Pubblicato il 02/08/2021

N. 05702/2021REG.PROV.COLL.
N. 04979/2020 REG.RIC.

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4979 del 2020, proposto da

Telecom Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Simone Cadeddu, Arturo Leone, Damiano Lipani 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, n. 12;

nei confronti

Fastweb S.p.A., Movimento Difesa del Cittadino, non costituiti in giudizio;

Associazione Italiana Internet Provider-Aiip e Associazione dei Fabbricanti di Terminali di Telecomunicazione-Vtke, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Andrea Valli e Marco Costantino Macchia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via del Governo Vecchio,

n. 20;

Associazione Italiana Retailer Elettrodomestici Specializzati, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Rino Caiazzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Ludovisi n. 35;

Assoprovider - Associazione Provider Indipendenti, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Salvatore Fulvio Sarzana Di Sant'Ippolito, con domicilio eletto presso lo studio dello stesso in Roma, via Velletri, n. 10;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. 1200/2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni – Roma e di Associazione Italiana Internet Provider-Aiip, Associazione Italiana Retailer Elettrodomestici Specializzati, Assoprovider - Associazione Provider Indipendenti e Associazione dei Fabbricanti di Terminali di Telecomunicazione-Vtke;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 giugno 2021 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e uditi per le parti gli avvocati Francesca Sbrana, per delega di Damiano Lipani, Federico Marini Balestra, l'avv. dello Stato Danilo Del Gaizo, Marco Costantino Macchia e Rino Caiazzo in collegamento da remoto, ai sensi dell'art. 4, comma 1, del decreto legge 30 aprile 2020, n. 28, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 2020, n. 70, e dell'art. 25 del decreto legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, attraverso videoconferenza con l'utilizzo di piattaforma "Microsoft Teams" come previsto dalla circolare del Segretario Generale della Giustizia Amministrativa 13 marzo 2020, n. 6305;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto dinanzi al TAR per il Lazio l'odierna appellante invocava l'annullamento: a) della Delibera n. 348/18/CONS, pubblicata in data 2.8.2018, non notificata, recante "Misure attuative per la corretta applicazione dell'articolo 3, commi 1, 2, 3, del Regolamento (UE) n. 2015/2120 che stabilisce misure riguardanti l'accesso a un'internet aperta, con specifico riferimento alla libertà di scelta delle apparecchiature terminali"; b) della Nota del Segretario Generale dell'AGCom in data 18.10.2018, ricevuta da Telecom il giorno seguente via PEC, recante "Delibera n. 348/18/CONS – Riscontro a Vs nota prot. n. 123915".

2. Il primo giudice dichiarava improcedibile il ricorso per quanto relativo alla contestazione dell'art. 4, comma 1, lett. c), della Delibera che impone a Telecom, "mediante aggiornamento software", di rimuovere eventuali "blocchi operatori" presenti nel terminale venduto all'utente, in modo che questi possa usarlo per fruire dei "servizi di accesso ad Internet offerti da altri operatori", avendo rilevato come l'originaria ricorrente vi avesse dato spontanea adesione. Accoglieva, invece, il secondo motivo di ricorso, ritenendo illegittimo l'art. 4, comma 3, lett. b), della delibera, che prevede in caso di recesso anticipato, che l'utente restituisca il modem ricevuto a titolo gratuito dalla azienda fornitrice, senza che Telecom possa tutelarsi in caso di mancato rispetto di tale obbligo. Da ultimo, il TAR valutava come infondato il terzo motivo di ricorso avente ad oggetto la presunta illegittimità dell'art. 5, comma 1, della citata delibera, che avrebbe imposto alla ricorrente di rinunciare alle somme ancora dovute dai clienti esistenti, che hanno sottoscritto contratti negli ultimi anni e che usano il modem, sia a seguito di un contratto di vendita a rate, che tramite un contratto di noleggio.

