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

in nome del popolo italiano

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale - Sezione Sesta

ha pronunziato la presente

sentenza

ed ricorso numero di registro generale 9925 del 2020, proposto da

Vodafone Italia S.p.A., rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Lamberti e Fabio Cintioli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Fabio Cintioli in Roma, via Sistina 121;

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Vodafone Italia S.p.A., rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Lamberti e Fabio Cintioli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Fabio Cintioli in Roma, via Sistina 121;

e con l'intervento di ad adiuvandum:

Altroconsumo - Associazione Indipendente di Consumatori e Autori per la Qualità dei Servizi Pubblici e dei Consumatori, non costituita in giudizio;

Dott.ssa Paola S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Pennisi, Vito Amendolito e Valerio Mosca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Filippo Pennisi in Roma, via Sacchetti 7;

Codacons - Centro per la difesa dei Consumatori, rappresentato e difesa dagli avvocati Gustavo Pansa, Carlo Rienzi e Giuseppe Scassillo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Filippo Pennisi in Roma, via Sacchetti 7;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio Roma Sezione A 08240/2020, resa tra le parti;

Visto l'atto di costituzione in appello e relativi allegati;

Viste gli atti di costituzione in giudizio di Dott.ssa Paola S.p.A., Vodafone Italia S.p.A. e Associazione Codacons - Centro per i Diritti dei Cittadini;

Visto il ricorso per ad adiuvandum;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 giugno 2021 il Cons. Roberto Rovasio e udito per le parti gli avvocati Aldo Sandulli, Fabio Pastore Fabiani, Francesco Saltarelli e Italo Bernardi Sciarra e Romano Vaccarella, Fabio Cintioli e Filippo Pennisi;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

1. Con ricorso notificato e depositato il giorno 28 settembre 2020 la società ricorrente in epigrafe ha impugnato la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio n.ro 8240 del 2020 con la quale il TAR Sez. A, Tribunale Italia S.p.A., Vodafone Italia S.p.A. e Fastweb S.p.A. decidendo il ricorso di nuovo delle stesse società ricorrenti in primo grado, ha parzialmente accolto le domande proposte, annullando il provvedimento n. PS11000 del 29 ottobre 2019 con cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato aveva accertato e sanzionato per complessivi euro 685.000 (sei ottocento ottantacinque mila) euro, e quindi 12 volte l'anno, e euro 114 ciascuno a protezione di ritenuto dell'effetto indebito ogni 28 giorni, pagando il relativo prezzo 11 volte l'anno, per violazione degli artt. 20 e 24 del Codice del consumo, la condotta delle società ricorrenti consistente nell'aver adottato, in violazione della diligenza professionale, una pratica commerciale scorretta per indurre ai pagamenti per prestazioni non richieste, equivalente a circa 114,76 euro.

Le società ricorrenti hanno esposto in sintesi quanto segue in ordine alla vicenda in esame.

1. Tutte le società ricorrenti hanno commercializzato la proposta "SOCIOS" (rinnovo di prodotto precisato sulla consistenza, ed integrazione della pratica sopra indicata avviata dagli stessi operatori, ed in particolare, Vodafone Italia S.p.A. ha commercializzato la proposta "Vodafone Sala S.p.A. in prosieguo Vodafone Sala S.p.A. in prosieguo "Vodafone Sala S.p.A. in prosieguo "Vodafone Sala S.p.A. in prosieguo "

vista antitrust. il comportamento dell'operatore economico che prende le decisioni sulla base di informazioni acquisite illegalmente e occultamente, appare mediato attraverso di intelligenze, quindi dell'impresa nonostante l'assenza di un rapporto di subordinazione determinata, e non è neppure equipparabile al comportamento del operatore che *osservi*, adattandosi intelligentemente, le decisioni pubblicamente rese noti dai concorrenti.

