

A514 - CONDOTTE FIBRA TELECOM ITALIA

Provvedimento n. 26656

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 28 giugno 2017;

SENTITI i Relatori Professore Michele Ainis e Dottoressa Gabriella Muscolo;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO l'articolo 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE);

VISTO il Regolamento del Consiglio n. 1/2003 del 16 dicembre 2002;

VISTO l'articolo 54 della legge 6 febbraio 1996, n. 52;

VISTA la Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza del 27 aprile 2004;

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTA le denunce pervenute: in data 24 maggio 2017 e successive integrazioni dalla società Infratel Italia S.p.A.; in data 5 giugno 2017 dalla società Vodafone Italia S.p.A.; in data 12 giugno 2016 dalla società Enel S.p.A.; in data 12 giugno dalla società Open Fiber S.p.A.; in data 15 giugno dalla società Wind Tre S.p.A.;

VISTA la documentazione in atti;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

a) Il segnalato

1. Telecom Italia S.p.A. (di seguito, TI) è una società attiva nella costruzione e nella fornitura di infrastrutture di telecomunicazioni, nonché nell'offerta dei relativi servizi, controllata da Vivendi SA¹. In particolare, TI è titolare della rete telefonica sulla quale fornisce servizi di accesso all'ingrosso ad altri operatori, che non possiedono una rete di accesso, e servizi di telecomunicazioni al dettaglio ai consumatori finali. TI fornisce servizi di telefonia fissa, mobile e satellitare, servizi di trasmissione dati e accesso a Internet, servizi di connettività, servizi di rete e accesso a infrastrutture, servizi connessi al commercio elettronico, creazione di siti web, offerta di soluzioni Internet/Intranet/Extranet alle aziende, vendita di spazi pubblicitari on-line e servizi audiovisivi. Nel 2016, il fatturato complessivo realizzato a livello mondiale dal Gruppo Telecom è stato di circa 19 miliardi di euro, di cui circa 15 miliardi derivanti da vendite in Italia.

b) I segnalanti

2. Infratel Italia S.p.A. (di seguito, Infratel) è una società costituita su iniziativa del Ministero dello Sviluppo Economico e di Invitalia, l'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa, quale soggetto attuatore dei Piani banda larga e ultralarga predisposti dal Governo nell'ambito dell'Agenda Digitale Europea. Infratel è controllata al 100% dall'Agenzia Nazionale per l'Attrazione degli Investimenti S.p.A., la quale, a sua volta, è controllata al 100% dal Ministero dell'Economia e delle Finanze. Tra gli obiettivi della società vi è la riduzione del divario digitale delle aree del territorio non interessate da piani di investimento privati.

3. Enel S.p.A. (di seguito, Enel) è la società *holding* a capo del gruppo Enel, attivo a livello mondiale nei settori dell'energia elettrica e del gas naturale. Enel possiede il 50% del capitale di Open Fiber S.p.A., attraverso cui opera anche nei mercati delle comunicazioni elettroniche. Il fatturato consolidato di Enel S.p.A. per l'anno 2016 è stato pari a 70,5 miliardi di euro, di cui quasi 37 miliardi realizzati in Italia.

4. Open Fiber S.p.A. (di seguito, OF) è una società costituita dal Gruppo Enel per l'ingresso nel mercato delle comunicazioni elettroniche, che, dal 21 dicembre 2015, è attiva nell'installazione, fornitura ed esercizio di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità in fibra ottica e a banda ultralarga. Originariamente costituita come Enel Open Fiber S.p.A., a seguito di un'operazione di concentrazione con la società Metroweb S.p.A., autorizzata dalla Commissione Europea², la società ha assunto l'attuale denominazione ed è passata sotto il controllo congiunto, con quote del 50% del capitale, di Cassa Depositi e Prestiti Equity S.p.A. e di Enel S.p.A.. Al 31 dicembre 2016, OF ha conseguito ricavi per 15 milioni di euro.

¹ [Cfr. *Decisione Commissione europea 30 maggio 2017, case M.8465.*]

² [*Caso M.8234 ENEL/CDP EQUITY/CASSA DEPOSITI E PRESTITI/ENEL OPEN FIBER/METROWEB ITALIA, decisione del 15 dicembre 2016.*]

5. Vodafone Italia S.p.A. (di seguito, VD) è una società di telecomunicazioni del gruppo Vodafone Group Plc ed è attiva nell'offerta di servizi di telecomunicazione Internet, voce e dati su linea fissa, sia nel segmento residenziale sia in quello non residenziale. Inoltre, VD è proprietaria di una rete di telecomunicazioni mobili in grado di offrire servizi in tecnologia 3G e 4G. VD è interamente controllata da Vodafone Europe BV, una società di diritto olandese, a sua volta controllata da Vodafone Group PLC, un gruppo britannico operante su scala mondiale nei mercati delle comunicazioni elettroniche. Al 31 marzo 2017, Vodafone Group PLC ha fatturato 47,6 miliardi di euro, mentre VD ha fatturato in Italia, su base annuale, circa 5,2 miliardi di euro, di cui 882 milioni di euro attribuibili a servizi venduti sulla rete fissa.

6. Wind Tre S.p.A. (di seguito, WT) è una società di telecomunicazioni controllata dal gruppo internazionale VIP-CKH Luxembourg SARL, attraverso la società Wind Tre Italia S.p.A.. VIP-CKH Luxembourg SARL è una *joint-venture* il cui capitale sociale è detenuto paritariamente al 50% da CK Hutchison Holdings Limited e VimpelCom Ltd, le quali possiedono e gestiscono congiuntamente le loro rispettive attività di telecomunicazioni in Italia a esito dell'operazione di concentrazione tra le società Hutchison Europe Telecommunication SARL e VimpelCom Luxembourg Holding SARL, realizzata nel 2016 e autorizzata con impegni dalla Commissione³. WT è attiva nella fornitura di servizi di telecomunicazione su rete fissa e possiede una rete di telecomunicazioni mobili in grado di offrire servizi in tecnologia 3G e 4G. Nel 2016, CK Hutchison Holdings Limited ha realizzato circa 42 miliardi di euro di fatturato; nel 2015, VimpelCom Ltd ha realizzato 8,5 miliardi di euro di fatturato. Nel 2016, WT ha realizzato in Italia circa 6,5 miliardi di euro di fatturato, di cui poco più di 1 miliardo attribuibile a vendite di servizi di rete fissa.