3. Avverso la pronuncia indicata in epigrafe propone appello l'originaria ricorrente, che ne lamenta l'erroneità per le seguenti ragioni: a) non sarebbe possibile individuare la competenza dell'AgCom ad adottare la Delibera nelle "norme dai tratti generali" di cui alle Leggi nn. 481/1995 e 249/1997, perché

la materia sarebbe specificamente disciplinata dal Regolamento UE n. 2015/20120, che limiterebbe la competenza AgCom alla mera vigilanza. Il detto regolamento, inoltre, non imporrebbe di eliminare i costi relativi ai terminali ancora dovuti dagli utenti, dal momento che non vieterebbe al gestore di vendere il modem agli utenti, ma di prevedere la possibilità che l'utente possa utilizzarlo anche con altri gestori una volta acquistato. Una volta reso interoperabile, la situazione di chi ha acquistato il modem in un'unica soluzione sarebbe uguale a quella di chi lo paga a rate, non rappresentando l'onere economico dell'acquisto del modem un disincentivo a passare ad un altro operatore. Del resto l'AgCom avrebbe autorizzato le offerte c.d. "bundle", che prevedono la "vendita aggregata di due o più servizi e/o prodotti", ossia vendite abbinate di servizi e modem; b) la sentenza impugnata sarebbe, altresì, errata nella parte in cui ritiene che la Delibera non abbia efficacia retroattiva e che, per causa sua, Telecom non debba "rinunciare alle somme dovute dai clienti". La Delibera imporrebbe a Telecom una scelta con perdita secca: (i) proporre all'utente il modem "a titolo gratuito"; oppure (ii) consentirgli il recesso, senza "oneri diversi dalla mera restituzione del terminale". Nel caso degli apparati venduti a rate, la perdita avverrebbe dopo il trasferimento della proprietà dell'apparato in capo all'utente, rappresentando il provvedimento impugnato manifestazione di un potere ablatorio da parte dell'Autorità contrastante con l'art. 41 cost.; c) la sentenza sarebbe errata anche laddove, per sostenere il riferimento alla Legge n. 481/1995, menziona il meccanismo d'inserzione automatica di clausole nei contratti con i clienti ex art. 1339 c.c., sia perché non vi sarebbe stata alcuna violazione di norma imperativa da emendare, sia perché, a fronte dell'alternativa lasciata dal gestore, il detto meccanismo non potrebbe operare, difettando sia la rigorosa predeterminazione dell'elemento destinato a sostituirsi alla clausola difforme sia la sostituzione della clausola, essendo invece stata prevista la mera invalidità della stessa; d) il giudice di primo grado non si sarebbe avveduto che la facoltà di recesso attribuita all'utente sarebbe palesemente sbilanciata a suo

favore, penalizzando ulteriormente l'operatore in palese violazione dell'originario sinallagma contrattuale e favorendo i consumatori che hanno deciso di acquistare il modem con soluzione rateale; e) l'art. 5, comma 1, della delibera violerebbe anche l'art. 70, comma 4, CCE il quale, con norma speciale, consentirebbe all'utente di recedere unilateralmente, "senza penali né costi di disattivazione", in una ben specifica circostanza, che qui non ricorre (i.e., la modifica unilaterale delle condizioni di contratto da parte del gestore); f) il giudice di prime cure avrebbe dovuto rilevare la violazione procedimentale rappresentata tanto dalla mancanza di uno schema di provvedimento quanto dall'illustrazione del contenuto di tali misure transitorie: g) nella Delibera, inoltre, non vi sarebbe traccia alcuna dell'analisi di impatto della regolamentazione (AIR).

