

A357 - TELE2/TIM-VODAFONE-WIND

Provvedimento n. 17131

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 3 agosto 2007;

SENTITO il Relatore Professoressa Carla Rabitti;

VISTA la legge 10 ottobre 1990 n. 287;

VISTI gli articoli 81 e 82 del Trattato CE;

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

VISTO il proprio provvedimento adottato in data 23 febbraio 2005, con il quale è stata avviata, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, l'istruttoria A357 nei confronti delle società TELECOM ITALIA MOBILE S.p.A., VODAFONE OMNITEL N.V. e WIND TELECOMUNICAZIONI S.p.A., volta ad accertare l'esistenza di eventuali violazioni degli articoli 81 e/o 82 del Trattato CE;

VISTO il proprio provvedimento adottato in data 31 marzo 2005, con cui si è determinato di svolgere l'istruttoria anche nei confronti di TIM Italia S.p.A., a seguito del conferimento a quest'ultima delle attività di comunicazioni mobili svolte in Italia da TELECOM ITALIA MOBILE S.p.A.;

VISTO il proprio provvedimento adottato in data 1° febbraio 2006, con il quale:

a) è stato ampliato l'oggetto dell'istruttoria alle condotte poste in essere da TIM ITALIA S.p.A., VODAFONE OMNITEL N.V. e WIND TELECOMUNICAZIONI S.p.A. nei confronti di ELSACOM S.p.A. consistenti nel rifiuto contestuale opposto dai tre gestori di rinegoziare al ribasso le condizioni economiche per l'accesso in *roaming* del suddetto operatore sulle rispettive reti GSM;

b) è stato prorogato il termine di conclusione del procedimento al 14 dicembre 2006;

VISTO il proprio provvedimento adottato in data 15 marzo 2006, con il quale è stata determinata la prosecuzione del procedimento A357 nei confronti della società TELECOM ITALIA S.p.A. in luogo delle società TELECOM ITALIA MOBILE S.p.A. e TIM ITALIA S.p.A.;

VISTA la comunicazione delle risultanze istruttorie, trasmessa alle parti in data 28 luglio 2006;

VISTI i propri provvedimenti rispettivamente adottati in data 24 agosto 2006, 19 ottobre 2006 e 4 aprile 2007, con i quali il termine di conclusione del procedimento è stato differito dapprima al 15 febbraio 2007, poi al 10 maggio 2007 ed infine al 12 luglio 2007;

VISTO il proprio provvedimento del 4 aprile 2007, con il quale si è deliberato il rigetto dell'impegno presentato da VODAFONE OMNITEL N.V. ai sensi dell'articolo 14-*ter* della legge n. 287/90;

VISTA l'istanza di riesame del provvedimento adottato il 4 aprile 2007 e l'allegata documentazione trasmessa da VODAFONE OMNITEL N.V. il 10 aprile 2007, e successivamente integrata con la trasmissione di ulteriore documentazione in data 16 aprile 2007;

VISTO il proprio provvedimento del 26 aprile 2007, con il quale il termine di conclusione del procedimento è stato differito al 10 agosto 2007;

VISTO il proprio provvedimento del 24 maggio 2007, con il quale il predetto impegno è stato reso obbligatorio nei confronti di VODAFONE OMNITEL N.V. ed è stato posto termine al procedimento nei confronti della medesima società senza accertare l'infrazione ai sensi dell'articolo 14-*ter*, comma 1, della legge 287/90;

VISTE le memorie finali depositate dalle Parti, da ultimo pervenute in data 30 maggio 2007;

SENTITI davanti al Collegio, in data 6 giugno 2007, in audizione finale, i rappresentanti delle società TELECOM Italia S.p.A, WIND Telecomunicazioni S.p.A., TELE2 Italia S.p.A., TRANS WORLD COMMUNICATION Italia S.p.A., STARTEL International S.p.A., COLT Telecom S.p.A., EMMECOM S.p.A., TISCALI S.p.A., WELCOME Italia S.p.A., EUTELIA S.p.A., H3G S.p.A., FASTWEB S.p.A., INFOTEL Communication S.p.A., KARUPA S.p.A., BT Italia S.p.A., ELSACOM S.p.A., e delle associazioni di categoria Associazione Providers Indipendenti-ASSOPROVIDER e Associazione Italiana Internet Providers-AIIP;

VISTA la propria richiesta di parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lettera c), n. 11, della legge 31 luglio 1997, n. 249, inoltrata in data 3 luglio 2007;

VISTO il parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni pervenuto in data 23 luglio 2007;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

I. PREMESSA

1. In data 16 aprile 2004 è pervenuta all'Autorità una denuncia da parte della società TELE2 Italia S.p.A. (di seguito TELE2), operatore di telefonia fissa, relativa ad un presunto abuso di posizione dominante da parte dei due principali

operatori di telefonia mobile sul mercato italiano, vale a dire Telecom Italia Mobile S.p.A. (di seguito TIM) e VODAFONE OMNITEL N.V. (di seguito VODAFONE). Tale denuncia è stata successivamente integrata, con lettera del 27 dicembre 2004, nei confronti di WIND Telecomunicazioni S.p.A. (di seguito WIND).

