

N. 53113/2017 R.G.



TRIBUNALE DI MILANO

Sezione Undecima Civile

nella persona della dott.ssa Rosita d'Angiolella, ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nella causa iscritta al ruolo n. RG 53113/2017 dei procedimenti cautelari e istruzioni preventive, su ricorso ex artt. 37, 140 d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206 e 669 bis e ss. c.p.c. presentato *da*:

ASSOCIAZIONE MOVIMENTO CONSUMATORI, con sede in Roma, Via Piemonte n. 39/a, C.F. 97045640154, in persona del legale rappresentante pro tempore, Avv. Alessandro Mostaccio, nato a Torino il 13.09.1971, C.F. MSTLSN71P13L219X, rappresentata e difesa, disgiuntamente e congiuntamente, dagli Avv.ti Paolo FIORIO (C.F. FRIPMR72M26L219J - PEC: avvpaolofiorio01@pec.ordineavvocatitorino.it), Corrado Pinna (C.F. PNNCRD72D06L219Y - PEC: corradopinna@pec.ordineavvocatitorino.it) e Piero PACCHIOLI (C.F. PCCPRI77E06F205I pec: piero.pacchioli@milano.pecavvocati.it), ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Milano, Via Guglielmo Pepe n. 14, per procura depositata nel fascicolo informatico del presente giudizio

RICORRENTE

contro

WIND TRE S.P.A., C.F. e P.IVA 02517580920, con sede legale in Trezzano sul Naviglio (MI), via Leonardo da Vinci 1 in persona del procuratore speciale Avv. Amelia De Luca, giusta procura conferita con atto in data 21.07.2017 del Notaio Luca Bollini di Milano, rep. n. 17264-racc. n. 5455, rappresentata e difesa dagli Avvocati Antonio Auricchio (C.F. RCCNTN62L06L259D ed indirizzo PEC antonio.auricchio@pec.gop.it), Piero Fattori (C.F. FTTPRI60H04H501I ed indirizzo PEC piero.fattori@pec.gop.it), Alessandro De Ferrariis (C.F. DFRLSN84L26D086X ed indirizzo PEC alessandro.deferrariis@pec.gop.it) e Daniele Vecchi (C.F. VCCDNL66B11G388J ed indirizzo PEC



daniele.vecchi@pec.gop.it) elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo sito in Milano, Piazza Belgioioso 2, giusta procura alle liti estesa su foglio separato.

RESISTENTE

PREMESSO CHE

Con ricorso *ex artt.* 37, 140 d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206 (di seguito 'Codice del Consumo' o C.d.C.) e 669-bis e ss. c.p.c., depositato in data 8 novembre 2017 e notificato in data 17 novembre 2017, l'Associazione Movimento Consumatori (di seguito, per brevità, 'Associazione') ha chiesto a questo Tribunale, di:

(i) dichiarare che il comportamento posto in essere da WIND TRE S.p.A., ed in particolare l'applicazione di un sistema di tariffazione dei corrispettivi dei servizi di telefonia fissa e di quelli offerti in convergenza con essa, basato su una cadenza temporale di 28 giorni/8 settimane anziché 30 è contrario agli interessi collettivi dei consumatori ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità" (art. 2, secondo comma, lett. C, Cod. cons.), "all'esercizio di pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà" (art. 2, secondo comma, lett. C bis, C.d.C.) "alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali" (art. 2, secondo comma, lett. E, C.d.C.);

(ii) inibire ai sensi dell'art. 140 lett a) C.d.C. l'applicazione di ogni sistema di rinnovo e di fatturazione dei contratti di telefonia fissa per ogni offerta della resistente (ed in particolare di quelli indicati in premessa: Noi Unlimited, Wind Home Infostrada ADSL, Wind Home Infostrada FIBRA) con cadenza inferiore a 30 giorni e di ogni eventuale clausola o pattuizione contrattuale che preveda un sistema di rinnovo e fatturazione con cadenza inferiore a 30 giorni;

(iii) ordinare alla resistente di adottare ex art. 140 lett. b) C.d.C. tutte le misure che il giudice riterrà idonee per eliminare gli effetti lesivi degli illeciti accertati che la ricorrente indica nei seguenti provvedimenti: - la pubblicazione sulla home page del sito internet della resistente di un avviso con un estratto dell'emanando provvedimento diretto ad informare tutti i consumatori dell'illegittimità della fatturazione a 28 giorni/8settimane dei corrispettivi per servizi di telefonia fissa e di quelli offerti in convergenza con essa e di ogni conseguente diritto alla ripetizione delle somme indebitamente corrisposte; - l'invio di una comunicazione a tutti gli abbonati a tale servizio, diretta ad informarli che la fatturazione a 28 giorni/8settimane è illegittima e contraria all'art. 1 della Delibera AGCOM 121/17/CONS, che la fatturazione verrà nuovamente riportata alla cadenza mensile e che i consumatori titolari di contratti per la telefonia fissa a 28 giorni/8 settimane hanno diritto alla ripetizione delle somme indebitamente corrisposte;

(iv) ordinare la pubblicazione del provvedimento di accoglimento del presente ricorso su almeno tre quotidiani a diffusione nazionale in dimensioni non inferiori ad una pagina;

(vi) fissare un termine ai sensi dell'art. 140 c.d.c. per l'adempimento di tutti gli obblighi che il Tribunale imporrà alla convenuta nonché determinare in misura non inferiore a 1.000,00 € la somma che la convenuta dovrà corrispondere per ogni inadempimento ovvero per ogni giorno di ritardo, il tutto con il favore delle spese e degli onorari di causa oltre addizionale 15% per le spese generali, CPA, ed IVA di legge da distrarsi a favore dei difensori".