II. I FATTI SEGNALATI

a) Infratel

7. Con segnalazione pervenuta in data 24 maggio 2017, successivamente integrata da ulteriori elementi, Infratel ha denunciato presunte condotte anticoncorrenziali per abuso di posizione dominante poste in essere da TI nell'ambito delle procedure di gara in corso per l'infrastrutturazione in banda ultralarga delle aree bianche del territorio⁴.

Infratel ha segnalato che TI avrebbe influito sull'esito delle gare in corso mediante le seguenti condotte: a) richiedendo una modifica, in corso di gara, dei propri piani di investimento rispetto a quelli dichiarati a Infratel in sede di consultazione pubblica; b) comunicando pubblicamente, in corso di gara, di non volere partecipare alla seconda gara indetta e di investire comunque nelle aree bianche a fallimento di mercato; c) presentando numerosi ricorsi a varie autorità nazionali ed europee per contestare strumentalmente l'impianto della gara.

8. In particolare, quanto al primo profilo, Infratel ha informato l'Autorità che, con lettera del 23 dicembre 2016, mentre erano in corso le prime due procedure di gara, TI comunicava a Infratel l'intenzione di procedere all'aggiornamento dei piani di investimento, includendo tra gli obiettivi anche aree individuate quali bianche nel corso della consultazione. Le modifiche richieste in tale occasione, rispetto alla copertura annunciata nel corso della consultazione pubblica svolta nel 2015-16, riguardavano le Regioni: Piemonte, Valle d'Aosta, Liguria, Friuli Venezia Giulia, Provincia Autonoma di Trento, Marche, Umbria, Lazio, Campania, Basilicata, Sicilia, ossia le Regioni incluse nel secondo bando di gara pubblicato da Infratel.

9. In data 23 marzo 2017, in occasione della nuova consultazione pubblica avviata da Infratel, TI ha inviato alla stazione appaltante una nuova comunicazione, chiedendo di potere aggiornare non soltanto le aree grigie e nere, ma anche le aree bianche. Infratel ha precisato che la decisione di avviare la consultazione con solo riferimento alle aree risultate grigie e nere nella precedente consultazione si poneva in linea con gli Orientamenti comunitari⁵, dato che erano già state avviate le gare sulle aree bianche individuate nel corso della consultazione 2015/16. Secondo Infratel, infatti, la consultazione 2017 mirerebbe a individuare eventuali nuove aree bianche suscettibili di essere ammesse all'intervento pubblico diretto che nella precedente mappatura non risultavano comprese nelle aree bianche e per le quali non è ancora stata indetta una gara.

10. Sempre in data 23 marzo 2017, TI emetteva un comunicato stampa in cui annunciava un nuovo progetto industriale finalizzato proprio alla realizzazione della rete a banda ultralarga nelle aree bianche del territorio, con *"la creazione di una società dedicata esclusivamente allo sviluppo selettivo di nuove infrastrutture in fibra in aree inserite nella classificazione dei cluster C e D (cosiddette 'aree bianche' o rurali)"*⁶, palesando l'intenzione di non prendere parte alle gare di Infratel.

³ [Caso M7758 HUTCHISON 3G ITALY/WIND/JV, decisione del 1° settembre 2016.]

⁴ [Si definiscono "aree bianche" le zone in cui le infrastrutture per la banda larga sono inesistenti e nelle quali è poco probabile che le stesse saranno sviluppate nel prossimo futuro, mentre si definiscono "aree grigie" quelle in cui è presente un unico operatore di rete ed è improbabile che nel prossimo futuro sia installata un'altra rete e "aree nere" quelle in cui operano oppure opereranno nel prossimo futuro almeno due diversi fornitori di servizi di rete a banda larga e la fornitura avviene in condizioni di concorrenza, cfr. Commissione europea, Comunicazione della Commissione sugli Orientamenti dell'Unione europea per l'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato in relazione allo sviluppo rapido di reti a banda larga, in G.U.U.E. [2013] C25/1.]

⁵ [Comunicazione della Commissione (2013/C 25/01) sugli Orientamenti dell'Unione europea per l'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato in relazione allo sviluppo rapido di reti a banda larga, cit..]

⁶ [Cfr. comunicato stampa di TI del 23 marzo 2017.]

11. Oltre alla richiesta di revisione delle aree bianche per le quali erano già in corso delle gare, secondo Infratel, TI avrebbe altresì sollevato una serie di ricorsi giurisdizionali e amministrativi e sollevato controversie in maniera strumentale. La finalità di tali azioni consisterebbe nel rallentare l'attuazione del piano di sviluppo delle reti a banda ultralarga di Infratel e nell'ostacolare il possibile ingresso sul mercato di un concorrente infrastrutturale nelle aree bianche. Finora, tutte le iniziative giudiziarie avviate non avrebbero avuto un esito favorevole a TI.

12. Inoltre, Infratel ha segnalato che TI, in data 25 maggio 2017, ha fatto pervenire una diffida a sottoscrivere, in via definitiva, il contratto di concessione con OF in relazione alla prima gara. Nei medesimi giorni, TI avrebbe ottenuto una serie di autorizzazioni per realizzare dei lavori di scavo in molti Comuni inclusi nelle aree bianche oggetto di gara per i quali la stessa TI aveva escluso di volere investire in assenza di sussidi pubblici.

b) Enel

13. In data 12 giugno 2016, Enel ha segnalato un abuso di posizione dominante da parte di TI, la quale avrebbe posto in essere molteplici comportamenti, volti a perseguire un fine escludente, rendendo non sostenibile l'ingresso del Gruppo Enel sul mercato delle comunicazioni elettroniche.

