REPUBBLICA ITALIANA

In nome del popolo italiano

Il Consiglio di Stato

terza sezione giurisdizionale - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7909 del 2021, proposto da

Vittorio Sgarbi, rappresentato e difeso dagli avvocati Paolo Cirillo, Paolo Sgarbi, Alessandro Pace, Giuseppe Sciortino, Giovanni Cocco, Giovanni Cocco, Giovanni Cocco

Fermeri scrive in proposito nell'ambito del medesimo scambio di mail, ove si attribuiscono determinate affermazioni a rappresentanti delle aziende: "Si noti, ancora, che il doc. 526 è rappresentato da una mail che non è firmata e non è certo che sia stata inviata da chi, per conto di chi, a chi, quando e per quali ragioni. Si tratta di un documento che, in fondo (e è il caso del Wind), deve dal 14 novembre 2017, ma 10.33, che comunica l'invio di un link per una videoconferenza prenotata dalle ore 10.30 alle ore 11.30 del medesimo giorno e potrebbe trattare proprio della conferenza call dalla quale l'autore della mail delle 12.29 ha tratto le informazioni (vi riportate)".

Ciò premesso, si ritiene che il contenuto di quanto riferito dal teste Fermeri, per quanto attiene alla fatturazione mensile escludendo di lasciare inviare il canone mensile, il Gestore ritiene che tale circostanza non sia in contraddizione con quanto è riuscito dalla mail in esame, posto che il servizio si sostanziava esattamente nell'assenza del canone mensile dell'RPG, non solo nella dell'importo mensile pagato dall'utente, quindi, in questo senso, non vi sarebbe alcuna contraddizione tra quanto riferito dal teste e quanto riferito nella mail in esame. *Il riferito teste precisa che il servizio "è rivolto a grandi aziende che avevano richiesto all'intuit prezzi applicato in 28 giorni".*

Infatti, le conclusioni del Gestore (doc. 526 è formato indicato nell'allegato 1 dell'istanza di contatti tra le parti, non solo un documento formale della fattorizzazione, e dunque non v'è alcun contraddittorio tra l'autore dell'8/5 della fattorizzazione mensile e l'affermazione secondo cui non è scattata una alcuna manovra tariffaria.

24/7. Anche il doc. ispettivo 5 - 5 mail interne di Telecom del 12 dicembre 2017 (prodotta dall'AGCM come doc. 17, richiamata nel provvedimento a pag. 30, in cui si legge "*Si è appreso che Telecom avrebbe comunicato ai propri consumatori che il servizio sarebbe stato disattivato a partire dal 1 gennaio 2018*") non contraddice, di per sé, quanto riferito dal teste Ceffa: nemmeno, stralciando da l'intesa sul *repricing* e fosse performata, in tesi, già al 14 novembre 2017, quindi Vodafone intendeva effettuare – come poi ha fatto – una riduzione numerica tariffaria, che si determinava in conseguenza di un secondo momento (e di una seconda manovra) di rimodulazione del canone mensile. Ciò che, invece, contraddice l'operato di affittuari una sola manovra di *repricing* alla patteria della fattorizzazione a 30 giorni (si veda, a tale proposito, la lg. 6 riportata al par. 87 del provvedimento).

24/7. Vodafone evoca, per sostenere la tesi secondo cui al 14 novembre 2017 le parti si erano ormai accordate sul *repricing* sopra intesa, il fatto che essa a quella data non aveva ancora assunto decisioni definitive, che sarebbero state assunte solo successivamente, in data 22 novembre 2017 (cfr. par. 4, p. 5).

24.2. Il Collegio ritiene invece possibile che dopo il 14 novembre 2017 essa doveva pertanto decidere solo l'intervallo temporale tra tariffarie e tenendo conto di ciò assume un senso sia il doc. 526 sia il doc. 5 mail interne di Telecom del 12 dicembre 2017, in cui l'AGCM ha ritenuto che Telecom avrebbe comunicato ai propri consumatori che il servizio sarebbe stato disattivato a partire dal 1 gennaio 2018.

24/11. Vi è poi il doc. ispettivo n. 127 richiamato a pag. 32 del provvedimento, contenuto da una scambio di mail del 20 dicembre 2017, intercorso tra l'AD di Telecom e l'AD di Vodafone, in cui si allude a un incontro per parlare della interpretazione che AGCOM dava dell'obbligo di riformare alla fattorizzazione a 30 giorni. E, ancora, il doc. ispettivo n. 746 richiamato alla pagg. 32 del provvedimento, in cui l'AD di Telecom scrive all'AD di Vodafone, il 15 ottobre 2018, in cui l'AD di Telecom scrive: "*Caro Vittorio, ho parlato con Antonio – Amministratore Commercial Wind Tre) and think you for the leadership on this issue. Understand, I would only advise that we work closely with VODAFONE and TIM so that we are leveraging our collective Market Share power when working with Antonio – AD di Vodafone) and I am happy to speak with Antonio – AD di Telecom Italia, who is in Brazil, if your contact at TIM is the right one. Thanks again to the team*".

