



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 5138 del 2020, proposto da Wind Tre s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Beniamino Caravita Di Toritto, Sara Fiorucci e Roberto Santi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Beniamino Caravita Di Toritto in Roma, via di Porta Pinciana, n. 6;

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

Assoprovider - Associazione Provider Indipendenti, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Salvatore Fulvio Sarzana di Sant'Ippolito e Maria Sole Montagna, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Salvatore Fulvio Sarzana di S. Ippolito in Roma, via Velletri,

n. 10;

Associazione dei Fabbricanti di Terminali di Telecomunicazione (Vtke, *Verbund Der Telekommunikations-Endgerätehersteller*, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Valli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via del Governo Vecchio, n. 20;

D-Link Mediterraneo s.r.l. e Movimento Difesa del Cittadino, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. 1201/2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni - Roma e di Assoprovider - Associazione Provider Indipendenti e di Associazione dei Fabbricanti di Terminali di Telecomunicazione (Vtke, *Verbund Der Telekommunikations-Endgerätehersteller*);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2024 il Cons. Giovanni Pascuzzi e uditi per le parti gli avvocati Sara Fiorucci, Roberto Santi e dello Stato Monica De Vergori;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso del 2018 la società Wind Tre chiedeva al Tar per il Lazio l'annullamento:

- della delibera dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni n. 348/18/CONS 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» del 18 luglio 2018;

- della nota del Segretario Generale dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni del 18 ottobre 2018 recante «*Delibera n. 348/18/CONS –Riscontro a Vs nota prot. 130389»;*

- della delibera del 27 settembre 2018 del Consiglio dell'AGCOM, non conosciuta, con cui lo stesso ha ritenuto che non sussistono elementi oggettivi di natura tecnica che possano giustificare la previsione di una eccezione alla libertà di scelta e di utilizzo del terminale ai sensi dell'art. 3, comma 5, della delibera n. 348/18/CONS;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali.

1.1 Con ricorso per motivi aggiunti la società Wind Tre chiedeva anche l'annullamento:

- dell'atto recante «*Risposte alle richieste chiarimenti in merito alla delibera n.348/18/CONS»* pubblicato sul sito dell'AGCOM in data 16.11.2018;

- degli atti già impugnati con ricorso introduttivo.

2. La sentenza impugnata così ha sintetizzato le allegazioni in fatto della società ricorrente:

- il regolamento (UE) n. 2015/2120, che stabilisce misure riguardanti l'accesso a un'Internet aperta, ha affermato il principio di libera scelta delle apparecchiature terminali per l'accesso ad Internet (modem), con il correlato diritto degli utenti di stipulare accordi con i fornitori di servizi di accesso a Internet che non limitino l'esercizio di tale diritto; a ciò corrisponde il divieto per i fornitori di servizi di accesso a Internet di effettuare discriminazioni di traffico in base alle applicazioni, ai servizi utilizzati o forniti, o alle apparecchiature terminali utilizzate;

- in attuazione di tale normativa comunitaria, l'art. 1 della delibera AGCOM n.348/18/CONS (impugnata in parte qua) afferma che «*Il presente provvedimento disciplina modalità e condizioni di fornitura delle apparecchiature terminali per l'accesso ad una rete pubblica di comunicazione elettronica o di accesso ad Internet al fine di garantire agli utenti finali il diritto di scegliere liberamente il*

proprio terminale»;

- per il secondo comma, *«Gli utenti finali hanno il diritto di utilizzare apparecchiature terminali di accesso ad Internet di loro scelta. Gli accordi tra i fornitori di servizi di accesso a Internet e gli utenti finali sulle condizioni e sulle caratteristiche commerciali e tecniche dei servizi di accesso a Internet quali prezzo, volumi di dati o velocità, e le pratiche commerciali adottate dai fornitori di servizi di accesso a Internet, non limitano l'esercizio dei diritti degli utenti finali di utilizzare apparecchiature terminali di loro scelta»;*

- il terzo comma prevede, quindi, il divieto per gli operatori di reti pubbliche di comunicazioni e per i fornitori di servizi di comunicazione di rifiutare l'attivazione della connessione alla Rete, ovvero di discriminare la qualità dei singoli servizi inclusi nell'offerta qualora l'utente finale utilizzi una apparecchiatura terminale di propria scelta che soddisfi i requisiti di base previsti dalla normativa europea e nazionale;

- a dire della società ricorrente, l'art. 3, comma quinto, della delibera gravata, tuttavia, consente alcune eccezioni ai principi su richiamati, in quanto prevede la possibilità di: a) eventuali restrizioni, opportunamente motivate ed approvate dall'Autorità, imposte all'utilizzo delle apparecchiature terminali fornite, anche con riferimento all'effettivo impiego di apparecchiature terminali scelte autonomamente dall'utente; b) informazioni sulle procedure poste in essere e le operazioni di misura e gestione dei dati di consumo attraverso il collegamento all'apparecchiatura terminale; c) i servizi accessori di installazione, collaudo e manutenzione dell'apparecchiatura terminale, in maniera separata rispetto al servizio di attivazione e fornitura del collegamento;