L'Associazione ha fondato l'azione inibitoria su plurimi motivi ampiamente dedotti in ricorso e qui di seguito sinteticamente esposti.

Quanto al *fumus boni iuris*, la compromissione dei diritti fondamentali dei consumatori e di cui all'articolo art. 2, co. 2, lett. e), C.d.C., deriverebbe dalla condotta illegittima di WIND TRE che nel predisporre un sistema di fatturazione per i servizi di telefonia fissa, e convergenti con essa, a 28 giorni, anziché ad un mese, ha violato:

- l'art. 3, comma 10, della Delibera dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni n. 252/16/CONS, così come modificato dall'art. 1 della Delibera Agcom n. 121/17/CONS a tenore del quale (a) “*per la telefonia fissa la cadenza di rinnovo delle offerte e della fatturazione deve essere su base mensile o suoi multipli*”; (b) “*per la telefonia mobile la cadenza non può essere inferiore a quattro settimane*”; (c) “*in caso di offerte convergenti con la telefonia fissa prevale la cadenza relativa a quest'ultima*”, disposizione avente i caratteri propri di una norma imperativa o comunque di una regola inderogabile;

- gli art. 20 e ss. C.d.C., ponendo in essere una pratica commerciale scorretta, concretizzatasi nella adozione di una clausola contrattuale lesiva oltretutto del diritto alla trasparenza ed alla corretta informazione dei consumatori nella fase precontrattuale della scelta dell'offerta più conveniente;

In altri termini, il mancato rispetto, da parte di WIND TRE, della cadenza minima per il rinnovo e la fatturazione dei servizi di telefonia fissa e convergenti imposta dall'Agcom, costituirebbe comportamento contrario agli interessi collettivi dei consumatori quantomeno “*alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali*” (art. 2, co. 2, lett. E, C.d.C.), determinando la nullità della clausola di fatturazione a 28 giorni e legittimando, quindi, l'Associazione ad ottenere la tutela inibitoria richiesta.

L'Associazione ricorrente ha diffusamente argomentato in ricorso circa il potere regolatorio dell'AGCOM nella normativa comunitaria e nazionale, circa la natura imperativa dell'art. 3, comma 10, Delibera 252/16/CONS, circa la nullità della clausola di rinnovo/fatturazione a 28 giorni e circa la violazione degli interessi collettivi dei consumatori “*ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità*”.

Quanto al *periculum in mora*, l'Associazione ha chiesto la tutela inibitoria deducendo che nella specie ricorrano giusti motivi d'urgenza, anche alla luce del diritto comunitario ed in particolare della direttiva CE 98/27, che richiedono la tutela urgente degli interessi collettivi dei consumatori insiti nella richiesta di inibitoria di clausole ampiamente diffuse. All'uopo ha richiamato copiosa giurisprudenza di merito nonché le procedure d'infrazione nei confronti dello Stato Italiano avviate dalla Commissione Europea.

Costituitasi WIND TRE, ha argomentato nel merito per l'insussistenza del *fumus boni iuris*, dopo essersi intrattenuta su una pretesa carenza di interesse ad agire dell'Associazione *per il sopravvenire del DDL 4741/2017 e dell'entrata in vigore della legge di conversione del Decreto Fiscale*, nonché per la cessata materia del contendere *non essendo neppure astrattamente ipotizzabile un provvedimento che inibisca una condotta consentita dalla legge per almeno altri 120 giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione del Decreto Fiscale*; ha, altresì, dedotto il difetto di giurisdizione dell'AGO, per i motivi esposti in memoria di costituzione e ribaditi alle



udienze di discussione del 13.12.2018 e del 7. 3.2018.

A detta della Società resistente sarebbe sopravvenuta una carenza di interesse ad agire in capo alla ricorrente per effetto della recente approvazione dell'art. 19 *quinquies* della l. 172/17 nonché della conseguente dichiarazione da parte dei maggiori gestori di servizi telefonici di volersi adeguare alle prescrizioni normative nei termini previsti dalla norma sopravvenuta, e cioè entro il 5 aprile 2018.

Nel merito, dopo aver censurato la legittimità della delibera Agcom sulla quale si è fondata la presente iniziativa, WIND TRE ne ha contestato la natura di regola inderogabile ed ha insistito sulla correttezza delle pratiche da essa poste in essere.

All'udienza del 7 marzo 2018, l'Associazione, deducendo che il Tar Lazio, con sentenza del 12 febbraio 2018 n. 1660/2018, ha rigettato il ricorso presentato da WIND TRE, ha precisato le sue domande chiedendo: 1) l'inibitoria delle clausole contrattuali utilizzate WIND TRE in contrasto con la delibera AGCOM 121/2017; 2) l'adozione dei rimedi ripristinatori, *ex* articolo 140 lett. b) C.d.C., meglio indicati nel ricorso, o quelli ritenuti opportuni dal Tribunale, il tutto col favore della delle spese di lite; ha evidenziato, altresì, che la domanda come precisata non riguarda le restituzioni, sostanzialmente rinunciandovi.