Secondo quanto rappresentato nella denuncia, i tre gestori mobili non avrebbero dato seguito a reiterate richieste da parte di TELE2, formulate a partire dal maggio 2003, di stipulare un accordo commerciale per l'accesso alle rispettive infrastrutture di rete sia nella semplice configurazione di *Enhanced Service Provider* (ESP), sia quale *Mobile Virtual Network Operator* (MVNO)¹.

Il denunciante qualifica tali comportamenti come rifiuti a contrarre di natura abusiva in quanto determinerebbero l'impossibilità per TELE2 di operare come fornitore, ancorché "virtuale", cioè senza il possesso di una infrastruttura di rete, di servizi di telefonia mobile, in concorrenza con i suddetti gestori.

2. Nello stesso mese di aprile 2004 sono pervenute all'Autorità ulteriori richieste di intervento da parte di società di minori dimensioni, quali Reteltaly S.r.l. (di seguito RETEITALY), Trans World Communication S.p.A. (di seguito TWC) e Startel S.r.l. (ora Startel S.p.A., di seguito STARTEL), relative a comportamenti commerciali posti in essere da TIM, VODAFONE e WIND fra il dicembre del 2003 e l'autunno del 2004. In particolare, tali comportamenti sarebbero consistiti sia nell'interruzione di forniture già in essere di servizi mobili, che costituivano oggetto di rivendita a terzi da parte dei soggetti denunciati, attuata con varie modalità da parte dei tre gestori, sia nella mancata risposta a specifiche richieste di stipulare ex novo contratti per la rivendita di capacità trasmissiva su rete mobile, equiparabili quindi ai comportamenti di rifiuto a contrarre evidenziati da TELE2. Tanto la prima quanto la seconda categoria di comportamenti integrerebbero secondo i denunciati pratiche abusive, in quanto miranti a negare la possibilità a tali operatori di competere nei propri mercati di riferimento, vale a dire sia nel mercato della rivendita dei servizi di terminazione fisso-mobile, in cui l'offerta è monopolio di ciascun singolo gestore mobile, quanto in quello dei servizi di fonia integrata (fisso e mobile) per l'utenza *business*, dove, peraltro, operano direttamente anche i tre operatori mobili.

3. Da ultimo, sullo stesso tema è pervenuta all'Autorità, il 2 novembre 2005, una istanza da parte del CODACONS². In tale istanza, il CODACONS sollecita questa Autorità a "*verificare e controllare la sussistenza [...di...] condotte anticoncorrenziali da parte dei gestori di telefonia mobile e a vigilare su tali comportamenti...*", derivanti da una scarsa concorrenzialità del mercato riconducibile, inter alia, alla mancata introduzione della figura dell'MVNO³.

IL PROCEDIMENTO ISTRUTTORIO

1. L'AVVIO DEL PROCEDIMENTO ISTRUTTORIO E GLI ACCERTAMENTI ISPETTIVI

4. In data 23 febbraio 2005, l'Autorità ha deliberato l'avvio, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, di un'istruttoria nei confronti delle società TELECOM ITALIA MOBILE S.p.A. (di seguito TIM), VODAFONE OMNITEL N.V. (VODAFONE) e WIND TELECOMUNICAZIONI S.p.A. (WIND), per presunta infrazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE.

5. In data 1° marzo 2005 si sono svolti gli accertamenti ispettivi, che hanno interessato, in particolare:

i) per TIM, le sedi di Roma, in Via P. De Francisci n. 152 e in Via Faustini n. 28, di Milano, in Viale Jenner ang. Via Bernina n. 30, e di Rivoli (Torino), in Via Sestriere n. 130/B;

ii) per VODAFONE, le sedi di Roma, in Piazza S.S. Apostoli n. 81, di Milano, in Via Bisceglie n. 96, e di Corsico (Milano) - Via Caboto n. 15;

iii) per WIND, le sedi di Roma, in Via C.G. Viola n. 48 e in Via del Giorgione, Galleria Cammarano, e di Milano, in Via Lorenteggio n. 257.

6. Nel corso del procedimento istruttorio si è realizzato il programma industriale di integrazione delle comunicazioni fisse e mobili del Gruppo TELECOM che ha previsto tre fasi:

i) il conferimento delle attività di comunicazioni mobili in Italia da parte di TELECOM ITALIA MOBILE S.p.A. a TIM Italia S.p.A. (di seguito TIM ITALIA), comprensivo di tutti i rapporti negoziali e contrattuali inerenti le suddette attività; l'atto di conferimento è stato stipulato in data 24 febbraio 2005, con efficacia a decorrere dal 1° marzo 2005;

ii) la fusione per incorporazione di TIM in TELECOM ITALIA S.p.A. (di seguito TELECOM), avvenuta in data 20 giugno 2005, con efficacia dal giorno 30 giugno 2005;

iii) la fusione per incorporazione della società TIM ITALIA in TELECOM, con la quale quest'ultima succede a titolo universale in tutti i rapporti attivi e passivi di TIM ITALIA; l'atto di fusione è stato stipulato in data 22 febbraio 2006, con effetto dal giorno 1° marzo 2006.