- sempre a dire della società, la delibera gravata conterrebbe una previsione transitoria dal contenuto dissonante rispetto al regolamento comunitario che essa si propone di attuare, ossia l'art. 5, il quale dispone che la disciplina introdotta con il detto regolamento e con lo stesso provvedimento impugnato sia applicabile anche

ai contratti conclusi prima dell'entrata in vigore del regolamento (UE) n. 2015/2120; in particolare, la norma in questione prevede che i fornitori di servizi di accesso ad Internet, entro 120 giorni dalla pubblicazione della delibera, limitatamente ai contratti in essere che prevedono l'utilizzo obbligatorio del terminale a titolo oneroso per l'utente finale, debbano proporre all'utente la variazione senza oneri della propria offerta in una equivalente offerta commerciale che preveda la fornitura dell'apparecchiatura terminale a titolo gratuito o che non ne vincoli l'utilizzo attraverso l'imputazione di costi del bene o dei servizi correlati al terminale nella fatturazione, ovvero, in alternativa, a consentire all'utente finale di recedere dal contratto senza oneri diversi dalla mera restituzione del terminale;

- ancora a dire della società, sotto il profilo della tecnologia di cui essa dispone, sussisterebbero i presupposti per incorrere in una delle eccezioni ai principi affermati dalla delibera e dal regolamento comunitario previste dall'art. 3 della delibera medesima, e ciò con particolare riferimento alle offerte cd. "in fibra fino a casa cliente" (FTTH), rispetto alle quali essa, con istanza del 17 settembre 2018 (oltre che nella precedente fase di consultazione pubblica preliminare alla delibera gravata) aveva comunicato all'Autorità che non sarebbe stato possibile garantire il servizio senza la contestuale fornitura del modem da parte della stessa, ed aveva quindi chiesto di essere autorizzata a commercializzare, per tale esclusivo ambito, offerte prive della possibilità di scelta del modem da parte del cliente finale;

- a tale istanza aveva fatto seguito il diniego contenuto nella nota del Segretario Generale dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni del 18 ottobre 2018, ad oggetto «*Delibera n. 348/18/CONS – Riscontro a Vs nota prot. 130389*»; e la delibera del 27 settembre 2018 del Consiglio dell'AGCOM, non conosciuta, con cui lo stesso ha ritenuto che non sussistono elementi oggettivi di natura tecnica che possano giustificare la previsione di una eccezione alla libertà di scelta e di utilizzo del terminale ai sensi dell'art. 3, comma 5, della delibera n. 348/18/CONS.

2.1 Con ricorso per motivi aggiunti la società Wind Tre ha impugnato l'atto con cui AGCOM ha fornito «*Risposte alle richieste chiarimenti in merito alla delibera*

n.348/18/CONS», nella parte in cui esso afferma che l'art. 5, già impugnato con il terzo motivo del ricorso introduttivo, *«si applica ai contratti in essere che prevedono l'utilizzo obbligatorio del terminale a titolo oneroso, prescindendo dalla modalità di fornitura del terminale (ad esempio vendita abbinata o noleggio)»*.

La ricorrente affermava, sul punto, che, con un atto interpretativo successivo alla delibera impugnata con il ricorso introduttivo, l'AGCOM avrebbe tentato di estendere l'ambito applicativo dell'art. 5, includendo i contratti di vendita degli apparati tra quelli per cui vi sarebbe un obbligo di modifica delle condizioni contrattuali.

3. A sostegno dell'impugnativa principale, la società Wind Tre formulava i seguenti motivi di ricorso (i primi due rivolti all'annullamento della nota di diniego a firma del Segretario Generale dell'AGCOM, e il terzo volto all'annullamento dell'art. 5 della delibera in epigrafe, che realizzerebbe l'applicazione retroattiva delle nuove norme introdotte in osservanza al regolamento comunitario 2015\2120):

I. Violazione e falsa applicazione dell'art. 3, commi 4 e 5, della delibera AGCOM n. 348/18/CONS. Violazione e falsa applicazione del regolamento(UE) n. 2015/2120. Violazione e falsa applicazione del considerando n. 3 della direttiva 2008/63/CE. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 4, comma 3, lettera f) e 70 del Codice delle comunicazioni elettroniche. Eccesso di potere per difetto assoluto di istruttoria e carenza di motivazione. Eccesso di potere per irragionevolezza.

Si sosteneva che:

- se AGCOM avesse condotto adeguata istruttoria sull'istanza della ricorrente (la quale recava, in allegato, l'analitica descrizione dei motivi tecnici per cui Wind Tre dovrebbe fruire della richiesta eccezione ai principi di cui al regolamento 2015\2120 in campo FTTH, ribaditi nel motivo), avrebbe certamente convenuto con la ricorrente sull'applicabilità dell'eccezione di cui all'art. 3 quinto comma al caso di specie;

- invece, a dire della ricorrente, la nota segretariale non recava le ragioni del diniego, in quanto la detta istruttoria non sarebbe stata condotta dall'Autorità.