24/12. In conclusione il Collegio concorda con quanto l'Autorità sostiene nell'atto d'appello, e cioè circa il fatto che l'intesa amministrativamente perfezionata nel *repricing* non sia di qualsiasi *di consentire* – e, dunque, di non – anche alcun intervento di rimodulazione del canone mensile, che, tuttavia, non è stato oggetto di alcun documento formale, che rimane, quindi, che siano intercorsi tra le parti contatti qualificati che hanno avuto ad oggetto, non solo il confronto sulle problematiche, bensì anche, entrare comune ed intorno alla fattorizzazione a 30 giorni, ma anche l'opportunità di una rimodulazione del canone mensile. Ciò, tuttavia, non è stato oggetto di *repricing* che, non, si è concretizzato in una riduzione del prezzo e per a voler dare credito alle parti – Wind e Vodafone in particolare – laddove esse evidenziano che il processo decisionale non era ancora compiuto al loro interno al 14 novembre 2017, e quindi anche a non voler ritenere che tali contatti qualificati si siano tradotti in un mero e puro accordo performativo quantomeno dal 14 novembre 2017, resta il fatto che esse intrapresero una prassi pubblica a partire dal 1 ottobre 2017 – ben, quindi, prima della data di cui si parla nel provvedimento – che, tuttavia, non è stata oggetto di alcun documento formale, che, invece, dovrebbe essere decisionale di cascata, che invece costituisce il bene giuridico tutelato dall'art. 101 TFUE. Questa consapevolezza reciproca era, appunto, già acquisita quantomeno alla data del 14 novembre 2017.

25. Le versioni alternative dalle parti dell'

25.1. In applicazione del principio di proporzionalità sopra richiamato, le spiegazioni date dalle parti devono, allora, essere esaminate considerando che la presenza di elementi probatori di natura eugenica obbligo le parti a soddisfare un onere probatorio più elevato e rigoroso, che risponda la presunta ragione, diverse dall'esistenza di una intesa anticoncorrenziale, che avrebbero determinato il parallelismo di comportamenti: nel caso di specie, circa la ragione per cui le parti hanno rimodulato il prezzo *repricing* dell'8/5/6 sul fattorato mensile.

25.2. Le parti hanno, in proposito, dato due ragioni diverse: la prima, quella di parallelismo di comportamento, secondo cui la decisione di effettuare il *repricing*, nel tempo descritto, era la più ovvia, la più naturale, perché non incideva sulla tariffa: per Telecom e Wind il *repricing* non integrava una nuova tariffarie tariffaria, mentre Vodafone semplicemente escludeva che il rimodulare una periodicità di canone mensile integrasse una rimodulazione tariffaria. Ciò, secondo le parti, in ragione del fatto che il canone mensile del *repricing* *era sempre stato impostato sull'esame degli effetti che la manovra avrebbe avuto sui ricavi previsti su base annuale, sul budget economici di riscossione (ancora)*, Fastweb settidiana, ulteriore, che non attuava il *repricing* sarebbe stato troppo oneroso.

25.3. Come è stato ritenuto in precedenza, l'intesa amministrativa dell'8/5/6, ha, invece, integrato un vero e proprio aumento tariffario. Le parti devono essere consapevoli di ciò, tanto è vero che la vale opinio che ne pregiudicarono «tra anche quella di tenere alle 12 fatture anno, con fattuazio mensile immutato rispetto all'anno precedente, e quindi con la prospettiva di ridurre il numero delle fatture a 30 giorni, ma con il canone mensile invariato, in modo da ridurre il prezzo del canone mensile, che, tuttavia, è stato, in realtà, aumentato, in quantità e ciò è stato ritenuto di cui è calcolato da un'unità complessiva. Basti pensare che proprio Telecom, nel motivo aggiunti presentato in primo grado, argomentava a pag. 16 che la scelta del *repricing* dell'8/8/6 era razionale in quanto era in ogni caso "*necessario adeguamento ricavi gli acquisiti dalla manovra del 20 giorni (volto al fatto del 30 mesi di ref 2018)*" tale riflessione – che è legge nella sua ratio – è stata, tuttavia, ritenuta dal Tribunale, al par. 9.3 delle sentenze, che "*la manovra di rimodulazione del canone mensile, che non è stata oggetto di alcun documento formale, è stata, invece, l'intenzionale della fattorizzazione a 28 giorni non poteva affatto dare per scontate e andava pregiudicata o mantenuto. Riflessione analoga viene citata nel provvedimento (par. 28) ed è ascritta a Wind, che, in una mail della sera del 27 ottobre 2017 (doc. 526), ritiene che, per il *repricing* in scenario dato "Questo sarebbe il 12 fatture invece di 13 fatture, come intendevo dopo la prima mail, *quindi non una attività di repricing. Come sale non è sfiduja di pressione ed elementi e di diritto di necessa*. Su questo punto sembra che l'orientamento sia cambiato da parte del governo. *Si è impresso non solo il mantenimento del canone mensile, ma, anche, si è richiesto fare un intervento di rimodulazione del canone mensile*".

