

Publicato il 06/06/2018

N. 06321/2018 REG.PROV.COLL.  
N. 05654/2017 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 Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5654 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Telecom Italia S.p.A, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Zoppini e Filippo Lattanzi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Filippo Lattanzi in Roma, via G. P. Da Palestrina n. 47;

*contro*

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso cui è domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

*nei confronti*

Altroconsumo, non costituito in giudizio;

*per l'annullamento*

*previa sospensione dell'esecuzione*

quanto al ricorso introduttivo:

della decisione AGCM del 30 marzo 2017 con la quale l'Autorità, ai sensi dell'art. 37 bis d.lgs. n. 206/2005, ha accertato a carico di TIM la vessatorietà delle clausole contrattuali sullo *jus variandi* presenti all'interno di diverse condizioni generali praticate nei confronti dell'utenza; per quanto occorra, di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, consequenziale, collegato e/o comunque connesso;

quanto ai motivi aggiunti presentati il 18.1.2018:

della delibera dell'8 novembre 2017 con la quale l'Autorità (i) ha ritenuto che il comportamento della ricorrente, consistito nel non aver pubblicato sul proprio sito internet l'estratto della delibera n. 26516 del 30 marzo 2017, costituisce inottemperanza a quanto in essa disposto; (ii) ha provveduto all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di 50.000 € (cinquantamila euro) a suo carico.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 aprile 2018 la dott.ssa Rosa Perna e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Con il ricorso in epigrafe, ritualmente notificato e depositato, la società Telecom Italia Mobile (di seguito, anche “Telecom” o “società”), odierna esponente, impugna, per chiederne l’annullamento previa concessione di idonee misure cautelari, la delibera dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito, anche “AGCM” o “Autorità”) del 30 marzo 2017 con la quale l’Autorità – in applicazione dell’articolo 37 bis del d.lgs. n. 206/2005 (di seguito, anche “Codice del Consumo” o “CdC”) - ha concluso il procedimento istruttorio CV/146, accertando la vessatorietà, ai sensi dell’art.

33, commi 1 e 2, lett. m, CdC, di alcune clausole contrattuali sullo *jus variandi* unilaterale contenute nelle condizioni generali di contratto praticate da Telecom in numerose tipologie di rapporti di utenza e, per l'effetto, ha ordinato alla società di pubblicare, a propria cura e spese, un estratto del provvedimento, secondo le modalità ivi individuate.

2. Questi, in sintesi, i punti nodali della controversia, come sintetizzati dalla ricorrente per una più organica esposizione della vicenda.

Con il provvedimento gravato Agcm dichiarava la vessatorietà:

(i) della clausola inserita nei moduli contrattuali in uso sino al 30 giugno 2015, ritenendo che la medesima fosse priva “*dell’indicazione che solo in presenza di un giustificato motivo potranno essere effettuate variazioni unilaterali delle condizioni contrattuali, incluse quelle economiche; della definizione delle modalità e forma con cui, di volta in volta, verrà comunicata al consumatore la modifica; di tutte le giustificate motivazioni che potrebbero legittimare le variazioni contrattuali da parte del Professionista, incluse quelle economiche*”,

(ii) della clausola inserita nei moduli contrattuali attualmente in uso, “*perché priv[a] delle prime due condizioni. In relazione alla specifica terza condizione, la presenza di un elenco di motivi, limitato alle cosiddette modifiche contrattuali normative, circoscrive il riconoscimento della vessatorietà alla sola omissione di giustificati motivi per le variazioni delle condizioni economiche*”.

Il provvedimento impugnato muoverebbe dall'assunto secondo cui l'art. 70, comma 4, d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259 (di seguito, anche “Codice delle Comunicazioni elettroniche” o “CCE”) e l'art. 33, comma 2, lett. m), CdC, sarebbero cumulativamente applicabili, in quanto norme dirette a regolare due aspetti diversi che presiedono al corretto esercizio dello *ius variandi* e la complementarietà delle due norme troverebbe conferma nella clausola di salvaguardia (par. 4) inserita all'art. 1 della Direttiva 2002/22/CE, che lascerebbe impregiudicata l'applicazione delle clausole vessatorie a tutti gli aspetti del settore delle comunicazioni attinenti ai rapporti con i clienti trattati nella Direttiva 2002/22/CE (cfr. par. 22). Inoltre, l'applicazione dell'art. 33,

comma 2, lett. m), anche alle clausole quali quelle in esame, sarebbe confortata dalla lettera j) punto 1 dell'allegato della Direttiva n. 93/13/CEE, come interpretata dalla Corte di Giustizia nella sentenza C-92/11 del 21 marzo 2013; per converso, non sarebbe condivisibile la pronuncia del TAR Lazio, Sez. III, n. 12421/2016 - la quale avrebbe teorizzato l'alternatività dei rimedi del diritto di recesso e dell'indicazione dei giustificati motivi in caso di *ius variandi* in applicazione della previsione derogatoria di cui al punto 2.b dell'allegato alla direttiva n. 93/13/- poiché il Collegio non avrebbe tenuto in debita considerazione la circostanza che la direttiva n. 93/13 sarebbe di armonizzazione minima.