7. A seguito dell'attuazione della prima fase del suddetto programma di integrazione, con la quale TIM ITALIA è subentrata a TIM in tutti i rapporti attivi e passivi inerenti le comunicazioni mobili in Italia, l'Autorità, con provvedimento adottato in data 31 marzo 2005, ha deliberato la prosecuzione del procedimento anche nei confronti di TIM ITALIA.

¹ [Si tratta in entrambi i casi di prestatori di servizi mobili alternativi ai tradizionali gestori di rete (cfr. infra, sez. V, 2, a).]

² [Successiva ad una precedente istanza dello stesso CODACONS, del 13 ottobre 2004, sulla stessa materia.]

³ [Secondo il CODACONS, infatti, "l'evoluzione del mercato italiano dei servizi radiomobili dimostra come sarebbe risultato più opportuno ormai da tempo, in un mercato come quello in questione, già in realtà ampiamente sviluppato tanto sotto il profilo infrastrutturale per i servizi mobili di seconda generazione quanto sotto quello della diffusione dei servizi voce, favorire lo sviluppo della concorrenza per mezzo di un'apertura sul versante dei servizi piuttosto che su quello della rigida protezione regolatoria degli investimenti infrastrutturali". Nella denuncia, presentata contestualmente all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (di seguito AGCom), il CODACONS chiede di revocare una propria delibera, la n. 544/00/CONS (cfr. in seguito), nella quale a suo tempo non era stato ritenuto giustificato un intervento regolamentare volto a fissare le condizioni per l'ingresso nel mercato degli operatori MVNO.]

8. L'avvenuta conclusione del programma di integrazione delle comunicazioni fisse e mobili del Gruppo TELECOM, con il passaggio definitivo di tutti i rapporti negoziali e contrattuali inerenti le attività di comunicazioni mobili in Italia a TELECOM, ha reso necessaria l'adozione da parte dell'Autorità, in data 15 marzo 2006, di un nuovo provvedimento di prosecuzione del procedimento nei confronti di TELECOM, in luogo di TIM e TIM ITALIA.

9. In data 1° febbraio 2006, inoltre, l'Autorità ha deliberato l'ampliamento dell'oggetto dell'istruttoria ai comportamenti posti in essere contestualmente da TIM, VODAFONE e WIND nei confronti della società ELSACOM, consistenti nel rifiuto di rinegoziare al ribasso le condizioni economiche per l'accesso al *roaming* da parte di quest'ultima sulle rispettive reti GSM. Contestualmente, è stato prorogato il termine di conclusione del procedimento al 14 dicembre 2006.

2. LE RICHIESTE DI INTERVENTO DI ALTRI OPERATORI E L'AMMISSIONE AL PROCEDIMENTO

10. Successivamente all'avvio dell'istruttoria, una serie di operatori attivi nel settore delle telecomunicazioni hanno formulato istanza di intervento nel procedimento nel termine di trenta giorni dalla data di pubblicazione del provvedimento di avvio. In particolare, hanno chiesto di intervenire:

- Colt Telecom S.p.A., in data 24 marzo 2005;
- Emmecom S.p.A., in data 6 aprile 2005;
- Associazione Italiana Internet Providers-AIIP, in data 7 aprile 2005;
- Tiscali S.p.A., in data 7 aprile 2005;
- Welcome Italia S.p.A., in data 12 aprile 2005;
- Eutelia S.p.A., in data 12 aprile 2005;
- H3G S.p.A., in data 12 aprile 2005;
- Associazione Providers Indipendenti-ASSOPROVIDER, in data 12 aprile 2005;
- Fastweb S.p.A., in data 13 aprile 2005;
- Info-tel Communication S.p.A., in data 13 aprile 2005;
- Karupa S.p.A., in data 13 aprile 2005;
- BT Italia S.p.A. (già BT Albacom S.p.A.), in data 14 aprile 2005;
- e, da ultimo, Elsacom S.p.A., in data 15 marzo 2006.

Considerato che a ciascuno di tali soggetti appariva riconducibile un interesse concreto a partecipare al procedimento in considerazione dell'impatto delle politiche commerciali attuate dai tre gestori sui mercati rilevanti ai fini dell'istruttoria, le istanze di partecipazione sono state accolte.

3. LE AUDIZIONI, LE RICHIESTE DI INFORMAZIONI E GLI ACCESSI AGLI ATTI

11. VODAFONE, WIND e TIM sono stati sentiti in audizione, rispettivamente, in data 26 maggio 2005, 31 maggio 2005 e 6 giugno 2005. Nell'arco del mese di giugno e del mese di luglio dello stesso anno, inoltre, sono stati auditi i denunciati - TELE2, TWC, STARTEL e RETEITALY - nonché tutti gli altri operatori intervenuti nel procedimento. Le audizioni hanno permesso di arrivare ad una più ampia comprensione dei fatti, oltre che di interpretare e spiegare alcuni documenti rinvenuti nel corso delle ispezioni.

A seguito della delibera di ampliamento oggettivo del procedimento in data 15 marzo 2006, le società VODAFONE, WIND e TIM sono state nuovamente audite rispettivamente in date 21, 24 e 27 febbraio 2006. Inoltre, è stata sentita ELSACOM in data 16 febbraio 2006.