Alla stessa udienza, i procuratori di WIND TRE hanno concluso come da verbale, insistendo per la carenza di interesse dell'Associazione alla domanda cautelare, per intervenuta conformazione alle prescrizioni normative di cui alla legge 172/2017 ed alle prescrizioni date dall'Autorità con la delibera 496/2017; hanno evidenziato, altresì, che *l'autorità giudiziaria adita non può sovrapporsi alle prescrizioni vincolanti date dall'Agcom in tema di informazioni agli utenti e di modalità applicative e ciò nonostante la speciale procedura cautelare di cui all'articolo 140 del cod. cons. che ha efficacia residuale*, indi, questo Giudice si è riservato la decisione.

OSSERVA

Allo stato degli atti, con la cognizione sommaria proprio della presente fase, il ricorso è fondato e va accolto – nei limiti della domanda come precisata all'udienza del 7.3.2018 - per i motivi qui di seguito esposti.

I.a) Legittimazione attiva dell'Associazione

Come indicato, seppur succintamente, nelle premesse di fatto e come più diffusamente si dirà, l'Associazione chiede che questo Tribunale, accertato preliminarmente che WIND TRE applica illegittimamente un sistema di rinnovo e fatturazione dei servizi di telefonia fissa erogati od offerti singolarmente o in combinazione con altri servizi (telefonia mobile, accesso da Internet, servizi televisivi), sistema illegittimo in quanto basato su una cadenza temporale di 8 settimane e quindi inferiore al limite minimo imposto agli operatori dall'art. 3, comma 10, Delibera AGCOM n. 252/16/CONS, così come modificata dalla Delibera AGCOM n. 121/17/CONS, accertata la nullità di tali clausole, voglia inibire un tale sistema di fatturazione, concretizzante una pratica commerciale scorretta, contraria agli interessi collettivi dei consumatori ed alla correttezza dei rapporti contrattuali; circa le modalità dell'inibitoria, l'Associazione ha conclusivamente richiesto l'adozione dei rimedi ripristinatori, *ex* articolo 140 lett. b) C.d.C., indicati nel ricorso, o quelli



ritenuti opportuni dal Tribunale adito.

Orbene, avuto riguardo alla prospettazione della domanda, alle ragioni poste a fondamento di essa, nonchè avuto riguardo alla tipologia dei provvedimenti richiesti - la cui finalità è essenzialmente quella di inibire, nelle forme ritenute più idonee, ogni comportamento lesivo degli interessi collettivi dei consumatori - non v'è dubbio che le associazioni rappresentative siano legittimate a richiedere l'inibitoria delle pratiche commerciali scorrette di cui all' articolo 20, comma 2, del Codice del Consumo.

Ed infatti, l'articolo 139 C.d.C. riconosce la legittimazione ad agire ai sensi dell'art. 140 C.d.C. (dunque anche per chiedere l'inibitoria prevista e regolata da quest'ultima disposizione) alle associazioni di tutela dei consumatori ed utenti inserite nell'elenco di cui all'art. 137 C.d.C. esclusivamente *“nelle ipotesi di violazione degli interessi collettivi dei consumatori contemplati nelle materie disciplinate dal presente codice”*, tra cui vi è la materia delle pratiche commerciali, pubblicità e altre comunicazioni commerciali, materie tutte disciplinate dal Titolo III, art. 19 e ss., del C.d.C.

Viepiù, il fondamento normativo della legittimazione attiva è proprio l'art. 140 C.d.C., in base al quale le associazioni sono legittimate ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, richiedendo al Tribunale *“di inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti”*, di adottare le misure idonee a correggere o ad eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate e di ordinare la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani ove la pubblicazione del provvedimento possa contribuire ad eliminare o comunque a contenere gli effetti delle violazioni accertate.

In altri termini, poiché ai consumatori e agli utenti compete, a mente dell'articolo 2 del C.d.C., il diritto fondamentale ad un'adeguata informazione, ad una corretta pubblicità oltre che alla correttezza, alla trasparenza ed equità dei rapporti contrattuali, è indubbio che l'Associazione ricorrente è legittimata a proporre la presente azione in esame volta ad inibire le pratiche commerciali scorrette poste in essere da WIND TRE in danno di tali interessi: le Associazioni dei Consumatori, regolarmente iscritte nell'elenco di cui all'articolo 137 C.d.C (per l'Associazione ricorrente, cfr. doc. 1 in produzione ricorrente), sono quindi legittimate ad agire in via diretta ed autonoma quando sino pregiudicati interessi collettivi dei consumatori e per proporre tutte quelle domande che sono volte ad eliminare gli effetti delle violazioni in danno degli utenti medesimi e ad imporre al trasgressore comportamenti conformi alle regole di correttezza, trasparenza ed equità dei rapporti contrattuali in rispetto dei principi ispiratori del codice del consumo a tutela del contraente debole.

A mero fine di completezza, si rammenta che gli interessi collettivi si distinguono dagli interessi individuali – di cui i singoli individui lesi sono titolari e che possono ricevere tutela a livello individuale (per i consumatori, cfr. art. 37, 140-*bis* C.d.C.) – in quanto non esclusivamente somma degli interessi individuali lesi da una specifica violazione, bensì in quanto interessi superindividuali, che riguardano la sfera soggettiva di più individui e che assurgono al rango di interessi protetti in queste forme nel momento in cui il legislatore ne attribuisce la loro tutela ad enti esponenziali.



