

Cristiana Lauri\*

*Indennizzi automatici e apatia razionale.  
Il public enforcement nelle sfide  
poste dalla complessità dei mercati  
(a proposito di Cons. Stato, Sez. VI, n. 879/2020)*

SOMMARIO: 1. Premessa: la complessità dei mercati e l'evoluzione delle tutele consumeristiche – 2. Il caso deciso dal Consiglio di Stato – 3. L'intervento dell'Autorità sull'aumento tariffario occulto – 4. La visione sistematica della legalità procedimentale – 5. Natura e fondamento del potere dell'Autorità: l'indennizzo – 6. Tra *Public enforcement* e *private enforcement* – 7. Notazioni conclusive sul rapporto tra apatia razionale (dei consumatori) e (ruolo delle) amministrazioni indipendenti.

1. *Premessa: la complessità dei mercati e l'evoluzione delle tutele consumeristiche*

Che la complessità dei mercati ponga altrettanto complesse sfide regolatorie è oramai comune intendimento delle scienze giuridiche ed economiche. Ciò risulta ancora più avvertito allorquando tale complessità sia intimamente legata al rapido progresso degli strumenti della società dell'informazione e al parallelo evolversi delle sue ricadute sul piano economico<sup>1</sup>.

Nel contesto di mercati aperti ma regolati che si atteggiavano come “regni della possibilità” il reciproco rincorrersi tra domanda e offerta si muove sul crocevia dalle azioni regolatorie “orizzontali” e “verticali”<sup>2</sup>. Allorquando tale

---

\* Dottore di ricerca in Mercati, Impresa e Consumatori, Università Roma Tre, Dipartimento di Studi Aziendali.

<sup>1</sup> Di recente esplora i percorsi scientifici della «età della trasformazione» dei mercati, F. BASSAN, *Potere dell'algoritmo e resistenza dei mercati in Italia*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2019, *passim*, ma v. 43. Più in generale, esplora la complessità in relazione all'azione dei pubblici poteri da varie prospettive G. MONTEDORO, *Il diritto pubblico tra ordine e caos. I pubblici poteri nell'era della responsabilità*, Cacucci, Bari, 2018.

<sup>2</sup> Una ricostruzione in tal senso è svolta nel *Rapporto Consumerism 2019. Dodicesimo rapporto annuale. Dal codice del consumo al Digital Service Act. Quella dal consumatore al cittadino digitale è vera evoluzione?*, in «[www.consumersforum.it/ricerche](http://www.consumersforum.it/ricerche)» [ultimo accesso:

rincorsa conduca a fughe in avanti, il quadro si fa potenzialmente oscuro, foriero di forme di occultamento delle condizioni di mercato, quantomeno ogniqualevolta risultino tali da alterare in maniera significativa gli equilibri e i rapporti di forza tra i vari attori al di fuori dei percorsi della legalità.

È quanto accade attraverso la deviazione dal generale principio di trasparenza delle condizioni economiche delle offerte nel mercato, che si riflette, ineluttabilmente, sulla posizione dei consumatori-utenti, terminali dell'interpretazione di un quadro valoriale e regolatorio frutto di un percorso evolutivo che tende verso forme crescenti di *empowerment* dei consumatori da un lato ed effettività delle tutele dall'altro<sup>3</sup>.

È infatti sufficiente ripercorrere gli sviluppi della disciplina consumeristica dagli anni Settanta ad oggi<sup>4</sup> per avvedersi di come la spinta verso il superamento di non più adeguati strumenti dogmatici incentrati su concezioni individualistiche e formalistiche del rapporto contrattuale sia stata dettata dall'esigenza di contrastare i potenziali effetti distorsivi e costi sociali gravanti su coloro che godono dei beni e dei servizi a seguito delle modalità di esercizio da parte dell'impresa dell'attività economica<sup>5</sup>.

È in questo momento che emerge la centralità della dimensione collettiva della tutela per tutti quei casi in cui ci si trovi dinanzi ad una serie di rapporti omogenei, sì diversi a seconda dei settori, ma relativi a servizi dai

---

20.5.2020], ma per una lettura in chiave evolutiva della disciplina consumeristica e delle tendenze più attuali del sistema si vedano anche i rapporti realizzati negli anni precedenti, ivi pubblicati.

<sup>3</sup> Evidenzia la “dinamicità” che connota la disciplina in materia di pratiche commerciali in grado di ricomprendere, non solo sulla carta, multiformi attività poste in essere da “professionisti” nei confronti di consumatori sia nei mercati fisici (offline) che virtuali (online)» S. PERUGINI, *La modernizzazione del diritto dei consumi tra public e private enforcement: nuove prospettive di riforma*, in «Rapporto Consumerism 2019», cit. p. 15.

<sup>4</sup> È in quel periodo che, parallelamente all'avvio della riflessione scientifica sugli interessi collettivi e diffusi, il tema della tutela del consumatore emerge nella dottrina civilistica; cfr. G. ALPA, *I contratti con i consumatori, Litter nomativo degli art. 1469 bis-sexies del codice civile*, SEAM, Roma, 1997, p. 11 ss. Per una ricostruzione più ampia G. ALPA, *Diritto privato dei consumi*, Il Mulino, Bologna, 1986; ID., *Il diritto dei consumatori*, Laterza, Roma-Bari, 2003; ID., *Art. 1, Finalità ed oggetto; Art. 2, Diritti dei consumatori*, in «Codice del consumo, Commentario», a cura di G. ALPA e L. ROSSI CARLEO, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005, p. 17 ss. Per una fotografia recente del quadro consumeristico si veda, almeno, L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Diritto dei consumi: soggetti, atto, attività, enforcement*, Giappichelli, Torino, 2015.

<sup>5</sup> Sul punto si v. A. DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in «Riv. dir. comm.», 1970, p. 192 ss. Per una ricostruzione sulla dimensione collettiva della posizione giuridica dei consumatori v. C.M. BIANCA, *Intervento*, in AA.VV., «Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole», Giuffrè, Milano, 1970, p. 227 ss.

caratteri oggettivi e soggettivi complessi.

L'influsso del diritto comunitario e dei relativi arresti giurisprudenziali ha, come noto, costituito un fattore aggregante significativo<sup>6</sup> e rappresenta ancora oggi il polo essenziale del circolo regolatorio, anche nella prospettiva di una lettura sistematica di molteplici strumenti e del loro combinato operare – dei profili consumeristici, del regime delle pratiche commerciali, dei profili concorrenziali<sup>7</sup> –.

Sulla scorta di tali coordinate, le tutele si sono progressivamente articolate nel duplice percorso del *private* e *public enforcement*.

È quest'ultimo strumento a venire in esame nella sentenza del Consiglio di Stato, che torna, ancora una volta, a rispondere a non secondari interrogativi di fondo: qual è il fondamento e il limite del potere pubblico? In quali forme viene esercitato tale potere? Che tipo di rapporto intercorre tra gli strumenti di *public enforcement* e quelli di *private enforcement*?

Su tali questioni, il Collegio si trova ad offrire un'interpretazione non già meramente legata al caso di specie, bensì destinata a rafforzare e aggiornare la chiave di lettura circa il corretto utilizzo dei poteri amministrativi nei complessi percorsi di governo della società dell'informazione con particolare riferimento all'esercizio dell'autonomia tariffaria da parte degli operatori della telefonia fissa.

---

<sup>6</sup> Si pensi all'evoluzione seguita alla direttiva 93/13/CEE (su cui, in dottrina v. B. CAPPONI, M. GASPARINETTI, C.M. VERARDI, *La tutela collettiva dei consumatori, Profili di diritto sostanziale e processuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995).

<sup>7</sup> L'importanza e la necessità di indagare il tema della regolazione è stata individuata dalla dottrina più accorta già da tempo, laddove veniva rilevato che «la giusta collocazione della regolazione tra le fonti comunitarie e il suo ruolo nella modifica degli assetti istituzionali costituisce uno degli aspetti più controversi e al contempo meno studiati di un'integrazione europea che si realizza quotidianamente nell'attività normativa e amministrativa. La regolazione – la cui nozione resta spesso ancora oscura e ambigua – si identifica oggi non più solo in una forma di vigilanza e controllo dei mercati liberalizzati, ma anche (e soprattutto) in una attività che caratterizza ormai in modo preciso l'azione dell'Unione e degli Stati membri», F. BASSAN, *Regolazione ed equilibrio istituzionale nell'Unione europea*, in «Riv. It. Dir. Pubbl. Com.», 2003, p. 973-974. Di recente, l'evoluzione dell'interpretazione giurisprudenziale eurounionale in tema è in parte analizzata da M. CAPPAL, *La repressione delle pratiche commerciali scorrette nei mercati regolati: cosa aspettarsi dalla Corte di giustizia?*, in «Riv. It. Dir. Pubbl. Com.», 3-4, 2017, p. 879.

## 2. Il caso deciso dal Consiglio di Stato

Attraverso un iter logico argomentativo improntato ad un canone di sostanzialismo, il Consiglio di Stato, con la sentenza della VI sezione, 4 febbraio 2020, n. 879, giunge a definire un lungo contrasto svoltosi in via amministrativa e giurisdizionale tra l'AGCOM e la società Vodafone<sup>8</sup>, a seguito dell'aumento delle tariffe dei servizi di telefonia fissa nella misura dell'8,6% realizzato attraverso lo strumento della riduzione del periodo di rinnovo delle offerte da 30 a 28 giorni, che di fatto conduceva all'introduzione di una "tredicesima mensilità" a favore dell'impresa. L'Autorità, che già nel corso del 2016 aveva emanato una delibera generale volta ad imporre la regola della trasparenza nelle condizioni economiche delle offerte, per assicurare comparabilità ai prezzi e scelte più consapevoli per gli utenti finali (n. 252/16/CONS del 21 luglio 2016<sup>9</sup>), aveva deciso quindi di intervenire introducendo una modifica a tale provvedimento (con la delibera n. 121/17/CONS del 15 marzo 2017) disponendo l'obbligo per gli operatori di ritornare alla fatturazione mensile o per multipli di mese per i servizi di telefonia fissa.

A seguito della delibera dell'Autorità, motivata richiamando l'art. 71 del CEE, che delinea il principio di trasparenza a fini informativi e di scelta consapevole del consumatore in attuazione dell'art. 8 della direttiva quadro sul servizio universale di comunicazioni elettroniche (Direttiva n. 2002/21/CE), è intervenuto peraltro il legislatore in modo significativo, (art. 19-*quinquiesdecies* del D.L. 16 ottobre 2017 n. 148 conv. modif. dalla L. 4 dicembre 2017 n. 172) imponendo per legge la cadenza di rinnovo mensile delle offerte e di fatturazione dei servizi. Tale delibera, anche in virtù di un asserito contrasto con lo *ius superveniens* rappresentato dalla disposizione appena citata, è stata impugnata dalla società Vodafone, con ricorso respinto dal TAR, che ha riconosciuto come la novella legislativa «si salda con la disciplina dettata dall'Autorità, rafforzandone le previsioni e

---

<sup>8</sup> Oltre alla pronuncia in commento – la prima ad essere stata pubblicata – il Consiglio di Stato ha emanato altre due decisioni all'esito ella medesima camera di consiglio del 4 luglio 2019, su casi speculari, originati dagli appelli proposti da altre due società di telecomunicazioni che avevano portato il periodo di fatturazione a 28 giorni (si tratta delle sentenze 7 febbraio 2020, n. 987 e 24 febbraio 2020, n. 1368). Le motivazioni delle tre sentenze si presentano nel loro complesso analoghe e seguono lo stesso ragionamento oggetto di analisi nei paragrafi che seguono.

<sup>9</sup> Segnatamente, per assicurare ai consumatori «informazioni trasparenti, comparabili, adeguate ed aggiornate in merito ai prezzi vigenti in materia di accesso e di uso dei servizi forniti dagli operatori di comunicazione elettronica», ponendo così chiari obblighi a carico degli operatori.

disponendo per l'avvenire».

Il giudizio all'esito del quale è stata emessa la sentenza in commento sorge dai provvedimenti appena citati, in quanto ha avuto origine dall'impugnazione della delibera n. 498/17/Cons del 19 dicembre 2017, con cui l'AGCOM, preso atto del perdurare della fatturazione a 28 giorni e reputando tale condotta una violazione delle delibere 252/16/CONS e 121/17/CONS, ha irrogato alla Vodafone una sanzione amministrativa pecuniaria e le ha ordinato di «stornare gli importi corrispondenti al corrispettivo per il numero di giorni che, a partire dal 23 giugno 2017, non sono stati fruiti dagli utenti in termini di erogazione del servizio a causa del disallineamento fra ciclo di fatturazione quadrisettimanale e ciclo di fatturazione mensile».