12. Nell'ambito delle audizioni sono state formulate dettagliate richieste d'informazioni a tutte le Parti del procedimento.

Per quanto concerne gli MNO (*Mobile Network Operator*), WIND ha fatto pervenire la propria risposta alla richiesta d'informazioni in data 28 giugno 2005, integrata successivamente in data 15 luglio 2005; la risposta di VODAFONE è pervenuta in data 1° luglio 2005 e quella di TIM è datata 5 luglio 2005. La maggior parte degli altri operatori hanno fatto pervenire le informazioni richieste entro il mese di settembre 2005.

Peraltro, le informazioni fornite sono risultate in alcuni casi lacunose o non omogenee e, quindi, non direttamente confrontabili, rendendo necessario formulare ai tre MNO nuove richieste, trasmesse, rispettivamente, a TIM e VODAFONE in data 16 novembre 2005 e a WIND in data 18 novembre 2005. Inoltre, a seguito dell'estensione oggettiva del procedimento, ulteriori precisazioni sono state richieste in data 24 novembre 2005 agli stessi MNO e a ELSACOM S.p.A. (di seguito ELSACOM).

Infine, un supplemento di informazioni è stato richiesto ai tre MNO in data 6 aprile 2006, seguita da un'ulteriore richiesta di integrazione a VODAFONE in data 19 maggio 2006.

Successivamente alla comunicazione delle risultanze istruttorie, gli uffici hanno formulato nuove richieste di informazioni alle Parti per l'aggiornamento dei dati o per l'ottenimento di chiarimenti di vario genere. Tali richieste sono state inviate nel dicembre 2006 e nei mesi di gennaio, febbraio ed aprile 2007.

13. Per quanto concerne gli accessi agli atti, si evidenzia che, a causa dell'amplessissima documentazione acquisita e del numero di soggetti coinvolti, sono stati necessari numerosi e ripetuti accessi. In particolare, TIM, VODAFONE e WIND hanno consultato gli atti del fascicolo tre volte, in data 19 aprile 2005, 24 maggio 2005 e 24 e 25 agosto 2005. Analogo numero di volte sono stati consultati gli atti dagli altri partecipanti al procedimento tra l'aprile e il settembre 2005. Da ultimo, TIM, VODAFONE e WIND hanno avuto accesso agli atti i giorni 20 e 21 dicembre 2005. Ulteriori accessi agli atti sono stati effettuati da tutte le Parti del procedimento nelle date 23 e 24 gennaio 2006 e nelle date 4 e 5 maggio 2006.

4. LA COMUNICAZIONE DELLE RISULTANZE ISTRUTTORIE E IL SUB-PROCEDIMENTO A357B

14. In data 28 luglio 2006 veniva trasmessa alle parti la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie (CRI). Nella CRI venivano contestati:

un abuso di posizione dominante collettiva da parte di TIM, VODAFONE e WIND nel mercato dell'accesso alle infrastrutture di rete mobile;

tre abusi di posizione dominante individuale da parte di ciascuno dei suddetti gestori nei mercati della terminazione sulle rispettive reti mobili.

15. In data 10 novembre 2006, VODAFONE presentava un impegno ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287/90. Con delibera del 24 maggio 2007, l'Autorità ha ritenuto l'impegno idoneo a far venire meno nei confronti di VODAFONE i profili anticoncorrenziali oggetto di istruttoria con riferimento sia al mercato dell'accesso, sia al mercato della terminazione sulla propria rete.

16. Le Parti hanno effettuato accesso agli atti del procedimento, nonché al fascicolo istruttorio del subprocedimento A357B relativo agli impegni presentati da VODAFONE, nei mesi di agosto 2006 e di febbraio, aprile e giugno 2007.

III. LE PARTI

1. DENUNCIANTI

a) TELE2 Italia S.p.A.

17. TELE2 Italia S.p.A. (di seguito TELE2) è presente in Italia dall'aprile del 1999 nei servizi di telefonia fissa (servizi voce) e di accesso ad Internet per l'utenza residenziale, con oltre 2 milioni di clienti attivi.

La società è controllata da TELE2 AB (ex NetCom AB), società di diritto svedese⁴. In particolare, nel settore della telefonia mobile il gruppo TELE2 offre comunicazioni in tecnologia GSM⁵ (in Svezia, Norvegia, Danimarca, Liechtenstein, Lussemburgo, Estonia, Lettonia, Russia, Lituania e Svizzera); ha conseguito licenze per operare in tecnologia UMTS (in Finlandia, Svezia, Liechtenstein, Lussemburgo ed Estonia) e risulta, altresì, uno dei primi gestori mobili virtuali in Europa, con servizi GSM in Danimarca, Olanda e Austria, mentre ulteriori accordi per le reti UMTS⁶ sono stati siglati in Norvegia e Finlandia.

Nel 2005, TELE2 ha realizzato un fatturato pari a circa 582 milioni di euro.

b) ReteItaly S.r.l.