14. Tra le condotte contestate da Enel vi è, in particolare, la promozione di numerosi ricorsi e la presentazione di segnalazioni, ad autorità giudiziarie e non, volte a creare ostacoli all'ingresso del Gruppo Enel sul mercato delle comunicazioni elettroniche.

c) Open Fiber

15. In data 12 giugno 2017, OF ha richiesto all'Autorità di intervenire nei confronti di TI per abuso di posizione dominante. Ad avviso del segnalante, TI porrebbe in essere condotte aventi lo scopo di ostacolare l'ingresso di un nuovo concorrente nei mercati delle telecomunicazioni di rete fissa. Tale strategia sarebbe stata condotta sia nelle aree bianche, sia al di fuori di esse.

16. Secondo quanto segnalato da OF, TI starebbe attuando una strategia anticoncorrenziale unica e complessa volta a bloccare la riuscita del piano di investimenti di Open Fiber, in particolare mediante le seguenti condotte:

i. sham litigation, promuovendo numerosi ricorsi aventi ad oggetto gli atti di gara, con l'obiettivo di ostacolare lo svolgimento delle gare Infratel e limitare la concorrenza nelle aree bianche;

ii. regulatory gaming, ostacolando lo svolgimento della concorrenza nelle gare per l'infrastrutturazione delle aree bianche, segnatamente per mezzo della richiesta inviata a Infratel di revisionare la delimitazione delle aree a fallimento di mercato.

17. Nello specifico, i numerosi ricorsi intentati e le richieste di rivedere la mappatura delle aree bianche per le Regioni dove già era in corso una procedura di gara, a parere di OF, configurerebbero una strategia volta a creare uno stato di incertezza giuridica ed economica, sempre allo scopo di ritardare o ostacolare l'ingresso sul mercato di OF. In tal senso, la revisione del piano di investimento posta in essere da TI e diretta a porre in discussione la mappatura delle aree bianche sulle quali era in corso una procedura ad evidenza pubblica, costituirebbe un tentativo di ritardare lo svolgimento delle gare e, contestualmente, minacciare la sostenibilità economica e finanziaria del piano di investimenti di OF.

18. Secondo OF, peraltro, TI avrebbe mirato alle zone di maggiore redditività comprese nelle aree bianche, con un progetto che prevede una soluzione tecnologica inferiore e meno onerosa, basata sulle reti di accesso ibride FTTC, laddove OF deve sostenere i costi di un'infrastruttura più avanzata (FTTH) per rispettare le condizioni tecniche poste dalla concessione.

d) Vodafone

19. In data 5 giugno 2017, anche VD ha inviato una segnalazione per presunte condotte di abuso di posizione dominante poste in essere da TI, consistenti, tra le altre, in:

i. la predisposizione di offerte commerciali non replicabili relative ai nuovi servizi di comunicazioni a banda ultralarga;

ii. politiche commerciali di *lock-in* dei clienti.

20. In particolare, VD ha posto l'attenzione su alcune offerte promozionali recentemente lanciate da TI, segnatamente le offerte denominate "TIM SMART fibra", le quali presenterebbero delle criticità sotto il profilo della replicabilità da parte degli operatori concorrenti. In particolare, i prezzi dei servizi di telecomunicazioni al dettaglio praticati da TI alla clientela finale non consentirebbero agli operatori alternativi di recuperare i costi per i servizi di accesso all'ingrosso forniti da TI. Secondo VD, inoltre, TI prorogherebbe il periodo di durata delle promozioni relative ad alcune offerte in maniera opportunistica, ad esempio qualora un cliente esprimesse l'intenzione di passare ad un altro operatore.

21. Un'ulteriore condotta abusiva di TI, secondo VD, consisterebbe nella proposizione di opzioni ed offerte commerciali caratterizzate da strategie di *lock-in* della clientela. A titolo di esempio, VD informa che l'offerta "TIM SMART Fibra plus" prevede un periodo minimo di permanenza con TI di 24 mesi (26 rinnovi contrattuali) affinché si possa usufruire dei prezzi in promozione. Nel caso di recesso anticipato, il cliente sarebbe tenuto a restituire tutti gli sconti di cui ha beneficiato. Inoltre, aggiunto al prezzo dell'abbonamento vi sarebbe la rata di 3,90 euro, da pagare ogni quattro settimane, per l'acquisto, in vendita abbinata, del modem; tale rata dovrebbe essere corrisposta per 48 volte. In caso di recesso prima dei 48 rinnovi, anche se si recede oltre il termine minimo dei 24 mesi, il cliente sarebbe tenuto a pagare le rate residue previste per il modem in un'unica soluzione.

e) Wind Tre

22. In data 15 giugno 2017, è pervenuta una segnalazione da parte di WT, concernente alcune condotte poste in essere da TI che costituirebbero un abuso di posizione dominante. Sulla stessa scia della segnalazione giunta da VD, WT ha sostenuto che TI starebbe mettendo in atto plurime violazioni della normativa antitrust, con una serie di condotte abusive della posizione dominante, tra le quali vi sarebbero:

- i. l'indebita compressione dei margini nella formulazione di offerte di servizi a banda ultralarga al dettaglio (TIM SmarticoloFibra);
- ii. il *lock-in* della clientela a banda ultralarga con l'imposizione di condizioni di uscita dal contratto di fornitura con TI particolarmente onerose;

23. L'obiettivo della strategia attuata da TI consisterebbe nel limitare lo sviluppo concorrenziale delle offerte di servizi a banda ultralarga, così da realizzare un accaparramento preventivo della clientela nella fase di passaggio dalle offerte di servizi a banda larga alle offerte di servizi a banda ultralarga.