Gli accertamenti effettuati dall'Autorità si sarebbero, dunque, basati sul duplice presupposto, non condiviso dalla odierna esponente, dell'affidamento ad AGCM, e non pure all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (di seguito, anche "Agcom"), della valutazione sulla abusività di clausole contenute in condizioni generali di contratto relative a rapporti di utenza nel settore delle comunicazioni elettroniche; e della insufficienza dell'attribuzione al consumatore del diritto di recedere senza costi dal rapporto di utenza anche nell'ambito delle comunicazioni elettroniche, con la conseguente necessaria complementarità della tutela ex art. 70, comma 4, CCE, e della protezione di cui alla disciplina consumeristica sulle clausole vessatorie.

3. Tanto premesso, la ricorrente passa ad esporre i seguenti, articolati motivi di ricorso:

I. *Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 33, comma 2, lett. m) c. cons. e dell'art. 70, comma 4 del CCE. Eccesso di potere per sviamento e per contraddittorietà tra provvedimenti dell'AGCM.*

Il provvedimento gravato è contestato perché AGCM avrebbe negato la specialità del quadro regolatorio delle comunicazioni elettroniche e, specificamente, dell'art. 70, comma 4, CCE, rispetto alla corrispondente disciplina consumeristica (art. 33 CdC). Tale quadro, in linea con le sentenze del Tar Lazio nn. 12421/16 e 947/17, riconoscerebbe autoconsistenza ed

esaustività alla disciplina dello *jus variandi* degli operatori di comunicazioni elettroniche, confermando che la facoltà dell'operatore economico di modificare unilateralmente le condizioni contrattuali sarebbe adeguatamente controbilanciata dall'obbligo di preavviso e dall'attribuzione del diritto di recesso ai consumatori, senza prevedere l'ulteriore onere a carico degli operatori economici di indicare i giustificati motivi per l'esercizio dello *jus variandi*.

La posizione assunta dall'Autorità contrasterebbe con quanto dalla stessa finora praticato sin dall'entrata in vigore del Codice delle comunicazioni elettroniche manifestando convincimento in merito alla specialità dell'art. 70, comma 4, CCE e in coerenza con il contesto normativo europeo, in cui la Direttiva n. 2002/22, come modificata dalla Direttiva n. 2009/136, condiziona l'esercizio dello *jus variandi* al ragionevole preavviso e al diritto di recesso senza attribuire agli Stati membri il potere di introdurre limitazioni ulteriori alla facoltà degli operatori.

La direttiva n. 93/13 (concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori), all'Allegato punto 2, lett. b) - laddove dispone che la lettera j) non si oppone neppure a clausole con cui il professionista si riserva il diritto di modificare unilateralmente le condizioni di un contratto di durata indeterminata a condizione che sia fatto obbligo di informare con un ragionevole preavviso il consumatore e che questi sia libero di recedere dal contratto – escluderebbe, poi, l'abusività delle clausole di *jus variandi* che assicurano al consumatore il ragionevole preavviso e il diritto di recesso e confermerebbe l'alternatività di tale tutela rispetto all'indicazione dei giustificati motivi.

E ove pure gli Stati membri potessero introdurre obblighi ulteriori rispetto a quelli stabiliti nella direttiva n. 93/13 – che l'Autorità definisce come “di armonizzazione minima” - nell'ordinamento italiano non sarebbe in ogni caso rinvenibile alcuna disposizione di legge che, con riferimento alle comunicazioni elettroniche, preveda l'applicazione cumulativa dei rimedi posti

a tutela dei consumatori in caso di *jus variandi*; nello specifico, nell'art. 70, comma 4, CCE non sarebbe contenuto alcun riferimento alla necessità di esplicitare le motivazioni delle modifiche alle condizioni contrattuali.

Sotto ulteriore profilo, tenuto conto che il potere di accertamento di AGCM non potrebbe che limitarsi alle ipotesi di abusività manifesta, nel caso di specie, stante l'obiettiva assenza dei necessari presupposti, l'Autorità avrebbe abusato del potere ad essa conferito utilizzandolo oltre gli scopi perseguiti dall'art. 37-bis CdC.

In subordine, in caso di dubbi interpretativi, Telecom chiede che, sui predetti profili, questo giudice sollevi una questione pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia UE ex art. 267 TFUE, in tema di autosufficienza del diritto di recesso, a fronte di modifiche contrattuali, nello specifico quadro regolatorio delle comunicazioni elettroniche, in relazione all'art. 20, par. 2, della Direttiva n. 2002/22.

*II. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 70, comma 4 del CCE, nonché dell'art. 33, comma 2, lett o) c. cons. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 20, par. 2 della Direttiva n. 2002/22/CE, nonché del par. 1, lett. l) dell'All. A alla Direttiva n. 93/13/CEE. Eccesso di potere per travisamento di fatto, difetto di motivazione e istruttoria, irragionevolezza e violazione del principio di proporzionalità.*

In subordine, il provvedimento viene contestato nella parte in cui l'Autorità avrebbe considerato abusive le clausole sullo *jus variandi* anche con riferimento alla componente economica, estendendo l'applicabilità dell'art. 33, comma 2, lett. m), CdC alle variazioni di prezzo e, quindi, anche rispetto a siffatte modifiche, l'obbligo di indicare i giustificati motivi.