18. ReteItaly S.r.l. (di seguito RETEITALY) è una società specializzata nell'offerta di servizi di telecomunicazioni dedicati alle aziende; RETEITALY è un *Internet Telephony Service Provider* che offre ai propri clienti (aziende) servizi di fonia su protocollo IP (cd. "VoIP", *Voice over Internet Protocol*), servizi di accesso ad Internet, servizi di reti private virtuali e servizi di *housing*. In particolare, RETEITALY raccoglie e porta sulla propria rete in tecnologia VoIP le chiamate fisso-mobile originate dai propri clienti *business* e trasforma il traffico fisso-mobile in traffico mobile-mobile, reinstrandolo sulla rete mobile alla quale appartiene l'utente chiamato tramite apparati denominati GSM-Box e collegamenti tra PABX (centralino di rete fissa) e la rete mobile (MSC).

Nel 2005, la società RETEITALY ha realizzato un fatturato pari a circa 5 milioni di euro.

c) Trans World Communication Italia S.p.A.

19. Trans World Communication Italia S.p.A. (di seguito TWC) offre servizi di progettazione, realizzazione, installazione, manutenzione e gestione di impianti e reti di telecomunicazioni ed è attiva nella prestazione di servizi connessi a tali settori. La società fornisce, altresì, servizi di telefonia fisso-mobile ad altri operatori di telecomunicazioni, i quali, avvalendosi di codici di *carrier selection* e *carrier preselection*, raccolgono le chiamate dirette verso telefoni mobili effettuate dalla clientela finale di rete fissa. In particolare, TWC trasforma il traffico fisso-mobile che viene consegnato dai propri clienti in traffico mobile-mobile, reinstrandolo tale traffico sulla rete dell'operatore di telefonia mobile destinatario di ciascuna chiamata.

Nell'esercizio 2005, TWC ha fatturato in Italia circa 0,8 milioni di euro.

d) Startel International S.p.A.

20. Startel International S.p.A. (di seguito STARTEL) offre servizi di progettazione, realizzazione, installazione, manutenzione e gestione di impianti e reti di telecomunicazioni ed è attiva nella prestazione di servizi connessi a tali settori. La società fornisce altresì servizi di telefonia fisso-mobile ad altri operatori di telecomunicazioni, i quali, avvalendosi di codici di *carrier selection* e *carrier preselection*, raccolgono le chiamate dirette verso telefoni mobili effettuate dalla clientela finale di rete fissa. STARTEL, in particolare, trasforma il traffico fisso-mobile che viene consegnato dai propri clienti in traffico mobile-mobile, reinstrandolo tale traffico sulla rete dell'operatore di telefonia mobile destinatario di ciascuna chiamata.

⁴ [La società è attiva in Svezia, Norvegia, Finlandia, Danimarca, Estonia, Lettonia, Lituania, Russia, Polonia, Repubblica Ceca, Gran Bretagna, Germania, Paesi Bassi, Svizzera, Austria, Irlanda, Francia, Italia, Spagna, Portogallo, Lussemburgo, Liechtenstein, Belgio e Ungheria.]

⁵ [Lo standard paneuropeo per le reti radiomobili digitali (cfr. in seguito).]

⁶ [L'UMTS (Universal Mobile Telecommunication System) rappresenta la nuova tecnica di accesso radio ai servizi di comunicazione mobile (cd. terza generazione), promosso dall'Unione Internazionale delle Telecomunicazioni (cfr. in seguito).]

STARTEL, essendo passata dal luglio 2005 sotto il controllo di Intermatica Holding S.r.l., fa parte del Gruppo Intermatica, attivo nella fornitura e nella distribuzione di comunicazioni elettroniche e, in particolare, di servizi satellitari.

Nell'esercizio 2005, STARTEL ha fatturato in Italia 2,3 milioni di euro.

2. DENUNCIATI

a) Telecom Italia S.p.A.

21. Fino al 1° marzo 2005, le attività di comunicazioni mobili del Gruppo TELECOM in Italia e all'estero sono state gestite dalla società Telecom Italia Mobile S.p.A. (di seguito TIM). In particolare, TIM operava in Italia nei servizi di comunicazione mobile personale, per utenze residenziali e *business* e, attraverso società controllate, anche in Sud America (Brasile, Perù e Venezuela) e nel bacino del Mediterraneo (Turchia e Grecia). La società ha iniziato ad operare nel settore radiomobile nel 1990, attraverso l'offerta di servizi su rete analogica (TACS), e dal 1995 su rete digitale (GSM), mentre nell'ottobre 2000 si è aggiudicata una delle quattro licenze messe a gara dallo Stato italiano per la costruzione di reti di terza generazione (UMTS). Nel dicembre 2002 TIM ha acquisito il controllo di parte degli *asset* di BLU, il quarto operatore mobile italiano, tramite fusione per incorporazione, e si è vista assegnare 5 Mhz sulla banda dei 900 Mhz di frequenza precedentemente assegnate alla stessa BLU.

In Italia, TIM ha rivestito una posizione di assoluto rilievo nella telefonia mobile, offrendo servizi GSM, GPRS⁷ ed EDGE⁸.

La società è altresì in possesso di licenza per operare su rete fissa attraverso servizi di *carrier selection* con codice 1038, offrendo servizi integrati di telefonia vocale per utenza aziendale.

