fornisce un’elencazione tassativa delle clausole vessatorie e, comunque, gli artt. 33 ss. del codice del consumo, che demandano ad altra autorità l’accertamento della vessatorietà delle clausole nei contratti con i consumatori».* Le censure, difatti, nella loro formulazione ipotetica e apodittica, non soddisfano il requisito di specificità dei motivi del ricorso, necessario affinché si possa procedere ad un loro vaglio nel merito.

8. Con il terzo motivo, parte ricorrente contesta la nullità retroattiva prevista dall’art. 8-quater, comma 14, ove prevede che “*Eventuali clausole di adeguamento dei prezzi al consumo già comunicate ed introdotte nei contratti devono considerarsi nulle in assenza della raccolta di un consenso esplicito, in opt-in, ai sensi del comma 1 del presente articolo*”.

In sostanza, Telecom si duole che, in relazione alle clausole di indicizzazione introdotte nei contratti prima dell’entrata in vigore della delibera n. 307/23/CONS, sia richiesto, ora, l’acquisizione di un consenso espresso, a pena di inefficacia delle stesse. AGCOM avrebbe dunque violato il principio generale di non retroattività delle norme determinando ingenti perdite economiche a Telecom. Quest’ultima, difatti, a causa della misura neo-introdotta con la delibera impugnata, dovrebbe sostenere – da sola - il costo dell’inflazione dell’ultimo biennio.

Parte ricorrente lamenta peraltro l’incompetenza assoluta di AGCOM a creare *ex novo* comminatore di nullità.

Il terzo motivo di ricorso è infondato.

8.1. Ai fini dello scrutinio del motivo va anzitutto rimarcato che l'introduzione di nuove clausole (non previste, cioè, *ab initio* nel contratto), ricorrendo all'istituto dello *ius variandi*, era una pratica già vietata dall'art. 6 della delibera n. 519/15/CONS, attuativo dell'articolo 70, comma 4 del codice delle comunicazioni elettroniche (poi sostituito con disposizione di identico tenore dall'articolo 98-*septiesdecies*, comma 5). La regola di cui al comma 14 dell'impugnato articolo 8-quater, riproduce, quindi, un divieto già contenuto nell' art. 6 della delibera n. 519/15/CONS (oggi trasfuso nell'art. 6 della delibera n. 307/23/CONS), il quale disponeva che il meccanismo dello *ius variandi* non poteva essere esercitato senza limiti, bensì “*solo nelle ipotesi e nei limiti previsti dalla legge o dal contratto medesimo, ovvero quando tali modifiche siano esclusivamente a vantaggio dell'utente*” (nella nuova versione è stata espunta l'ultima frase).

Tale divieto è stato esplicitato, in occasione dell'introduzione della nuova delibera 307/23/CONS, anche con riferimento alle clausole di indicizzazione.

8.2. Ne discende, quindi, che le proposte di modifica in relazione ai contratti in essere, consistenti nell'inserimento di clausole di indicizzazione, anche allorché comunicate agli utenti, erano illegittime già per violazione dell'art. 6 della delibera n. 519/15/CONS; donde la previsione contenuta nel comma 14 dell'art. 8-quater della nuova delibera 307/23/CONS non riveste valenza retroattiva. In altri termini l'Autorità, con la previsione impugnata, si è limitata a chiarire – per ragioni di certezza del diritto - che una clausola, volta ad introdurre un meccanismo di indicizzazione in un contratto che ne sia privo, rappresenti una variazione delle condizioni contrattuali che esula l'ambito applicativo dell'articolo 98-*septiesdecies*, e che dunque la stessa, in assenza di una esplicita accettazione da parte dell'utente, deve essere considerata *tamquam non esset* e dunque nulla.

Peraltro, una volta chiarito, già con l'esame del primo motivo, che la clausola in discussione è fuori dall'ambito del legittimo esercizio dello *ius variandi*, l'inopponibilità nei confronti degli utenti di una clausola contrattuale dagli stessi non accettata deriva, prima ancora che dalla previsione impugnata, dai principi codicistici che regolano la conclusione e la modifica dei contratti. Sotto tale profilo la censura, oltre che infondata, presenta criticità sotto il profilo della sua stessa ammissibilità per difetto di interesse.