I.b) Interesse dell'Associazione all'azione

Come sopra sinteticamente riferito, WIND TRE ha eccepito che alla luce della novella introdotta dalla Legge 172/2017, l'Associazione ricorrente avrebbe perso interesse alla pronuncia tipica del rimedio inibitorio di cui all'art. 140, co. 1, lett a), C.d.C., declinata nelle conclusioni principali, accessorie e strumentali del ricorso, in quanto il risultato che la Ricorrente intende ottenere per via giudiziale sarebbe oramai riconosciuto dalla novella legislativa che ha imposto che tutti i contratti di fornitura di servizi di comunicazione elettronica abbiano un ciclo di rinnovo e di fatturazione mensile o di multipli del mese; inoltre il termine normativamente previsto dal nuovo art. 19-*quinqüesdecies* e, più precisamente, dal nuovo Comma 1-*ter* della Legge 40/2007 che assegna agli operatori di telefonia, di reti televisive e di comunicazione elettroniche il termine di 120 giorni dalla data di entrata in vigore della nuova disposizione (in scadenza, dunque, il 5 aprile 2018, considerato che la Legge 172/2017 è entrata in vigore in data 6 dicembre 2017) per adeguarsi alla novella di cui al Comma 1-*bis* della medesima Legge 40/2007), determinerebbe la cessazione della materia del contendere anche perché non si può inibire *una condotta consentita dalla legge per almeno altri 120 giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione del Decreto Fiscale*.

Osserva questo Giudice che, dal semplice raffronto tra l'oggetto della novella legislativa e la *causa petendi* della domanda cautelare qui in esame, si palesa il perdurare di un interesse attuale e concreto della Ricorrente al provvedimento cautelare qui richiesto.

Ed infatti, la legge n. 172 del 2017, ha introdotto il divieto della fatturazione con cadenza diversa da quella mensile estendendolo – oltre a quanto già previsto dalle delibere richiamate per la telefonia fissa e quelle convergenti - alla telefonia mobile e alla televisione a pagamento; la novella ha, inoltre, innovato in materia di sanzioni e di previsione degli indennizzi in favore degli utenti in caso di mancata osservazione del divieto.

A ben vedere, pertanto, l'intervento legislativo non ha affatto intaccato la portata precettiva di regolamentazione della telefonia fissa e servizi ad essa convergenti di cui alla delibera AGCOM, emanata già un anno prima della legge in questione ma anzi, la ha rafforzata, disponendo per l'avvenire (a far data, cioè, dal 1.4.2018) che il divieto della fatturazione a 28 giorni, già previsto dalle predette delibere, copra ogni fatturazione telefonica riguardante sia la rete fissa, e quella ad essa convergenti, sia la telefonia mobile e la cd. *pay tv*.

L'attualità dell'interesse è palese, dunque, considerando che esso si concretizza rispetto alle pratiche commerciali poste in essere dalla compagnia prima dell'entrata in vigore di tale legge e cioè a far data dal marzo 2017 (delibera 121/17/CONS) e fino all'effettiva ottemperanza delle Società a tale divieto (termine che le disposizioni dell'art. 19-*quinqüesdecies* della Legge 172/2017 datano a 120 giorni dalla data di entrata in vigore della nuova disposizione e, quindi, dal 5 aprile 2018 - la Legge 172/2017 è entrata in vigore in data 6 dicembre 2017-). La perdurante inottemperanza, ad oggi, da parte di WIND TRE alle regole dettate dall'AGCOM (inottemperanza attestata dalla delibera n. 499/17/CONS del 19 dicembre 2017 - contenente ordinanza ingiunzione di pagamento nei confronti della WIND TRE spa per violazione dell'articolo 3 comma 10 della delibera 252/16/CON come modificata dalla delibera numero 121/17 CONS - nonché dalla delibera n. 37/18/CONS di diffida alla WIND TRE spa per le modifiche delle condizioni contrattuali aventi ad oggetto la fatturazione a 28 giorni) integra i presupposti di cui all'articolo 100 cpc per la



proposizione della presente azione.

Che l'estensione operata dall'intervento legislativo non intacchi l'interesse all'azione, si ricava anche dall'ulteriore considerazione che - come messo in luce dall'AGCOM (cfr. Allegato A della Direttiva 121/17 CONS - "Sintesi della consultazione pubblica") - poiché nel mercato della telefonia mobile il traffico è per il 76% pre-pagato, mentre il traffico su rete fissa è per la quasi totalità post -pagato, in tale contesto, per la telefonia fissa, l'utente ha limitatissimi strumenti di controllo della propria spesa, potendo generare un'errata gestione dei pagamenti, con conseguente sospensione del servizio, mentre per il traffico mobile questo non accade, potendo l'utente controllare efficacemente la spesa, essendo l'utente libero di sospendere l'utilizzo non ricaricando il telefono; la proposizione dell'azione inibitoria collettiva consente dunque di tutelare tale ulteriore concreto interesse.

Tutta quanto esposto, evidenzia come la materia del contendere non sia affatto cessata ma che anzi è esistente, attuale e concreta, sì da consentire la presente decisione.