L'ordine di storno così formulato è stato tuttavia sospeso in via cautelare dal TAR con l'ordinanza n. 792 del 12 febbraio 2018, in quanto avrebbe potuto determinare, per l'indeterminatezza della previsione, squilibri finanziario-contabili per la società e pertanto l'AGCOM, prendendo atto di tale decisione, con la delibera n. 114/18/Cons del 1/03/2018, ha revocato la precedente diffida e ha provveduto nuovamente disponendo non più lo storno ma l'obbligo di erogazione gratuita delle prestazioni per un numero di giorni equivalente a quelli non fruiti sempre a causa del disallineamento tra fatturazione mensile e quadrisettimanale.

Tale provvedimento, dunque, è divenuto l'oggetto principale del giudizio originariamente promosso, a seguito della proposizione di motivi aggiunti, estesi poi con un successivo atto anche alla delibera n. 269/18/CONS del 6 giugno 2018, con cui l'AGCOM ha disposto, nei confronti di tutti gli operatori telefonici un nuovo termine per l'adempimento agli obblighi di cui alle delibere nn. 112/18/Cons e ss., tra cui la n. 114/18/Cons.

In primo grado il TAR ha respinto il ricorso dichiarandolo in parte improcedibile e in parte infondato e avverso tale sentenza è stato proposto l'appello deciso con la pronuncia in commento.

### *3. L'intervento dell'Autorità sull'aumento tariffario occulto*

La sentenza muove dalla scelta, definita “eccentrica” nell'argomentare del Consiglio di Stato<sup>10</sup>, dei principali operatori di telefonia fissa, di abbreviare il periodo relativo alla fatturazione dei servizi erogati a 28 giorni anziché a 30.

<sup>10</sup> Così il Cons. St. al par. 5.1.

Due sarebbero, nella prospettiva ricostruttiva assunta dal collegio, gli aspetti “eversivi” della scelta di portare la fatturazione a 28 giorni: il richiamo ad una cadenza temporale estranea se non contraria agli usi commerciali e la dissimulazione dell’aumento tariffario, reso non intellegibile ai consumatori attraverso un tentativo degli operatori di forzare il sistema dell’autonomia tariffaria eludendo gli obblighi prestabiliti dagli artt. 70, co. 4, II paragrafo e dall’art. 71, co.1, CCE.

La cadenza mensile viene in altri termini assunta come fatto notorio dal collegio<sup>11</sup> peraltro fondato su scelte compiute a monte dal legislatore comunitario<sup>12</sup>. La previsione va letta del resto, quale tassello di un sistema economico-giuridico che presidia lo svolgimento di un intreccio tra molteplici rapporti di utenza relativi all’erogazione di servizi continuativi intrattenuti, pur nelle geometrie variabili delle ipotesi contrattuali possibili, dalla genericità dei consumatori e fondato sulla cadenza mensile o suoi multipli.

Alla luce delle verifiche svolte dall’*Authority*, tale scelta si appalesa non soltanto come pratica scorretta ma, essendo stata posta in essere nello stesso momento da tutti i principali operatori del settore della telefonia fissa, fonda anche il sospetto di un’intesa restrittiva, tale da svuotare nei fatti financo qualsiasi efficacia del diritto di recesso.

Il baricentro normativo di tale ricostruzione risiede dunque nel principio di trasparenza di cui all’art. 71, c. 1, I paragrafo CCE che, come sottolineato dallo stesso Consiglio di Stato, è funzionale ad evitare «atteggiamenti oscuri ed a garantire la buona fede nei rapporti tra operatore e clientela, intesa come obbligo di celere informazione e divieto di pretermettere in modo irreversibile gli altrui ragioni e affidamenti».

Sul punto è proprio il Collegio ad evidenziare la giustapposizione «tra operatore di telefonia, ben informato e consapevole delle sue politiche commerciali» e «consumatore, obbligato ad accettare le modifiche delle condizioni di rinnovo della fatturazione se non adeguatamente informato o in assenza di serie alternative praticabili presso altri operatori».

Ed è sulla base della necessità di ristabilire la simmetria tra tali due

---

<sup>11</sup> Art. 115, c. II, c.p.c. Sui caratteri di “indubitabilità” e “incontestabilità” del concetto si vedano le sentenze Cass., III, 21 aprile 2016, n. 8049; Id., 20 settembre 2019, n. 23546 ordinanza (cui lo stesso Cons. St. fa riferimento).

<sup>12</sup> V. art. 5, par. 1, lett. e) della Direttiva n. 2011/83/UE in tema di obblighi informativi precontrattuali del professionista al fine della stipula di contratti da concludere con i consumatori a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali. È proprio tale direttiva peraltro a precisare come relativamente ai contratti di abbonamento o a tempo determinato che prevedano l’addebito di una tariffa fissa il prezzo totale debba equivalere anche ai costi mensili totali.

posizioni che viene invocata l'opportunità di accompagnare ad un'azione di tipo inibitorio una di carattere ripristinatorio.

Il ristoro dell'equilibrio sperequato nei contratti della massa degli utenti a causa della violazione della norma viene dunque affidato agli strumenti di regolazione e alla loro vocazione a realizzare molteplici obiettivi<sup>13</sup>.

È l'interazione tra due articoli a costituire il fondamento del potere dell'Autorità<sup>14</sup>. In primo luogo, l'art. 2, co. 20, lett. d, della l. 481/1995 consente ad essa di imporre agli operatori l'obbligo di corrispondere un indennizzo a fronte di comportamenti lesivi dei diritti degli utenti (indennizzo che, ai sensi dell'art. 2, c. 12, lett. g, può essere anche automatico).

In secondo luogo, l'art. 2 c. 12 lett. h) prevede la possibilità di definire «[...] in particolare i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente [...]» anche attraverso, ai sensi della lett. d), «la modifica [...] delle condizioni di svolgimento dei servizi, ove ciò sia richiesto dall'andamento del mercato o dalle ragionevoli esigenze degli utenti [...]».

Rispetto all'operatività di tali norme, evidenzia il collegio, non rileva il loro omesso specifico richiamo, trattandosi di poteri immanenti nell'ordinamento dell'AGCOM<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Offre una compiuta analisi sul punto P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in «Dir. Amm.», 2, 2018, p. 337, part. dove chiarisce che «la regolazione, in altri termini, costituisce strumento che sembra “collaborare” con il mercato di riferimento; si potrebbe dire che essa persegue scopi pubblici, attraverso meccanismi che si fondano sulla competizione (concorrenza) tra le imprese o sull'apertura del mercato (regolazione “proconcorrenziale”). Soltanto in questo senso tale forma di intervento “asseconda” gli interessi delle imprese, in quanto (e nella misura in cui) evita azioni assolutamente unilaterali, meno gradite in quanto atte a incidere “dall'esterno” sul funzionamento del mercato e volte a limitare più pesantemente l'autonomia. Tale forma di intervento è sicuramente “vicina” agli interessi di riferimento per il coinvolgimento formale di operatori e *stakeholders*, e per la scelta legislativa di misurare l'impatto economico di ogni intervento prima e dopo la relativa adozione». Con specifico riferimento ai profili concorrenziali A. MANGANELLI, *Il principio di concorrenza fra antitrust e regolazione. Il caso delle comunicazioni elettroniche*, in «Conc. Merc.», 1, 2013, p. 279.

<sup>14</sup> Sul punto si tornerà più avanti. V. par. 5.

<sup>15</sup> Tale riferimento è anche contenuto nella pronuncia, resa su caso analogo, Cons. Stato Sez. VI, 7 febbraio 2020, n. 987. L'espressione è utilizzata dalla dottrina in particolar modo con riferimento all'autotutela della P.A., per evidenziare che il potere di revoca e annullamento d'ufficio sono conseguenze necessarie e “immanenti” e che non è necessaria a tal fine un'espressa previsione legislativa. Cfr. la fondamentale ricostruzione di F. BENVENUTI, voce *Autotutela (diritto amministrativo)*, in «Enc. dir.», vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959, e di recente ripresa da C. NAPOLITANO, *Riflessioni sull'autotutela nel diritto procedimentale europeo*, in «Riv. It. Dir. Pubbl. Com.», 6, 2016, p. 1531; v. anche R. CAPONIGRO, *Il potere amministrativo di autotutela*, in «Federalismi.it», 2017, 23. Nella giurisprudenza l'esistenza

Viene in luce, in terzo luogo, un duplice approccio interpretativo “olistico”, che tende all’assimilazione delle tutele esistenti per il contraente debole. Da un lato, sulla scorta di un ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, nazionale ed europeo<sup>16</sup>, che tende a ravvisare il fondamento

di poteri immanenti è stata ravvisata in relazione al potere di verifica della spettanza dei benefici previsti per la produzione di energia elettrica sussistente in capo al GSE, cfr. Cons. Stato, IV, 12 dicembre 2019, n. 8442; Cons. Stato, IV, 9 settembre 2019, n. 6118; TAR Lazio, Roma, sez. III, 4 marzo 2019, n. 2877. Pare significativo osservare come tale categoria sia stata tuttavia utilizzata proprio per differenziare tale potere da quello di autotutela, oggi codificato nell’art. 21 *nonies*, che aveva invece rappresentato l’archetipo stesso del concetto di potere immanente, nel momento in cui il TAR nella pronuncia sopra citata, afferma che «l’attività di verifica svolta dal GSE ai sensi dell’art. 42 D.Lgs. 28/2011 non sia riconducibile ad un’ipotesi di annullamento d’ufficio di cui all’art. 21-*nonies* l. n. 241/90, ma è espressiva, come già detto, di un potere immanente di verifica della spettanza dei benefici erogati dal Gestore». Per una compiuta lettura critica del fondamento del potere di autotutela, di recente, M. TRIMARCHI, *L’inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

<sup>16</sup> Da ultimo sul punto si v. CGUE, II, 13 settembre 2018, n. 54, in cause riunite C-54/17 e C-55/17, chiamata a risolvere una questione postasi sempre in materia di telecomunicazione, con specifico riferimento ad un provvedimento sanzionatorio dell’AGCM nei confronti di due società di telecomunicazioni italiane per la commercializzazione di schede SIM con funzionalità a pagamento preattivate, senza espressa richiesta e senza preventiva informazione. La Corte si è pronunciata sulle relazioni di concorrenza e incompatibilità tra le disposizioni di stampo consumeristico di cui alla direttiva n. 2005/29/CE e quelle del CCE. Essa ha ritenuto che i due plessi normativi non debbano essere letti in maniera escludente e che non sussiste tra le rispettive previsioni un’insanabile contraddizione, tale da ostare a una normativa nazionale che attribuisca all’AGCM la competenza a sanzionare pratiche commerciali scorrette anche nel settore delle comunicazioni, così come ritenuto dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con le sentenze nn. 3 e 4. del 9 febbraio 2016 (per un commento in dottrina v. C.E. GALLO, *Sanzione per pratica commerciale considerata aggressiva. La competenza sanzionatoria nei rapporti tra AGCM e le altre autorità indipendenti*, in «Giur. it.», 5, 2016, pp. 1206 ss.; M.S. BONOMI, *Tutela del consumatore, pratiche commerciali scorrette e riparto di competenze tra autorità indipendenti*, in «Gior. dir. amm.», 6, 2016, pp. 793 ss.; CAPPAL, *La repressione delle pratiche commerciali scorrette nei mercati regolati: cosa aspettarsi dalla Corte di giustizia?*, cit.; S. SILVERIO, *Il parziale revirement del Consiglio di Stato in tema di specialità «per settori» (Brevi osservazioni a Consiglio di stato, Adunanza plenaria, 9 febbraio 2016, nn. 3 e 4)*, in «Foro amm.», 5, 2016, pp. 1158 ss.). La Corte ha dunque ribadito che sebbene le Autorità Nazionali siano tenute a sostenere gli interessi dei cittadini dell’Unione garantendo un livello elevato di protezione dei consumatori, la Direttiva quadro e la Direttiva «servizio universale» non prevedono una completa armonizzazione degli aspetti relativi alla protezione dei consumatori, richiamando la propria sentenza del 14 aprile 2016, *Polkomtel*, C-397/14, punto 32 e la giurisprudenza ivi citata. Con riferimento alla giurisprudenza amministrativa v. il consolidato orientamento espresso da Cons. St., 23 dicembre 2019, n. 8695; Id., 25 ottobre 2019, n. 7296; Id., 18 luglio 2014, n. 3849; Id., 15 maggio 2015, n. 2479, teso a ricostruire il regolamento di confini tra AGCM e autorità di regolazione in termini di coordinamento in senso

delle azioni regolatorie su un comune «corpo normativo multilivello unitario di tutele» formato insieme da disciplina antitrust e consumeristica. Dall'altro sulla convinzione della necessità di una attività di protezione unitaria dei contraenti deboli svolta in termini analoghi, *mutatis mutandis*, da tutte le autorità nazionali di regolazione di settore.