III. VALUTAZIONI

a) I mercati rilevanti

24. Ai fini della valutazione delle condotte segnalate nell'ambito del presente procedimento, si individuano i seguenti mercati rilevanti:

- mercato dei servizi di accesso all'ingrosso alla rete fissa a banda larga e ultralarga, di dimensione nazionale;
- mercato dei servizi di telecomunicazioni al dettaglio su rete fissa a banda larga e ultralarga, di dimensione nazionale.

25. Il mercato dei servizi di accesso all'ingrosso alla rete fissa a banda larga e ultralarga include la domanda e l'offerta di servizi di accesso alla rete locale fissa a banda larga e ultralarga. L'accesso alla rete locale che connette il cliente finale è un fattore produttivo necessario per potere operare nel mercato a valle dei servizi di telecomunicazioni al dettaglio. Per le caratteristiche economiche prevalenti, soprattutto in termini di struttura dei costi, il mercato dei servizi di accesso all'ingrosso presenta un elevato grado di concentrazione dal lato dell'offerta. Tali caratteristiche si impongono soprattutto nelle aree bianche, dove l'ampiezza della domanda è relativamente ridotta e l'offerta di servizi di accesso all'ingrosso tende a strutturarsi in forme monopolistiche.

26. Il mercato dei servizi di telecomunicazioni al dettaglio su rete fissa a banda larga e ultralarga presenta una natura oligopolistica, con una intensità concorrenziale relativamente maggiore rispetto al mercato a monte. Stante la distribuzione fortemente asimmetrica del potere di mercato lungo la catena verticale del valore, anche nel mercato dei servizi di telecomunicazioni al dettaglio, l'operatore verticalmente integrato che possiede una rete di accesso si trova in una posizione di vantaggio competitivo.

27. Entrambi i mercati sopra indicati presentano un'ampiezza geografica di dimensione nazionale.

b) La posizione dominante

28. La previsione di cui all'articolo 102 del TFUE vieta lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri.

29. Presupposto applicativo della fattispecie è la sussistenza di una posizione dominante in capo all'impresa che ha posto in essere le condotte ritenute abusive. Nel caso in oggetto, si ritiene che tale presupposto sia riscontrabile. Secondo gli ultimi dati disponibili, nel mercato dei servizi di accesso all'ingrosso a banda larga e ultralarga, TI detiene una posizione dominante sull'intero territorio nazionale:

Tabella 1. Quote di mercato 2014 (%) - mercato dei servizi di accesso locale all'ingrosso su rete fissa

	Linee attive	Ricavi
Telecom Italia	95,85	86,96
Altri operatori	4,15	10,04

Fonte: Delibera Agcom n. 623/15/CONS

30. Nelle aree bianche, peraltro, la posizione di dominanza detenuta da TI è particolarmente significativa, considerato che si tratta di territori dove gli operatori alternativi hanno investito solo marginalmente in infrastrutture proprie.

31. D'altro canto, come è stato rilevato nell'indagine conoscitiva IC48⁷, nel mercato italiano dei servizi di accesso all'ingrosso gli operatori di rete fissa non sono soggetti ad una significativa concorrenza dinamica inter-piattaforma per la fruizione di servizi ad elevata capacità di banda e, pertanto, non rischiano di perdere competitività a vantaggio di

⁷ [Cfr. IC48 "Indagine conoscitiva sulla concorrenza statica e dinamica nel mercato dei servizi di accesso e sulle prospettive di investimento nelle reti di telecomunicazioni a banda larga e ultra-larga" condotta congiuntamente dall'Autorità e dall'Agcom, in Boll. 45/2014.]

operatori che utilizzano piattaforme trasmissive alternative. In Italia, infatti, l'assenza delle reti via cavo fa sì che gli obiettivi di copertura e di penetrazione dei servizi a banda ultra-larga possono essere raggiunti esclusivamente attraverso gli investimenti degli operatori di telecomunicazione, cosicché i suddetti operatori non subiscono la pressione concorrenziale dinamica degli operatori via cavo.

32. Anche la pressione competitiva potenzialmente derivante dalle reti mobili 4G/LTE non appare costituire un vincolo concorrenziale effettivo. Infatti, nonostante in Italia, rispetto ad altri Paesi europei, sia particolarmente elevata la percentuale di famiglie che accedono ad Internet esclusivamente attraverso l'utilizzo delle reti mobili e nonostante lo sviluppo delle reti 4G/LTE abbia ormai registrato un'evidente accelerazione, la pressione concorrenziale dinamica esercitata dall'innovazione nelle reti mobili sugli operatori di rete fissa appare essere contenuta: *i)* dal grado di sostituibilità dal lato della domanda tra servizi di accesso a banda (ultra-)larga fissi e mobili che appare ad oggi limitato; *ii)* dalla compresenza dei principali operatori italiani nel mobile e nel fisso; *iii)* dalla complementarità che appare caratterizzare le offerte di servizi fissi e mobili sotto il profilo commerciale; nonché *iv)* dalle limitazioni, soprattutto in termini di tetti di traffico, che sono prevalenti nell'offerta di traffico Internet su reti mobili.

33. Nel descritto contesto nazionale, l'assenza di concorrenza infrastrutturale determina la sussistenza di un significativo potere di mercato in capo a TI nell'offerta di servizi di accesso all'ingrosso in forza della proprietà dell'unica rete di accesso fissa estesa sull'intero territorio nazionale.