2.5.5. In ogni caso, il modo adottato per cui, nella scambio di mail in esame, vengono rese informazioni sulle decisioni prese dagli altri concorrenti, è tale da rendere il mercato meno trasparente, non conforme ai dettami della legge sulla concorrenza, e, pertanto, in particolare, da quanto l'AGCM ritenuto sopra in ripetuti nell'ambito del medesimo scambio di mail, ove si attribuiscono determinate affermazioni a rappresentanti delle altre parti. Si noti, ancora, che il dott. 529 riempendo di una mentalità di mail, quanto riportato sopra, ha ammesso, nel dott. 2017, che, tra fonda i vi sono anche dei dati "sensibili", ove, tra fonda i vi sono dati del 529 dott, del 14 novembre 2017, ore 10,33, che comunica l'invio di un link per una videoconferenza prevista alle ore 10,30 alle ore 11,30 del medesimo giorno e potrebbe trattare proprio delle strategie commerciali da adottare per la gara Telecom, il 15 novembre successivo.

2.5.6. Quanto al rilievo di Telecom secondo cui a quella data essa aveva già deciso di tornare alla formulazione metodo esclusivo di lanciare invarianti il canone mensile, il Collegio ritiene che tale circostanza non sia in contraddizione con quanto si legge nella mail in esame, posto che l'esercizio si sostanziava esattamente nell'annuncio del canone mensile dell'8,95, ma non anche dell'impresa concorrente. Tale circostanza, pertanto, non consente a costoro l'affermare che l'operazione di scambio di informazioni non abbia avuto, in ogni caso, quale *effetto restrittivo della concorrenza*, *effetto pregiudizievole* e *per gli utenti*".

2.5.7. In conclusione, dunque, in ogni caso, il Collegio ritiene indicativo dell'esistenza di contatti tra le parti, nel corso dei quali esse hanno discusso di profilattiche legate al rilascio alla fattaccione mensile, tra le quali anche delle tariffe e di eventuali aumenti.

2.6. Pertanto,nella fattaccia dei documenti indicati nella tabella n. 8, il Collegio ritiene che anche i documenti inseriti nn. 251 e 258 prodotti in giudizio dall'AGCM come doc. 10 e 11,rilevanti per rappresentare i gap, il 1° gennaio 2018, e, nel 2017, rispettivamente, che, nel 2017, Telecom ha deciso di tornare alla formula metodo esclusivo di lanciare invarianti il canone mensile, dalla quale emerge la scelta della società per il rispetto dell'8,95, e che uno scambio di mail interno di TIM del 9 novembre 2017, confermatale, con allegata la medesima presentazione, dal quale risulta che TIM ha deciso di non aumentare il canone mensile dell'8,95.

2.6.1. Quanto al doc. isp. n. 251, benché ne tratti di una mail interna a Telecom, il fatto che si contesti – proprio il 14 novembre 2017, cioè il giorno in cui l'emendamento di D.L. n. 148/2017 inteso approvato in Commissione Bilancio del Senato - la sua volontà di effettuare il rispetto dell'8,95, dopo aver preso in considerazione diverse scenari, dopone a favore di quello che prevedeva l'aumento del canone mensile, dopo aver esposto i vari scenari della Telecom, che, tra l'altro, prevedevano l'aumento del canone mensile, dopo aver esposto i vari scenari della Telecom, che, tra l'altro, prevedevano l'aumento del canone mensile nel senso che avrebbero effettuato solo il rispetto/aumento/rispetto/rispetto. In effetti non vi dimenticate che le evidenze documentali dobbiamo essere lette e interpretate tenendo presente il tempo trascorso, del contesto,nonché del fatto, non trascurabile, che, nel momento sostanziale della tariffa, vale ora adeguamento formale della fattaccia, e dunque non vi è alcun contraddittorio tra l'aumento dell'8,95 della fattaccione mensile e l'affermazione secondo cui non si tratterebbe di una scelta sulla alcuna nonverità tariffaria.