La natura di diritti soggettivi sottesi all'azione intrapresa ex art. 140 C.d.C. e di cui all'articolo 2 dello stesso Codice, spiegano la totale infondatezza dell'eccezione di difetto di giurisdizione dell'AGO in favore del giudice amministrativo sollevata da WIND TRE. Inoltre, come è noto alla Società resistente, il Tar Lazio, con sentenza del 12 febbraio 2018 n. 1660/2018, ha rigettato il ricorso presentato da WIND TRE ed avente ad oggetto la pretesa invalidità delle delibere dell'AGCOM e 252/16/CONS e 121/2017/CONS.

II) Fatti non contestati

Si osserva, in primo luogo, che in relazione al fatto posto a fondamento della domanda cautelare e cioè la mancata adozione di una cadenza di rinnovo della fatturazione delle offerte su base mensile o suoi multipli, a far data dall'adozione delle Delibere nn. AGCOM 252/16/CONS e 121/17/CONS, non è stata opposta alcuna contestazione, avendo WIND TRE incentrato le proprie difese esclusivamente sulla presunta carenza di potere precettivo dell'Autorità in tale materia e quindi sulla piena validità ed efficacia delle clausole contrattuali in questione.

Risulta, altresì, incontestato che, nel corso del 2015, WIND TRE, insieme agli altri principali operatori del mercato dei servizi di comunicazioni elettroniche, ha variato la cadenza del rinnovo delle offerte per i servizi di telefonia fissa da mensile a quattro settimane/28 giorni; inoltre, non è contestato che WIND TRE e gli altri operatori applicando questo sistema di calcolo hanno potuto emettere 13 fatture ogni anno solare anziché 12, con un considerevole aumento dei ricavi, ammontante, in base a quelli che la Ricorrente riporta quali risultati dell'indagine interna dell'AGCOM, a circa 900 milioni di euro annui.

Che i ricavi siano nell'ordine indicato dalla Ricorrente è, tuttavia, dato acquisito al notorio, stante la pubblicazione di tali notizie, sin dall'anno scorso, su numerosi quotidiani di tiratura nazionale nonché perfino sul sito ufficiale AGCOM. Da ultimo, l'Agcom attraverso gli organi di stampa ha denunciato gli effetti negativi per gli utenti scaturenti da queste variazioni, segnalando che la variazione della cadenza operata con tempistiche sostanzialmente coincidenti da tutti i principali operatori di telefonia, limita notevolmente la possibilità per gli utenti di reperire sul mercato offerte



diverse da quelle strutturate su base 28 giorni con la conseguenza di vanificare la *ratio* sottesa all'esercizio del diritto di recesso così come statuito dall'articolo 70, comma IV, del decreto legislativo n. 259 del 2003¹.

È altresì notorio, che proprio per evitare il protrarsi di tali effetti negativi, l'Autorità è, dapprima, intervenuta con la più volte richiamata delibera n. 252/16/CONS, prevedendo misure specifiche in materia di tutela degli utenti per la trasparenza e la comparazione delle condizioni economiche dell'offerta; poi, con delibera 462/16/CONS ha avviato una consultazione pubblica per apportare alcune modifiche alla citata delibera n. 252/16/CONS, consultazione che si è conclusa con la adozione della delibera n. 121/2017/CONS, la quale aggiunge all'art. 3 della precedente Delibera n. 252/2016/CONS, tra l'altro, il comma 10 che così recita: << *Per la telefonia fissa la cadenza di rinnovo delle offerte e della fatturazione deve essere su base mensile o suoi multipli. Per la telefonia mobile la cadenza non può essere inferiore a quattro settimane. In caso di offerte convergenti con la telefonia fissa, prevale la cadenza relativa a quest'ultima*>>.

Tra i fatti acquisiti al notorio, rientra anche il comunicato del Consiglio dell'Autorità del 16 febbraio 2018 con il quale, ribadendo la persistenza sul mercato di offerte di servizi di telefonia fissa o convergenti con cadenza di fatturazione 28 giorni, si è data notizia dell'avvio di nuovi procedimenti sanzionatori nei confronti degli operatori responsabili della reiterata violazione della delibera n. 121/17/CONS (cfr. delibera 500/17 CONS), nonché dell'adozione di provvedimenti di diffida nei confronti di Tim, Wind Tre, Vodafone, Fastweb e Sky che non hanno rispettato le prescrizioni in materia di chiarezza, trasparenza e completezza delle informative rese agli utenti, per quanto concerne, in particolare, la precisa indicazione del prezzo di rinnovo delle offerte a fronte di modifiche contrattuali nella fase di ritorno alla cadenza mensile della fatturazione dei servizi di comunicazione elettronica (cfr. delibera n. 38/18/CONS e 496/2017/CONS). Al riguardo, l'Agcom ha inoltre sottolineato l'esigenza di chiarire che eventuali modifiche dei suddetti costi sono conseguenza esclusivamente di scelte degli operatori e non del ripristino della fatturazione su base mensile. Tali diffide riguardano anche il mancato rispetto degli obblighi in materia di esercizio del diritto di recesso.