34. Nel mercato dei servizi di telecomunicazioni al dettaglio a banda larga e ultralarga, anche i dati a disposizione supportano la sussistenza di una posizione dominante in capo a TI:

Tabella 2. Quote di mercato 2016 (%) – mercato dei servizi di telecomunicazioni al dettaglio a banda larga e ultralarga

	Linee attive
Telecom Italia	45,9
Fastweb	15,1
Wind Tre	14,5
Vodafone	13,6
Altri operatori	10,9

Fonte: Osservatorio Agcom sulle comunicazioni n. 1/2017

35. Il potere di mercato detenuto da TI deve ritenersi significativo, non solo in ragione della quota superiore al 40%, ma anche e soprattutto in forza dell'integrazione verticale di TI nel mercato a monte dei servizi di accesso all'ingrosso. Il suddetto assetto concorrenziale pone, pertanto, anche per il mercato dei servizi di telecomunicazioni al dettaglio dei rilevanti rischi di condotte anticompetitive, specie di natura discriminatoria.

c) Le condotte

36. Gli elementi che emergono dalle segnalazioni sopra descritte, a un primo esame, sembrano portare alla luce possibili strategie anticompetitive poste in essere dall'operatore *incumbent* in posizione dominante nel mercato dei servizi di accesso alla rete di telecomunicazioni e nel mercato dei servizi di telecomunicazioni al dettaglio, idonee a ostacolare lo sviluppo concorrenziale dei mercati *wholesale* e *retail* dei servizi a banda larga e ultralarga in Italia. Tali strategie sarebbero attuate attraverso una molteplicità di condotte, tra le quali assumono particolare rilievo le azioni volte a rallentare gli investimenti per lo sviluppo di forme di concorrenza infrastrutturale che il mercato italiano, finora, ha conosciuto soltanto in misura limitata. Inoltre, le condotte di ostacolo alla realizzazione di reti FTTH, attribuibili alla finalità di preservare il valore della rete in rame esistente e di ammortizzare gli investimenti effettuati nelle reti FTTC, appaiono restrittive della concorrenza attuale e potenziale, e idonee a consentire che sul mercato prevalgano soluzioni tecnologiche inferiori rispetto alla rete FTTH.

37. Le condotte segnalate appaiono in violazione dell'articolo 102 del TFUE in quanto riconducibili, pure nella loro eterogeneità, a conseguire due fondamentali obiettivi strategici, che avrebbero entrambi grave natura lesiva della concorrenza:

i. ostacolare lo svolgimento delle procedure di gara indette da Infratel Italia per la copertura con reti FTTH delle aree bianche, in modo da preservare la posizione monopolistica storicamente detenuta in tali territori ed evitare l'ingresso di un nuovo operatore (Open Fiber, aggiudicataria delle gare);

ii. accaparrarsi preventivamente la clientela sul nuovo segmento dei servizi di telecomunicazioni al dettaglio a banda ultralarga, anche con politiche commerciali anticoncorrenziali (prezzi non replicabili, *lock-in*). In tal modo, TI conseguirebbe un duplice scopo: sul mercato al dettaglio, di rendere meno contendibile la propria base di clientela nel

processo di migrazione alle offerte a banda ultralarga; sul mercato all'ingrosso, di scoraggiare e rendere meno profittevole gli investimenti nelle nuove reti FTTH.

i) La strategia abusiva di Telecom Italia volta ad ostacolare lo svolgimento delle gare Infratel ed evitare o ritardare l'ingresso di un nuovo operatore

38. Il primo obiettivo strategico perseguito da TI, consistente nell'ostacolare e rallentare lo svolgimento delle gare Infratel, si è concretizzato in una serie di condotte strumentali, tenute da TI nell'ambito del procedimento amministrativo di consultazione pubblica che ha portato alla mappatura delle aree bianche da parte di Infratel e, successivamente, nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica bandite dalla stessa Infratel, al fine di individuare il concessionario che avrebbe realizzato gli investimenti pubblici previsti nelle suddette aree.

39. Infratel ha, infatti, svolto una consultazione pubblica, articolata in più fasi, al fine di identificare le aree a fallimento di mercato, presupposto necessario per garantire la compatibilità degli investimenti pubblici con la normativa comunitaria in materia di aiuti di Stato. Benché nella consultazione pubblica siano stati coinvolti tutti gli operatori di telecomunicazioni, appare evidente che, in ragione della posizione di quasi-monopolio detenuta da TI nelle aree a fallimento di mercato, le informazioni trasmesse da TI alla stazione appaltante abbiano svolto un ruolo fondamentale nell'individuazione delle aree bianche nell'ambito della strategia nazionale banda ultralarga.

40. Nell'ambito della consultazione pubblica, realizzata da Infratel per la mappatura del territorio, era stata prevista dalla stazione appaltante anche la possibilità per gli operatori di comunicare, entro termini temporali determinati, l'eventuale revisione del proprio piano di investimenti nelle aree classificate come bianche all'esito della prima fase della stessa consultazione. Ciononostante, dopo avere preso parte attivamente alla consultazione pubblica e, dunque, alla definizione dei lotti di gara, TI ha unilateralmente deciso di discostarsi da quanto essa stessa aveva dichiarato in precedenza, annunciando investimenti nelle aree bianche oggetto delle gare Infratel, mentre erano in corso le procedure di gara.

41. Tale comportamento sembra indicare che TI abbia beneficiato, nella definizione delle aree bianche, di un'asimmetria informativa a suo favore rispetto ai dati relativi alla copertura pregressa e futura delle aree del territorio nazionale. Tale vantaggio informativo si è accompagnato a forti incentivi ad un utilizzo strategico delle informazioni relative alla copertura delle diverse aree, allo scopo di trarne un indebito beneficio, a scapito dei concorrenti attuali e potenziali di TI, ostacolando l'attività della stazione appaltante e, in ultima analisi, la realizzazione di reti di nuova generazione idonee a raggiungere gli obiettivi di efficienza dinamica definiti dall'Agenda Digitale Europea.