4. Costituitasi in giudizio AGCom contesta le argomentazioni spiegate dall'appellante, evidenziando tra l'altro che il regolamento europeo entrato in vigore il 30 aprile 2016 non opererebbe alcuna distinzione tra i contratti (di durata) stipulati prima o dopo la sua entrata in vigore. Sulla base delle clausole dei contratti in essere, in mancanza della misura transitoria, l'utente potrebbe recedere dal contratto solo previo pagamento in un'unica soluzione delle rate del modem non ancora pagate che, dunque, rappresentano un evidente disincentivo all'esercizio del diritto di libertà di scelta sancito dal Regolamento UE. In particolare, le offerte commerciali di Telecom sarebbero state tali da garantire solo formalmente al consumatore la possibilità di acquistare il servizio di connettività separato dalla fornitura del terminale. Pertanto, l'utente sarebbe stato "forzato" all'acquisto del modem in vendita abbinata. Quanto al dettaglio dei singoli motivi di gravame, l'Autorità evidenzia che: a) dal quadro normativo europeo emergerebbe chiaramente che il diritto degli utenti di scegliere se acquistare in proprio un terminale o utilizzare quello fornito dall'operatore non può essere contrattualmente limitato, imponendo per l'accesso a Internet l'utilizzo del modem dall'operatore. Il regolamento UE si applicherebbe anche ai contratti in essere, non avendo la delibera

alcuna efficacia retroattiva e l'Autorità potrebbe legittimamente fare leva sui suoi ampi poteri contemplati nelle leggi nn. 481/1995 e 249/1997, ivi incluso il potere di eterointegrazione, per individuare, relativamente a tali ipotesi, gli strumenti operativi più adeguati al raggiungimento dello scopo individuato dalla disposizione del Regolamento UE sul diritto dell'utente alla libertà di scelta del modem. Né rileverebbe in alcun modo il mancato esercizio dei poteri sanzionatori. In quest'ottica il recesso che impone in un'unica soluzione il pagamento delle restanti rate sarebbe evidentemente un grande ostacolo ad utilizzare apparecchiature terminali di propria scelta. Inoltre, la possibilità, prevista nella disciplina transitoria, di recedere senza la corresponsione delle rate mancanti non costituirebbe un "ingiustificato arricchimento" per l'utente, perché il recesso sarebbe comunque condizionato alla restituzione del modem; b) con riferimento al motivo con il quale si evidenzia che vi sarebbe stata un'approvazione da parte dell'Autorità delle offerte "bundle", l'Autorità, da un lato, ne eccepisce l'inammissibilità per violazione del divieto dei nova in appello. Dall'altro, ne sottolinea l'infondatezza in quanto la stessa avrebbe ad oggetto il test di replicabilità delle offerte retail di Telecom, nella sua qualità di operatore notificato come dotato di significativo potere di mercato (SMP); c) in relazione al paventato squilibrio contrattuale introdotto dalla delibera impugnata in forza del riconoscimento dello jus poenitendi in capo al consumatore, l'Autorità pone in luce che la vendita abbinata sarebbe stata obbligatoria (non era possibile scorporare il modem dall'offerta) e ad un prezzo, imposto da Telecom, decisamente superiore a quello di mercato dell'apparato stesso. Né sarebbe stato introdotto alcuno squilibrio contrattuale, considerato che il recesso sarebbe stato condizionato alla restituzione del modem, sicché la previsione di cui all'art. 5, comma 1, della delibera sarebbe ragionevole e proporzionale; d) in relazione alle doglianze con le quali l'appellante lamenta la perdita economica subita nel caso degli apparati venduti a rate, dovrebbe considerarsi che le somme sinora percepite da Telecom sarebbero il frutto di una pratica