Occorre precisare che le seguenti conclusioni non sono inficate dal rilievo, mosso da Telecom (p. 8 della memoria dell'8 novembre 2024) secondo cui le clausole di indicizzazione dei corrispettivi introdotte dalla stessa tramite il meccanismo dello *ius variandi* dovrebbero ritenersi legittime dato che la Società si era espressamente riservata – in linea con l'articolo 6 della delibera n. 519/15/CONS - la possibilità di variare unilateralmente le tariffe in caso di “*mutamenti delle condizioni del mercato che incidano sull'equilibrio economico*” dei servizi. Vale rimarcare che oggetto del presente contendere non è la valutazione della correttezza delle modalità con cui Telecom ha ritenuto, sin qui, di esercitare lo *ius variandi* per le clausole di indicizzazione, ma le previsioni della delibera impugnata nella loro valenza generale e astratta. Esula quindi dalla presente pronuncia ogni accertamento in ordine alla questione se il richiamo, contenuto nelle condizioni generali di contratto di Telecom, ai “*mutamenti delle condizioni di mercato*” integri o meno il requisito delle “*condizioni già contemplate nel contratto*”, individuato dalla richiamata giurisprudenza del Consiglio di Stato (i cui principi non sono stati contestati da parte ricorrente) tra gli elementi indefettibili che devono sussistere per far legittimo ricorso allo *ius variandi*.

In disparte a quanto appena evidenziato, deve rilevarsi che l'aumento del canone, secondo quanto rappresentato da Telecom, si sarebbe dovuto applicare da aprile 2024. Ne consegue la previsione impugnata non ha un

impatto realmente retroattivo dal punto di vista economico per Telecom perché va ad incidere su un aumento che è stato annunciato ma non ancora applicato.

9. Con il quarto motivo, parte ricorrente contesta, in quanto asseritamente sproporzionati, gli obblighi informativi di cui ai commi 7-bis e 9 dall'art. 8-quater.

In particolare Telecom impugna le previsioni che impongono agli operatori:

- di indicare nella descrizione delle offerte commerciali svolta su tutti i mezzi (inclusa la tv), anche “*prima del contratto*”, sia in modalità “*push*” (ovvero “*messaggi pubblicitari o comunicazioni commerciali di tipo generalizzato*” (cd. one-to-many), che “*pull*”, ovvero tramite “*canali commerciali mirati*” (cd.‘one-to-one’), la presenza di “clausole di indicizzazione” secondo canoni di massima trasparenza;
- di “*fornire una chiara descrizione del meccanismo di adeguamento*”, inclusa la descrizione dell'indice inflattivo, della periodicità dell'adeguamento, nonché di fornire una “tabella” con la simulazione degli aumenti tariffari.

La censura non è fondata.

Deve anzitutto evidenziarsi che la previsione di obblighi normativi particolarmente pregnanti risulta coerente con gli esiti del procedimento, avviato con delibera n. 89/23/CONS, che ha rilevato una scarsa trasparenza e comprensibilità delle condizioni di offerta circa la determinazione del prezzo e i costi di recesso, suscettibili di rendere difficile per gli utenti valutarne la convenienza ed ingenerare errori di valutazione sulla decisione o meno di recedere.

Orbene, a fronte delle criticità rilevate nel corso del procedimento, parte ricorrente non ha indicato che tipo di obblighi informativi, meno gravosi per gli utenti e parimenti efficaci, sarebbero stati in grado di assicurare un'effettiva trasparenza e ridurre le difficoltà degli utenti di effettuare un

confronto con le altre offerte presenti sul mercato e, tantomeno, perché detti obblighi sarebbero sproporzionati per una società, come Telecom, dotata di un apparato organizzativo e strutturale solido e di risorse economiche ingenti.

Vale infine specificare che, per ciò che attiene alle informazioni precontrattuali rese agli utenti prima dell'adesione alle singole offerte, la scelta di AGCOM di incrementarle con specifico riferimento all'adeguamento all'indicizzazione dei prezzi, appare del tutto ragionevole, tenuto conto dell'importanza che tale elemento viene ad assumere ai fini della decisione in ordine all'*an* della stipula e della circostanza che l'inserimento di un meccanismo di indicizzazione rende oggettivamente più difficile comprendere l'esatta portata del corrispettivo che l'utente si impegna a versare con la sottoscrizione del contratto.

Deve dunque ritenersi che le misure di trasparenza adottate da AGCOM resistano alle censure di parte ricorrente, anche tenuto conto dei limiti che incontra il sindacato giudiziale in questa materia.

9. Alla luce delle suesposte considerazioni il ricorso va accolto solo in parte, in relazione ai vizi dedotti con il secondo motivo nei limiti e nei termini indicati ai punti 7.1 e 7.2 della presente sentenza, con conseguente annullamento dei commi 2, 4 e 7 dell'articolo 8-quater della delibera impugnata.

10. La particolare complessità della questione trattata giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così dispone:

- lo accoglie in parte, relativamente alle censure fatte valere nel secondo motivo di ricorso, nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, dispone

l'annullamento dei commi 2, 4 e 7 dell'articolo 8-quater della delibera n. 307/23/CONS.

- compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 novembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mele, Presidente

Marianna Scali, Primo Referendario, Estensore

Giuseppe Grauso, Referendario

L'ESTENSORE
Marianna Scali

IL PRESIDENTE
Francesco Mele

IL SEGRETARIO