42. TI, infatti, al di fuori delle regole e delle tempistiche definite dal procedimento di consultazione pubblica, ha richiesto a Infratel di revisionare la mappatura delle aree bianche per le regioni già sottoposte a gara e ha annunciato al mercato di non voler partecipare alla seconda gara, pur avendo ottenuto la qualificazione a presentare un'offerta, in quanto intenzionata a realizzare autonomamente una rete FTTC nelle aree bianche. Sulla base degli elementi acquisiti allo stato, il comportamento di TI sembrerebbe essere orientato strategicamente a rallentare l'iter di svolgimento delle gare, al fine di scongiurare l'ingresso sul mercato di un nuovo operatore nelle aree bianche, così preservando artificialmente la propria storica posizione dominante e gli investimenti nelle reti FTTC.

43. In data 23 marzo 2017, TI ha comunicato al mercato di volere effettuare un *upgrade* della propria rete nelle aree bianche, comprese quelle in cui erano in corso delle procedure di gara e per le quali era stata già ottenuta un'autorizzazione della Commissione europea ai sensi della normativa UE in materia di aiuti di Stato⁸, affermando, tra l'altro, di volere costituire una nuova società precisamente deputata allo scopo (Cassiopea). In altri termini, una volta che l'iter autorizzativo presso la Commissione europea era stato completato e le procedure di gara risultavano già in fase avanzata, TI ha annunciato investimenti in aree che erano state precedentemente qualificate come bianche anche, e prevalentemente, sulla base di quanto dichiarato da TI stessa in sede di consultazione pubblica.

44. Il mutamento della strategia degli investimenti di TI ad oggi sembrerebbe trovare, pertanto, la propria giustificazione solo nella volontà di ostacolare il perfezionamento delle procedure per l'assegnazione dei bandi di gara pubblicati da Infratel e di ritardare, ovvero rendere meno profittevole, l'ingresso di un concorrente in grado di sviluppare una tecnologia maggiormente innovativa. Gli investimenti annunciati da TI riguardano, infatti, la copertura delle aree bianche con reti FTTC che richiedono dei tempi di realizzazione e dei costi inferiori rispetto a quelli necessari al concessionario pubblico per la realizzazione di reti FTTH.

45. Il carattere strumentale del comportamento di TI rispetto alle procedure di gara può essere colto anche dalla lettura del comunicato stampa del 23 marzo 2017. In tale occasione, infatti, TI ha comunicato al mercato che *"Il Consiglio di Amministrazione di TIM ha approvato il progetto presentato dall'Amministratore Delegato Flavio Cattaneo per la creazione di una società dedicata esclusivamente allo sviluppo selettivo di nuove infrastrutture in fibra in aree inserite nella classificazione dei cluster C e D (cosiddette 'aree bianche' o rurali) in base alle norme UE"*. L'esplicito riferimento ai cluster C e D sembra, dunque, rivelare che l'obiettivo del progetto annunciato consisterebbe nel rimettere strumentalmente in discussione i confini delle aree a fallimento di mercato, al fine di ritardare lo sviluppo di reti FTTH.

46. Si deve rilevare, inoltre, che, secondo quanto deducibile dalla lettera del succitato comunicato stampa, tale revisione del piano di investimento per le aree bianche sarebbe stata effettuata selezionando le zone di maggiore

⁸ [Decisione della Commissione europea (SA.41647) del 30 giugno 2016, in G.U.U.E [2016] C258/4.]

redditività all'interno delle medesime aree, quindi con l'intento di pregiudicare la sostenibilità economica e finanziaria delle attività previste nella concessione posta a gara.

47. La strategia di TI appare suscettibile di scoraggiare l'ingresso di nuovi operatori di rete (segnatamente Open Fiber) e di minare la sostenibilità degli investimenti nelle reti FTTH previsti per le aree bianche, favorendo soluzioni tecnologiche dinamicamente meno efficienti rispetto a quelle approvate dalla Commissione per sostenere il raggiungimento degli obiettivi dell'Agenda Digitale Europea (costruzione di una rete di accesso integralmente in fibra ottica). Dopo aver attivamente contribuito alla fornitura delle informazioni necessarie per l'individuazione delle aree bianche⁹, nel richiamato comunicato stampa di marzo 2017, TI ha, infatti, annunciato di volere realizzare una copertura in banda ultralarga con reti FTTC¹⁰, tecnologicamente meno performanti, proprio nelle medesime aree e, peraltro, nelle zone selettivamente più profittevoli delle aree stesse.

48. Si rileva, inoltre, che nell'ambito della consultazione pubblica, al fine di evitare problemi di credibilità delle informazioni circa i piani di investimento comunicati dagli operatori privati, Infratel ha chiesto a questi ultimi di assumere specifici impegni sugli investimenti pianificati e, in particolare, di fornire documentazione attestante l'attendibilità dei propri piani di investimento. È evidente che TI, annunciando unilateralmente i propri investimenti futuri al di fuori del procedimento amministrativo, si è sottratta all'assunzione di un effettivo *commitment* nei confronti del mercato.

49. D'altro canto, la revisione del piano di investimenti di TI in merito alle aree a fallimento di mercato dovrebbe comportare, altresì, un ritiro dagli investimenti comunicati in una parte delle aree del territorio che la consultazione pubblica di Infratel aveva individuato quali grigie proprio in virtù dei suddetti investimenti. In tal modo, tali aree dovrebbero essere riclassificate come aree bianche; ma essendosi già svolte le procedure di gara per i territori compresi nelle relative Regioni, queste aree incorrerebbero nel rischio di restare senza copertura a banda ultralarga.

50. Tale spostamento degli investimenti dalle aree grigie alle aree bianche sembrerebbe anch'esso dimostrare la strumentalità del comportamento di TI. Infatti, non risulterebbe sorretta da una congrua probabilità l'ipotesi controfattuale che, a meno di un anno dalla conclusione della consultazione pubblica condotta da Infratel, la distribuzione territoriale della domanda potenziale di servizi a banda ultralarga abbia subito una riarticolazione così sostanziale da dover contestualmente rianalizzare le condizioni di mercato, sia nelle aree bianche sia nelle aree grigie.