II. Violazione e falsa applicazione della delibera AGCOM n. 348/18/CONS. Violazione e falsa applicazione del regolamento (UE) n. 2015/2120. Violazione e falsa applicazione del considerando n. 3 della direttiva 2008/63/CE. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 4, comma 3, lettera f) e 70 del Codice delle comunicazioni elettroniche. Eccesso di potere per difetto assoluto di istruttoria e carenza di motivazione. Eccesso di potere per irragionevolezza.

Si sosteneva che:

- il diniego opposto dal Segretario generale dell'Autorità alla richiesta di eccezione al principio di libera scelta del terminale da parte dell'utenza comporterebbe che quest'ultima potrebbe non riuscire ad usufruire del servizio FTTH nel caso in cui scegliesse un apparecchio non tecnicamente compatibile, così che ne uscirebbe vanificata la finalità anche del considerando n. 3 della direttiva 2008/63/CE, secondo cui *«la rapida moltiplicazione dei vari tipi di apparecchiature terminali e la molteplice utilizzazione dei medesimi richiedono che gli utenti possano effettuare una libera scelta tra i medesimi per beneficiare integralmente dei progressi tecnologici nel settore»*.

III. Violazione falsa applicazione del regolamento UE n. 2015/2120. Violazione falsa applicazione dell'art. 11, comma 1, delle preleggi. Eccesso di potere per indeterminatezza, difetto di istruttoria ed illogicità manifesta. Violazione del principio del *tempus regit actum*. Violazione falsa applicazione degli artt. 3 e 41 Cost.

Si sosteneva che:

- era censurabile l'asserita retroattività della deliberazione dell'AGCOM gravata;
- l'art. 5, pur definito impropriamente "disposizioni transitorie", prevederebbe che la nuova disciplina si applichi anche a contratti già in essere all'entrata in vigore della stessa, rimanendo esclusi dalla disposizione i contratti di vendita degli apparati;

- sussisteva assoluta indeterminatezza e violazione del principio di irretroattività delle leggi là dove l'AGCOM porrebbe un generico riferimento a "tutti" i contratti di utilizzo a titolo oneroso, senza individuare il naturale limite temporale che distingue tra contratti sottoscritti prima e dopo l'entrata in vigore del regolamento UE n. 2015/2120;

- risultava violato il principio di affidamento, affermato anche dalla Corte Costituzionale, in quanto le impugnate disposizioni al pari di qualsiasi precetto legislativo, non possono trasmodare in un regolamento irrazionale e arbitrariamente incidere sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti, frustrando così anche l'affidamento del cittadino nella sicurezza pubblica.

3.1 A sostegno del ricorso per motivi aggiunti venivano formulate le seguenti censure:

I. Violazione e falsa applicazione artt. 1470 e ss. c.c. Violazione e falsa applicazione del regolamento UE n. 2015/2120. Violazione e falsa applicazione dell'art. 11, comma 1, delle preleggi. Eccesso di potere per indeterminatezza, difetto di istruttoria ed illogicità manifesta. Violazione del principio del *tempus regis actum*. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 41 Cost.

Si sosteneva che l'art. 5 citato si sarebbe dovuto applicare ai soli contratti aventi causa di noleggio dei terminali, e non a quelli aventi causa tipica di vendita.

4. Nel giudizio di primo grado si costituivano in resistenza l'AGCOM nonché l'Assoprovider e l'Associazione Movimento per la difesa del cittadino. Interveniva *ad opponendum* l'Associazione dei fabbricanti di terminali di telecomunicazione.

5. Con sentenza n. 1201/2020 il Tar per il Lazio: a) in parte ha dichiarato improcedibile e per il resto ha respinto il ricorso introduttivo; b) ha dichiarato inammissibile il ricorso per motivi aggiunti.

5.1 Il Tar ha dichiarato improcedibili il primo e il secondo motivo di ricorso per sopravvenuta carenza di interesse (sia perché erano state riconosciute le ragioni della società, sia perché la stessa si era adeguata alle prescrizioni della delibera n.

348/18/CONS).

5.2 Il primo giudice ha quindi ritenuto infondato il terzo motivo del ricorso introduttivo (riguardante la asserita retroattività della deliberazione dell'AGCOM gravata, determinata dall'art. 5 della medesima, che, in tesi, estenderebbe illegittimamente la portata dell'atto anche ai contratti stipulati prima della entrata in vigore del regolamento comunitario).