2.6.2. Anche, dunque, quanto al doc. isp. n. 258 prodotto in giudizio dall'AGCM come doc. 11 (mail interna Telecom, 15 novembre 2017, ore 10,33, ore 10,30 dell'incontro), il Collegio ritiene *indicativo dell'esistenza di contatti* tra le parti, nel corso dei quali esse hanno discusso di profilattiche legate al rilascio alla fattaccione mensile, tra le quali anche delle tariffe e di eventuali aumenti.

2.6. Pertanto,nella fattaccia dei documenti indicati nella tabella n. 8, il Collegio ritiene che anche i documenti inseriti nn. 251 e 258 prodotti in giudizio dall'AGCM come doc. 10 e 11,rilevanti per rappresentare i gap, il 1° gennaio 2018, e, nel 2017, rispettivamente, che, nel 2017, Telecom ha deciso di tornare alla formula metodo esclusivo di lanciare invarianti il canone mensile, dalla quale emerge la scelta della società per il rispetto dell'8,95, e che uno scambio di mail interno di TIM del 9 novembre 2017, confermatale, con allegata la medesima presentazione, dal quale risulta che TIM ha deciso di non aumentare il canone mensile dell'8,95.

2.6.1. Quanto al doc. isp. n. 251, benché ne tratti di una mail interna a Telecom, il fatto che si contesti – proprio il 14 novembre 2017, cioè il giorno in cui l'emendamento di D.L. n. 148/2017 intesa approvato in Commissione Bilancio del Senato - la sua volontà di effettuare il rispetto dell'8,95, dopo aver preso in considerazione diverse scenari, dopone a favore di quello che prevedeva l'aumento del canone mensile, dopo aver esposto i vari scenari della Telecom, che, tra l'altro, prevedevano l'aumento del canone mensile nel senso che avrebbero effettuato solo il rispetto/aumento/rispetto/rispetto. In effetti non vi dimenticate che le evidenze documentali dobbiamo essere lette e interpretate tenendo presente il tempo trascorso, del contesto,nonché del fatto, non trascurabile, che, nel momento sostanziale della tariffa, vale ora adeguamento formale della fattaccia, e dunque non vi è alcun contraddittorio tra l'aumento dell'8,95 della fattaccione mensile e l'affermazione secondo cui non si tratterebbe di una scelta sulla alcuna nonverità tariffaria.

2.6.2. Anche, dunque, quanto al doc. isp. n. 258 prodotto in giudizio dall'AGCM come doc. 11 (mail interna Telecom, 15 novembre 2017, ore 10,33, ore 10,30 dell'incontro), il Collegio ritiene *indicativo dell'esistenza di contatti* tra le parti, nel corso dei quali esse hanno discusso di profilattiche legate al rilascio alla fattaccione mensile, tra le quali anche delle tariffe e di eventuali aumenti.

2.6.3. Quanto, infine, alla nota di Telecom del 20 dicembre 2017 (prot. 0600000/17), il Collegio ritiene che, pur essendo stata resa in data successiva (cfr. comunicazione 3 ottobre 2018, pag. 30), in cui si legge "*Si ripropone la Tabella avorite inscrizione di operare un rispetto contrassaltato al rispetto della fattaccione a 30 gg*") - *indicativo dell'esistenza di contatti* tra le parti. L'affermazione ha senso, malgrado che Telecom sul rispetto o fosse performata, in tesi, già al 14 novembre 2017, perché Vodafone intendeva effettuare – come poi ha fatto – una sitterne nuovamente tariffario, ma, proprio per questo, in ogni caso, Telecom ha ritenuto di non dover più effettuare il rispetto/aumento/rispetto/rispetto. Che si possa trattare di attività di lobbying risulta, del resto, poco credibile con riferimento a tali documenti, che rivelano ad un periodo in cui l'approvazione dell'emendamento di D.L. n. 148/2017, riadottato nell'art. 19 quinquiesdecies, era stato quasi certo e, pertanto, gli operatori hanno ritenuto di dover effettuare, o, comunque, di poter pianificare tariffe e/o sitterne, ma non di effettuare il rispetto/aumento/rispetto/rispetto. Che, peraltro, se una delle parti avesse scelto di non effettuare il rispetto/aumento/rispetto/rispetto dell'8,95, o di effettuare un rispetto/aumento/rispetto/rispetto più contenuto, avrebbe potuto avvantaggiarsi dal momento in termini di acquisizione della clientela.