Secondo la prospettazione attorea, invece, anche a voler ritenere applicabile al caso di specie il Codice del Consumo, le variazioni degli elementi economici del contratto sarebbero disciplinate esclusivamente dalla disposizione speciale di cui all'art. 33, comma 2, lett. o), CdC, in forza del quale dovrebbero considerarsi abusive le clausole che consentono al professionista di aumentare il prezzo del bene o del servizio senza che il consumatore possa recedere se il

prezzo finale è eccessivamente elevato rispetto a quello originariamente convenuto.

Tale disposizione normativa, e il corrispondente par. 1, lett. l), dell'All. A della Direttiva 93/13/CEE, fornirebbero una valutazione aprioristica di illiceità e abusività della clausola di modificazione unilaterale del prezzo, al ricorso di due condizioni tassative, ossia, la mancanza di una previsione che accordi all'utente il diritto di recesso e un eccessivo aumento finale di spesa; con la conseguenza che, qualora il recesso sia consentito e il prezzo finale sia contenuto, l'illiceità e vessatorietà della pattuizione negoziale non sarebbero configurabili.

In via di ulteriore subordine, Telecom chiede sollevarsi due ulteriori questioni pregiudiziali interpretative ex art. 267 TFUE, in tema di rapporti tra le lett. j) e l) del par. 1 dell'All. A alla Direttiva n. 93/13/CEE la cui trasposizione a livello nazionale è costituita appunto dall'art. 33, comma 2, lett. m) e o), CdC.

*III. Violazione e falsa applicazione dell'art. 33, comma 1, CDC, Violazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990; carenza ed insufficienza di motivazione, travisamento dei fatti e difetto di motivazione.*

La ricorrente deduce ulteriori censure per difetto di motivazione e di istruttoria, con particolare riferimento alla pretesa violazione dell'art. 33, comma 1, Codice del Consumo.

Rappresenta che, al momento della conclusione dei contratti oggetto di contestazione, la clausola in contestazione sarebbe stata pacificamente ritenuta del tutto legittima, anche nella prassi dell'Autorità (e di Agcom); né detta clausola sarebbe stata mai oggetto di contestazione per vessatorietà in contenziosi civili tra Telecom e gli utenti.

In definitiva, AGCM verrebbe a imporre un onere che non avrebbe alcuna base normativa, peraltro neppure individuata dalla stessa Autorità, laddove ritiene vessatoria la clausola perché priva dell'indicazione che lo *jus variandi* sia esercitato "solo" al ricorrere di giustificati motivi.

Quanto al preteso obbligo di dettagliare, a pena di vessatorietà della clausola, la forma o la modalità delle comunicazioni relative alla variazione contrattuale, mancherebbe il fondamento testuale nell'art. 33 del Codice del Consumo; né la presunta assenza di indicazioni relative alla forma delle comunicazioni delle variazioni contrattuali potrebbe rilevare quale indice di vessatorietà.

Quanto, infine, alla pretesa vessatorietà della clausola in quanto priva dei giustificati motivi anche con riferimento alle modifiche economiche, la ricorrente deduce che le modifiche economiche sarebbero governate esclusivamente dalla previsione speciale di cui all'art. 33, comma 2, lett. o), Codice del Consumo, che non prescrive – in nessuna parte – la necessità di indicare, anche per tali variazioni, i giustificati motivi.

*IV. Violazione e/o falsa applicazione degli articoli 13, comma 6, lett. b), 70 e 71 del CCE, nonché degli articoli 33, co. 1 e 34, co. 3 c.d.c. Violazione e falsa applicazione degli artt. 20 e 21 della Direttiva n. 2002/22/CE. Eccesso di potere per insufficiente istruttoria e difetto di motivazione.*

Infine, la società deduce l'illegittimità del provvedimento impugnato per difetto assoluto di attribuzione.

Alla luce del complessivo quadro normativo delle comunicazioni elettroniche, l'Autorità generalista non avrebbe avuto il potere di avviare il procedimento in questione, essendo le funzioni di Agcom, in materia di trasparenza informativa sul contenuto dei contratti di utenza, assorbenti rispetto ai compiti di AGCM nel valutare l'abusività delle clausole in quello specifico mercato.

In ogni caso, Agcm sarebbe carente di potere perché l'art. 1, par. 2, della Direttiva n. 93/13 (trasposto nel nostro ordinamento dall'art. 34, comma 3, Codice del Consumo) escluderebbe la possibilità di formulare un giudizio di vessatorietà relativamente a clausole contrattuali predisposte dal professionista che riproducono disposizioni di legge (nella specie, l'art. 70, comma 4, CCE).



Inoltre, erroneamente l'Autorità, in contrasto con gli orientamenti del legislatore europeo e della giurisprudenza sovranazionale, assumerebbe che il recesso non possa influire positivamente e decisamente sulla liceità e non abusività di una clausola di modificazione unilaterale del prezzo.