Il Tar ha sostenuto che:

- il tenore dell'art. 5 non consente di evidenziare reali profili di retroattività della portata applicativa del regolamento n. 2120\2015;
- sotto il profilo strettamente letterale, la norma transitoria non fa riferimento alcuno alla sua possibile retroazione a data anteriore a quella di entrata in vigore del suddetto regolamento;
- la disposizione non impone la revisione delle condizioni contrattuali le cui prestazioni siano già state eseguite; tanto meno delle condizioni che siano state eseguite prima dell'entrata in vigore del citato regolamento comunitario;
- posto che i rapporti negoziali in questione possono essere qualificati come contratti di somministrazione di servizi, e che, in ogni caso, si tratta di contratti di durata, rimarrebbe all'interprete la necessità di indagare se, almeno in via interpretativa, le condizioni in questione possano essere applicate solo alle prestazioni (dei contratti stipulati dopo l'entrata in vigore del regolamento) ancora da eseguire oppure anche a quelle che, nei medesimi contratti, siano già state eseguite;
- in altri termini, si tratterebbe di verificare se l'entrata in vigore della delibera abbia comportato, o non, la nullità parziale sopravvenuta delle clausole difformi e la sostituzione automatica delle stesse ai sensi dell'art. 1419, 2° comma, c.c., come accade in tutti i casi in cui una norma sopravvenuta renda parzialmente illecito un contratto che, prima di essa, non lo era;
- tuttavia, tale indagine, alla luce delle difese dell'Autorità, risulta superflua, in quanto la stessa memoria di costituzione dell'Amministrazione afferma, in

relazione al ridetto art. 5, che *«La disposizione in esame non ha dunque efficacia retroattiva (n.d.r., il riferimento a 120 gg. dalla pubblicazione della delibera n. 348/18/CONS come prorogata dalla delibera n. 476/18/CONS, ossia dal 30 dicembre 2018), in quanto non incide su quanto già accaduto in violazione del regolamento UE (imposizione di modem a titolo oneroso) ma mira ad impedire per i contratti stipulati di durata ancora in corso di esecuzione che le pratiche commerciali adottate dalla ricorrente, finora in contrasto con il regolamento, continuino a limitare la libertà di scelta degli utenti»;*

- tale impostazione, che coinvolge unicamente le prestazioni non ancora eseguite, è coerente con una interpretazione logica dell'art. 5, che, in definitiva, appresta all'utente soltanto una alternativa esperibile in futuro, ossia la scelta tra il recesso con restituzione del terminale e la fruizione della variazione delle clausole negoziali già in essere, senza oneri, in una equivalente offerta commerciale che preveda la fornitura dell'apparecchiatura terminale a titolo gratuito o che non ne vincoli l'utilizzo: e ciò mediante l'applicazione di clausole che il fornitore di servizi, ai sensi del comma secondo, deve offrire entro 90 giorni dall'entrata in vigore della delibera impugnata;

- resta aperto -perché non disciplinato dalla delibera impugnata- il problema dell'eventuale riequilibrio del sinallagma contrattuale alla luce (non della delibera, ma) del regolamento comunitario del 2015 per quei rapporti che, dopo l'entrata in vigore di quest'ultimo, abbiano comportato oneri posti in violazione di esso e della ivi contemplata libertà di scelta, che, per la durata residua dei medesimi contratti, non possano dirsi riequilibrati dall'applicazione delle disposizioni regolatorie (materia non oggetto del giudizio).

5.3 Il Tar ha dichiarato inammissibile l'unico motivo di cui si componeva il ricorso per motivi aggiunti, rivolto contro i chiarimenti pubblicati il 16 novembre 2018 sul sito istituzionale dell'AGCOM (*«Risposte alle richieste chiarimenti in merito alla delibera n. 348/18/CONS»*) sostenendo che:

- tali “chiarimenti” non hanno e non possono avere portata innovativa dell’ordinamento, neppure nei limiti in cui tanto possa avere un atto di regolazione dell’AGCOM, del quale non hanno né la forma né la sostanza;
- pertanto, non possono ritenersi immediatamente lesivi degli interessi degli operatori;
- la specificazione dei chiarimenti secondo la quale la disciplina di derivazione comunitaria si applica anche ai contratti che prevedono il trasferimento di proprietà del terminale non risulta affatto innovativa rispetto alla lata dizione di cui al punto a. dell’art. 5 comma 1, per cui gli operatori devono proporre agli utenti una offerta che non ne (del modem) vincoli l’utilizzo attraverso l’imputazione di costi del bene; dizione, quest’ultima, che può ricomprendere anche i costi relativi al pagamento del prezzo di vendita della proprietà dell’apparecchiatura.

6. Avverso la sentenza del Tar per il Lazio ha proposto appello la società Wind Tre per i motivi che saranno più avanti analizzati.

7. Si sono costituiti in giudizio l’AGCOM chiedendo il rigetto dell’appello, l’Assoprovider, Associazione Provider Indipendenti – Confcommercio e l’Associazione dei fabbricanti di terminali di telecomunicazione chiedendo il rigetto dell’appello.

8. All’udienza dell’11 gennaio 2024 l’appello è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

1. L’appellante premette che propone appello avverso la sentenza del Tar per il Lazio nella parte in cui sembra non riconoscere (o non riconosce espressamente) che i contratti di vendita stipulati antecedentemente sono esclusi dall’ambito di applicazione dell’art. 5 della delibera AGCOM 348/18/CONS.