contraria al Regolamento UE, che imponeva, a un prezzo decisamente superiore a quello di mercato, il modem prescelto da Telecom, mentre l'Autorità avrebbe inteso tutelare gli utenti, interrompendo il pregiudizio economico subito a causa della condotta di Telecom contraria al Regolamento UE. Inoltre, sarebbe errato qualificare i contratti in questione come contratti di compravendita, trovandosi, invece, di fronte a contratti di somministrazione; e) in ordine alle doglianze con le quali si contesta l'esercizio del potere di eterointegrazione, l'Autorità pone in luce come la modifica introdotta sarebbe necessaria per assicurare il rispetto della disciplina europea e che si è in presenza di una fattispecie negoziale nella quale è pervista la possibilità per l'operatore di modificare unilateralmente le condizioni contrattuali. Né sarebbe corretto parlare di novazione del contratto, dal momento che le prestazioni principali sarebbero, da un lato, la somministrazione del servizio e, dall'altro, il pagamento periodico del prezzo; il modem invece sarebbe strumentale e accessorio e, dunque, le modalità ad esso relative non inciderebbero sulle obbligazioni principali che nascono dal contratto. Infine il diritto di recesso, previsto dall'articolo 5, comma 1, della Delibera, non violerebbe l'art. 70, comma 4, CCE che, anzi, introdurrebbe il principio secondo cui in caso di sopravvenienze rilevanti il rapporto contrattuale può essere modificato unilateralmente. Se vi è un diritto potestativo di modifica unilaterale dell'operatore sui contratti già esistenti, che deroga al principio contrattualistico della necessità dell'accordo, a fortiori tale modifica potrebbe avvenire in forza del principio generale dell'inserzione automatica di clausole, quando è la legge (in questo caso europea) ad averne valutato la necessità; f) quanto, infine, alle censure con le quali si contesta la violazione della legalità procedimentale, non vi sarebbe stata necessità di specificare che il diritto di scelta del terminale sarebbe stato garantito dall'Autorità a tutti gli utenti, visto che l'inserimento delle previsioni impugnate ai sensi dell'art. 1339 cod. civ. si applicherebbe anche ai contratti di durata in corso. In ogni caso nessun affidamento legittimo potrebbe essere

vantato dall'appellante rispetto ad un provvedimento finale che si presenti parzialmente difforme dallo schema originario. Inoltre, all'indomani dell'adozione dell'impugnata delibera, l'appellante avrebbe presentato all'Autorità una richiesta di chiarimenti in merito, tra l'altro, all'ambito di applicazione della disciplina transitoria di cui all'art. 5, comma 1, della Delibera, senza contestarne il alcun modo il contenuto ma limitandosi ad evidenziare che, a suo avviso, tale disposizione doveva escludere i contratti in essere che prevedono la vendita del terminale ed essere limitata ai soli contratti che prevedono il noleggio del terminale.

5. Costituitesi in giudizio, Associazione Italiana Retailer Elettrodomestici Specializzati ("AIRES"), Associazione Provider Indipendenti ("Assoprovider"), Associazione dei fabbricanti di terminali di telecomunicazione (VTKE, Verbund der Telekommunikations-Endgerätehersteller), Associazione Italiana Internet Provider (AIIP), invocano il rigetto dell'odierno gravame, spiegando considerazioni adesive rispetto a quelle rappresentate dall'Autorità ed eccependo, tra l'altro, l'inammissibilità della doglianza con la quale l'appellante si duole della mancata adozione dell'AIR per violazione del divieto dei nova in appello.

6. In sede di replica l'appellante sostiene, tra l'altro, che le misure retroattive introdotte con l'art. 5, comma 1, Delibera, rivestirebbero indebitamente una funzione restitutoria para-sanzionatoria di illeciti mai commessi dall'appellante. Inoltre, l'argomento secondo il quale le offerte di sola connettività di Telecom, sebbene "formalmente" presenti, non sarebbero state "una reale alternativa" rispetto all'acquisto congiunto sarebbe erroneo, tanto che la stragrande maggioranza degli utenti Telecom avrebbe fruito di servizi in tecnologia ADSL e rappresenterebbe un'indebita integrazione postuma della motivazione. Pure l'allegazione dell'Avvocatura dello Stato, secondo cui il prezzo praticato da Telecom per i modem sarebbe stato "decisamente superiore a quello di mercato", sarebbe indimostrata e, comunque, non vera. Del pari, non sarebbe corretto sostenere che

l'azzeramento delle rate residue di vendita/noleggio sia condizionato alla restituzione del modem a Telecom. Né sarebbe condivisibile la tesi dell'Avvocatura, secondo cui, nel caso di vendita rateale del modem, difetterebbe la causa tipica del contratto di compravendita, ma si tratterebbe di un mero rapporto "accessorio" ad un negozio di somministrazione e, quindi, sarebbe anch'esso di durata, come proverebbe la circostanza che la fatturazione di beni e servizi sarebbe stata unica.