Del resto, la stessa Corte di Giustizia guida i regolatori «verso una necessaria revisione della regolazione per principi e basata sulla funzione (dell'Autorità) e dunque sull'attività (degli operatori del mercato)»<sup>17</sup>.

In quest'ottica, il Consiglio di Stato condivide l'orientamento teso a ricondurre alla categoria delle pratiche scorrette qualsiasi «pratica commerciale utilizzata da un operatore» in quanto capace di costituire, «nel suo insieme e in ragione delle singole modalità di sviluppo, il presupposto idoneo ad ingannare in qualsiasi modo le scelte del consumatore, o a fuorviarle inquinando la sua libera scelta»<sup>18</sup>.

Ciò si traduce in un vero e proprio metodo regolatorio secondo il quale, pur riconoscendo un'autonomia tra il piano delle tutele consumeristiche – violazioni dei diritti degli utenti – e il piano delle norme anticoncorrenziali – pratiche commerciali scorrette –, la definizione di quest'ultime funge da legittimazione per verificare la violazione dei diritti degli utenti in forza della «contiguità logica tra tali due vicende» e della «sostanziale identità tra i loro metodi inibitori e repressivi».

Lo stesso metodo regolatorio fonderebbe dunque il ricorso allo strumento di eterointegrazione del contratto e ben si attaglierebbe ai canoni di proporzionalità che si muovono tra la garanzia di una effettiva condotta improntata a buona fede e la comprensione da parte dell'utenza degli effetti,

finalistico, che può arrivare a giustificare la prevalenza della competenza antitrust in diverse fattispecie seppure concordata con l'AGCOM. Ripercorre le tesi emerse in relazione all'*actio finium regondorum* tra le due Autorità nel settore delle telecomunicazioni BASSAN, *Potere dell'algoritmo e resistenza dei mercati in Italia*, cit. pp. 72-73, evidenziando l'evoluzione nelle quattro fasi che dagli anni Novanta ad oggi hanno caratterizzato il settore.

<sup>17</sup> In questi termini BASSAN, *Ibid.*, p. 78. Il riferimento è la citata CGUE, II, 13 settembre 2018, n. 54.

<sup>18</sup> Gli istituti sono oggetto di modifica nel pacchetto di nuove misure legislative in materia di tutela del consumatore contenute nel progetto di riforma di cui alla proposta di Direttiva Omnibus COM (2018) 185 final che modifica e integra quattro Direttive, 2005/29/CE, 2011/83/UE, 93/13/CEE e 98/6/CE, in tema, rispettivamente, di pratiche commerciali scorrette, diritti dei consumatori, clausole abusive e indicazione dei prezzi per unità di misura (proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993, la direttiva 98/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, la direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'UE relative alla protezione dei consumatori).

anche potenzialmente nocivi, delle pratiche commerciali<sup>19</sup>.

#### 4. *La visione sistematica della legalità procedimentale*

La visione sistematica e metodologica che caratterizza la lettura della vicenda nella sede giudiziaria si riflette anche sull'interpretazione del nodo delle garanzie procedimentali<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Sulla scorta di tale convincimento il Collegio esclude l'applicabilità del meccanismo alternativo proposto da Vodafone, basato non sull'eterointegrazione, ma sulla eventuale richiesta all'operatore di chiarire, nella fattura o nel modulo per stipulare il contratto, la proiezione del costo anche sulla misura mensile (misura peraltro mai attuata dall'impresa). L'argomentazione da parte del Collegio sul punto non pare tuttavia particolarmente accurata.

<sup>20</sup> Sul punto è nota la letteratura che lega "legittimazione per risultati" e attribuzione di poteri ad autorità tecnicamente qualificate e slegate dal circuito democratico, anche sulla scorta del decisivo contributo eurounitario (M.P. CHITI, *La legittimazione per risultati dell'Unione Europea quale "comunità di diritto amministrativo"*, in «Riv. It. Dir. Pubbl. Com.», 2, 2016, p. 403). Per quanto riguarda una tipologia particolare di autorità di regolazione, vale a dire quelle organizzate mediante strutture a rete, valgano le considerazioni di E. CHITI, *L'accountability delle reti di autorità amministrative dell'Unione Europea*, in «Riv. It. Dir. Pubbl. Com.», 2012, p. 29, che riprende il concetto di *rule of law* amministrativa, per come interpretato dalla giurisprudenza comunitaria, come principale strumento per garantire l'*accountability* delle amministrazioni a rete. Infatti «per mezzo degli istituti della *rule of law* amministrativa, le reti sono assoggettate a un controllo da parte dei destinatari della propria attività, pubblici e privati. Il controllo si svolge attraverso i principi e le regole del procedimento amministrativo – così come essi risultano dai trattati e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dalla giurisprudenza del giudice europeo, dalle legislazioni settoriali e dalla prassi sviluppata dalle stesse amministrazioni – e l'insieme dei rimedi giurisdizionali, definiti dai trattati». L'assoluta osservanza delle garanzie offerte nel procedimento, con particolare riferimento ai meccanismi di partecipazione procedimentale, che caratterizza l'attività delle amministrazioni indipendenti è stata peraltro affermata, con riferimento alla Commissione di garanzia per l'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, dalla Corte costituzionale che, nella sentenza n. 57 del 1995, ha chiarito che «l'attività della Commissione non può sottrarsi al generale canone *audiatur et altera pars*: se è vero infatti che il «giusto procedimento» in quanto tale non può dirsi un principio assistito in assoluto da garanzia costituzionale (v., ad es., ordinanza n. 503 del 1987), è certo ch'esso costituisce sempre almeno un criterio di orientamento, come per il legislatore così per l'interprete». Di conseguenza, «il coinvolgimento dei soggetti interessati ed il momento di partecipazione che ne deriva, si pongono come fase indefettibile» nell'ambito dei procedimenti che si svolgono dinanzi alla Commissione. Sul punto v. G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimazione costituzionale e legittimazione democratica*, Giuffrè, Milano, 2006, 85, il quale ritiene che la sentenza esprima un precetto estensibile anche alle altre Autorità indipendenti.

A partire dalla loro unità minima, rappresentata dalle prerogative partecipative di cui agli artt. 7 ss. L. 241/1990, esse sono sì tese alla tutela di concreti interessi, ma – ricorda il Consiglio di Stato – «non devono risolversi in inutili aggravii procedurali»<sup>21</sup>. In altri termini, è insito in questa lettura un approccio marcatamente sostanzialistico, teso a superare eventuali violazioni formali, come nel caso di specie, a tutto vantaggio di una valutazione fattuale sull'apporto collaborativo effettivamente introdotto e vagliato nell'ambito del procedimento<sup>22</sup>.

La compatibilità tra misure afflittive o dissuasive e tutela del destinatario nel procedimento nell'ordinamento italiano viene valutata positivamente dal Consiglio di Stato alla stregua di un doppio parametro – la presenza di un controllo giurisdizionale effettivo («cioè attento sia agli aspetti procedurali dell'irrogazione della sanzione, sia all'accertamento fattuale della violazione e della sua gravità») e un sistema di consultazione pubblica simultanea degli operatori nel mercato da regolare – che pare ben resistere anche al vaglio della Corte EDU<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> In tema di partecipazione, *ex pluribus*, si vedano, G. TROPEA, *La partecipazione al procedimento fra istanze "di risultato" e riforma del processo amministrativo*, in *La partecipazione negli enti locali. Problemi e prospettive*, a cura di F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, Giappichelli, Torino, 2003, p. 227 e ss.; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997, spec. 157 ss.; S. TARULLO, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2008; P. CHIRULLI, *I diritti dei partecipanti al procedimento*, in «Codice dell'azione amministrativa», a cura di M.A. SANDULLI, Giuffrè, Milano, 2017, p. 615 ss.; A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale*, Giappichelli, Torino, 2016; M.C. ROMANO, *La partecipazione al procedimento*, in «L'azione amministrativa», a cura di ALB. ROMANO, Giappichelli, Torino, 2016, 283 e ss.

<sup>22</sup> Sul punto non soltanto viene richiamato il riferimento positivo rappresentato dall'art. 21-*octies* co. 2, L. 241/1990 – «non sono violate qualora nessuna effettiva influenza avrebbe potuto avere la partecipazione del privato rispetto alla concreta portata del provvedimento finale» ma anche la rilevanza del suo effettivo svolgimento nel caso di specie. Di recente v. *ex multis* Cons. St., IV, 3 dicembre 2018, n. 6824; Id., V, 15 luglio 2019, n. 4964. L'approccio è condiviso dalla dottrina, in particolare cfr. M.A. SANDULLI, *Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultati*, in «Principio di legalità e amministrazione di risultati», a cura di M. IMMORDINO, A. POLICE, Giappichelli, Torino, 2004, p. 230, secondo cui «parlare di Amministrazione di risultati in un quadro costituzionale democratico e attento alle esigenze e ai diritti fondamentali dei cittadini è coerente se intesa come volontà di raggiungere un quadro di regole quanto più possibile chiare anche nei fini, sì da consentire all'operatore una lettura logica e non rigidamente formalistica. Non è invece ammissibile concepirla come libertà dell'Amministrazione dalle regole, che rischia di aprire la strada a facili strapoteri».

<sup>23</sup> Cfr. sul tema, M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Editoriale

Entro queste coordinate si comprendono i caratteri dell'azione di *public enforcement* delineati dal Consiglio di Stato, il quale ne offre una ricostruzione dogmatica in termini di «insieme di procedure [...] con livelli di avvicinamento progressivo agli obiettivi dell'effettiva tutela».

A dimostrazione di ciò, il collegio ripercorre il procedimento in una chiave di lettura non “atomistica”, bensì “olistica”. Tale prospettiva si rivela di interesse teorico laddove riconduce con sicurezza la valutazione rispetto ad una sanzione entro le maglie di un più ampio sistema procedimentale, che considera unitamente l'interlocuzione sviluppatasi in costanza dell'adozione di diversi provvedimenti, sui quali si intersecano quelli resi dal giudice<sup>24</sup>.

Il Consiglio di Stato si riferisce plasticamente ad una «progressione regolatoria della complessa ma sostanzialmente unitaria fattispecie»<sup>25</sup> in cui le delibere richiamate possono essere lette come «un unico insieme di *normae agendi* per gli operatori»<sup>26</sup>.

La ricaduta teorica della ricostruzione offerta è una dequotazione («o,

---

Scientifica, Napoli, 2012, spec. pp. 207 ss.; F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in «Dir. proc. amm.», 2015, pp. 546 ss.; A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Giappichelli, Torino, 2016; F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017; C. FELIZIANI, *Giustizia amministrativa, amministrazione e ordinamenti giuridici. Tra diritto nazionale, diritto dell'Unione europea e Cedu*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018. Più in generale, sulla rilevanza del principio dell'effettività della tutela giurisdizionale e sui rapporti tra questo e l'autonomia procedurale degli Stati membri, per come recentemente interpretato dalla CGUE, v. S. TRANQUILLI, *Una rivoluzione che parte dall'effettività della tutela giurisdizionale. Imparzialità e indipendenza del giudice secondo i Giudici di Lussemburgo*, in Questo Volume, pp. 31 ss.

<sup>24</sup> Afferma il Consiglio di Stato che «per un verso, il Giudice di prime cure e, per altro verso, l'AGCOM hanno costruito un *continuum* di regole, apportando modifiche di volta in volta anche in base ai *decisa* cautelari, i quali hanno tenuto conto di talune esigenze di difesa degli operatori».

<sup>25</sup> Il riferimento all'esistenza di una “progressione regolatoria” quale metodo capace di rendere il sistema adattivo viene invocato da BASSAN, *Potere dell' algoritmo e resistenza dei mercati in Italia*, cit., p. 132 anche con riferimento al necessario intervento di più livelli di regolazione.