1.1 Il primo motivo di appello è rubricato: Sulla dichiarazione di inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti e sull’ambito di applicazione dell’art. 5 della delibera anche ai contratti di vendita.

L’appellante sostiene che:

- il Tar ha erroneamente dichiarato inammissibile il ricorso per motivi aggiunti avverso le *«Risposte alle richieste di chiarimenti in merito alla delibera n. 348/18/CONS»*, in quanto le stesse *«non hanno, né possono avere, portata innovativa dell'ordinamento [...]; e, pertanto, non possono ritenersi immediatamente lesive degli interessi degli operatori»*;
- prima della pubblicazione dei chiarimenti, l'appellante ha ritenuto che fossero da considerare esclusi dalla portata applicativa dello stesso i contratti di vendita;
- solo con la pubblicazione delle Risposte alle richieste di chiarimenti, l'Autorità ha previsto che *«la disposizione in questione si applica ai contratti in essere che prevedono l'utilizzo obbligatorio del terminale a titolo oneroso, prescindendo dalla specifica modalità di fornitura del terminale (ad esempio vendita abbinata o noleggio)»*;
- mediante tale atto l'Autorità ha esteso la portata applicativa dell'art. 5 della delibera impugnata con ricorso introduttivo a tutti i contratti in essere che prevedono l'utilizzo obbligatorio del terminale a titolo oneroso;
- Wind Tre si è, perciò, trovata costretta a proporre ricorso per motivi aggiunti avverso il nuovo vizio della delibera emerso solo a seguito della nuova interpretazione fornita dall'Autorità, inerente l'illegittima estensione dell'ambito applicativo dell'art. 5 anche ai contratti di vendita;
- non è stata messa in dubbio la portata lesiva delle risposte ai chiarimenti, ma è stata evidenziata l'illegittimità dell'art. 5 della delibera alla luce della nuova interpretazione fornita dall'AGCOM stessa;
- per tale motivo la sentenza del giudice di primo grado ha errato a pronunciarsi sulla inammissibilità dei motivi aggiunti.

1.1.1 L'appellante sostiene inoltre che:

- la delibera 348/18/CONS (volta a dare attuazione al regolamento (UE) n. 2015/2120) ha aggiunto una disciplina "transitoria" priva di alcun riscontro nella normativa sovranazionale di riferimento;
- l'art. 5 della delibera stessa ha previsto l'obbligo per i fornitori di servizi di

accesso ad Internet, entro 120 giorni dalla pubblicazione, limitatamente ai contratti in essere che prevedono l'utilizzo obbligatorio del terminale a titolo oneroso, a proporre all'utente la variazione senza oneri della propria offerta in una equivalente offerta commerciale che preveda la fornitura dell'apparecchiatura terminale a titolo gratuito o che non ne vincoli l'utilizzo attraverso l'imputazione di costi del bene o dei servizi correlati al terminale nella fatturazione, ovvero, in alternativa, a consentire all'utente finale di recedere dal contratto senza oneri diversi dalla mera restituzione del terminale;

- l'aver ricompreso in tale disciplina anche i contratti di vendita già conclusi e perfezionatesi è illegittimo;
- l'Autorità ha completamente ignorato che gli operatori offrono i servizi di accesso alla rete tramite contratti di noleggio o di vendita (che in alcuni casi possono prevedere il pagamento a rate);
- a differenza del contratto di vendita, la finalità del contratto di noleggio non è quella di acquistare il bene, ma solo di goderne; l'eventuale recesso non ha effetto per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione;
- diversamente dal noleggio la compravendita non è un contratto di durata, a prescindere dalle modalità di pagamento (a rate o in un'unica soluzione): gli utenti, stipulando il contratto, diventano proprietari del terminale; gli effetti della previsione contrattuale relativi alla vendita dell'apparato si sono già esauriti, restando, invece, efficace l'accordo contrattuale nella parte relativa all'erogazione dei servizi;
- in nessun modo una previsione regolamentare come quella in esame può incidere sugli effetti già esauriti di tale tipologia contrattuale;
- analoghe considerazioni possono essere svolte anche relativamente alla fattispecie del contratto di vendita con patto di riservato dominio: l'effetto traslativo, pur rinviato nel tempo, è già vincolante tra le parti al momento della conclusione dell'accordo; la risoluzione del contratto comporta che la cosa venduta sia restituita

al soggetto venditore, che ha mantenuto la titolarità del bene e ha comunque diritto ad un equo compenso; tale compenso costituisce un corrispettivo da riferire al deprezzamento intervenuto del bene derivante dall'uso che ne è stato fatto dal compratore;

- laddove si accogliesse un'interpretazione dell'art. 5 che propendesse per l'applicabilità dello stesso ai contratti già stipulati di vendita con riserva di proprietà si inciderebbe su un rapporto comunque esaurito che le parti sono tenute a portare a compimento;