7. Dal canto loro le altre parti del giudizio contestano le conclusioni dall'appellante. Inoltre, AIRES evidenzia l'improcedibilità dell'appello dal momento che il ricorso in appello di Telecom verterebbe esclusivamente sull'art. 5, comma 1, della Delibera impugnata, che riguarda contratti in vigore al momento dell'entrata in vigore della medesima Delibera. Tali contratti costituirebbero rapporti esauriti, essendo ormai trascorsi 30 mesi da quando, Telecom aveva affermato che le rate residue dei contratti bundle erano pari in media a 20.

Quanto appena osservato dovrebbe, infatti, essere messo in relazione con l'art. 1, comma 3-ter, del D.L. n. 7/2007 (inserito dalla L. n. 124/2017), che prevede una durata massima di 24 mesi per i contratti stipulati con operatori di comunicazione elettronica, che comprendono "offerte promozionali aventi ad oggetto la fornitura sia di servizi che di beni", come nel caso delle offerte bundle di Telecom Italia.

Pertanto, l'interesse di Telecom all'accoglimento del suo ricorso in appello, quand'anche sussistente al momento dell'instaurazione del giudizio, sarebbe in ogni caso venuto meno, cosicché il presente ricorso dovrebbe essere dichiarato improcedibile ex art. 35, comma 1, lett. c), c.p.a. Inammissibile sarebbe la produzione documentale dell'appellante datata 22 febbraio 2021 per violazione dell'art. 104 c.p.a.

8. Con memoria depositata in data 18 giugno 2021 l'appellante argomenta in ordine alla permanenza del proprio interesse alla decisione come dell'ammissibilità del documento depositato in data 22 febbraio 2021, ma di

quest'ultima memoria non si terrà conto per le ragioni di cui al punto seguente.

9. Preliminarmente, va respinta l'eccezione di AIRES che sostiene l'improcedibilità del presente gravame per sopravvenuto difetto di interesse, dal momento che, pur ritenendo che i contratti *de quibus* siano scaduti, non vi è prova del fatto che non sia residuata alcuna conseguenza patrimoniale in relazione a vicende che medio tempore possono averli interessati.

Diversa sorte meritano, invece, le eccezioni con le quali le parti appellate evidenziano la violazione del divieto dei cd. *nova* in appello da pare dell'appellante. Infatti, sia la doglianza con la quale l'appellante contesta la mancata adozione dell'AIR da parte dell'Autorità, sia quella con cui lamenta un'approvazione da parte dell'Autorità delle offerte "bundle" in presunto contrasto con i provvedimenti impugnati in prime cure non trovano riscontro nel *thema decidendi* cristallizzato con i motivi proposti mercé il ricorso di primo grado.

Pertanto, si ravvisa una chiara violazione dell'art. 104 c.p.a con ciò che ne consegue in termini di parziale inammissibilità dell'appello in esame. Va, infine, rilevato come la memoria di replica in vista dell'odierna udienza sia stata depositata dall'appellante in data 18 giugno 2021, ossia fuori termine, pur considerando la dimidiazione dei termini processuali prevista dall'art. 119 c.p.a., sicché non può tenersene conto.

10. Le restanti doglianze contenute nel presente gravame sono infondate.

La soluzione ai quesiti posti con il presente contenzioso passa per il vaglio della disciplina contenuta nel regolamento UE 2015/2120.

La normativa in questione, che si ispira al principio di neutralità tecnologica, persegue il duplice fine di garantire il funzionamento ininterrotto di internet e di tutelare i diritti degli utenti finali, scongiurando blocchi o rallentamenti di applicazioni o servizi specifici dovuti alle pratiche di gestione del traffico. Il legislatore comunitario, pertanto, ritiene opportuno che, quando accedono a Internet, gli utenti finali dovrebbero essere liberi di scegliere tra vari tipi di

apparecchiature terminali. Conseguentemente, i fornitori di servizi di accesso a Internet non possono imporre restrizioni all'utilizzo di apparecchiature terminali che collegano alla rete oltre a quelle imposte dai fabbricanti o dai distributori di apparecchiature terminali conformemente al diritto dell'Unione.