<sup>26</sup> Si tratta, in particolare, dei seguenti provvedimenti: la Delibera 121/17, la quale scaturisce da una consultazione pubblica a cui partecipa Vodafone, indetta con delibera 462/16; la delibera 498/17, che dispone il rimborso con indennizzo, a sua volta preceduta da un'altra interlocuzione con manifestazione di intento di adempiere, sospesa dal TAR Lazio; la nuova delibera 114/17, che reca la sostituzione dello storno dei giorni erosi in postergazione della fattura, adottata per rispondere alla sospensione (poi sospesa anch'essa); il decreto presidenziale 9/18/PRES, che modifica la delibera n. 114 e convoca un'audizione per definire il termine; la delibera 269/18 che fissa il termine del 31 dicembre 2018 per adempiere.

meglio, differente o semplificata definizione normativa») del principio di legalità formale in favore della legalità sostanziale<sup>27</sup>, valutata dal Consiglio di Stato alla luce del bilanciamento tra principio di legalità dell'azione amministrativa e predeterminazione rigorosa dell'esercizio delle funzioni amministrative<sup>28</sup> che, allorquando viene in rilievo il potere regolatorio di un'Autorità amministrativa indipendente, «può avere un carattere meno intenso, in ragione dell'esigenza di assicurare, in contesti caratterizzati da un elevato tecnicismo, un intervento regolatorio celere ed efficace»<sup>29</sup>.

È questo, del resto, un modello ormai affermatosi nell'ambito del procedimento di formazione degli atti regolatori, volto al rafforzamento della dimensione procedurale della legalità in ragione della valorizzazione degli scopi pubblici perseguiti<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> In dottrina tali percorsi sono analizzati da G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto*, in «Pers. e Amm.», 2017, 1, p. 256 il quale, relativamente al sindacato sulle sanzioni irrogate dalle Autorità amministrative indipendenti, evidenzia che «non è raro che il provvedimento sanzionatorio contenga elementi e valutazioni che, in fatto e in diritto, non corrispondano esattamente a quanto riportato nella C.R.I. (Comunicazione delle risultanze istruttorie) e che, talvolta, costituiscano una sorta di “risposta” ulteriore alle difese finali svolte dagli interessati». Tale approccio è “legittimato” da quella giurisprudenza – connessa alle tendenze svalutative dei vizi formali e procedurali, espresse oggi dall'art. 21-octies, co. 2, l. n. 241/90 – secondo cui la modifica dell'impostazione accusatoria non comporta, per sé, vizio invalidante il provvedimento finale, ma solo nel caso limite in cui con il provvedimento finale si sia intrinsecamente modificata la natura stessa della condotta contestata, e sempre che tale mutamento abbia impedito all'impresa coinvolta di articolare in modo compiuto le proprie deduzioni, violandone le prerogative difensive». L.A. cita Cons. St., Sez. VI, 29 settembre 2009, n. 5864, in «Foro Amm. CdS», 2009, p. 2135. Quest'ultimo tema, più in generale, riguarda anche i procedimenti per pratiche commerciali scorrette, avendo la giurisprudenza amministrativa affermato l'applicabilità dell'art. 21-octies, co. 2, al caso di mancata comunicazione di inizio del procedimento: cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 12 aprile 2011, n. 2256, in «Foro Amm. CdS», 2011, p. 1291.

<sup>28</sup> Sul tema, in generale, fanno da sfondo le considerazioni di ALB. ROMANO, *Amministrazione, legalità e ordinamenti giuridici*, in «Dir. Amm.», 1999, nonché in Id., *Introduzione*, in AA. Vv., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, poi riprese da E. SCOTTI, *Principio di legalità e trasformazione dei pubblici servizi, Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti*, Atti del Convegno, Macerata, 21 e 22 maggio 1999, a cura di C. PINELLI, Giuffrè, Milano, 2000, p. 239 e ss.

<sup>29</sup> Sul punto in dottrina v. A. POLICE, *La predeterminazione delle scelte amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, cit.

<sup>30</sup> Cons. St., VI, 2 maggio 2012, n. 2521; Id. 20 marzo 2015, n. 1532.

## 5. Natura e fondamento del potere dell'Autorità: l'indennizzo

La lettura dai contorni ampi che si va delineando nell'argomentare del Consiglio di Stato e il connesso approccio sostanzialistico alla *quaestio iuris* pongono un ulteriore interrogativo circa le coordinate di sistema cui ricondurre il fondamento normativo del potere esercitato dall'Autorità, anch'esso connotato da norme «...dai tratti generali, che impongono un intervento attuativo dell'Autorità...»<sup>31</sup>.

Come noto, è la L. 481/1995 a rappresentare ancora oggi il quadro di riferimento su cui fondare il potere delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità<sup>32</sup>. In particolare, rileva nel caso in parola la lettura congiunta dell'art. 12 lett. d) e h).

Su queste basi l'Autorità da un lato «...propone la modifica delle clausole delle concessioni e delle convenzioni, ivi comprese quelle relative all'esercizio in esclusiva, delle autorizzazioni, dei contratti di programma in essere e delle condizioni di svolgimento dei servizi, ove ciò sia richiesto dall'andamento del mercato o dalle ragionevoli esigenze degli utenti, definendo altresì le condizioni tecnico-economiche di accesso e di interconnessione alle reti, ove previsti dalla normativa vigente...» e, dall'altro, «...emana le direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi, definendo in particolare i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente, sentiti i

<sup>31</sup> Così il TAR in primo grado.

<sup>32</sup> La letteratura sul tema della regolazione dei mercati dei servizi è amplissima. Per una analisi del sistema negli anni dei percorsi di liberalizzazione, senza pretese di esaustività si vedano: Sui servizi a rete: L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Giappichelli, Torino, 2002; S. TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità. Un'analisi a partire dal settore dei servizi a rete*, Giuffrè, Milano, 2007; E. FERRARI (a cura di), *I servizi a rete in Europa*, Cortina, Milano, 2000; G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, Giuffrè, Milano, 2002; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione proconcorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Giuffrè, Milano, 2006; F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, Cedam, Padova, 2008; F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale. Una prospettiva per riconsiderare liberalizzazioni e servizi pubblici*, Giuffrè, Milano, 2008. Per l'energia elettrica e il gas: E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2007; F. VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Giappichelli, Torino, 2005; per le comunicazioni F. BASSAN, *Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche*, Giappichelli, Torino, 2002; F. BASSAN, *Regolazione ed equilibrio istituzionale*, in «Riv. It. Dir. Pubbl. Com.», cit. Le prospettive più attuali ruotano attorno all'analisi degli impatti delle nuove tecnologie sull'attività regolatoria, sul punto BASSAN, *Potere dell'algoritmo e resistenza dei mercati in Italia*, cit.

soggetti esercenti il servizio e i rappresentati ... (di utenti e consumatori), eventualmente differenziandoli per settore e tipo di prestazione...». In forza del successivo co. 37 tali determinazioni «costituiscono modifica o integrazione del regolamento di servizio».

Lungi dal risolversi nell'esercizio di un potere atipico, l'operazione di implementazione di tali «clausole aperte» avviene in base al «prudente apprezzamento a seconda degli scopi di tutela da raggiungere».

Il Consiglio di Stato ne rinviene l'ascendenza in un sistema composto dalla direttiva n. 2005/29/CE, dalle direttive settoriali e dalle fonti interne e reso coeso dal combinato operare dei commi 12 e 37 dell'art. 2 della l. 481/1995<sup>33</sup>.

Il «circolo regolatorio» si completa con il ruolo di guida attribuito agli organismi europei nonché alla giurisprudenza della CGUE, teso ad assicurare «l'applicazione unitaria, coerente ed uniforme delle discipline generale e di settore...»<sup>34</sup>.

La portata di un siffatto *framework*, già chiarita da un netto orientamento del Consiglio di Stato<sup>35</sup>, giunge ad attribuire all'Autorità «poteri ampi di eterointegrazione, suppletiva e cogente, dei contratti per il perseguimento di specifici obiettivi individuati».

Ma vi è di più: alla luce del complesso normativo delineato, il potere attribuito dalla norma imperativa si fa «parametro di validità del contratto», assecondando lo schema di cui all'art. 1374 c.c. Si giunge, per tale via, a ipotizzare e autorizzare il potere conformativo, che incide direttamente sui singoli rapporti contrattuali imponendo il riequilibrio economico delle prestazioni a prescindere dalla volontà delle parti e che integra il precetto normativo e si sovrappone, in un certo senso e come sarà chiarito più avanti, al rimedio negoziale, per la violazione delle regole di trasparenza violate.

<sup>33</sup> Alla norma rinvia, come evidenziato dallo stesso Consiglio di Stato, l'art. 1, co. 6, lett. c, n. 14 della l. 249/1997, istitutiva dell'AGCOM.

<sup>34</sup> Si vedano le considerazioni in BASSAN, *Regolazione ed equilibrio istituzionale*, cit., p. 979, laddove già evidenziava come «oggi l'Unione si occupa sempre più dei diversi aspetti della regolazione, nelle sue varie forme. Ciò consegue all'ampliamento delle competenze comunitarie (estese in relazione alle materie e agli strumenti di intervento), sia al fatto che le spiccate caratteristiche tecniche di molte discipline rendono – anche sul piano comunitario – inadeguato lo strumento legislativo rispetto ad altri più flessibili e, dunque, più idonei a seguire i rapidi mutamenti della tecnologia». L'A. prosegue dicendo che tale evoluzione da luogo a «nuove forme di amministrazione decentrata che coinvolgono i rapporti tra la Commissione e le agenzie, nonché tra queste ultime e le autorità indipendenti nazionali, e contribuiscono alla creazione di atti atipici difficilmente collocabili nella gerarchia delle fonti».

<sup>35</sup> Si tratta di Cons. St., VI, 24 maggio 2016, n. 2182; sull'esercizio di tali poteri era già intervenuta Cass., III, 27 luglio 2011, n. 16401.

Muovendo da tali premesse, di quel potere esercitato dall'Autorità di settore viene in discussione la natura stessa, che il Consiglio di Stato qualifica ascrivibile ad un potere "conformativo indennitario"<sup>36</sup>.

Il supposto riferimento normativo è l'art. 2, comma 20, lett. d) della l. 481/1995 in forza del quale all'*Authority* è assegnata la potestà di far cessare comportamenti lesivi dei diritti degli utenti, se del caso anche imponendo all'operatore, che li commetta, l'obbligo di corrispondere loro un indennizzo ai sensi dell'art. 12, lett. g), che può anche essere automatico in caso di discostamento del servizio dagli standard di qualità prefissati<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Peraltro di fatto forse superando quanto deciso in primo grado dal TAR in merito all'illegittimità di indennizzo.

<sup>37</sup> Con specifico riferimento al settore delle telecomunicazioni, la possibilità di riconoscere un indennizzo all'utente di servizi telefonici è stata prevista, in attuazione della direttiva 22/2002/CE, dall'art. 84 del d.lgs. n. 259/2003 (Codice delle comunicazioni), il quale stabilisce che «L'Autorità, ai sensi dell'art. 1, commi 11, 12 e 13 l. 31 luglio 1997 n. 249, adotta procedure extragiudiziali trasparenti, semplici e poco costose per l'esame delle controversie in cui sono coinvolti i consumatori e gli utenti finali, relative alle disposizioni di cui al presente capo, tali da consentire un'equa e tempestiva risoluzione delle stesse, prevedendo nei casi giustificati un sistema di rimborso o di indennizzo». Su questa base, con delibera 173/2007/CONS l'AGCOM ha adottato un meccanismo per la definizione stragiudiziale delle controversie, il quale prevede sia l'esperimento di un tentativo obbligatorio di conciliazione che costituisce condizione di procedibilità della domanda in sede giurisdizionale (art. 3), sia la possibilità di deferire la soluzione della controversia all'Autorità in alternativa all'esercizio della tutela in sede giurisdizionale (art. 19). Attraverso il provvedimento che definisce la controversia l'Autorità, ove riscontri la fondatezza dell'istanza, può condannare l'operatore ad effettuare rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità, fatta salva la possibilità per le parti di agire in sede giurisdizionale per il risarcimento del maggior danno (art. 19). Una più compiuta regolazione della materia degli indennizzi, si è avuta con la delibera 73/11/CONS, il regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori, le cui disposizioni sono entrate in vigore il 15 marzo 2011 (oggi sostituito dal regolamento approvato con delibera 347/18/CONS). Qui si prevede, in particolare, che l'indennizzo automatico previsto dal regolamento AGCOM vada richiesto secondo la procedura prevista dal regolamento allegato alla delibera 173/2007/CONS (poi sostituito dal regolamento allegato alla delibera 353/19/CONS). I regolamenti AGCOM che disciplinano il pagamento di indennizzi agli utenti del servizio di telefonia stabiliscono alcuni criteri per il calcolo degli indennizzi, che sono applicabili ai soli fini della definizione delle controversie tra operatori e utenti finali devolute alla cognizione della stessa Autorità garante (art. 2, comma 1, della delibera 73/11/CONS; art. 2, comma 1, della delibera 347/18/CONS). Quanto alle competenze, l'indennizzo va richiesto instaurando un procedimento davanti all'AGCOM (e non davanti al giudice ordinario), in quanto meccanismi chiari nello scopo e basati sul riconoscimento automatico di somme determinate per ogni giorno di disservizio o di ritardo nell'erogazione del servizio, a prescindere dall'accertamento giudiziale degli elementi costitutivi tipici della

Tale potere discende direttamente dall'interesse principale, oggetto della tutela dell'Autorità, che si attua in tal caso tramite il diretto riequilibrio delle prestazioni e che proprio attraverso l'imposizione dell'indennità arriva a realizzare un assetto conforme agli scopi perseguiti dall'Autorità stessa; non si atteggia dunque a mero rimborso, ma rimuove gli effetti dannosi della condotta abusiva rispettando comunque l'interesse della società ad adeguarsi al nuovo ciclo di fatturazione imposto dalla delibera dell'Autorità.