- ne deriva l'illegittimità della previsione di cui all'art. 5 della delibera nella parte in cui incide anche sui contratti di vendita (anche a rate), per contrasto, con i principi civilistici e con il regolamento che la stessa si propone di attuare;

- in nessun passaggio del richiamato regolamento è possibile desumere l'intenzione di voler ricomprendere nell'ambito di applicazione dello stesso anche i contratti di vendita;

- una simile estensione determinerebbe un ingiustificato aggravio dei costi per gli operatori derivanti, ad esempio, dalle spese di ricondizionamento/smaltimento di un modem usato in caso di recesso da parte dell'utente;

- le considerazioni esposte trovano conforto nelle statuizioni della sentenza del Tar per il Lazio n. 1200/2020 che ha deciso il giudizio promosso da Telecom avverso la medesima delibera 348/18/CONS;

- in quell'occasione il giudice adito ha chiarito che *«le ipotesi alternative previste dalla delibera (proporre all'utente il passaggio senza costi ad un'offerta con terminale gratuito o non obbligatorio ovvero consentire il recesso senza penali) non determinano [...] effetti economici eccessivi a carico del gestore, il quale non è costretto a rinunciare alle somme dovute dai clienti»*;

- tale affermazione porta a ritenere che i clienti sono comunque tenuti a saldare tutte le residue rate relative ai contratti di vendita degli apparati stipulati con gli operatori prima della pubblicazione della delibera;

- tale conclusione, peraltro, trova ulteriore supporto nella stessa sentenza laddove

viene chiarito che le disposizioni della delibera «*non incidono retroattivamente sulla parte di contratto che ha già prodotto effetti*», confermando, quindi, il differente effetto sopra descritto che subirebbero in forza dell'art. 5 i contratti di vendita (immediatamente efficaci e perfezionatisi con la sottoscrizione) e quelli di noleggio (per i quali può essere sempre esercitato il recesso).

L'appellante chiede la riforma della sentenza appellata nella parte in cui ha dichiarato inammissibile il ricorso per motivi aggiunti e il conseguente accoglimento del vizio sollevato con tale atto.

1.2 Il secondo motivo di appello è rubricato: Sull'omesso pronunciamento del Tar in relazione al limite temporale dell'art. 5 della delibera 348/18/CONS.

L'appellante sostiene che:

- il Tar ha erroneamente rigettato il terzo motivo del ricorso introduttivo, relativo all'illegittima estensione della portata dell'art. 5 della delibera 348/18/CONS anche ai contratti già in essere all'entrata in vigore del regolamento UE;
- il Tar avrebbe riconosciuto all'AGCOM la possibilità di intervenire sui contratti di durata già in essere, senza pronunciarsi in ordine alla mancata individuazione della portata applicativa della disposizione;
- con il terzo motivo di ricorso era stata eccepita l'illegittimità della previsione impugnata per aver posto l'AGCOM un generico riferimento a tutti i contratti di utilizzo a titolo oneroso, senza individuare il limite temporale che distingue tra contratti sottoscritti prima e dopo l'entrata in vigore del regolamento UE n. 2015/2120;
- tale previsione è illegittima per assoluta indeterminatezza e per violazione del principio di irretroattività delle leggi;
- la normativa di riferimento è costituita dal regolamento UE n. 2015/2120 con cui sono state dettate disposizioni *ad hoc* al fine di garantire il principio di libera scelta tra le diverse tipologie di apparecchiature terminali per l'accesso alla rete;
- prima dell'entrata in vigore del suddetto regolamento, il principio di libertà di

scelta degli apparati non era contemplato né nell'ordinamento nazionale né in quello eurounitario;

- l'omessa indicazione da parte dell'AGCOM del *dies a quo* per la possibile modifica dei contratti già sottoscritti rischia di incidere in via retroattiva anche sui contratti sottoscritti precedentemente (in palese violazione dell'art. 11, comma 1, delle preleggi);

- la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente affermato che l'applicazione retroattiva di una norma non deve ridursi ad un «*regolamento irragionevole, frustrando, con riguardo a situazioni sostanziali fondate su disposizioni precedenti, l'affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica, da intendersi quale elemento fondamentale dello Stato di diritto*» (Corte Cost. 166 del 2012; *ex multis*, Corte cost. n. 16 del 2017, 302 del 2010, 92 del 2013);

- il valore del legittimo affidamento non trova copertura costituzionale in termini assoluti ed inderogabili, con la conseguenza che non è interdetto al legislatore di emanare disposizioni le quali modifichino sfavorevolmente la disciplina dei rapporti di durata;

- da una parte la fiducia nella permanenza di un determinato assetto regolatorio deve essere consolidata nel tempo, dall'altra, l'intervento normativo incidente su di esso deve risultare sproporzionato;

- resta, tuttavia, fermo che dette disposizioni, al pari di qualsiasi precetto legislativo, non possono trasmodare in un regolamento irrazionale e arbitrariamente incidere sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti, frustrando così anche l'affidamento del cittadino nella sicurezza pubblica [*recte*: giuridica] (Corte cost. n. 822 del 1988);