Il capitale sociale di TIM era controllato da TELECOM ITALIA S.p.A. (di seguito TELECOM), che ne deteneva una quota pari al 56%, mentre la restante parte del capitale risultava diffusa presso il pubblico tramite quotazione in borsa. Nel 2004 il fatturato consolidato di TIM è stato pari a 12,9 miliardi di euro.

22. Nel periodo compreso tra il 1° marzo 2005 e il 1° marzo 2006, si è realizzato il programma industriale di integrazione delle comunicazioni fisse e mobili del Gruppo TELECOM, iniziato con lo scorporo del *business* delle telecomunicazioni mobili in Italia in una apposita società TIM ITALIA S.p.A. (di seguito TIM ITALIA), controllata al 100% da TELECOM, e del *business* delle telecomunicazioni mobili internazionali nella società TIM International B.V., anche questa controllata al 100% da TELECOM; continuato con la fusione per incorporazione di TIM in TELECOM e conclusosi con la fusione per incorporazione anche di TIM ITALIA in TELECOM. Pertanto, dal 1° marzo 2006, TELECOM è subentrata in tutti i rapporti negoziali e contrattuali inerenti le attività di comunicazioni mobili in Italia.

Il ramo d'azienda relativo al *business* di comunicazione mobile, incorporato in TELECOM, ha realizzato, nel periodo marzo-dicembre 2005, un fatturato pari a circa 8,54 miliardi di euro.

23. TELECOM è una società congiuntamente controllata da Pirelli S.p.A. e da Edizione Holding S.p.A. ed ha per oggetto della propria attività l'installazione e la fornitura di infrastrutture di telecomunicazioni e l'offerta dei relativi servizi. In particolare, TELECOM è titolare della rete pubblica commutata, attraverso la quale fornisce servizi di interconnessione ad altre imprese per la loro operatività sui mercati dei servizi finali. TELECOM opera con diversi marchi, rivolgendo la propria offerta tanto a soggetti rivenditori di servizi quanto all'utenza finale affari e residenziale, fornendo 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 multimediali.

Nel 2005 il fatturato realizzato a livello mondiale dal Gruppo TELECOM è stato pari a 29,9 miliardi di euro, di cui 23,8 derivanti da vendite in Italia.

24. Nel prosieguo del documento, la denominazione TIM, quando non diversamente specificato, sarà utilizzata indifferentemente in luogo di TELECOM ITALIA MOBILE S.p.A., TIM Italia S.p.A. e TELECOM ITALIA S.p.A..

b) Vodafone Omnitel N.V.

25. Vodafone Omnitel N.V. (di seguito VODAFONE) è la società di diritto olandese attraverso la quale l'omonimo gruppo opera nel settore radiomobile in Italia. La società prosegue le attività di Vodafone Omnitel S.p.A., cessata alla fine dell'esercizio 2002. Quest'ultima, a sua volta, era denominata, prima dell'acquisizione da parte del gruppo VODAFONE nell'aprile 2000, Omnitel Pronto Italia S.p.A. ed offriva, sin dal 1995, servizi di comunicazione mobile in tecnologia digitale in Italia⁹. Nel dicembre 2002 VODAFONE ha acquisito il controllo di parte degli *assets* di BLU, il quarto operatore mobile italiano, e si è vista assegnare 5 Mhz sulla banda dei 900 Mhz di frequenza precedentemente assegnate alla stessa BLU.

In Italia, VODAFONE è il secondo operatore sul mercato della fornitura di servizi di telefonia mobile (GSM, GPRS e UMTS).

La società è altresì in possesso di licenza per operare su rete fissa attraverso servizi di *carrier selection* con codice 1054, offrendo servizi integrati di telefonia vocale per utenza aziendale.

⁷ [La tecnologia GPRS (General Packet Radio Service) costituisce una evoluzione del sistema GSM (cfr. in seguito).]

⁸ [Nel mese di aprile 2004 TIM ha lanciato l'EDGE (Enhanced Data Rates for Global Evolution), una nuova tecnica per la trasmissione di dati ad alta velocità, al fine di anticipare lo sviluppo del servizio UMTS.]

⁹ [Dal maggio 2003 tutte le attività italiane della società sono svolte sotto l'unico marchio VODAFONE. Il cambiamento del logo, da Vodafone Omnitel a Vodafone, rappresenta la completa integrazione della società italiana nel gruppo inglese.]

VODAFONE è controllata da VODAFONE GROUP PLC, *holding* costituita in base alle leggi del Regno Unito, che ne detiene il 76,8% del capitale sociale. Il gruppo VODAFONE è attivo a livello mondiale, attraverso le proprie controllate, nella fornitura di reti di telecomunicazioni mobili e dei relativi servizi di telecomunicazione, quali la trasmissione dati, le telecomunicazioni mobili satellitari e i servizi di rete a valore aggiunto.

Nell'esercizio concluso il 31 marzo 2006, VODAFONE Omnitel N.V. ha realizzato un fatturato consolidato a livello mondiale pari a circa 42,2 miliardi di euro, di cui circa 8,2 miliardi per vendite in Italia.

c) Wind Telecomunicazioni S.p.A.