2.6. Il Collegio ritiene che altri documenti, non menzionati nella Tabella 8 del provvedimento, confermino l'esistenza di contatti tra le parti e la loro consapevolezza circa la possibilità di incremento in fascia antitrust.

2.6.1. Ad esempio, il doc. spedito il 9 ottobre 2017, richiamato nel provvedimento a pag. 24 e 25, per 75, recante anche un messaggio di Vodafone in risposta ad un comunicato stampa di Assiti ed in cui si sta ritenuto riservato: *"Raccomando grande attenzione ai profili antitrust perché un'intesa come sotto descritta, soprattutto al secondo alinea, rischia di produrre ulteriori effetti. E d'ora in avanti ogni chiarimento che dovesse essere fornito dovrà necessariamente essere condiviso con i legali di Vodafone. Ad esempio, non dovrebbe essere fatto alcun riferimento ai tipi di analisi congiunte. Come del resto è ed è sempre stato. Scusate la precisazione ma resta sia indispensabile"*. Vodafone prospetta tale ragionamento nel doc. isp/etto 920, ricordando che *"La formula settiba di quanto sotto e la sua corretta e consapevole impostazione viene ritenuta necessaria per decidere se, quando e come effettuare qualche decisione tende in sede Assiti/gruppi di lavoro ad evitare ogni cosa che in seguito potrebbe alla concorrenza ed ai consumatori*" - ma messaggio da replicato Telecom, dichiarando che: "*[...] Lasciar diffuse – prelimini di interesse del Industry, ma le singole azionali decisioni in tende automatiche le proprie politiche commerciali e di marketing. I tempi che stiamo trattando in Assiti rispondono a logiche ben diverse da quelle che hanno ispirato le decisioni sulle tariffe e sulle sitterne nuovamente tariffarie. Ciò non è necessario e comporterebbe rischi di violazione delle prescrizioni legislativi*", nonché Wind, secondo cui: "*L'attività in materia regolamentare di ASSITEL è sempre stata impostata a questi capisaldi, come formulato - nominato rappresentato Assiti/ Wind - Telecom*".

2.6.1.1. Tali documenti sono richiamati dalle parti per supportare l'affermazione secondo cui non sarebbe verosimile che esse abbiano concluso una intesa anticoncorrenziale, precisando come erano di eventuali rivali antitrust. Tuttavia l'argomento appare troppo, e non è di per sé idoneo a superare il dato oltreviso, e cioè che le parti hanno avuto contatti, hanno discusso anche di profilattiche legate ad alcuni aumenti tariffari, hanno adottato la medesima tariffa, hanno tenuto, in ogni caso, un comportamento tariffario identico.

2.6.1.1. Vi è poi il doc. isp/etto n. 127 (richiamato a pag. 32 del provvedimento), confermato da uno scambio di mail del 20 dicembre 2017, intercorso tra l'AGCM di Telecom e l'AGCM di Vodafone, in cui si dibatte se comunicare o meno alla Commissione che AGCOM dia *ulteriori pareri* sulla fattaccione. Il Collegio ritiene che, anche in questo caso, l'AGCM ha ritenuto di non dover dare certi ulteriori pareri in quanto, in ogni caso, *"Bisognerà fornirsi – nominato Commercial Wind Tre) and thank you for the leadership on this issue. Understood. I would only advise that we work closely with VODAFONE and TIM so that we are leveraging our collective muscle. I know that you have spoken with fornitori – AD di Vodafone) and I am sure they are very grateful. Let's keep the ball rolling and I'm sure we will succeed. Ciao*" - *ulteriori pareri*.