II.a) Pratica commerciale scorretta

Alla stregua di quanto sopra premesso è agevole rilevare che ci troviamo di fronte ad una pratica commerciale scorretta, concretantesi nella predisposizione di clausole contrattuali lesive degli interessi collettivi dei consumatori individuati dall'articolo 2 del C.d.C. ed in particolare di quelli all'adeguata informazione e corretta pubblicità (lettera c), all'esercizio delle pratiche commerciali secondo i principi di buona fede, correttezza e lealtà (lettera c-bis) e alla correttezza e trasparenza ed all'equità dei rapporti contrattuali (lettera e). Trattasi, invero, di regolamenti negoziali contenenti clausole non chiare e/o non comprensibili ed abusive, dunque nulle, oltretutto perché contrarie a norme imperative dettate a tutela del consumatore anche da provvedimenti diversi dal Codice del Consumo.

¹ cfr. Corriere della Sera di venerdì 23 febbraio 2018, ove l'Agcom denuncia che la pratica della fatturazione a 28 giorni ed il suo perdurare, ha comportato anche una segnalazione all'Autorità Garante del Mercato, al fine di verificare se dietro l'aumento dei prezzi da parte della Compagnie telefoniche ci siano intese, implicite o esplicite, tra operatori



L'art. 18 lett. d) C.d.C. definisce "pratica commerciale scorretta" qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale, ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori. L'art. 20, comma 2, C.d.C. precisa poi che "*una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori*".

A parere di questo Giudice, una pratica commerciale scorretta ha attitudine ad incidere direttamente sull'assetto di un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, sempre che - a differenza, ad esempio, della condotta che si traduce in un'intesa anticoncorrenziale - non rimanga esterna al contratto, ma si inserisca nelle fasi di formazione, conclusione o esecuzione dello stesso.

In particolare, come osservato in dottrina, una pratica commerciale che introduca clausole contrarie alla legge e/o ai principi generali dell'ordinamento non può non avere un nesso diretto ed immediato col rapporto giuridico che deriva dalla stipulazione di tali contratti; nello specifico, nel mercato della telefonia, gestito dalle compagnie telefoniche verso milioni di utenti, non v'è dubbio che tale condotta influenzi il consumatore medio con una significativa limitazione all'esercizio dei diritti attribuitigli da norme di legge (cfr. F. FACCIOLO, in *Commentario breve al Diritto dei consumatori* a cura di G. De Cristofaro e A. Zaccaria, p. 134 ss.). In altri termini, la pratica commerciale posta in essere mediante l'adozione di clausole vietate dal legislatore, oltre ad essere contraria alla diligenza professionale, è certamente idonea a falsare il comportamento economico del consumatore².

II.b) Natura inderogabile delle regole AGCOM, nullità delle clausole contrarie ad esse e potere integrativo e sostitutivo

Nessun dubbio che l'attuale contesto guardi al mercato concorrenziale quale interesse pubblico; di qui anche l'attribuzione di potere regolamentare ad organi tecnici quali le Autorità Indipendenti, idonei a disciplinare il fenomeno contrattuale con maggiore duttilità e competenza, con progressiva erosione del monopolio del legislatore. In siffatto quadro le Autorità Indipendenti, lungi dal limitarsi ad indicare unicamente le modalità mediante le quali i privati esercitano la loro autonomia, possono spingersi addirittura sino a predisporre l'intero impianto contrattuale, il loro intervento essendo proteso a prevedere l'obbligo di inserimento, **a pena di invalidità**, di determinate clausole che vanno ad incidere direttamente sul contenuto del contratto (cfr. V. RICCIUTO, *Autorità amministrative indipendenti, contratto e mercato*, in AA.VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Atti del I Convegno Nazionale SISDiC, Capri, 7-9 aprile 2005, Napoli, 2006, p. 971 ss., nonché M. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le*

² Come indicato in ricorso, sono numerosi gli interventi dell'Autorità Garante del Mercato e della Concorrenza in caso di pratiche commerciali scorrette poste in essere mediante l'adozione di clausole nulle (cfr. il provvedimento AGCM 1732/2008) o tema di clausole volte a derogare, limitando la responsabilità del professionista, la disciplina imperativa dettata dagli artt. 128 e ss. del Codice del Consumo in tema di garanzia legale (cfr. Provv. 24288/2013 Feltrinelli – contratto servizio book; Provv. 24289/2013 Compra online Mediaworld.it – contratto contenuti digitali; Provv. 2650 Unieuro – Prodotti in garanzia).



forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 1, p. 33 ss. e S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2015, p. 151). Dunque, gli interventi sul contratto rimessi alle Autorità si atteggiavano in modo così penetrante che discorrere di mera integrazione sembrerebbe addirittura riduttivo. Proprio per questa ragione in dottrina si preferisce indicare il fenomeno con l'espressione "conformazione del contratto" ad opera del diritto prodotto dalle *Authorities* (G. AMADIO, *Autorità Indipendenti e invalidità del contratto*, in *L'Autonomia privata e le Autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, a cura di G. Gitti, Bologna, 2006, p. 218, nonché F. MACARIO, *Autorità indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 2, p. 308 ss.).

Con riferimento ai contenuti di tale intervento regolamentare può osservarsi che non di rado le regole dettate dalle Autorità Indipendenti mirano a superare la asimmetria informativa e di potere contrattuale tra le parti.