51. In altri termini, sembrerebbe che l'annuncio di accelerare la copertura dei territori compresi nei cluster C e D, accompagnata dal ritiro degli investimenti in una parte considerevole delle aree grigie, non sia ascrivibile al riscontro di un mutamento delle condizioni del mercato in quelle aree, quanto piuttosto alla volontà di riallocare le risorse, spostandole strategicamente da alcune aree ad altre, allo scopo di rimettere in discussione la mappatura delle aree realizzata da Infratel. Tale strategia sarebbe idonea a compromettere la delimitazione geografica della porzione di mercato per il quale sono state svolte le gare e nel quale opererà il soggetto concessionario.

52. La strategia perseguita da TI di ostacolare lo svolgimento delle gare Infratel al fine di ritardare l'ingresso di un nuovo operatore emergerebbe anche dal comportamento strumentale tenuto da TI nell'ambito delle gare per l'infrastrutturazione delle aree bianche, con la presentazione di numerosi ricorsi e segnalazioni a organi giudiziari ed amministrativi. Tali azioni, allo stato, non hanno avuto esiti favorevoli per TI, ma hanno senz'altro sortito l'effetto di determinare uno stato di incertezza in merito ai tempi di svolgimento e conclusione delle procedure di gare e, conseguentemente, a quelli di realizzazione degli investimenti in FTTH da parte del concessionario.

53. La pretestuosità delle controversie sollevate da TI parrebbe potersi trarre anche dalla differenza di condotta, quanto a impugnazioni e ricorsi, che TI aveva tenuto fino alla modifica del piano di intervento pubblico nelle aree bianche. Il Governo, alla fine del 2015, aveva deciso di avviare una nuova consultazione pubblica per l'individuazione delle aree prive di copertura a banda ultralarga, proprio al fine di richiedere alla Commissione la possibilità di adottare un nuovo modello di intervento diretto rispetto a quello utilizzato fino alle gare svoltesi nel 2015. Le gare svolte fino a settembre 2015, sempre gestite da Infratel, erano state quasi tutte realizzate secondo il modello di intervento a incentivo che prevedeva un contributo pubblico non superiore al 70% del totale del fabbisogno finanziario, assegnato con un bando di gara.

54. I risultati delle gare svolte in attuazione di tale modello a incentivo erano, infatti, apparsi insoddisfacenti. La grande parte delle procedure svolte secondo il modello del contributo pubblico erano state assegnate a TI, l'unico operatore ad avere presentato un'offerta. In quel periodo, prima dell'ingresso sul mercato delle telecomunicazioni da parte del gruppo Enel, non risultano contestazioni di TI verso la stazione appaltante e nei confronti del disegno di gara definito da Infratel. In tale prospettiva, la strategia di intraprendere azioni di disturbo con denunce e ricorsi appare essere spiegabile con l'obiettivo di ostacolare l'entrata sul mercato di OF e l'espletarsi della concorrenza nell'ambito

⁹ *[Ai sensi degli Orientamenti dell'Unione europea per l'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato in relazione allo sviluppo rapido di reti a banda larga (Comunicazione della Commissione 2013/C 25/01, paragrafo (78), lettera a), nel 2015/16 Infratel ha condotto una consultazione pubblica, preliminare all'indizione delle gare per l'assegnazione dei sussidi pubblici. A esito di tale consultazione, sono state individuate le aree bianche del territorio (nonché le aree grigie e nere).]*

¹⁰ *[Nell'indagine conoscitiva sulla concorrenza statica e dinamica nel mercato dei servizi di accesso e sulle prospettive di investimento nelle reti di telecomunicazioni a banda larga e ultra-larga, condotta dall'Autorità congiuntamente con l'Agcom, si rilevava che "sotto il profilo concorrenziale, lo sviluppo delle reti FTTC definisce uno scenario caratterizzato da potenziali criticità concorrenziali analoghe a quelle che caratterizzano l'assetto di mercato attuale e che richiedono un forte ruolo della regolamentazione settoriale ex-ante, nonché un continuo controllo antitrust" (Cfr. par. 142).]*

delle procedure di gara. Proprio nelle aree bianche, TI detiene una posizione storica di particolare potere di mercato, considerata la scarsa densità di domanda potenziale. Si tratta, dunque, di aree del mercato dove l'esigenza di promuovere la concorrenza e di incentivare gli investimenti per l'efficienza dinamica sono massimi.

55. I comportamenti descritti *supra*, benché eterogenei tra loro, potrebbero unitariamente configurare un'ipotesi di abuso del diritto, in ragione dell'unico obiettivo perseguito da TI. Infatti, tali comportamenti, seppure astrattamente leciti e consentiti dall'ordinamento, appaiono, infatti, finalizzati al perseguimento di uno scopo non meritevole di tutela, ossia alterare il corretto svolgimento delle dinamiche concorrenziali in un mercato strategico per lo sviluppo del Paese, nel tentativo di TI di preservare il proprio potere di mercato e di scongiurare ovvero ritardare l'ingresso di un concorrente.

56. Alla luce di quanto sin qui rilevato, si ritiene che allo stato sussistano elementi sufficienti per ritenere che le condotte esaminate possano configurare nel loro insieme una strategia abusiva, realizzata attraverso l'esercizio distorto di una serie di diritti astrattamente riconosciuti in capo alla stessa TI, segnatamente: a) la richiesta di modifica della portata e della localizzazione dei propri investimenti, che configura un *venire contra factum proprium* rispetto a quanto dalla stessa TI dichiarato in sede di procedimento amministrativo; b) l'annuncio dell'avvio dell'implementazione del proprio piano di investimenti, così come unilateralmente rivisitato, nonostante la pendenza di una procedura di gara che prevede la realizzazione di un intervento pubblico di rilevante entità sulle medesime aree; c) l'instaurazione di contenziosi avverso i provvedimenti regolatori posti alla base delle gare Infratel e di tutti gli atti conseguentemente adottati dalla stazione appaltante.

ii) La strategia abusiva di Telecom Italia volta ad accaparrarsi preventivamente la clientela sul nuovo segmento dei servizi di telecomunicazioni al dettaglio a banda ultralarga

57. Quanto alle condotte segnalate in relazione al mercato dei servizi di telecomunicazioni al dettaglio, ad un primo esame, si ritiene che esse potrebbero presentare significativi profili di restrittività della concorrenza.