26. Wind Telecomunicazioni S.p.A. (di seguito WIND) è attiva nella progettazione, sviluppo, realizzazione, installazione, manutenzione e gestione di reti di telecomunicazioni e del relativo *software*, nonché nella gestione di una rete commerciale, distributiva e di assistenza, finalizzata alla prestazione di servizi di telecomunicazioni, tra cui servizi di fonia fissa all'utenza residenziale e affari, servizi integrati di telefonia vocale per utenza aziendale (attraverso il codice di *carrier selection* 1055) e di telefonia mobile, servizi di trasmissione messaggi in voce, dati e video, servizi di accesso ad Internet. Inoltre, WIND ha ottenuto la licenza individuale per l'installazione e l'esercizio di sistemi di comunicazione mobile di terza generazione (UMTS) e la licenza individuale per reti radio a larga banda (*wireless local loop*).

Il capitale sociale di WIND è interamente detenuto dalla società Weather Investments II S.a.r.l., per il tramite della controllata Weather Investment Italy S.p.A.. Weather Investments II è una società a responsabilità limitata di diritto lussemburghese, costituita in data 24 maggio 2005, controllata da una persona fisica, il sig. Nagwib Sawiris, il quale detiene altresì il controllo di un'altra primaria società attiva nel campo delle telecomunicazioni, Orascom Telecommunication Holding SAE (di seguito OTH), società di telecomunicazioni quotata presso le Borse di Londra e del Cairo.

Il fatturato realizzato dal gruppo WIND, nell'esercizio 2005, è stato pari a circa 4,5 miliardi di euro, di cui circa 4,2 miliardi in Italia.

3. INTERVENIENTI

a) Colt Telecom S.p.A.

27. Colt Telecom S.p.A. (di seguito COLT) è un operatore attivo nella fornitura di servizi di telecomunicazioni (voce, trasmissione dati, *e-business* e reti) a larga banda in fibra ottica per aziende e organi istituzionali. Nel marzo 1998, la società ha ottenuto dal Ministero delle Comunicazioni una licenza individuale per l'offerta del servizio pubblico di telefonia vocale, nonché una licenza per l'installazione e la fornitura di reti di telecomunicazioni pubbliche. COLT possiede, infatti, una rete proprietaria in fibra ottica che collega varie città italiane, tra cui Milano, Roma e Torino.

Il capitale sociale di COLT è interamente detenuto dalla società capogruppo Colt Telecom Group plc., società di diritto inglese quotata alla Borsa di Londra e al Nasdaq.

Nel 2005 la società ha realizzato un fatturato pari a circa 133 milioni di euro.

b) Emmecom S.p.A.

28. Emmecom S.p.A. (di seguito EMMECOM) è una società attiva nella fornitura di soluzioni di "risparmio telefonico" per il mercato *retail*, rivolte principalmente ai clienti degli istituti bancari.

Nel 2005 EMMECOM ha realizzato un fatturato di circa 5,5 milioni di euro.

c) Tiscali S.p.A.

29. Tiscali S.p.A. (di seguito TISCALI) è un operatore di telecomunicazioni a capo di un gruppo attivo, a livello internazionale, nella fornitura di servizi di telefonia vocale, accesso a Internet, trasmissioni dati e servizi a valore aggiunto ed è quotata al Nuovo Mercato di Milano (TIS) e al Nouveau Marché di Parigi. La società, infatti, dal 22 aprile 1998 (con estensione geografica nazionale dal 1° marzo 1999) è titolare di una licenza individuale per l'installazione di una rete pubblica di telecomunicazioni allo scopo di prestare servizi di telefonia vocale in Italia, nonché di una autorizzazione generale per la fornitura di servizi di trasmissione dati e di accesso a Internet. Il capitale sociale di TISCALI è detenuto, per una quota pari al 29% da una persona fisica, per una quota pari al 16,4% dalla Fondazione Sandoz, per quote rispettivamente pari al 3,3% dalle società Europ@web e Kingfisher plc e per la restante quota del 48% da un azionariato diffuso.

Nell'ambito della riorganizzazione del Gruppo Tiscali effettuata nel 2004, il complesso delle attività operative interessanti il territorio italiano è stato conferito, con effetto dal 1° gennaio 2005, a Tiscali Italia S.r.l., interamente controllata da TISCALI.

Nel 2005 Tiscali Italia S.r.l. ha realizzato un fatturato pari a circa 189 milioni di euro. Nello stesso anno il fatturato consolidato di TISCALI è stato pari a circa 736 milioni di euro.

d) Welcome Italia S.p.A.

30. Welcome Italia S.p.A. (di seguito WELCOME) è un operatore di telecomunicazioni titolare di una licenza per la realizzazione e sviluppo di una rete fissa allo scopo di fornire il servizio di telefonia vocale, che offre i propri servizi voce e di accesso ad Internet alla clientela di tipo *business* e in particolare alle piccole e medie imprese.

La società ha realizzato, nel 2005, un volume d'affari di circa 25 milioni di euro.

e) Eutelia S.p.A.