- non avrebbe pregio sostenere che, nel caso di specie, tra l'operatore e l'utente si è instaurato un rapporto di durata la cui modifica in corso è consentita nel nostro ordinamento: il mancato collegamento tra i contratti in essere da modificare e l'entrata in vigore del regolamento UE risulta lesivo dell'affidamento prestato dagli operatori e oltremodo irragionevole, in violazione della libertà di iniziativa

economica di cui all'art. 41 Cost.;

- la lacuna derivante dalla mancata indicazione da parte dell'Autorità del limite temporale utile a distinguere tra i contratti sottoscritti prima e dopo l'entrata in vigore del regolamento UE, non è stata colmata dal giudice di prime cure.

2. I motivi di appello, che possono essere esaminati congiuntamente perché riguardano la disciplina transitoria contenuta nella delibera AGCOM 348/18/CONS, sono infondati.

Preliminarmente conviene ricordare che questa Sezione si è già pronunciata sulla legittimità della delibera AGCOM n. 348/18/CONS (su impugnativa proposta da un altro operatore) con la sentenza n. 5702/2021. È opportuno riportare un inciso di detta sentenza:

«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. È, 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, inconsiderazione 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)».

La questione della legittimità della previsione di cui all'art. 5, comma 1, della delibera n. 348/18/CONS e la sua applicazione ai contratti di durata è stata già affrontata dalla Sezione che ha ritenuto legittima la disciplina transitoria relativa ai contratti di durata in corso al momento dell'entrata in vigore del regolamento UE.

2.1 Con riferimento al primo motivo di appello, correttamente il primo giudice ha

dichiarato inammissibile il ricorso per motivi aggiunti.

2.1.1 Non può essere condivisa la tesi secondo la quale con l'atto recante «*Risposte alle richieste chiarimenti in merito alla delibera n.348/18/CONS*» (impugnata in primo grado con i motivi aggiunti) l'Autorità avrebbe esteso la portata dell'art. 5 della delibera n. 348/18/CONS.

La disciplina transitoria era già interamente prevista nel citato articolo 5 che detta la disciplina transitoria da applicarsi ai contratti preesistenti, affinché questi siano adeguati alle prescrizioni del regolamento, che impone il principio della neutralità dei terminali.

Non è vero, come sostenuto dall'appellante, che solo con la pubblicazione delle Risposte alle richieste di chiarimenti l'Autorità ha previsto che *«la disposizione in questione si applica ai contratti in essere che prevedono l'utilizzo obbligatorio del terminale a titolo oneroso, prescindendo dalla specifica modalità di fornitura del terminale (ad esempio vendita abbinata o noleggio)»*.

Tale conclusione discende direttamente dall'articolo 5 della delibera con il quale AGCOM ha imposto agli operatori di intervenire sui contratti già in essere, al fine di adeguarli alle norme imperative sopravvenute in tema di libertà dei terminali.

I contratti di cui si occupa l'art. 5, comma 1, della delibera sono infatti quei contratti, conclusi anche in epoca antecedente al regolamento, in forza dei quali l'utente è – tuttora – tenuto a pagare delle rate per l'acquisto o il noleggio del modem (l'art. 5 di cui si discute li definisce *«contratti in essere che prevedono l'utilizzo obbligatorio del terminale a titolo oneroso per l'utente finale»*). Per essi l'Autorità ha previsto due distinte possibili modalità di adeguamento al regolamento, tra loro alternative, entrambe volte ad impedire che gli utenti sopportino i costi derivanti da pratiche commerciali non conformi al regolamento UE.

Nessuna portata innovativa, sul piano interpretativo, hanno le Risposte alle richieste di chiarimenti e correttamente il primo giudice ha ritenuto che le stesse non hanno,

né possono avere, portata innovativa dell'ordinamento; e, pertanto, non possono ritenersi immediatamente lesive degli interessi degli operatori.

2.1.2 Non può essere condivisa la tesi secondo cui l'art. 5 della delibera avrebbe illegittimamente ricompreso nel proprio raggio di azione anche i contratti di vendita già conclusi e perfezionati.

La norma transitoria non incide sugli effetti già esauriti ma si occupa solo delle prestazioni ancora da eseguire.

L'appellante descrive la morfologia dei contratti di vendita, di noleggio e di vendita con patto di riservato dominio, anche con riferimento al momento in cui si verifica l'effetto traslativo, al fine di affermare che la disciplina transitoria non si applica ai contratti di vendita (anche a rate) già conclusi.

Ma l'Autorità, lungi dall'intervenire retroattivamente sugli accordi negoziali stipulati, i cui effetti già prodotti restano invero pienamente confermati, con la propria delibera si è limitata ad indicare – pro futuro – le modalità per la gestione di tali accordi, ormai contrari alle norme dell'Unione Europea, non essendo per essi prevista alcuna specifica deroga a livello delle medesime norme europee.