Proprio tale carattere ibrido della misura la differenzia tanto dal risarcimento – che presuppone l'accertamento di un illecito, nei suoi elementi costitutivi e che sarebbe competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria – quanto dalla sanzione – che presuppone conseguenze meramente afflittive e risulta completamente sganciata dal riequilibrio delle prestazioni, tendendo piuttosto a concretizzare una mera *deminutio* in capo al soggetto colpito<sup>38</sup>.

domanda di risarcimento del danno. Quanto agli indennizzi previsti dalle condizioni generali di contratto o dalle carte dei servizi predisposte da ciascun gestore del servizio telefonico, si tratta di indennizzi che il gestore si è impegnato a pagare in modo automatico ai propri clienti nei soli casi in cui il gestore stesso riconosca che il disservizio o il ritardo sono a sé imputabili (quando cioè non c'è contestazione circa l'inadempimento e la sua imputabilità al gestore). Il pagamento dell'indennizzo previsto dalle condizioni generali di contratto (o dalle carte di servizi degli operatori di telefonia) rappresenta dunque un mero strumento di compensazione volontaria per i danni derivanti dal ritardo nell'adempimento degli obblighi di fornitura del servizio assunti dal gestore. Ne consegue che non può essere chiesto il pagamento di tale indennizzo in sede giurisdizionale, ove al cliente è consentito di agire al solo fine di ottenere il risarcimento del danno secondo i principi generali in materia di obbligazioni e contratti. Sul punto già Cass. 15349/2017 aveva chiarito che gli indennizzi che, in attuazione della normativa di settore citata, devono essere previsti nella carta dei servizi dei soggetti che erogano prestazioni verso un pubblico indifferenziato di utenti, hanno una funzione deflattiva, perché mirano a prevenire ed evitare il contenzioso, inducendo il cliente a ricorrere agli organismi di composizione delle controversie.

<sup>38</sup> Il tema della natura paragiurisdizionale dei poteri conferiti alle autorità indipendenti, nonché degli incerti confini tra l'operato di esse e la tutela giurisdizionale dei diritti, non solo ha originato i primi dubbi della dottrina sulla compatibilità costituzionale di tali organi nell'ordinamento ma è stata anche oggetto d'indagine con riferimento alla distinzione tra poteri di *adjudication* e poteri di regolazione, che spesso si sommano in capo alle medesime autorità, come pare pienamente cogliersi nel caso di specie, dove il provvedimento di natura regolatoria arriva direttamente ad "attribuire" ai singoli utenti il bene della vita che questi avrebbero potuto richiedere tramite un procedimento appunto di *adjudication* oltre che tramite un'azione giudiziaria. Sui confini tra regolazione e *adjudication* cfr. F. CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, intervento al convegno «Le autorità amministrative indipendenti», tenuto in memoria di Vincenzo Caianiello in Roma, presso il Consiglio di Stato in data 9 maggio 2003, in «www.giustizia-amministrativa.it.»; F. DI PORTO, *La regolazione "geneticamente modificata": c'è del nuovo in tema di rapporti tra regolazione e concorrenza*, in «Riv. It. Dir. Pubbl. Com.», 2006, p. 94.

E solo sulla base di questa distinzione il collegio respinge le censure della parte appellante, arrivando a ricondurre il potere conformativo all'interno dell'ampia previsione legislativa, senza dover pretendere né un accertamento in via giudiziale né un'espressa previsione di sanzione.

Ciò non toglie che la misura, così come concepita, si ponga invero sul labile confine tra attività di regolazione *ex ante* delle condotte da seguire da parte degli operatori e interventi sanzionatori, che intervengono a condizionare direttamente la condotta degli stessi.

È il Consiglio di Stato a evidenziare la differenza ontologica tra indennizzo e risarcimento, rintracciandone il tratto nel collegamento ad un danno ingiusto<sup>39</sup>.

Il fatto genetico dell'obbligo restitutorio di natura indennitaria, viene ricordato, «è la perdita o limitazione della sfera giuridico-patrimoniale altrui in correlazione ad un trasferimento forzoso od alla nascita di un diritto in capo ad altri che l'ordinamento vuole riequilibrare. L'indennizzo ha una funzione di corrispettività o di carattere sostitutivo del bene che è stato trasferito».

Nel caso di specie ciò si risolve nell'erogazione gratuita della prestazione, che assumendo una natura «*lato sensu* indennitaria», opera quale meccanismo sostitutivo della somma di denaro prelevata dalla generalità degli utenti a causa dell'illegittimo regime di fatturazione contestato.

È pertanto esclusa una qualificazione come potere sanzionatorio tipico, avendo l'Autorità attivato il più generale rimedio, comunque posto *ex lege*.

La potestà viene ricollegata direttamente all'esito del controllo di adempimento, e non necessita pertanto alcuna predeterminazione, che risulterebbe dovuta, secondo il Collegio, soltanto nel momento in cui tale indennità dovesse andare oltre l'effetto riequilibratore e cumularsi al risarcimento del danno. Diversamente, il fatto che questa arrivi a prevenire anche eventuali azioni dei privati è da leggersi come elemento che opera anche a vantaggio dei gestori stessi, mirando ad escludere eventuali giudizi risarcitori.

La qualificazione come potere conformativo e inibitorio esercitato nella fattispecie procedimentale «a formazione progressiva» di cui si è detto sopra sta e cade con l'intento di effettivo riequilibrio a tutela degli utenti

---

<sup>39</sup> Il Collegio richiama la nozione generale di indennizzo, sottolineandole la natura ampia e volta a ricomprendere tutte le situazioni in cui sia disposto uno spostamento patrimoniale per bilanciare gli effetti negativi di un atto o comportamento, a prescindere dalla liceità dello stesso. Tale ragionamento vale comunque a escludere che l'Autorità abbia agito "sostituendosi" all'autorità giudiziaria e accertando gli estremi di un danno risarcibile, ma dimostra che abbia meramente agito nell'ambito delle sue prerogative per rideterminare l'assetto economico violato dall'inadempimento da parte dei gestori alla sua prima delibera.

della situazione alterata dal non trasparente aumento dei prezzi<sup>40</sup>. Di tale riequilibrio, a ben vedere, chiaro è il fine.

Le scelte degli operatori relative a principi fondanti la disciplina consumeristica, quali la trasparenza, la conoscibilità dei costi del servizio, la buona fede contrattuale, il buon andamento del servizio non possono unilateralmente incidere sulla sfera giuridica degli utenti al di fuori di un controllo di stampo pubblicistico. È questo un corollario dei mercati regolati in cui sono in scena – come evocativamente li apostrofa il Consiglio di Stato – «soggetti che tengono condotte di c.d. “apatia” apparentemente razionale, soggetti di minorata difesa».

Nell’offrire un rimedio a siffatti disallineamenti si sostanzia il fine di tutela consumeristica nel provvedimento ripristinatorio siccome l’attivazione di meccanismi ordinari di controllo lascerebbe insoluto il triplice dilemma degli effetti disfunzionali: «andamento molecolare» del contenzioso; ingolfamento del sistema giudiziario e non da ultimo, rinuncia a qualsivoglia tutela da parte di soggetti “apatici”<sup>41</sup>.

## 6. *Tra public enforcement e private enforcement*

Ecco, dunque, che la risposta più efficace a fronte del pericolo di un «contenzioso pulviscolare» risulta essere lo strumento del *public enforcement* – la «tutela amministrativa dei diritti» nella moderna realtà dei mercati per «rispondere alle problematiche poste dall’economia di massa», pensata per agire, da un lato, sui profili della concretezza e dell’effettività della tutela per gli utenti quali anello debole del dialogo negoziale e, dall’altro, in via generalpreventiva, quale formula dissuasiva rispetto alle condotte illegittime e pregiudizievoli eventualmente poste in essere dagli operatori.

Coerentemente con tale schema, l’Autorità agisce, per un verso, tramite l’adozione di un provvedimento sanzionatorio pienamente afflittivo –

<sup>40</sup> Si ricordi che la delibera 114/2017/Cons configura l’indennizzo non già come mero rimborso ma contempera le esigenze di ripristino della fatturazione a cadenza mensile con la refusione dei disagi subiti dagli utenti.

<sup>41</sup> Soccorrono sul punto gli studi in tema di *behavioral economics*, i quali esaminano gli effetti dei fattori psicologici, emotivi, cognitivi, culturali e sociali sulle decisioni compiute dagli individui. La contaminazione tra gli esiti di tali studi e la dimensione giuridica è oggi al centro del dibattito sulla sfida regolatoria posta dalla rivoluzione tecnologica basata sull’impiego dell’intelligenza artificiale. Tra gli altri v. T. MARWALA, E. HURWITZ, *Artificial Intelligence and Economic Theory: Skynet in the Market*, Springer, Londra, 2017.

sanzione amministrativa pecuniaria – e, per l'altro, adotta un provvedimento idoneo ad incidere sui rapporti negoziali, realizzando un riequilibrio conforme agli assetti disegnati dal regolatore<sup>42</sup>. Se, dunque, lo scopo resta lo stesso, il mezzo utilizzato si pone su un piano di complementarietà rispetto al rimedio eventualmente azionabile dagli utenti<sup>43</sup>.

Forse proprio in virtù di tale meccanismo il collegio ha ritenuto che la misura indennitaria, non avendo carattere squisitamente sanzionatorio, non necessiti di alcuna preventiva diffida o formale avviso, né tantomeno debba essere compiutamente predeterminata dalla legge (requisito necessario, come noto, per i provvedimenti afflittivi, anche in virtù del quadro sovranazionale).

Il baricentro dell'azione regolatoria sui casi d'indennizzo non è dunque la "predeterminazione" bensì, il suo opposto, ovvero la potestà di controllo al cui esito, e soltanto, sarebbe possibile identificare i casi per cui sorga l'obbligo di indennizzo.

Vi sarebbe inoltre piena compatibilità delle misure ripristinatorie e indennitarie con l'art. 41 Cost. in ragione della stretta interrelazione tra apposizione di limiti di ordine generale alla libertà di iniziativa economica e ragioni di utilità sociale, se valutata alla luce dei canoni di non arbitrarietà e congruenza<sup>44</sup>. Nessuna sproporzione o distonia rispetto al «sistema dei rapporti tra imprese e consumatori» viene in tal senso ravvisata dal Collegio<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> In merito all'interesse pubblico tutelato dai provvedimenti sanzionatori v. F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in «Riv. It. Dir. Pubbl. Com.», 1, 2013, p. 79, il quale ritiene che tali provvedimenti realizzino anche l'interesse alla base della funzione esercitata dall'Autorità; B. RABAI, *La conclusione del procedimento sanzionatorio antitrust mediante accettazione di impegni. considerazioni sul rapporto tra public e private enforcement*, in «Dir. Amm.», 2018, 1, 165.

<sup>43</sup> Sull'efficacia del provvedimento AGCOM v. M. BINA, *I rapporti tra Agcom e autorità giudiziaria*, cit., 225 secondo cui «il provvedimento Agcom, non impugnato, o confermato in sede di impugnazione, è un ordine immediatamente efficace che vincola provvisoriamente il destinatario, il quale dovrà adempiere ed adeguarsi al contenuto dell'interdetto sotto pena di sanzione amministrativa; un provvedimento con effetti sui generis, attraverso il quale l'autorità indipendente introduce una regola provvisoria destinata a produrre i propri effetti finché non sopravvenga un provvedimento dell'AGO».

<sup>44</sup> Sul punto v. Corte cost. 24 gennaio 2017, n. 16.

<sup>45</sup> Sull'interpretazione sistematica delle norme (in particolare del D.L. 148/2017) alla luce delle fonti europolitane fa leva il Cons. Stato anche nel successivo punto 5.7 nell'ambito dell'analisi del rapporto tra fonti (la delibera n. 121 e l'art. 19-*quinquiesdecies* del DL 148/2017). Dal «sistema legale istitutivo dell'Autorità» il Collegio ricava il divieto posto dalla delibera di scegliere scadenze temporali di fatturazione eccentriche rispetto al mese o ai suoi multipli.