Da un'analisi sistematica della disciplina consumeristica e di settore si trarrebbe che il potere di valutare le clausole abusive, generalmente rimesso ad AGCM, risulterebbe assorbito nel più penetrante e specifico potere regolamentare di Agcom nel conformare i contratti di comunicazione elettronica in termini di trasparenza informativa.

La conformazione *ex ante* dei contratti in materia di comunicazione elettronica, come integrata dalle sentenze TAR Lazio nn. 12421/2016 e 947/2017, individuerrebbe gli ambiti entro cui le clausole negoziali dovrebbero reputarsi lecite a ogni effetto, per gli operatori che fanno affidamento sulla regolazione; pertanto, la regolazione *ex ante* si giustapporrebbe e sostituirebbe a qualsiasi possibile giudizio sull'abusività delle clausole; di qui la formulazione di apposita richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

4. Nel presente giudizio si è costituita l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per resistere al ricorso in epigrafe; con apposita memoria per la camera di consiglio fissata per la trattazione della domanda cautelare, ha svolto le proprie difese, insistendo per il rigetto del gravame.

5. All'esito della camera di consiglio del 19 luglio 2017 il Collegio, con ordinanza collegiale n. 8762/2017 del 20 luglio 2017, ha ritenuto che, nel bilanciamento con l'interesse pubblico, le esigenze della parte ricorrente fossero apprezzabili favorevolmente e tutelabili adeguatamente con la sollecita definizione del giudizio nel merito, ai sensi dell'art. 55, comma 10, c.p.a., fissando, per la discussione del ricorso, l'udienza pubblica dell'11 aprile 2018.

6. Nelle more del giudizio, con motivi aggiunti depositati il 18 gennaio 2018, l'odierna esponente ha impugnato, deducendone l'illegittimità in via derivata dalla decisione gravata in principalità, la delibera dell'8 novembre 2017 con la

quale AGCM riteneva “(i) che il comportamento della società Telecom Italia S.p.A. consistito nel non aver pubblicato sul proprio sito internet l’estratto della delibera n. 26516 del 30 marzo 2017, costituisce inottemperanza a quanto in essa disposto; (ii) di irrogare alla società Telecom Italia S.p.A. una sanzione amministrativa pecuniaria di 50.000 € (cinquantamila euro)”.

7. In vista della trattazione della causa nel merito le parti hanno depositato memoria, anche di replica, per precisare le proprie conclusioni e hanno insistito nelle proprie deduzioni e richieste.

8. Alla pubblica udienza dell’11 aprile 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. Con il primo motivo di ricorso, la ricorrente in primo luogo lamenta che il provvedimento gravato avrebbe negato la specialità, rispetto alla corrispondente disciplina consumeristica (art. 33 CdC), del quadro regolatorio delle comunicazioni elettroniche e, segnatamente, dell’art. 70, comma 4, CCE, che riconosce autoconsistenza ed esaustività alla disciplina dello *jus variandi* degli operatori di comunicazioni elettroniche, la cui facoltà di modificare unilateralmente le condizioni contrattuali sarebbe adeguatamente controbilanciata dall’obbligo di preavviso e dall’attribuzione del diritto di recesso ai consumatori, così come affermato anche dalla giurisprudenza di questo tribunale amministrativo; la posizione assunta dall’Autorità si porrebbe in contrasto con la Direttiva n. 2002/22, come modificata dalla Direttiva n. 2009/136, che condiziona l’esercizio dello *jus variandi* al ragionevole preavviso e al diritto di recesso, senza attribuire agli Stati membri il potere di introdurre limitazioni ulteriori alla facoltà degli operatori.

1.1 Le doglianze non sono meritevoli di favorevole considerazione.

1.2 L’art. 5 del d.l. 1/2012, conv. dalla l. 27/2012, ha previsto una nuova attribuzione in capo ad AGCM, nella forma della “tutela amministrativa contro le clausole vessatorie”, introducendo l’art. 37-bis nel corpo del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo).

Tale disposizione attribuisce all'Autorità il potere di dichiarare la vessatorietà delle clausole inserite nei contratti tra professionisti e consumatori che si concludono mediante adesione a condizioni generali di contratto o con la sottoscrizione di moduli, modelli o formulari, senza prevedere anche un potere di diffida o sanzionatorio legato a tale accertamento; la valutazione svolta da AGCM prescinde dal dato fattuale dell'applicazione della clausola in uno specifico rapporto e, a fortiori, dal prodursi in concreto di determinati effetti, come da costante giurisprudenza (Corte di Giustizia UE, Sentenza del 26 gennaio 2017, Banco Primus SA contro Jesús Gutiérrez García, Causa C-421/14).

Le clausole vessatorie sono qualificate alla stregua di condizioni generali che aggravano la posizione dell'aderente rispetto alla disciplina legale del contratto.