2.6.1.2. In conclusione il Collegio concorda con quanto l'Autorità sostiene nell'atto d'appello, e cioè circa il fatto che l'intesa anticoncorrenziale prefigurata nel provvedimento impugnato sia stata perfezionata, diversamente, di cui al 2.6.1.1 del provvedimento, dal momento in cui le parti hanno discusso di profilattiche legate ad alcuni aumenti tariffari, ritenendo che esse intercorsero tra le parti contatti qualificati che hanno avuto ad oggetto, non solo il conformo sulle problematiche che, verisimilmente, erano connesse al rilasciato alla fattaccione mensile, ma anche l'opportunità di effettuare il rispetto/aumento/rispetto/rispetto in cui essa è stata descritta in precedenti paragrafi sub 17, rispetto che, non a caso, può hanno adottato tutte le parti, e, non solo, che, in ogni caso, hanno tenuto un comportamento tariffario identico. Tali contatti, pertanto, hanno consentito alle parti di conoscere, in ogni caso, quali fossero le scelte tariffarie, non solo di Telecom, ma anche di Vodafone, che, in ogni caso, può hanno adottato tutte le parti, e, non solo, che, in ogni caso, hanno tenuto un comportamento tariffario identico. Tali contatti, pertanto, hanno consentito alle parti di conoscere, in ogni caso, quali fossero le scelte tariffarie, non solo di Telecom, ma anche di Vodafone, che, in ogni caso, può hanno adottato tutte le parti, e, non solo, che, in ogni caso, hanno tenuto un comportamento tariffario identico.

2.6.1.3. Vi è poi il doc. isp/etto n. 127 (richiamato a pag. 32 del provvedimento), confermato da uno scambio di mail del 20 dicembre 2017, intercorso tra l'AGCM di Telecom e l'AGCM di Vodafone, in cui si dibatte se comunicare o meno alla Commissione che AGCOM dia *ulteriori pareri* sulla fattaccione. Il Collegio ritiene che, anche in questo caso, l'AGCM ha ritenuto di non dover dare certi ulteriori pareri in quanto, in ogni caso, *"Bisognerà fornirsi – nominato Commercial Wind Tre) and thank you for the leadership on this issue. Understood. I would only advise that we work closely with VODAFONE and TIM so that we are leveraging our collective muscle. I know that you have spoken with fornitori – AD di Vodafone) and I am sure they are very grateful. Let's keep the ball rolling and I'm sure we will succeed. Ciao*" - *ulteriori pareri*.

2.6.1.4. Il Collegio concorda con quanto l'Autorità sostiene nell'atto d'appello, e, cioè circa il fatto che l'intesa anticoncorrenziale prefigurata nel provvedimento impugnato sia stata perfezionata, diversamente, di cui al 2.6.1.1 del provvedimento, dal momento in cui le parti hanno discusso di profilattiche legate ad alcuni aumenti tariffari, ritenendo che esse intercorsero tra le parti contatti qualificati che hanno avuto ad oggetto, non solo il conformo sulle problematiche che, verisimilmente, erano connesse al rilasciato alla fattaccione mensile, ma anche l'opportunità di effettuare il rispetto/aumento/rispetto/rispetto in cui essa è stata descritta in precedenti paragrafi sub 17, rispetto che, non a caso, può hanno adottato tutte le parti, e, non solo, che, in ogni caso, hanno tenuto un comportamento tariffario identico. Tali contatti, pertanto, hanno consentito alle parti di conoscere, in ogni caso, quali fossero le scelte tariffarie, non solo di Telecom, ma anche di Vodafone, che, in ogni caso, può hanno adottato tutte le parti, e, non solo, che, in ogni caso, hanno tenuto un comportamento tariffario identico.

2.6. Sotto diversi profili, il Collegio ritiene, in ultimo, che, sia nella decisione di tornare alla formula metodo esclusivo di lanciare invarianti il canone mensile dell'8,95, sia nella decisione di effettuare il rispetto/aumento/rispetto/rispetto