La lettura ad ampio spettro offerta dal Consiglio di Stato si comprende ancor meglio avendo riguardo alla disamina dei rapporti tra gli strumenti del *public*<sup>46</sup> e del *private*<sup>47</sup> *enforcement*, di cui viene accolta, relativamente al settore

<sup>46</sup> Sul punto si ricordi che il sistema centralizzato di *public antitrust enforcement*, fondato sulla competenza esclusiva della Commissione europea e sull'applicazione della disciplina antitrust comunitaria contenuta nel previgente art. 81 par. 3 TCE fu superato ad opera della riforma introdotta dal Regolamento c.d. di modernizzazione, n. 1/2003, che segnò definitivamente il passaggio ad un sistema nel quale la Commissione condivide il potere di applicare gli artt. 101 e 102 TFUE, con le Autorità Garanti della Concorrenza e del Mercato nazionali e le giurisdizioni degli Stati membri. Al rafforzamento del *public enforcement* è stato da ultimo dedicato un recente intervento *ad hoc* del legislatore dell'Unione. Si tratta della direttiva 2019/1/UE, dell'11 dicembre 2018, che attribuisce alle Autorità Garanti della Concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficaci e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno. In dottrina, la descrizione della nozione è operata da L.R. PERFETTI, *La dimensione pubblica dei diritti individuali. Il coordinamento degli enforcement amministrativi e giudiziari nell'Unione Europea e l'emergere del diritto comune europeo*, in «AIDA», 2013, p. 340: «Viene normalmente ricondotta al *public enforcement* l'attività di autorità pubbliche diretta a rendere effettiva, attraverso l'esercizio di poteri amministrativi, nel pubblico interesse, l'applicazione delle regole relative ad un dato settore di attività; è agevole richiamare ad esempio l'esercizio dei poteri delle Autorità amministrative indipendenti e dell'AGCM in particolare. Si individua il *private enforcement* per opposizione: sicchè, si avrà riguardo all'attività di soggetti privati che, nel proprio esclusivo interesse, agiscono innanzi all'autorità giudiziaria per domandare che certe regole vengano fatte rispettare».

<sup>47</sup> Con l'espressione *private antitrust enforcement* si fa riferimento genericamente alla tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi attribuiti ai singoli dalle disposizioni comunitarie antitrust, oggi contenute negli artt. 101 e 102 TFUE (fin dagli anni settanta qualificati dalla Corte di Giustizia come dotate di effetto diretto e quindi in grado di creare a favore dei singoli, persone fisiche e giuridiche, posizioni giuridiche direttamente tutelabili di fronte i giudici nazionali). La giurisprudenza comunitaria ha contribuito in maniera decisiva a delineare i caratteri generali dell'istituto, in particolare attraverso le pronunce della Corte di Giustizia nei casi *Courage* e *Manfredi* sull'illecito antitrust. L'azione della Commissione Europea ha contribuito al suo potenziamento e al suo affermarsi negli ordinamenti degli Stati membri. Dapprima essa commissionò ad Ashurst uno studio sul grado di sviluppo (*rectius*, "totale sottosviluppo") dello strumento in Europa. Realizzò poi il Libro Verde nel 2005 e il Libro Bianco nel 2008, nonché, successivamente la proposta di adozione di quella che sarebbe poi diventata la Direttiva 2014/104/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, recepita in Italia con il decreto Legislativo n. 3/2017. In dottrina v. in tema F. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento Agcm: profili sostanziali e processuali*, in «Dir. Proc. Amm.», 1, 2020, p. 45 ss.; F. CINTIOLI, *Private enforcement, l'effetto vincolante del provvedimento AGCM e la pratica concordata*, in «Orizzonti della concorrenza in Italia, scritti sulle istituzioni di tutela della concorrenza», Giappichelli, Torino, 2019, p. 157 ss.; ID., *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante*

delle telecomunicazioni, una prospettiva in termini di «cooperazione»<sup>48</sup>.

dell'art. 7, d.lg. 19 gennaio 2017, n. 3), in «Dir. Proc. Amm.», 2018, p. 1207 ss.; D. VESCE, *Sul sindacato del giudice amministrativo sulle decisioni dell'Agcm. Pienezza della giurisdizione e tutela dei diritti*, in «Judicium», 3, 2019; M. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della Cedu e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul private enforcement (decreto legislativo n. 3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all'AGCM*, in «Federalismi», 8, 2018; N. RANGONE, *D. lg. 19 gennaio 2017, n. 3: profili amministrativistici*, in «Nuove Leggi Civ. Comm.», 2018, p. 255 ss.; D. PORENA, *Rilievi ed osservazioni, in prospettiva costituzionale, sul d. lg. n. 3/2017 (attuazione della Direttiva 2014/104/UE in materia di "antitrust private enforcement")*. *Il ruolo della giurisdizione nazionale: dalla soggezione del giudice soltanto alla legge alla soggezione del giudice alla legge...ed alla Autorità antitrust?*, in «Federalismi», 7, 2018; M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, in «Nuove Leggi Civ. Comm.», 2018, p. 476 ss.; A. ALBORS-LLORENS, *Antitrust damages in EU law: The interface of multifarious harmonisation and national procedural autonomy*, in «University of Queensland Law Journal», 37, 2018, p. 139 ss.; M. SIRAGUSA, *Action for damages and imposition of fines*, in «Riv. it. Antitrust», 2018, p.103 ss.; G. BRUZZONE, A. SAJA, *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento al margine?*, in «Merc. conc. reg.», 2017, 1, p. 9 ss.; P. COMOGGIO, *Note a una prima lettura del d.lg. 3/2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danni antitrust*, in «Riv. trim. diritto e proc. civ.», 2017, p. 991 ss.; M. DELSIGNORE, *Le regole di convivenza della sanzione amministrativa*, in «Dir. amm.», 2017, p. 235 ss.; B. GILIBERTI, *Public e private enforcement nell'art. 9, comma 1, della direttiva antitrust 104/2014. Il coordinamento delle tutele: accertamento amministrativo e risarcimento dei danni nei rapporti interprivatistici*, in «Riv. it. di dir. pubbl. com.», 2016, p. 77 ss.; G. FONDERICO, *Public e private enforcement*, in «AIDA», 2015, p. 3 ss.; F. ROSSI DAL POZZO - B. NASCIBENE (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009; E.A. RAFFAELLI, *Il private antitrust enforcement dopo la Direttiva Danni: troppi problemi ancora irrisolti?*, in «Federalismi», 14, 2019; A. STEPHAN, *Does the EU's drive for private enforcement of competition law have coherent purpose*, in «University of Queensland Law Journal», 37, 2018, p. 153 ss.; M. MEROLA, L. ARMATI, *The binding effect of NCA decisions under the damages directive: rationale and practical implications*, in «Riv. it. Antitrust», 2018, p. 87 ss.; L. PANZANI, *Binding effect of decisions adopted by National competition authorities*, in «Riv. it. Antitrust», 2018, p. 98 ss..

<sup>48</sup> La questione del rapporto tra i due strumenti impegna la dottrina da tempo. *Ex multis v.* M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 455 ss.; ID., *Il ruolo necessariamente complementare di "public" e "private enforcement" in materia di antitrust*, in «Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione dei mercati», a cura di M. MAUGERI, A. ZOPPINI, Il Mulino, Bologna, 2009, 171 ss.; ID., *L'applicazione delle norme antitrust europee da parte dei giudici nazionali*, in M. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, III, 2007, Giuffrè, Milano, 367 ss.; R. PARDOLESI, *Complementarietà irrisolte: presidio (pubblico) del mercato e azioni (private) di danno*, in «Merc. Conc. Reg.», 2011, p. 436 ss.. Evidenzia l'autonomia tra i due tipi di azioni GILIBERTI, *Public e private enforcement nell'art. 9, co. 1 della direttiva antitrust 104/2014. Il coordinamento delle tutele: accertamento amministrativo e risarcimento danni nei rapporti privatistici*, cit., p. 77 laddove afferma che «l'art. 9 della direttiva è destinato ad avere un rilevante impatto, sia teorico che positivo, in Italia, dal momento che nella legislazione

Sul punto il Consiglio di Stato afferma in maniera netta l'esclusione di una visione di tale rapporto in termini di alternatività, valorizzando i «continui travasi di esperienze, accertamenti e documentazione» dall'uno all'altro plesso di tutela<sup>49</sup>.

Tale relazione, già matura rispetto ad altri settori regolati<sup>50</sup>, è stata più volte esaminata dalla dottrina in termini di complementarità<sup>51</sup> e viene in rilievo allorché l'*Authority* va a sostituirsi in un'azione che ben potrebbe essere posta in essere dal privato (e che dunque con essa potrebbe coincidere nell'esito)<sup>52</sup>. Volti di una tutela bifronte, *public* e *private enforcement*

---

nazionale (l. 10 ottobre 1990, n. 287) non si ritrova una previsione volta a coordinare in maniera espressa decisioni amministrative e quelle dei giudici di liti private in materia antitrust. Piuttosto, l'idea consolidatasi in dottrina e giurisprudenza — come meglio si proverà a dire — è stata quella della tendenziale autonomia degli accertamenti operati in seno alle procedure di *private* e *public enforcement*.

<sup>49</sup> Sul punto, relativamente al caso A407 – CONTO TV/SKY ITALIA, Provvedimento AGCM n. 21316 v. i relativi commenti dottrinali di G. IONNIDES, *Alla ricerca del giusto bilanciamento tra public e private enforcement nel diritto antitrust, nota a sentenza a Cons. di St., Sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4773*, in «Gior. Dir. Amm.», 2015, 2, pp. 252 e ss.; o, ancora, F. BALESTRA, R. TREMOLADA, *Il rapporto tra private e public enforcement del diritto antitrust nella giurisprudenza amministrativa*, in «Foro Amm (II)», 3, 2015, pp. 781 e ss.

<sup>50</sup> Emblematico è il settore bancario-finanziario. In dottrina lo ricorda R. CARLEO, *L'arbitro bancario-finanziario: anomalia felice o modello da replicare?*, in «Riv. Arb.», 1, 2017, p. 21, evidenziando che «un tratto distintivo caratterizzante si rinviene nell'aver predisposto un sistema che coniuga *private public enforcement*, trattandosi di una speciale modalità di esercizio della funzione di vigilanza della Banca d'Italia esercitata, appunto, attraverso l'ABF, come traspare dalla stessa normativa di rango secondario (le disposizioni della Banca d'Italia dichiarano la rilevanza dell'attività dell'ABF “per il conseguimento di obiettivi di efficienza e competitività del sistema finanziario” e collocano espressamente le decisioni dell'ABF nell'ambito di un “più ampio quadro informativo” da utilizzare “nello svolgimento della propria funzione regolatrice e di controllo”), a prescindere dalle garanzie di imparzialità degli arbitri».

<sup>51</sup> Considerazioni critiche sul rapporto tra i due strumenti in BRUZZONE, SAIJA, *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento al margine?*, cit., spec. p. 20; cfr. anche L. MICCOLI, *Tra public and private enforcement: il valore probatorio dei provvedimenti dell'Agcm alla luce della nuova direttiva 104/14 e del d.lgs. 3/2017*, in «Jus civile», 2017; V. LOPILATO, *Tutela pubblica e privata della concorrenza*, in «Giorn. Dir. Amm.», 2015, 4, pp. 443 e ss.; H. STAKHEYEVA, *Removing Obstacles to a More Effective Private Enforcement of Competition Law*, in «E.C.L.R.», 2012, p. 389.

<sup>52</sup> E. BATTELLI, *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e «nuovi» diritti*, in «Eur. e Dir. Priv.», 3, 2014, p. 927, evidenzia che «il sistema di *enforcement* delle disposizioni di recepimento della direttiva delineato dall'art. 66 cod. cons., in definitiva, risulta caratterizzato, per un verso, dalla introduzione nell'ambito del *public enforcement*, di un controllo amministrativo di tipo collettivo affidato all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato già competente in materia di pratiche

assurgono a strumenti di tutela sostanziali e processuali utilizzabili dinanzi ad una rilevante sproporzione, sia essa di rango economico o cognitivo, tra cittadino-consumatore e professionista-operatore economico dovuta a condotte anticoncorrenziali<sup>53</sup>.