Le condizioni generali costituiscono regolamentazione di una generalità di rapporti e attraverso di esse può manifestarsi un predominio di fatto a danno di una generalità di contraenti. In effetti, il sistema di tutela istituito dalla direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993, concernente "Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori", si radica sull'idea che il consumatore si trovi in una situazione di particolare inferiorità e debolezza rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere di trattativa, sia il livello di informazione, situazione che lo induce ad aderire alle condizioni predisposte dal professionista, senza poter incidere sul contenuto delle stesse (CGUE, 10 settembre 2014, KuÅ¡ionová, C-34/13, punto 48; id., 1 ottobre 2015, ERSTE Bank Hungary, C-32/14, punto 39). E' quel significativo squilibrio contrattuale che costituisce il metro sul quale viene valutata la vessatorietà delle clausole e, al contempo, l'effetto che il legislatore nazionale, sulla scorta delle direttive comunitarie in materia, mira a sanzionare.

La disciplina sostanziale in materia di clausole vessatorie è contenuta negli articoli 33 e ss. CdC che recepiscono la richiamata Direttiva 93/13/CEE.

In particolare, l'art. 33, comma 1, considera vessatorie, nel contratto concluso tra il consumatore e il professionista, le clausole che *“malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto”*; a tale definizione generale fa seguito un elenco di clausole che si presumono vessatorie fino a prova contraria (art. 33, comma 2) nonché di clausole che, quantunque oggetto di trattativa, sono in ogni caso vessatorie (art. 36, comma 2), e colpite da nullità, ai sensi del successivo art. 36.

1.3 Quanto all'ambito soggettivo di applicazione della disciplina consumeristica in parola, si osserva che, conformemente all'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13, *“considerando che si può realizzare una più efficace protezione del consumatore adottando regole uniformi in merito alle clausole abusive”*, tali regole *“devono applicarsi a qualsiasi contratto stipulato fra un professionista ed un consumatore”*. L'ambito di applicazione della disciplina è limitato, sul piano soggettivo, ai soli contratti intercorrenti tra le due categorie del consumatore e professionista (artt. 1, par. 1, direttiva 1993/13/CEE e 33, comma 1, CdC).

Sotto il profilo oggettivo, invece, la disciplina è di tipo orizzontale e prescinde totalmente sia dal tipo contrattuale che dallo specifico settore dell'attività professionale. Come la giurisprudenza ha rilevato, *“La disciplina di tutela del consumatore posta dagli art. 33 e ss. d.lg. 6 settembre 2005 n. 206 (c.d. Codice del consumo) prescinde dal tipo contrattuale prescelto dalle parti e dalla natura della prestazione oggetto del contratto, trovando applicazione sia in caso di predisposizione di moduli o formulari in vista dell'utilizzazione per una serie indefinita di rapporti, che di contratto singolarmente predisposto. Infatti, detta disciplina è volta a garantire il consumatore dalla unilaterale predisposizione e sostanziale imposizione del contenuto contrattuale da parte del professionista, quale possibile fonte di abuso sostanziatesi nella preclusione per il consumatore della possibilità di esplicitare la propria autonomia contrattuale...”* (Cass. civ., Sez. III, 20 marzo 2010, n. 6802)

Ne discende che la disciplina consumeristica in tema di clausole vessatorie è suscettibile di essere applicata ai contratti conclusi nei distinti settori del

mercato, con le uniche eccezioni dettate dai commi da 3 a 6 del richiamato art. 33 CdC.

1.4 Viene pertanto ad essere sconfessato il presupposto su cui fonda l'impianto motivazionale del ricorso, secondo il quale l'Autorità non avrebbe potuto effettuare l'accertamento di vessatorietà delle clausole contrattuali sullo *jus variandi* unilaterale contenute nelle condizioni generali di contratto praticate da Telecom, atteso che per le clausole in esame troverebbe applicazione l'art. 70, comma 4, del Codice delle Comunicazioni elettroniche.

1.5 Proseguendo nell'analisi e considerando la fattispecie oggetto di esame, si rileva che la lettera j) dell'allegato, cui l'art. 3, par. 3, della direttiva 93/13/Cee rinvia, espressamente contempla tra le clausole vessatorie le *“clausole che hanno per oggetto o per effetto di autorizzare il professionista a modificare unilateralmente le condizioni del contratto senza valido motivo specificato nel contratto stesso”*.

A sua volta, nel trasporre le predette disposizioni, l'art. 33, comma 2, lett. m), CdC, ha stabilito che *“si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto o per effetto, di ... consentire al professionista di modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso”*; stabilendo, altresì, all'art. 36, comma 1, che *“le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto”*.

Dalle norme richiamate si ricava che la disciplina consumeristica all'esame ha carattere generale e, fatte salve le materie indicate nella stessa direttiva 93/13/Cee, si applica, orizzontalmente, a tutti i settori economici, senza esclusioni.

E nella specie, nessuna esclusione settoriale è prevista né risulta invocabile per gli operatori di comunicazioni elettroniche, sulla base del principio di specialità della relativa disciplina settoriale, considerata la mancanza di una disciplina speciale, in tema di clausole vessatorie, che possa derogatoriamente applicarsi rispetto alla disciplina generale, tale non potendo essere considerata neppure quella recata dall'invocato art. 70 CCE.