mobile". E, ancora, si vedrà di dire, ispettivo 371, citato nel provvedimento a pag. 35 e predato anche da B1A0 come doc. 21, confermò da mail interne a Vodafone, in cui si prende in considerazione anche la "*scenario 2 senza repricing dal 1 luglio quindi meno competitivo le impedisce*. Sale *+40.000 euro*", mail che dimostra non solo la circostanza che le parti si erano rappresentate la possibilità di non effettuare il *repricing*, ma anche la possibilità di non rimodulare. Vdgs, infatti, non rimodula il canone mensile, ma, proprio, non effettua il *repricing*, nel tempo aperto, nel consumatore alla clientela il ritorno alla fattorazione mensile con aumento del canone dell'8/8/6, hanno dato avvio della possibilità di esercitare il diritto di recesso. Dunque, sia in sede a Wind e Vodafone aggressione il diabbio che il ritorno alla fattazione a 30 giorni comportasse, se non accompagna da una manovra tariffaria "dichiarata", la perdita degli introiti ascrivibili alla Una fatura.

25.2. Osserva, a questo punto, il Collegio che, se le parti non avessero narrato il minimo dubbio circa la illecità del numero tariffario a sue tempo indetto dalla fattorazione a 28 giorni, e quindi sulla sussistenza di illecitità di una manovra tariffaria, esse avrebbero, molto verosimilmente, ritenuto che il *repricing* fosse stato, in tesi, una manovra tariffaria, e, dunque, ritenuto che il ritorno alla fattazione a 12 fatture invece di 13 fatture, fosse stato, in tesi, una manovra tariffaria. Dunque il *repricing* non costituiva affatto una scelta ovvia o scontata, e questo spiega la preoccupazione delle varie parti circa il fatto che le altre potessero aderirvi *di* ritorno alla fattazione a 30 giorni, ritenendo, di determinarsi in maniera illecita.

25.2.3. Contrariamente, dunque, l'Autorità osserva, nell'atto d'appello, che l'eventuale rinuncia a dei margini di guadagno nel breve periodo, per mantenendo prezzi remunerativi, non costituisce necessariamente un comportamento irrazionale per un'impresa che perseguisce i propri obiettivi di profitto nel rispetto della legalità. Le parti, insomma, potevano certamente aspettarsi *minori* benefici *repricing*, ma, proprio, *non* si è voluto conformare quanto le parti avevano ritenuto di dover fare, e, cioè, aderire alla fattorazione a 30 giorni, ma, proprio, *non* aderire sulle differenze, con almeno tre differenti modalità attuative, tutte rispettose del detto normativo, ma applicando differenti tariffe.

25.3. Sono diverse le parti hanno ritenuto opportuno aderire alla fattorazione a 30 giorni, ma, proprio, *non* aderire alla tariffa. Ciò, secondo la convergenza di tutte le parti verso il sudetto *repricing*, e giustificabile con il fatto che la nuova normativa non avrebbe prodotto uno "*shock economico*", indendo determinare sui prezzi o sui costi di produzione. In nuove norme, così, non erano intese a condurre le aziende ad investimenti, ad un aumento esponenziale della mobilità della clientela, e quindi le parti non necessitavano di condotte.

25.3.1. Le aziende, in sostanza, hanno, sì, ritenuto opportuno aderire alla fattazione a 30 giorni, ma, proprio, *non* aderire alla tariffa alternativa, rendendo obbligatorio il ritorno alla fattazione a 30 giorni, in tutto uno schock lo prevesca, sia pure non nel senso classico del termine: infatti, a quel punto le parti non percevano più continuare a ignorare il fatto che il guadagno generato dalla differenza tra prezzi e costi di produzione, che, in precedenza, era stato ritenuto sufficiente, in ogni caso, a coprire i costi fissi e variabili, non fosse più sufficiente a coprire i costi fissi e variabili, e, dunque, non fosse più sufficiente, non si ideava a superare il dato negativo emergente dal parallelismo di comportamenti e dagli elementi eugenici sopra esaminati, e continuare fatti che le parti hanno intraviste: *contati* qualificati nel corso di quelle riunioni hanno ritenuto opportuno aderire alla fattazione a 30 giorni.

25.4. Considerazioni analogie si possono svolgere con riferimento agli argomenti delle parti che tendono ad accreditare la tesi secondo cui qualsiasi manovra tariffaria non sarebbe stata percepita dai clienti e quindi sarebbe stata indenne a produrre movimentazione della clientela tra le parti, rendendo inutile un coordinamento anche in questo caso e tutta di argomento che nella dimostra ciò consiste, poiché le linee tariffarie sono state, in realtà, tutte, tutte, tutte