La distinzione essenziale tra i due strumenti risiede nella circostanza per cui la normativa *antitrust* può essere applicata da Autorità pubbliche o dai giudici nell'ambito delle controversie tra privati<sup>54</sup>. Differenti sono, tuttavia, le forme attraverso cui essi si atteggiavano a livello organizzativo, essendo il *private enforcement* decentrato; rimesso alla disciplina delineata dagli Stati membri e attivabile su base diffusa da quanti abbiano subito un danno derivante dall'illecito concorrenziale<sup>55</sup>. Ne deriva che in questo caso la signoria rispetto all'attivazione dello strumento sia rimessa a soggetti "motivati", aventi come obiettivo essenziale il ristoro del pregiudizio sofferto

---

commerciali scorrette (art. 27 cod. cons.) e clausole vessatorie (art. 37 bis cod. cons.); per altro verso, dalla previsione, nell'ambito del *private enforcement*, di strumenti giudiziali e stragiudiziali, tra cui l'azione inibitoria delle associazioni dei consumatori (art. 139, 140 cod. cons.), la c.d. azione di classe (art. 140-bis cod. cons.) e la composizione extragiudiziale delle controversie (art. 141 cod. cons.)».

<sup>53</sup> Si veda, su questi aspetti e non solo, la lucida ricostruzione di L. ROSSI CARLEO, *Il public enforcement nella tutela dei consumatori*, in «Corr. Giur.», 2014, p. 5 ss. la quale ricorda come il *public enforcement*, anche se tiene conto di aspetti "individuali" agisce nella prospettiva di una serialità in quanto «trattandosi di tutela del mercato, l'attenzione si concentra sull'efficienza che si persegue incentivando comportamenti corretti e correggendo, in tal modo, i fallimenti»; nonchè M. RABITTI, *La qualità di "consumatore-cliente" nella giurisprudenza e nelle decisioni dell'arbitro bancario finanziario*, in «Contratto e Impresa: dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale diretti da Francesco Galgano», Cedam, Padova, 2014, 1, p. 201 ss.

<sup>54</sup> Il punto è stato in più occasioni chiarito dalla giurisprudenza. V. TAR Lazio, 1713/2006, «laddove il giudice ordinario si pronuncia soltanto su ricorso di parte per la tutela di un interesse privato, l'Autorità agisce di sua iniziativa per tutelare l'interesse pubblico di rilevanza comunitaria e costituzionale alla salvaguardia di un mercato concorrenziale». In tale prospettiva il dialogo e la cooperazione tra le Corti, nonchè tra queste e le Autorità nazionali, viene osservato dalla dottrina come un meccanismo capace di apportare effetti benefici sia al sistema di *public* sia di *private enforcement*. Sul punto cfr. G. MASTRODONATO, *I principi della disciplina antitrust nella giurisprudenza della Corte di giustizia Ue e nel dialogo fra le Corti*, in «Foro Amm. C.d.S. (II)», 11, 2013, p. 3191.

<sup>55</sup> Ed infatti, le ipotesi azionabili nell'ambito degli strumenti di *private antitrust enforcement* sono ampie, comprendendo oltre il rimedio risarcitorio, anche le azioni di nullità e le azioni cautelari. Nel *public enforcement*, diversamente, le Autorità si avvalgono di strumenti individuati dal diritto comunitario di varia natura: ordini di cessazione delle infrazioni; disposizione di misure cautelari; accettazione di impegni; comminazione di ammende, penalità di mora etc.

dalle vittime dell'illecito<sup>56</sup>. Siamo ben lontani, dunque, dagli attori "apatichi" descritti dal Consiglio di Stato quale leva per l'azione di *public enforcement* esaminata nel caso in oggetto.

Gli stessi strumenti offerti dallo Codice del Consumo – agli artt. 138-142, ivi inclusa l'azione di classe ex art. 140 – pur essendo anch'essi costruiti per offrire una tutela ai privati in relazione alle «vicende patologiche di massa», si porrebbero su un piano di parallelismo con gli strumenti di *public enforcement*<sup>57</sup>.

Sovente infatti, e come nel caso di specie, la complessità della questione tanto in punto di dinamiche di mercato quanto relativamente al numero di soggetti coinvolti legittima un parallelo procedere dei due percorsi di tutela<sup>58</sup>.

E ciò in quanto il *public enforcement*, diversamente, secondo la prospettiva accolta dal Consiglio di Stato, opererebbe come «amministrazione neutrale e

<sup>56</sup> Sull'attore di una causa volta ad ottenere il risarcimento del danno derivante da un illecito *antitrust* grava l'onere di offrire la prova dell'effettivo danno subito e del suo collegamento causale con la violazione.

<sup>57</sup> In tema L. ROSSI CARLEO, *Class action e pratiche commerciali scorrette: spunti e riflessioni a margine dell'ordinanza del Tribunale di Milano 20 dicembre 2010*, in «Judicium»; diffusamente R. DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Jovene, Napoli, 2011.

<sup>58</sup> La dottrina si è cimentata nell'analisi dei rapporti tra i giudici del *private* e del *public enforcement*. L'autonomia dei due giudizi, civile e amministrativo, anche quanto agli schemi di tutela (tanto da poter condurre a due giudicati diversi sulla stessa condotta) sembrerebbe poter essere letta, in chiave evolutiva, anche in considerazione dell'efficacia probatoria dell'accertamento *antitrust*, come un percorso verso una "funzione integrata", tale da coinvolgere tutti i soggetti verso il medesimo obiettivo di tutela. Tale prospettiva, sembrerebbe ben coniugarsi con la posizione assunta dal Consiglio di Stato con la sentenza in commento. In dottrina, sul punto, v. CILIBERTI, *Public e private enforcement nell'art. 9, co. i della direttiva antitrust 104/2014. Il coordinamento delle tutele: accertamento amministrativo e risarcimento danni nei rapporti privatistici*, cit. laddove afferma che «l'autonomia tra vicende procedimentali *antitrust* e giudizi civili risarcitori, peraltro, è stata declinata con tale rigore da ritenere di doverla riconfermare sia nel caso di giudizio amministrativo pendente in costanza di lite civile, sia in quello di giudicato amministrativo di rigetto dell'istanza di annullamento del provvedimento *antitrust*. Ed infatti, è comune l'opinione — che riscontra invero posizioni contrarie — che esclude la forza vincolante del giudicato amministrativo nel giudizio civile, alla luce della asimmetria delle parti dei rispettivi giudizi e della natura del contenzioso amministrativo di annullamento, finalizzato alla caducazione dell'atto amministrativo e non all'accertamento della conformità a diritto di vicende materiali». Chiarisce la distinzione e i rapporti tra effetti del provvedimento amministrativo, ancorché definitivo e decisione giudiziaria M. BINA, *I rapporti tra Agcom e autorità giudiziaria*, in «Il regolamento dell'Agcom sul diritto d'autore», a cura di L.C. UBERTAZZI, Giappichelli, Torino, 2014, 224; in termini analoghi v. C. SELVAGGI, *Abuso di posizione dominante*, in «Giur. it.», 1992, IV, p. 135; M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione*, cit., G. VERDE, *Autorità amministrative indipendenti*, cit., 760.

non meramente imparziale»<sup>59</sup>, nel rispetto dei canoni di cui all'art. 97 Cost. e del quadro valoriale costituzionale, giungendo ad assumere «statuizioni paragiustiziali».

Nel caso in esame, la violazione degli obblighi di trasparenza – la mancata comunicazione delle variazioni di costo – non viene affrontata con rimedi negoziali e la gravità delle condotte anticoncorrenziali viene valutata, relativamente al caso di specie, in base a una serie di elementi tra cui gli effetti, il contesto e, non da ultimo, il grado di consapevolezza rispetto al (dis)valore dell'azione. La stessa soluzione adottata dall'AGCOM non si configura come un risarcimento – come detto, proprio del *private enforcement* – ma è un indennizzo. Cionondimeno, l'automatismo dello stesso lo configura quasi come un obbligo “in natura”, che non a caso richiede un chiarimento da parte del collegio circa la delimitazione concettuale rispetto al risarcimento in forma specifica del danno. Ancora, tale azione manifesta i suoi effetti anche sulla platea dei privati, in considerazione del fatto che a fronte di un adeguamento da parte dell'impresa viene dequotata la possibilità per gli utenti di agire singolarmente<sup>60</sup>, ottenendo significativi vantaggi in termini scalari nel sistema quanto a deflazione del contenzioso, equilibrio dei rapporti e, non da ultimo, soddisfazione dell'utenza.

La dimensione consumeristica si fa quindi parte integrante dell'interesse pubblico al funzionamento del mercato e le sue regole diventano operative rispetto alle situazioni di fallimento dei meccanismi economici<sup>61</sup>. Tutela della concorrenza da un punto di vista macroeconomico e singolo rapporto di consumo si pongono in relazione dialettica<sup>62</sup>, con la comune finalità di

<sup>59</sup> Il tema della funzione amministrativa neutrale, distinta da quella esercitata in sede giurisdizionale è stato sollevato da A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in «Riv. dir. proc.», 1964, p. 200. Di recente è stato ripreso da M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione amministrativa neutrale*, Cacucci, Bari, 2017.

<sup>60</sup> Salvo, come anticipato, la prova del maggior danno.

<sup>61</sup> In questi termini G. PULEIO, *Il risarcimento del danno antitrust alla luce della direttiva 2014/104/UE*, «Resp. Civ. e Prev.», 3, 2016.

<sup>62</sup> L. MICCOLI, *Tra public and private enforcement: il valore probatorio dei provvedimenti dell'Agcm alla luce della nuova direttiva 104/14 e del d.lgs. 3/2017*, cit., 2017, 4, 348 evidenzia che «l'azione delle misure di *public enforcement*, infatti, mira alla massimizzazione del benessere della categoria dei consumatori in sé considerata, nonché alla tutela delle istanze imprenditoriali a competere in un libero mercato. La dimensione coinvolta, dunque, è spiccatamente macroeconomica. Per quanto concerne, invece, il concetto di *private enforcement*, viene presa in considerazione un'ottica puramente individuale, che pone l'accento sulla regolamentazione della singola operazione commerciale. [...] Diversamente, se ad essere compromessa è la dimensione micro-economica, il danneggiato ha la facoltà di rivolgersi al giudice civile per ottenere il risarcimento del danno». In generale, la contestualizzazione dei prezzi dei servizi nel panorama dei rapporti tra regole ed

concorrere alla sostenibilità del sistema<sup>63</sup>.

Il *vulnus* nella vicenda in esame è infatti duplice, affiancandosi alla lesione individuale il danno al buon funzionamento del mercato. E non di rado – e come nel caso di specie accade – asimmetria informativa e lacune in termini di trasparenza caratterizzano l'illecito concorrenziale. In siffatta dinamica il consumatore diventa dunque protagonista, in ragione della sua capacità di influenzare l'elemento, centrale, della concorrenza sul mercato, attraverso le scelte individuali che possono avere riflessi diretti sul contrasto ai monopoli e rispetto all'incentivazione della competitività del sistema.

### 7. Notazioni conclusive sul rapporto tra apatia razionale (dei consumatori) e (ruolo delle) amministrazioni indipendenti

La lettura sistematica e sistemica adottata dal Consiglio di Stato conduce alla conferma dell'ipotesi ricostruttiva che offre una lettura della regolazione del mercato in termini di cooperazione tra l'azione pubblica e l'azione privata.

La sentenza ha l'indubbio pregio di contribuire al superamento di una visione del *public enforcement* in termini marcatamente sanzionatori, dando conto, al contrario, di come rimedi inibitori e indennitari costituiscano un diretto precipitato di un sistema reticolare di norme e poteri di

---

economia è evidenziato già da G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Cedam, Padova, 2001, p. 307, che legge in termini di trasformazione dell'intervento pubblico, tra gli altri, anche la materia dei corrispettivi pagati dagli utenti per fruire delle prestazioni. In relazione a ciò evidenzia «un tendenziale superamento della disciplina autoritativa orientata al perseguimento di obiettivi macroeconomici. In luogo di essa, si introducono forme di regolazione e controllo dirette a garantire la trasparenza e l'orientamento ai costi dei prezzi, nonché la loro accessibilità per gli utenti in condizione di disagio». *Amplius*, v. C. RABITTI-BEDOGNI, P. BARUCCI, *Venti anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Giappichelli, Torino, 2010. Il passaggio da un regime tariffario in senso stretto ad uno di regolazione pubblica dei prezzi era già stato oggetto di analisi nella ricostruzione di M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1995, spec. p. 217; nonché in S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in «Riv. Trim. Dir. Pubbl.», 2000, p. 389; G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Cedam, Padova, 2000.