1.6 Invero, a norma dell'articolo 70, comma 4, CCE, *“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”*.

Tale disposizione - che in attuazione della corrispondente norma della Direttiva 2002/22/CE sul servizio universale (artt. 20) disciplina il contenuto minimo dei contratti per i servizi di comunicazioni elettroniche - definisce in capo all'operatore l'obbligo di riconoscere al consumatore il diritto di recesso dal contratto senza penali; che è cosa diversa e logicamente non sovrapponibile, ma, semmai, complementare sul piano della tutela, rispetto alla previsione consumeristica della vessatorietà della clausola del contratto che non riporti l'indicazione dei giustificati motivi, in caso di esercizio dello *jus variandi*.

E la posizione assunta dall'Autorità, lungi dal porsi in contrasto con la Direttiva n. 2002/22 (come modificata dalla Direttiva 2009/136/CE), trova in essa conferma, laddove: - all'articolo 1 la direttiva dispone che *“Le disposizioni della presente direttiva relative ai diritti degli utenti finali si applicano fatte salve le norme comunitarie in materia di tutela dei consumatori, in particolare le direttive 93/13/CEE e 97/7/CE, e le norme nazionali conformi al diritto comunitario”*; - al considerando 30 altresì evidenzia che *“...Oltre alle disposizioni della presente direttiva, le transazioni commerciali dei consumatori in materia di reti e di servizi elettronici sono disciplinate dalla legislazione comunitaria sulla tutela contrattuale dei consumatori e in particolare dalla direttiva 93/13/CEE, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori e dalla direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 1997, riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza”*.

1.7 Né rivestono utilità, nel presente giudizio, i riferimenti operati da Telecom ai precedenti giurisprudenziali di questo Tribunale, atteso che in essi il *thema*

*decidendum* non era rappresentato dalla valutazione di clausole in concreto impiegate dall'operatore telefonico ma dalla sussistenza del potere di AGCOM – di cui il decidente rilevava la carenza – di integrare il contenuto delle informazioni minime da riportare nel contratto di telefonia.

1.8 D'altra parte, la ricorrente neppure può essere seguita allorquando, sotto connesso profilo, ulteriormente afferma che l'allegata alternatività della tutela apprestata dall'art. 70 CCE rispetto all'indicazione dei giustificati motivi di cui alla disciplina consumeristica, si trarrebbe dalla stessa direttiva n. 93/13, all'Allegato punto 2, lett. b), laddove si dispone che la lettera j) non si oppone neppure a clausole con cui il professionista si riserva il diritto di modificare unilateralmente le condizioni di un contratto di durata indeterminata, a condizione che sia fatto obbligo di informare con un ragionevole preavviso il consumatore e che questi sia libero di recedere dal contratto.

Si osserva al riguardo che la Direttiva 93/13/CEE è una direttiva di armonizzazione minima, posto che, come indicato nel Considerando 17, *“...l'elenco delle clausole figuranti nell'allegato ha solamente carattere indicativo e che, visto il suo carattere minimo, gli Stati membri possono integrarlo o formularlo in modo più restrittivo, nell'ambito della loro legislazione nazionale, in particolare per quanto riguarda la portata di dette clausole”*.

Il legislatore nazionale non ha recepito il secondo capoverso del punto 2.b, relativo alle modifiche contrattuali unilaterali, con la conseguenza che nel nostro ordinamento il ragionevole preavviso e il diritto di recesso non si pongono come alternativi, ma come complementari, rispetto all'indicazione dei giustificati motivi nel contratto e non valgono a sottrarre le clausole in parola all'accertamento della loro vessatorietà. Con l'ulteriore conseguenza che l'Autorità non ha, nel caso di specie, abusato del potere ad essa conferito esercitandolo oltre gli scopi perseguiti dall'art. 37-bis CdC, come censurato dall'odierna ricorrente.

1.9 Le considerazioni svolte conducono, altresì, a respingere la richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, formulata con il primo motivo, in

quanto al riguardo il Collegio non rileva profili di dubbio in ordine all'interpretazione della normativa richiamata e ai limiti della sua applicabilità.

2. Neppure le censure prospettate con il secondo motivo sono meritevoli di adesione, allorché si contesta l'AGCM per avere esteso l'applicabilità dell'art. 33, comma 2, lett. m, CdC alle variazioni di prezzo, laddove, a dire di Telecom, queste ultime sarebbero disciplinate esclusivamente dalla disposizione speciale dell'art. 33, comma 2, lett. o), CdC, con la conseguenza che, qualora il recesso sia consentito e il prezzo finale sia contenuto, l'illiceità e la vessatorietà della pattuizione negoziale non sarebbero configurabili.

2.1 Osserva il Collegio che le due norme rispondono a ratio diverse, in quanto l'articolo 33, comma 2, lettera m), riguardando gli aspetti informativi delle modifiche contrattuali unilaterali, consente al consumatore di valutare opportunamente la modifica in questione per decidere consapevolmente se accettarla o rifiutarla, recedendo dal contratto; mentre l'articolo 33, lettera o), censura la mancata previsione del diritto di recesso a fronte della possibilità di variare le condizioni di contratto. E pertanto le due forme di tutela ben possono coesistere mentre non possono surrogarsi a vicenda.