Uno degli istrumenti individuati dal legislatore europeo per assicurare il raggiungimento dei detti fini è quello di prevedere che le Autorità di regolazione nazionale possano intervenire contro accordi o pratiche commerciali che, in virtù della loro portata, determinano situazioni in cui la scelta degli utenti finali è significativamente limitata nella pratica.

Tra i diritti che il regolamento dell'Unione individua in capo agli utenti finali vi è quello di utilizzare apparecchiature terminali di loro scelta (art. 3, comma 1). Un simile diritto non può essere limitato da accordi tra utente finale e fornitore di servizi di accesso ad Internet (art. 3, comma 2). L'utente finale non può quindi essere obbligato, salvo in presenza di ragioni tecniche oggettive, ad utilizzare un'apparecchiatura terminale fornita dal gestore del servizio.

10.1. Tanto premesso, non può condividersi il rilievo contenuto nel primo motivo di doglianza con il quale l'appellante contesta il difetto di competenza dell'Autorità, che potrebbe svolgere solo attività di vigilanza. Una simile soluzione depotenzierebbe in modo significativo, sino quasi a sterilizzare, l'efficacia delle disposizioni contenute nel regolamento. Al contrario, proprio la normativa europea individua nelle Autorità nazionali i soggetti deputati ad agire contro accordi o pratiche commerciali violativi dei diritti degli utenti. Ciò giustifica la possibilità dell'Autorità di introdurre clausole sostitutive di quelle negoziali violative dei diritti degli utenti finali.

Né è corretto ritenere equivalente la posizione degli utenti che hanno acquistato il modem in un'unica soluzione rispetto a quelli che lo hanno acquistato a rate, atteso che nel primo caso le controprestazioni risultano esaurite, mentre nel secondo caso il pagamento delle rate evidenzia come la

questione relativa al trasferimento della proprietà non risulti definita, pertanto l'esecuzione delle norme negoziali si pone in contrasto con il diritto degli utenti stabilito dalla normativa europea, che non mira a sterilizzare i costi di acquisto del modem o del router in capo all'utente, ma vuole evitare che gli accordi conclusi con gli utenti, nella misura in cui gli stessi non hanno esaurito i loro effetti, limitino il loro diritto di utilizzare apparecchiature terminali di loro scelta.

10.2. E', quindi, evidente che la delibera impugnata non ha efficacia retroattiva, perché interviene sui contratti stipulati solo per le prestazioni ancora da eseguire e consente agli utenti che non hanno ancora acquistato definitivamente il terminale di poter scegliere se continuare a fruire del servizio con un terminale offerto a titolo gratuito ovvero se poter recedere dal servizio con restituzione del terminale e senza ulteriori costi. Una simile previsione riguarda solo quegli utenti che sono stati obbligati ad acquistare il modem dall'operatore e consente di riequilibrare il patto negoziale, salvaguardando il diritto dell'utente previsto dal regolamento europeo. Né una simile previsione può ritenersi violativa dell'art. 41 cost., dal momento che il terminale messo gratuitamente a disposizione dell'utente finale resta nella proprietà dell'operatore, sicché non si registra alcun trasferimento coatto della proprietà del bene.

10.3. Non coglie nel segno neanche la denuncia relativa al capo della sentenza che menziona il meccanismo di inserzione automatica di cui all'art.1339 c.c. La previsione in questione, al contrario di quanto sostenuto dall'appellante, merita, invece, pienamente di operare, sussistendone tutti i presupposti applicativi. Si è, infatti, in presenza di una disciplina europea immediatamente cogente nel nostro ordinamento di natura imperativa, che assicura la libertà di scelta del modem all'utente. Pertanto, si ravvisa nei contratti conclusi dall'appellante con gli utenti finali un contrasto diretto tra clausola negoziale e disciplina imperativa, e non una mera lacuna di previsione, che deve essere corretto attraverso l'inserzione della clausola contenuta nell'art. 5, comma 1,

della delibera impugnata. Inoltre, contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, è immediatamente individuabile sia la clausola del contratto destinata ad essere sostituita che la nuova clausola che vi subentra. L'obbligo del pagamento rateale viene sostituito secondo le alternative previste dall'art. 5, comma 1, della delibera impugnata, secondo uno schema contrattuale puntuale che non lascia dubbi in termini di operatività. Né la clausola inserita comporta una novazione oggettiva del rapporto obbligatorio, in considerazione del carattere marginale e accessorio che assume la variazione nell'architettura complessiva del rapporto negoziale (cfr. *ex plurimis*, Cass. civ, sez. III, 24 ottobre 2007, n. 22339).