E che sotto il profilo funzionale regole connotate da siffatto contenuto esprimano principi e valori fondamentali dell'ordinamento italo-comunitario, assumendo per ciò stesso natura di regole inderogabili dalla autonomia privata, non sembra revocabile in dubbio. Si tratta di disposizioni proprio del tipo di quelle contenute nelle delibere AGCOM poste a fondamento del presente giudizio, dalle quali disposizioni non può che conseguire una insanabile nullità delle clausole stipulate in spregio delle istanze del consumatore. E ciò perfino, come nella specie, ove il pregiudizio per il consumatore non si riduca soltanto nella non esaustività informativa in se stessa, ma si concretizzi anche in relazione alla maggiore difficoltà nella scelta del contraente o del prodotto per lui maggiormente vantaggioso, laddove la scelta possa essere in ipotesi "influenzata" anche soltanto dalla individuazione del miglior preventivo. Tutto ciò, visto nella prospettiva della condotta dei gestori, non può che significare altresì che la pratica commerciale da essi perpetrata in spregio delle delibere AGCOM si atteggia a pratica contraria al principio di correttezza ed alla buona fede contrattuale.

La caducazione di una o più clausole, in casi come quello qui in esame, non può che dar vita a fenomeni integrativo-sostitutivi, anche tenuto conto dell'interesse del consumatore alla conservazione del contratto, risolvendosi l'intervento giurisdizionale in un rafforzamento del ruolo delle Autorità Indipendenti nella tutela delle parti deboli e del mercato, mirando al ripristino dell'equilibrio contrattuale violato. E tale funzione integrativo-sostitutiva non può prescindere dalla potestà normativa dell'Autorità, senza che ciò implichi alcun pregiudizio del principio di legalità che, se inteso in prospettiva funzionalistica, non esige alcuna tipizzazione, risolvendosi volta per volta nell'attuazione del principio.

III. Giusti motivi di urgenza

Accertata la natura inderogabile delle disposizioni AGCOM per i motivi sopra esposti, ed accertata la violazione da parte di WIND TRE di tali precetti, occorre accertare la sussistenza dei motivi di urgenza, cui il comma 8 dell'articolo 140 C.d.C. subordina l'applicabilità all'azione inibitoria degli articoli "da 669-bis e quaterdecies del c.p.c", ossia delle forme e secondo i termini dei procedimenti cautelari, anziché del rito ordinario di cognizione.



Non è il caso di affrontare in questa sede l'ampio dibattito della dottrina e della giurisprudenza riguardante i caratteri distintivi tra i *giusti motivi* che consentono la concessione dell'inibitoria di cui trattasi e il cd. *periculum in mora* di cui all'articolo 700 cpc, aderendo questo Giudice all'opinione prevalente che ritiene che sia proprio la specificità del giudizio riguardante la inibitoria cd. urgente, a pretendere – nella valutazione dei giusti motivi di urgenza – la sussistenza di ragioni specifiche, ancorché non parametrare su di un concreto pregiudizi (così come accade, invece, per la valutazione del *periculum in mora*), ma modellate in relazione al particolare tipo di azione. I giusti motivi, cioè, richiedono un accertamento in concreto da adattare alla specificità del caso e della condotta lesiva, come d'altro canto, spiega il tenore letterale della disposizione che, nel riferimento ai “giusti” motivi, lascia al Giudice la possibilità di adattare il caso ad un ampio ventaglio di valutazioni in concreto, sì da pervenire ad una decisione il più possibile aderente agli interessi coinvolti rispetto a comportamento inibito.

Nella specie, ricorrono i giusti motivi per la concessione dell'inibitoria cd. urgente, dei comportamenti scorretti e lesivi dei diritti degli utenti alla trasparenza, correttezza e buona fede, per evitare, sia pure di qui alla spontanea conformazione, il protrarsi di una diffusa e generalizzata situazione di illegittimità a danno dei clienti attuali e futuri della resistente.

In primis, avendo WIND TRE violato disposizioni poste a tutela dell'interesse del consumatore ad una pratica commerciale corretta, ed avendo predisposto clausole il cui tenore non ha consentito alla generalità degli utenti di comprendere che trattasi di clausole lesive dei loro interessi perchè prevedono un rapporto costi/benefici alterato ed in solo danno dei consumatori, alcun dubbio può esservi circa la sussistenza di un pregiudizio grave ed imminente ai loro diritti, ragione primaria e sufficiente per la sussistenza dei giusti motivi che spingono questo Giudice alla concessione dell'inibitoria, al fine di impedire pratiche contrattuali che, oltretutto, non realizzano un interesse meritevole di tutela, secondo l'ordinamento giuridico.

Peraltro, non può non valutarsi anche l'enorme diffusività della pratica commerciale scorretta che si rivolge a milioni di clienti che fruiscono dei servizi di telefonia fissa erogati da WIND TRE. Come pure messo in luce dalla Ricorrente, le offerte commerciali presenti sul sito web di WIND TRE sono potenzialmente idonee a raggiungere un pubblico indistinto di numerosi potenziali nuovi sottoscrittori di abbonamenti per la fruizione dei servizi di telefonia fissa, mobile, per la connessione ad Internet e/o i servizi televisivi, con conseguente *“difficoltà per un numero elevatissimo di consumatori a valutare la reale incidenza dei costi sul proprio bilancio familiare, la possibilità di recedere dal contratto per non sottostare all'aumento dei corrispettivi in precedenza applicati e – da parte di quanti ancora non fruiscono dei predetti servizi derogati dalla resistente - sulla possibilità di scegliere consapevolmente se sottoscrivere o meno un abbonamento i cui costi finali su base annua non sono né chiari, né agevolmente comparabili con quelli previsti da offerte dei competitors presenti nel medesimo mercato”*.