E, invero, la Corte di Giustizia, nella sentenza resa nella causa C-92/11, ha stabilito che l'assenza di informazioni sui giustificati motivi non trova compensazione nella evenienza che i consumatori, nel corso dell'esecuzione del contratto, saranno informati con un preavviso ragionevole della modifica delle spese e del loro diritto di recedere dal contratto qualora non desiderino accettare detta modifica. E seppure detta pronuncia riguarda un settore diverso dalle telecomunicazioni, osserva il Collegio che essa mantiene la sua rilevanza, anche nel caso di specie, sul piano dei generali principi interpretativi.

2.2 E, pertanto, le doglianze vanno disattese, come pure la richiesta di rinvio alla Corte di Giustizia, ulteriormente formulata con il secondo motivo, atteso che non si profilano i dubbi interpretativi prospettati dalla parte ricorrente.



3. Con il terzo motivo la ricorrente censura il difetto di motivazione ed istruttoria del provvedimento, con particolare riguardo alla violazione dell'art. 33, comma 1, CdC.

3.1 Osserva il Collegio che elemento costitutivo e, dunque, imprescindibile della vessatorietà è lo squilibrio significativo dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto. Ed è proprio tale squilibrio - purché esso appaia, per l'appunto, significativo - l'elemento che ricorre nei procedimenti aperti da AGCM, la quale, significativamente, lo assume come criterio per lo più esclusivo di valutazione.

E, a tal proposito, nel caso in esame l'Autorità ha ritenuto che costituisce una violazione dell'articolo 33, comma 2, lettera m), CdC, non solo l'assenza del riferimento ad un "giustificato motivo" della variazione contrattuale, ma anche la mancata indicazione, nel contratto, dei possibili motivi in base ai quali il Professionista potrebbe esercitarlo.

Ciò, in quanto, l'effettiva conoscibilità, da parte del consumatore, di detti motivi, riprodotti di volta in volta nella comunicazione al consumatore, come l'Autorità compiutamente osserva nel provvedimento gravato (par. 59), costituisce condizione essenziale per una corretta ed equilibrata applicazione dello *ius variandi*, non potendo, "gli aspetti connessi alla comunicazione, essere affidati alla discrezionalità e buona fede del professionista in fase di esecuzione, quanto piuttosto devono essere definiti già nel contratto, quale garanzia per il consumatore, nel rispetto dei diritti del consumatore che, conoscendone preventivamente forma e modalità, sarà posto nella condizione di identificare la comunicazione del Professionista relativa all'eventuale variazione contrattuale".

3.2 Al riguardo, occorre tuttavia rammentare che il sindacato del giudice amministrativo sugli atti delle Autorità amministrative subisce le limitazioni del caso, ovvero la preclusione dell'esercizio di un potere sostitutivo, trattandosi di sindacato destinato piuttosto ad arrestarsi sul limite oltre il quale la stessa opinabilità dell'apprezzamento operato dall'amministrazione

impedisce di individuare un parametro giuridico che consenta di definire quell'apprezzamento illegittimo (Cass., sez. un., 14 gennaio 2014, n. 1013).

Vero è che la più recente apertura nell'ambito del giudizio amministrativo ha riconosciuto il pieno accesso del giudice al fatto, e pertanto i fatti posti a fondamento dei provvedimenti impugnati possono costituire oggetto di verifica piena da parte del giudice amministrativo sotto il profilo della verità degli stessi, ma, essendo precluso l'accesso al merito, vi è sia il divieto di esercizio di un potere di tipo sostitutivo, sia la limitazione dello stesso a profili giuridico-formali dell'atto.

3.3 Restando nell'ambito della cognizione di detti ultimi profili, il Collegio ritiene che l'accertamento compiuto dall'Autorità risulti sostenuto da una ampia istruttoria e da un corredo motivazionale coerente e adeguato; onde non possono avere positivo riscontro le censure attoree svolte con il terzo mezzo.

3.4 In ogni caso, non può non considerarsi che l'orientamento seguito dall'Autorità risulta in linea con le decisioni della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia UE, dove pacificamente si afferma che, in tema di contratti conclusi con i consumatori, è vessatoria la clausola, contenuta nelle condizioni generali di contratto, che riconosce unilateralmente all'imprenditore o al professionista la facoltà di modificare le disposizioni economiche del rapporto contrattuale, anche in mancanza di un giustificato motivo (Cass 18.8.2011 n. 17360; id., n. 13051/2008). Si tratta, quindi, dell'applicazione di norme imperative tese "a sostituire all'equilibrio formale che il contratto determina fra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti, un equilibrio reale, atto a ristabilire l'uguaglianza tra queste ultime (sentenza del 29 ottobre 2015, BBVA, C-8/14, EU.C.2015.731, punto 18 e giurisprudenza ivi citata)" (Corte di Giustizia UE, ex multis, Corte di Giustizia UE, sentenza del 26 gennaio 2017, Banco Primus SA contro Jesús Gutiérrez García, causa C-421/14).