58. In particolare, l'asserita predisposizione di offerte commerciali non replicabili per occupare preventivamente il mercato nella transizione dalle offerte con servizi a banda larga a offerte con servizi a banda ultralarga, potrebbe generare una *pre-emption* del nuovo segmento di offerte. In tal modo, in una fase in cui un forte grado di concorrenza sarebbe particolarmente auspicabile per la contendibilità delle basi di clienti a banda larga che migreranno sulle nuove offerte a banda ultralarga, delle offerte che si rivelassero non replicabili implicherebbero una seria restrizione della competizione. La ridotta tensione concorrenziale a valle, inoltre, potrebbe essere insufficiente a garantire un adeguato livello di innovazione dei servizi.

59. Analogamente, e nell'alveo del medesimo obiettivo strategico, dovrebbero essere analizzate le condotte segnalate in relazione al *lock-in* dei clienti, sempre nella prospettiva di alzare le barriere in uscita dal lato della domanda e rendere meno contendibile la propria base di clienti.

Ad un primo esame delle condizioni praticate su talune offerte di servizi a banda ultralarga, sembrerebbe potersi evincere che TI stia ponendo in essere delle politiche commerciali che appaiono in potenza idonee ad aumentare significativamente gli *switching cost* per i consumatori, al fine di generare una fidelizzazione della clientela, in grado di restringere notevolmente la contendibilità dei clienti di servizi a banda larga.

60. Peraltro, tali politiche commerciali anticoncorrenziali sarebbero poste in essere soprattutto nelle aree in cui gli operatori alternativi hanno realizzato degli investimenti per predisporre offerte di servizi a banda ultralarga, ossia dove dovrebbe essere garantito il massimo grado di contendibilità della clientela.

61. Tali condotte sul mercato *retail* da parte di TI interverrebbero proprio in una fase in cui si registra una forte inerzia del consumatore rispetto al fornitore di servizi a banda ultralarga. Infatti, la quasi totalità dei nuovi clienti su reti NGA usufruisce per la prima volta di prestazioni superiori rispetto ai collegamenti in banda larga, in termini di velocità di trasmissione dei dati, e, quindi, presenta una scarsa propensione a modificare il proprio operatore nel breve periodo. Dunque, in un tale contesto competitivo, una strategia di TI sui mercati al dettaglio che fosse di natura abusiva, con offerte non replicabili e strategie di *lock-in*, sarebbe idonea a sortire significativi effetti restrittivi, trovando un terreno particolarmente fertile dal lato della domanda.

62. Gli effetti restrittivi delle politiche commerciali in discorso, intervenendo in una fase di aggiustamento del mercato verso un nuovo equilibrio concorrenziale grazie all'ingresso di un nuovo operatore infrastrutturato, potrebbero estendersi altresì al mercato all'ingrosso dei servizi di accesso. Infatti, l'occupazione preventiva della base di clienti sarebbe idonea a comprimere la domanda potenziale degli operatori alternativi che intendono acquistare servizi di accesso presso reti concorrenti. In tal modo, le condotte in oggetto potrebbero risultare idonee altresì a ridurre ingiustificatamente lo spazio di redditività atteso per un'entrata profittevole sul mercato di un operatore infrastrutturato alternativo.

d) Il pregiudizio al commercio intracomunitario

63. Secondo la Comunicazione della Commissione 2004/C 101/07 – Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, GUCE C 101/81 del 27 aprile 2004, il concetto di pregiudizio al commercio intracomunitario deve essere interpretato tenendo conto dell'influenza diretta o indiretta, reale o potenziale, sui flussi commerciali tra gli Stati membri.

64. Le condotte in esame appaiono rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 102 del TFUE, in quanto le strategie asseritamente poste in essere da TI interessano l'intero mercato nazionale, che costituisce parte rilevante del

mercato dell'Unione Europea, e sono astrattamente idonee a limitare gli scambi tra gli Stati Membri, ostacolando e/o ritardando l'accesso di altri operatori di telecomunicazioni sul mercato italiano.

RITENUTO, pertanto, che i comportamenti posti in essere da Telecom Italia S.p.A. nei mercati rilevanti come sopra individuati, per le ragioni sopra esposte, potrebbero configurare una o più violazioni dell'articolo 102 del TFUE, da verificare nel corso dell'istruttoria;

DELIBERA

a) l'avvio dell'istruttoria, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, nei confronti della società Telecom Italia S.p.A., per accertare l'esistenza di violazioni della concorrenza ai sensi dell'articolo 102 del TFUE;

b) la fissazione del termine di giorni sessanta, decorrente dalla data di notificazione del presente provvedimento, per l'esercizio da parte dei legali rappresentanti della società di cui al punto a), nonché dei soggetti che hanno presentato le segnalazioni, del diritto di essere sentiti, precisando che la richiesta di audizione dovrà pervenire alla Direzione Comunicazioni della Direzione Generale per la Concorrenza di questa Autorità almeno cinque giorni prima della scadenza del termine sopra indicato;

c) che il responsabile del procedimento è il Dottor Elia Ferrara;

d) che gli atti del procedimento possono essere presi in visione, presso la Direzione Comunicazioni della Direzione Generale per la Concorrenza di questa Autorità, dai legali rappresentanti delle parti o da persone da essi delegate;

e) che il procedimento deve concludersi entro il 31 ottobre 2018.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato sul Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE
Roberto Chieppa

IL PRESIDENTE
Giovanni Pitruzzella