Ulteriore ragione per la concessione del provvedimento richiesto, si ravvisa nel perdurante comportamento della Società convenuta, che denota un grave elemento soggettivo di dolo. Ed infatti, pure a fronte di continui e plurimi reclami avanzati dai consumatori, di consultazioni pubbliche svoltesi dinnanzi all'Autorità, dell'attivazione da parte dell'Autorità di procedure di diffida e di ingiunzione fino al corso di quest'anno, nulla WIND TRE ha mutato nella propria



pratica, a nulla ha ottemperato, continuando ad usare nella predisposizione dei contratti clausole palesemente abusive senza adeguarle ai principi sopra esposti. E ciò anche dopo la recente sentenza del 12.02.2018 n. 1660 del TAR Lazio che ha respinto il ricorso di WIND TRE per l'annullamento delle delibere AGCOM nn. 252/16 e 121/17/CONS, circostanza quest'ultima che rende ulteriormente irrilevante anche la richiesta di sospensione del presente giudizio in attesa che si pronunci la giustizia amministrativa.

Insomma, i giusti motivi di urgenza, si ravvisano essenzialmente in considerazione della qualità dei diritti oggetto della tutela invocata; l'articolo 2 C.d.C. innanzi richiamato espressamente qualifica come "diritti fondamentali" dei consumatori il diritto alla correttezza e trasparenza nei contratti concernenti servizi, il diritto al rispetto dei canoni fondamentali nel rapporto contrattuale della buona fede e della lealtà principi che devono conformare il rapporto contrattuale, sia durante la fase di conclusione che durante la sua esecuzione. Di qui l'esigenza di un intervento con carattere d'urgenza.

IV. Decisione

All'udienza del 7 marzo 2018, l'Associazione ha delimitato la sua domanda, chiedendo: 1) l'inibitoria delle clausole contrattuali utilizzate WIND TRE in contrasto con la delibera AGCOM 121/2017; 2) l'adozione dei rimedi ripristinatori, ex articolo 140 lett. b) C.d.C., meglio indicati nel ricorso, o quelli ritenuti opportuni dal Tribunale, il tutto col favore della delle spese di lite.

Ritenuto che, per tutte le ragioni esposte ai paragrafi che precedono, l'applicazione del sistema di fatturazione dei corrispettivi di servizi di telefonia fissa e di quelli offerti in convergenza basato su una cadenza temporale di 28 giorni-otto settimane è contrario agli interessi collettivi dei consumatori di cui all'articolo 2, secondo comma, lett. c), lett. c-bis) e lettera e) e ritenuto che le relative clausole contrattuali sono nulle per contrarietà a norme imperative, accoglie la domanda inibitoria nelle forme indicate in dispositivo.

Le spese del procedimento seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo con applicazione dei parametri di cui al DM 55/2014, della particolare rilevanza delle questioni proposte, dello scaglione di valore indeterminabile e con esclusione dei compensi riguardante la fase "decisionale" considerato che non vi è stata un attività difensiva conclusionale, con la formazione di relative note.

PQM

Il Tribunale di Milano, visto l'articolo 140 d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206, così provvede:

- 1) Considerato che l'applicazione di un sistema di fatturazione dei corrispettivi di servizi di telefonia fissa e di quelli offerti in convergenza basato su una cadenza temporale di 28 giorni-8 settimane è contrario agli interessi collettivi dei consumatori di cui all'articolo 2, secondo comma, lett. c), lett. c-bis) e lettera e) e considerato che le relative clausole contrattuali sono nulle per contrarietà a norme imperative, *inibisce* l'applicazione da parte di WIND TRE S.p.A. di ogni sistema di rinnovo e di fatturazione dei contratti di telefonia fissa per ogni offerta con cadenza inferiore al mese solare o ai suoi multipli e di ogni



eventuale clausola o pattuizione contrattuale che preveda un sistema di rinnovo e fatturazione con cadenza per periodi inferiori al mese solare o ai suoi multipli;

- 2) **Ordina** che, entro cinque giorni dalla data di comunicazione della presente ordinanza, sia pubblicato sulla *home page* del sito di WIND TRE S.p.A. un avviso con un estratto del presente provvedimento per informare i consumatori di quanto disposto al capo che precede;
- 3) **Ordina** che, entro sette giorni dalla comunicazione di questa ordinanza, il presente dispositivo sia pubblicato, per una volta, a caratteri doppi del normale, sui quotidiani *la Repubblica* e *Corriere della Sera*;
- 4) **Condanna** la resistente al pagamento delle spese della presente procedura in favore dell'Associazione Movimenti Consumatori, liquidate in complessivi euro 8.108,00 per compenso, oltre il 15 % rimborso forfettario, IVA e CPA come per legge, da distrarsi in favore degli Avv.ti Paolo Fiorio, Corrado Pinna e Piero Pacchioli, dichiaratisi antistatari.

Milano, il 12 marzo 2018

IL GIUDICE

Dott.ssa Rosita d'Angiolella