3.5 Anche le doglianze svolte con il terzo motivo debbono pertanto essere disattese.

4. Con il quarto motivo la ricorrente, alla luce del complessivo quadro normativo delle comunicazioni elettroniche, contesta in radice il potere dell'Autorità generalista di avviare il procedimento in questione, essendo le funzioni di Agcom assorbenti, rispetto ai compiti di AGCM, nel valutare l'abusività delle clausole dei contratti di utenza in quello specifico mercato.

In ogni caso, l'art. 1, par. 2, della Direttiva n. 93/13 (trasposto nel nostro ordinamento dall'art. 34, comma 3, Codice del Consumo) escluderebbe la possibilità di formulare un giudizio di vessatorietà relativamente a clausole contrattuali predisposte dal professionista che riproducono disposizioni di legge, nella specie, l'art. 70, comma 4, CCE.

4.1 Il motivo non ha pregio.

4.2 Quanto alla prima doglianza, osserva il Collegio che, in ragione delle considerazioni diffusamente svolte in ordine, da un lato, alla generalità della disciplina consumeristica all'odierno esame, dall'altro, alla inesistenza di una disciplina settoriale in tema di clausole vessatorie per gli operatori di comunicazioni elettroniche – tale non potendo essere considerata la disposizione dell'art. 70 CCE – deve ritenersi l'insussistenza di un rapporto di specialità tra le due discipline, e pertanto la asserita prevalenza della seconda sulla prima nel settore delle telecomunicazioni risulta inammissibile.

4.3 Quanto al secondo profilo, si rileva che nel caso all'esame non si rinvennero clausole riproduttive di disposizioni legislative o regolamentari, in tesi la disposizione dell'art. 70 CCE.

Invero, come la giurisprudenza nazionale ha ripetutamente ribadito, con riguardo ai rapporti tra gli artt. 33 e ss. e le discipline settoriali (Cass. 18.8.2011 n. 17360; id., n. 13051/2008), “in tema di contratti conclusi con i consumatori, è vessatoria la clausola, contenuta nelle condizioni generali di contratto, che riconosce unilateralmente all'imprenditore o al professionista la facoltà di modificare le disposizioni economiche del rapporto contrattuale, anche in mancanza di un giustificato motivo, così come richiesto, in via generale, dall'art. 1469 bis, comma 5, n. 11, attualmente riprodotto nel D.Lgs.

6 settembre 2005, n. 206, art. 33, comma 2, lett. m) non potendosi qualificare tale previsione negoziale come meramente riproduttiva del D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385, art. 118 nella formulazione anteriore alla modifica introdotta con il D.L. 4 luglio 2006, n. 223, art. 10 convertito nella L. 4 agosto 2006, n. 248 sia perché l'esclusione della vessatorietà delle clausole riproduttive delle disposizioni di legge, prevista nell'art. 1469 ter, comma 3, ed attualmente riprodotta nel D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 34, comma 3 trova applicazione solo quando ne venga trasposto il nucleo precettivo e non, invece, quando il predisponente si avvalga autonomamente di una facoltà prevista dalla norma, isolandola dal contesto normativo in cui si colloca, sia perché il D.Lgs. n. 385 del 1993, art. 118 ha una portata applicativa non limitata ai contratti con i consumatori.”

Nel caso che ne occupa le clausole negoziali in contestazione si avvalgono di una facoltà prevista dalla norma (art. 70 CCE), ma non sono ripetitive del nucleo precettivo di essa, trasponendolo.

E la Corte di Giustizia ha considerato che il tenore letterale dell'art. 1, par. 2, della direttiva – nel prevedere un'ipotesi di esclusione dall'ambito di applicazione della disciplina sulle clausole abusive – sia da considerare norma contemplante un'eccezione e, in quanto tale, va «interpretata restrittivamente» (sentenza resa dalla Corte di Giustizia dell'UE il 10 settembre 2014 nell'ambito della causa C-34/13).

4.4 Né, per le ragioni precisate, merita positiva considerazione la richiesta di rinvio alla Corte di Giustizia, da ultimo formulata con il quarto mezzo, trattandosi di questioni che poggiano sull'asserito rapporto di specialità tra la direttiva 93/13/Cee e le direttive dell'Unione europea in materia di telecomunicazioni laddove, come già considerato, è la stessa direttiva 2002/22/Ce a richiamare espressamente l'applicabilità della disciplina sulle clausole vessatorie di cui alla direttiva 93/13/Cee.

5. In definitiva, il ricorso è infondato e va respinto; per l'effetto, debbono essere rigettati anche i motivi aggiunti, con i quali la ricorrente censura per

illegittimità derivata la successiva delibera dell'8 novembre 2017.

6. Stante la difficoltà e la novità della materia trattata, si ritiene sussistano giusti motivi per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come integrato da motivi aggiunti, in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 aprile 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Rosa Perna, Consigliere, Estensore

Roberta Cicchese, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Rosa Perna**

**IL PRESIDENTE**

**Carmine Volpe**

**IL SEGRETARIO**