10.4. Del pari non può trovare avallo la doglianza con la quale si lamenta uno squilibrio del sinallagma contrattuale a scapito dell'operatore e a favore degli utenti che hanno scelto il pagamento rateale del modem. Al contrario, la ratio della disciplina europea è proprio quella di evitare che le clausole sostanzialmente imposte dall'operatore telefonico al consumatore comportino a danno di quest'ultimo un significativo squilibrio del sinallagma contrattuale, che proprio la clausola inserita in ragione della novella *de qua* consente di superare.

10.5. Non si ravvisa nemmeno una violazione dell'art. 70, comma 4, CCE, secondo il quale: "*Il contraente, qualora non accetti le modifiche delle condizioni contrattuali da parte delle imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica, ha diritto di recedere dal contratto senza penali né costi di disattivazione. Le modifiche sono comunicate al contraente con adeguato preavviso, non inferiore a trenta giorni, e contengono le informazioni complete circa l'esercizio del diritto di recesso. L'Autorità può specificare la forma di tali comunicazioni*". Nella fattispecie, infatti, viene introdotto un ulteriore diritto di recesso, che non contrasta in alcun modo con la previsione citata. Quest'ultima del resto, oltre a non esaurire tutti i rimedi possibili a favore del consumatore opera secondo un meccanismo del tutto differente ossia quello delle modifiche unilateralmente introdotte dalle imprese. Nel caso in questione la clausola contraria a norma imperativa era presente già all'atto

della stipulazione negoziale. Ciò spiega perché come il diritto di recesso si ponga quale strumento di tutela non per il mancato consenso da parte del consumatore, ma per il necessario riequilibrio del sinallagma negoziale che le originarie condizioni contrattuali avevano compromesso ad esclusivo vantaggio del fornitore.

10.6. Non coglie nel segno neanche l'ultima doglianza di natura squisitamente procedimentale. La circostanza che lo schema provvedimentale non contemplasse la misura contestata non si traduce, infatti, in alcuna violazione dell'affidamento da parte dell'appellante. Infatti, posto che la regola da introdurre era chiaramente esplicitata e ricadeva nel fuoco delle modifiche necessarie per dare attuazione ai precetti europei, l'unica difformità è da riscontrare nell'ambito oggettivo dei contratti interessati dall'affermazione del diritto dell'utente a scegliere il modem. Quella contestata, infatti, è una mera norma transitoria che correttamente estende l'ombrello della tutela voluto dal legislatore europeo non solo ai nuovi contratti, ma anche ai contratti in essere, non risultando diversamente giustificabile una disciplina deteriore in favore dei contratti già conclusi, ma le cui prestazioni risultavano ancora in essere. Pertanto, non si ravvisa alcuna violazione dell'art. 11, d.lgs. n. 259/2003, essendo stato assicurato un ampio dialogo procedimentale tra l'Autorità e l'odierna appellante.

11. L'odierno gravame deve, in definitiva, essere dichiarato in parte inammissibile e in parte infondato. Le spese del giudizio devono essere poste a carico dell'appellante e in favore dell'Autorità appellata, mentre possono essere compensate tra le altre parti del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo dichiara in parte inammissibile e in parte infondato. Condanna Telecom Italia S.p.A. al pagamento delle spese del giudizio, che liquida in euro 5.000,00

(cinquemila/00), oltre accessori di legge, in favore dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.

Compensa le spese tra le altre parti del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 giugno 2021 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

Dario Simeoli, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Luigi Massimiliano Tarantino	**Carmine Volpe**

IL SEGRETARIO