<sup>63</sup> Sostenibilità da intendersi oggi, irrinunciabilmente, in chiave non soltanto economica, ma anche sociale e ambientale. Del resto l'individuazione di un sistema tariffario «certo, trasparente e basato su criteri predefiniti» (così la L. 481/1995), deve essere volto all'armonizzazione di «obiettivi economico-finanziari dei soggetti esercenti il servizio con gli interessi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse» (così l'art. 1, comma 1, L. 481/1995).

stampo pubblicistico attivabili allorquando i principi a presidio del buon funzionamento dei mercati regolati siano posti a repentaglio da azioni potenzialmente pregiudizievoli destinate ad alterarne gli equilibri.

L'intricata vicenda procedimentale e processuale che fa da sfondo alle argomentazioni del Collegio dà prova del concreto operare dello strumento nel dinamismo del sistema, sia in termini preventivi – mirando ad incentivare comportamenti corretti nel mercato – che riparatori – essendo finalizzato alla correzione dei fallimenti.

La sua apprezzabilità, tuttavia, non può di certo leggersi disgiuntivamente dalla suggestiva evocazione di “soggetti dominati da apatia razionale” e dunque dalla rilevanza dell'azione pubblicistica a fronte della supposta reticenza delle masse di utenti ad intraprendere, nell'esercizio di un'autonomia privata, azioni pulviscolari tese al ristoro della posizione individuale. Ciò, invero, in quei casi in cui, da un lato, alla luce dell'interiore valutazione del singolo “costi-benefici”, la scelta condurrebbe, perlopiù, ad una rinuncia alla tutela e, dall'altro lato, gli effetti del comportamento scorretto, che assumono rilevanza non già rispetto alla posizione del soggetto – solo minimamente afflitto – bensì “nel sistema” laddove considerati nel loro complesso, siano suscettibili di imprimere un distorto affermarsi dei rapporti tra consumatori e imprese.

Alla luce di tutto ciò si comprende il vaglio di compatibilità, operato dal Consiglio di Stato, tra l'azione regolatoria in oggetto e l'art. 41 rispetto al parametro dell'utilità sociale. Tale arresto non rappresenta una novità se letto nel panorama dottrinale consumeristico laddove, sovente, ad una valorizzazione dei vantaggi per la collettività possono contrapporsi eventuali svantaggi per le imprese<sup>64</sup>. E, ancora, si pone come parametro per affermare il *public enforcement* come garanzia non soltanto delle prerogative dei consumatori e delle imprese, ma dell'interesse pubblico ad un assetto concorrenziale del mercato stesso, da esercitare anche attraverso azioni punitive ed afflittive, in grado di restituire effettività ai principi eurounionali<sup>65</sup>.

Il ruolo delle Autorità amministrative indipendenti risulta dunque cruciale, ove considerato alla luce di una gamma graduata di poteri che l'ordinamento attribuisce loro<sup>66</sup>, evidente se si ha memoria del profilo teorico

<sup>64</sup> R. DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008, p. 764-765.

<sup>65</sup> Direttiva 2014/104/UE.

<sup>66</sup> Ci si muove da strumenti di *soft law* (F. TIRIO, *Le autorità indipendenti nel sistema misto di enforcement della regolazione*, Torino, 2012, 16 e ss. e part. 20 «l'attività di *soft law* può consentire alle autorità di intervenire laddove siano prive di poteri autoritativi e di agire anche come punto focale del settore, agevolando il coordinamento tra i soggetti regolati e l'osservanza della disciplina senza l'utilizzo (o con minore utilizzo) di strumenti sanzionatori che sono più costosi per le autorità e i soggetti regolati») ai consolidati poteri processuali

evolutivo che ha accompagnato la disciplina dei servizi nell'ordinamento eurounitario e, di riflesso, interno.

L'apatia del consumatore evidenzia un fallimento del mercato che si inserisce in un settore, il servizio di interesse economico generale di telecomunicazioni, caratterizzato da posizioni omogenee e standardizzate, tradizionalmente oggetto di attenzione dall'azione di regolazione pubblica<sup>67</sup>.

In altri termini, la coesistenza tra l'esercizio della funzione (pubblica) in forma di impresa e il mercato concorrenziale assolve ad una finalità pubblica cui si accompagna il potere di conformare il mercato<sup>68</sup>. L'efficienza economica

---

(G. DE GIORGI CEZZI, *Interessi sostanziali, parti e giudice amministrativo*, in «Dir. Amm.», 2013, 3, p. 401; M. CLARICH, *I nuovi poteri affidati all'Antitrust*, in «Quad. cost.», 2012, 1, p. 115-117; M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCOM nell'art. 21-bis l. n. 287 del 1990*, in «federalismi.it», 12, 2012, p. 2 ss.; ID., *Il processo davanti al giudice amministrativo nelle novità legislative della fine del 2011*, ivi, 4, 2012; R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, in «www.giustizia-amministrativa.it», 2012; M. CAPPAL, *Il problema della legittimazione a ricorrere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nella prima giurisprudenza amministrativa*, in «Foro amm. Tar», 2013, 5, p. 1607 ss.; R. POLITI, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'AGCM ex art. 21-bis. Legge 287/1990. Legittimazione al ricorso e individuazione dell'interesse alla sollecitazione del sindacato*, in «Federalismi.it», 12, 2012; F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21-bis legge 287 del 1990)*, in «Federalismi.it», 12, 2012; F. APERIO BELLA, *“Ceci n'est pas une note de jurisprudence” : riflessioni critiche a margine del tentativo dell'AGCM di farsi giudice a quo*, in «Diritto e società», 2018, 2, p. 281 ss.).

<sup>67</sup> Ciò implica che l'azione di regolazione dai tratti si incisivi trovi il suo addentellato normativo ancora più forte nelle finalità pubbliche tutelate anche dal Trattato sul 106. Una approfondita analisi con un approccio non meramente economicistico al tema del servizio pubblico è condotta da E. SCOTTI, *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Cedam, Padova, 2003. Similari considerazioni, con specifico riferimento al servizio pubblico locale in EAD., *Servizi pubblici locali e ordinamento comunitario*, in «I servizi pubblici locali», a cura di S. MANGIAMELI, Torino, 2008; EAD., *Servizi pubblici locali (voce)*, in *DDP*, Aggiornamento, Utet, Torino, 2012; EAD., *Il finanziamento dei servizi pubblici locali tra vincoli di bilancio, aiuti di Stato e diritti fondamentali*, in M. Passalacqua (a cura di), *Il “disordine” dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, Torino, 2015, p. 173 e ss.

<sup>68</sup> Cfr. ALB. ROMANO, *La concessione di un pubblico servizio*, cit. Il passaggio è ben evidenziato da SCOTTI, *Il pubblico servizio*, cit., *passim*. Part. p. 332 «appare evidente che, nei servizi pubblici, si tratta di regolare attività non private ma pubbliche (anche se esercitate da soggetti privati in forme di diritto comune), in vista della loro efficienza e della connessa e strumentale esigenza di promozione e tutela della concorrenza; e di predisporre, fuori dai limiti di cui all'art. 41 Cost., un quadro di regole volte ad attuare ed integrare un programma di erogazione definito a livello politico ed affidato per la sua concreta attuazione a soggetti privati».

che assurge a criterio guida della regolazione pubblica delle attività private e dei relativi mercati<sup>69</sup> va qui letta osservando in maniera ampia i rapporti di utenza, in considerazione della prospettiva degli equilibri tra i soggetti attivi nel mercato e, in ultima istanza, della necessità di affermare una rete di protezione capace, da un lato, di conformare le scelte di mercato i cui effetti ricadono su una massa ampia e indistinta di destinatari, anche sacrificando segmenti di libertà di impresa e, dall'altro, di ristorare gli equilibri perduti.

Tale potere è esercitato attraverso la regolazione orizzontale e verticale<sup>70</sup>, idonea, quest'ultima, a intervenire nei "silos regolatori" laddove il grado di resilienza dei settori rispetto ai mutamenti delle condizioni economiche (e non solo) richiedono adeguamenti in un contesto ancora non maturo per un "one-size-fits-all approach".

L'evoluzione della figura del consumatore e del suo ruolo nelle dinamiche di mercato pone del resto ulteriori sfide oggetto di studio non soltanto attraverso strumenti giuridici, ma anche dall'intersezione di essi con altri percorsi scientifici, come le neuroscienze<sup>71</sup>.

La complessità dei mercati si fa parte di una generale e ben più ampia tendenza alla complessità del reale, oggetto essa stessa di possibili plurime forme di indagine e riflessa in una complessità del sistema, relativamente alle fonti applicabili e ai soggetti da cui esse promanano, in costante ricerca di adeguamento<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> Per un'interessante ricostruzione di questi percorsi, nell'ottica del diritto dell'economia, M. RABITTI, *Il ruolo della Corte di Giustizia nel diritto dell'economia*, in «Analisi Giuridica dell'Economia. Studi e discussioni sul diritto dell'impresa», 2018, 2, 347 ss. Il generale inquadramento di sistema è ricostruito da E. PICOZZA, V. RICCIUTO, *Diritto dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2017.

<sup>70</sup> In generale, sulle autorità indipendenti restano valide le impostazioni di P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Cedam, Padova, 2002; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Giappichelli, Torino, 2007; ID., *Il potere discrezionale dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in «Venti anni di Antitrust: l'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato», a cura di RABITTI BEDOGNI-BARUCCI, cit. Specifici riferimenti ai temi qui in discorso in CASSINIS-GALASSO, *Il ruolo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato tra Public e Private Enforcement*, in «I rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali», a cura di BENACCHIO, CARPAGNANO, Padova, 2012, p. 19.

<sup>71</sup> N. RANGONE, F. DI PORTO, *Cognitive-based regulation: new challenges for regulators?*, in «Federalismi», 20, 2013; F. DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi. Le sfide delle scienze cognitive e dei big data*, Napoli, 2017 (e, in particolare, Cap. 3). E. PICOZZA, L. CAPRARO, V. CUZZOCREA, D. TERRACINA, *Neurodiritto. Una introduzione*, Giappichelli, Torino, 2014.

<sup>72</sup> Limitatamente all'indagine giuridica v. almeno P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2001; A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in «Enc. dir.», I,

A ben vedere, il fuoco sulle questioni in oggetto pare sempre più relegarsi sullo sfondo di un scenario in cui lo stesso tema della regolazione dei prezzi dei servizi non può non essere letto alla luce dell'impatto degli algoritmi, talora identificati come occasione per «rendere più trasparenti i mercati a chi li genera e utilizza» talora come ulteriori potenziali fattori distorsivi e collusivi<sup>73</sup>.

Superato (forse l'unico) nodo giuridico riguardante la sussistenza del potere dell'Autorità di imporre l'operare dell' "l'indennizzo automatico", il Consiglio di Stato risponde puntualmente a tali interrogativi dell'oggi con una sentenza che nel replicare ai molteplici dubbi sollevati dall'impresa nei suoi scritti difensivi, riafferma, di fatto, l'essenzialità dei principi generali che reggono il sistema istituzionale e le dinamiche di mercato che da esso dipendono<sup>74</sup> – la trasparenza, le garanzie partecipative procedurali, la dimensione finalistica della legalità dell'azione pubblica – «ché le regole sono nulla senza sistema»<sup>75</sup>.

---

Giuffrè, Milano 2007, 201 ss.

<sup>73</sup> Il tema è sollevato da BASSAN, *Potere dell'algoritmo e resistenza dei mercati in Italia*, cit., p. 65 il quale valorizzando il percorso che potrebbe condurre alla costruzione di un vero e proprio "antitrust by design" giudica "naïf" l'idea di "algoritmi collusivi" nel "terreno scelto del parallelismo consapevole". Milita tuttavia in senso opposto la ricostruzione di A. EZRACHI, M. STUCHE, *Artificial intelligence & collusion: when computers inhibit competition*, in «University of Illinois Law Review», 2017, pp. 1776-1810. Affrontano il tema da varie angolazioni i contributi in A. CARLEO, *Decisione robotica*, Il Mulino, Bologna, 2019, part. A. CARLEO, *Sugli algoritmi nel contratto? Per ridurre il contenzioso?*, p. 203; F. DE STEFANO, *Spunti di riflessione sulla decisione robotica negoziale*, p. 215; C. MOTTURA, *Decisione robotica negoziale e mercati finanziari. Contrattazione algoritmica, nuovi abusi di mercato, algoritmi di controllo (degli algoritmi)*, p. 265

<sup>74</sup> Per tutti, F. DE LEONARDIS, *Principi generali dell'attività amministrativa*, in «L'azione amministrativa», a cura di Alb. Romano, Giappichelli, Torino, 2016.

<sup>75</sup> Così, pur se relativamente ad altri profili afferenti la regolazione dei mercati, BASSAN, *Potere dell'algoritmo e resistenza dei mercati in Italia*, cit., p. 36.