L'Autorità è intervenuta al fine di individuare un meccanismo che rendesse oggi compatibile l'esecuzione degli accordi precedenti con la disciplina sopravvenuta affinché essi non diventino oggetto di un giudizio di disvalore per contrarietà alla normativa europea.

L'Autorità pertanto, essendo tenuta a vigilare sulla conformità del mercato alle nuove prescrizioni, ha adottato la disposizione transitoria contestata per individuare le due possibili modalità alternative tramite le quali l'operatore può oggi rendere l'esecuzione contrattuale compatibile con le nuove previsioni del regolamento (in particolare, l'AGCOM ha previsto che per tutti quei contratti per i quali la fruizione del modem a titolo oneroso sia stata imposta dall'operatore, per vendita o noleggio, vi sia la possibilità di trasformazione per una fornitura a titolo gratuito ovvero di recesso senza spese per l'utente).

L'AGCOM con la propria delibera si è limitata a garantire l'effettività del diritto di

scelta e di libertà dei terminali riconosciuto agli utenti dalle nuove norme europee, sia sotto il profilo tecnico (assicurando che non vi siano ostacoli alla installazione di terminali diversi da quelli dell'operatore che fornisce il servizio, cfr. art. 3, comma 3, della delibera), sia sotto il profilo contrattuale e informativo (prevedendo che, a fronte di un'offerta con fornitura abbinata di servizi e terminale, vi sia anche un'offerta di soli servizi e che, in ogni caso, l'utente sia specificamente edotto sui costi del solo terminale, cfr. art. 4 della delibera).

Ben sarebbe possibile, pertanto, una fornitura abbinata di servizi e terminale, anche a titolo oneroso, purché l'utente l'abbia consapevolmente scelta e sia stato informato della disponibilità di un'offerta che non prevede la fornitura del terminale e dei costi specifici di quest'ultimo.

2.2 Con riferimento al secondo motivo di appello, correttamente il primo giudice ha rigettato il terzo motivo del ricorso introduttivo (con il quale era stata eccepita l'illegittimità della previsione impugnata per aver posto l'AGCOM un generico riferimento a tutti i contratti di utilizzo a titolo oneroso, senza individuare il limite temporale che distingue tra contratti sottoscritti prima e dopo l'entrata in vigore del regolamento UE n. 2015/2120).

L'articolo 10, comma 3, del regolamento UE n. 2015/2120 recita: *«Gli Stati membri possono mantenere fino al 31 dicembre 2016 misure nazionali, compresi regimi di autoregolamentazione, vigenti prima del 29 novembre 2015 e non conformi all'articolo 3, paragrafo 2 o 3»*.

Ne discende che dopo il 31 dicembre 2016 non sarebbero state più possibili prassi in contrasto con il regolamento.

Come chiarito nel citato precedente della Sezione n. 5702/2021: *«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».

Dalla norma europea discende il limite temporale da prendere in considerazione per il diritto transitorio.

Per i contratti in essere l'Autorità - considerato che gli utenti hanno subito un pregiudizio alla libertà di scelta garantita dal Regolamento UE n. 2015/2120 a causa dell'imposizione della fornitura a titolo oneroso del terminale - ha individuato delle disposizioni transitorie volte ad evitare che gli utenti continuino a dover pagare rate di vendita o canoni di noleggio di apparati imposti.

Si tratta di disposizioni transitorie destinate ad operare con riferimento a contratti di durata, volte ad evitare che gli utenti continuino a soggiacere a condizioni commerciali sotto forma di pagamenti di vendita o canoni di noleggio di apparati imposti, che non sono in linea con i principi generali dettati dall'art. 3, comma 1, del regolamento UE n. 2015/2120.

Come rilevato dal Tar, l'art. 5 della delibera impugnata non ha efficacia retroattiva in quanto non incide su quanto già accaduto in violazione del regolamento UE (imposizione di modem a titolo oneroso) ma mira ad impedire per i contratti stipulati di durata ancora in corso di esecuzione che le pratiche commerciali adottate in contrasto con il regolamento, continuino a limitare la libertà di scelta degli utenti.

L'art. 5 riconosce all'utente una alternativa esperibile in futuro, ossia la scelta tra il recesso con restituzione del terminale e la fruizione della variazione delle clausole negoziali già in essere, senza oneri, in una equivalente offerta commerciale che preveda la fornitura dell'apparecchiatura terminale a titolo gratuito o che non ne vincoli l'utilizzo: e ciò mediante l'applicazione di clausole che il fornitore di servizi, ai sensi del comma secondo, deve offrire entro 90 giorni dall'entrata in vigore della delibera impugnata.

3. Per le ragioni esposte l'appello deve essere rigettato.

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi od eccezioni non

espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Giordano Lamberti, Presidente FF

Roberto Caponigro, Consigliere

Giovanni Gallone, Consigliere

Marco Poppi, Consigliere

Giovanni Pascuzzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Pascuzzi

IL PRESIDENTE
Giordano Lamberti

IL SEGRETARIO