31. Eutelia S.p.A. (di seguito EUTELIA) è nata dall'acquisizione, nel marzo del 2003, di Edisontel S.p.A. da parte della controllante Plug It S.p.A, poi rinominata, il 2 marzo 2004, Eutelia S.p.A.. EUTELIA è una società attiva nel mercato dei servizi di telefonia fissa e di accesso ad internet rivolti sia al mercato *retail*, relativo all'utenza *business* e residenziale, sia al mercato *wholesale* costituito da altri *Carriers/Internet Service Providers*. La società, inoltre, opera nell'area dell'offerta di servizi a valore aggiunto su NNG (numerazioni non geografiche).

I soci di EUTELIA sono alcune società finanziarie e persone fisiche, nessuno dei quali ne detiene il controllo. La società ha conseguito, nel 2005, un fatturato di circa 454 milioni di euro.

f) H3G S.p.A.

32. H3G S.p.A. (di seguito H3G), società attiva in Italia nella fornitura di servizi di comunicazione mobile su standard numerico UMTS, è controllata dalla società 3 Italia S.p.A., a sua volta controllata dalla società Hutchinson 3G Italy S.a.r.l. appartenente al Gruppo Hutchison Whampoa, gruppo multinazionale presente in numerosi settori fra cui quello energetico, immobiliare, portuale, delle comunicazioni, delle infrastrutture e manifatturiero.

Nell'esercizio chiuso il 31 dicembre 2005, il Gruppo Hutchison Whampoa ha realizzato a livello mondiale un fatturato consolidato pari a circa 26,3 miliardi di euro, di cui circa 1,9 miliardi di euro per vendite effettuate in Italia.

g) Fastweb S.p.A.

33. Fastweb S.p.A. (di seguito FASTWEB) è una società che svolge principalmente attività di sviluppo, realizzazione e gestione di sistemi di telecomunicazioni, con particolare riguardo ai sistemi di telecomunicazioni in banda larga per la trasmissione di dati, di video e per la telefonia nazionale e internazionale. FASTWEB è attiva nella fornitura di servizi basati sull'accesso a larga banda e con protocollo IP, tra i quali fonia, accesso a Internet, video *on demand*, rivolti tanto all'utenza residenziale quanto affari. FASTWEB realizza altresì connessioni dirette in fibra ottica per il collegamento dei propri clienti residenziali e affari.

FASTWEB è nata il 1° dicembre 2004 dalla fusione tra e.Biscom e la stessa controllata FastWeb della quale la prima deteneva il controllo esclusivo.

Nel 2005 FASTWEB ha realizzato un fatturato pari a circa 955 milioni di euro.

h) Info-tel Communication S.p.A.

34. Info-Tel Communication S.p.A. (di seguito INFOTEL) è un operatore *wholesale* attivo, dalla fine del 1998, nella progettazione e realizzazione di reti di telecomunicazione basate su tecnologia VOIP. Il *core business* di INFOTEL è rappresentato dalla vendita di servizi di telecomunicazioni ad altri operatori nazionali e internazionali, benché la società intenda estendere la sua offerta di servizi VOIP anche alla clientela finale.

La società ha conseguito, nel 2005, un fatturato di circa 19,2 milioni di euro.

i) Karupa S.p.A.

35. Karupa S.p.A. (di seguito KARUPA) è un operatore attivo nel settore delle telecomunicazioni. La società è stata costituita nel 2003 per prestare servizi come operatore nazionale di rete fissa (OLO) ed è titolare di licenza individuale del Ministero delle Comunicazioni per l'installazione di reti di telecomunicazione per il servizio di telefonia vocale. Le principali attività di KARUPA sono l'offerta di servizi connessi a numeri verdi e numerazioni non geografiche (NNG) e la rivendita di traffico fisso-mobile a clienti finali o, per lo più, ad altri OLO.

Nell'esercizio conclusosi il 31 dicembre 2005 risulta che la società ha fatturato circa 10,8 milioni di euro.

j) BT Italia S.p.A.

36. La società BT Italia S.p.A. (di seguito BT) offre servizi di telecomunicazioni nei mercati liberalizzati sin dal 1995; essa ha ottenuto una licenza individuale per l'offerta del servizio pubblico di telefonia vocale, rilasciata dal Ministero delle Comunicazioni in data 6 aprile 1998.

BT ha realizzato una rete fissa di telecomunicazioni con copertura nazionale di circa 8000 km; a partire dalla fine del 1998, BT offre anche servizi di telefonia vocale pubblica con particolare riferimento alla clientela affari, nonché servizi di trasmissione dati, servizi di accesso a Internet e, in generale, servizi a valore aggiunto.

BT è interamente controllata da British Telecommunications plc., società appartenente al gruppo BT.

Dal bilancio chiuso il 31 marzo 2006, risulta che la società ha realizzato un fatturato pari a circa 747 milioni di euro.

k) ASSOPROVIDER

37. L'Associazione Providers Indipendenti (di seguito ASSOPROVIDER) raccoglie circa 200 aziende di piccole e medie dimensioni diffuse su tutto il territorio nazionale, che operano nel settore dei servizi Internet e della telefonia, anche come rivenditori di traffico telefonico a clienti finali o ad OLO.

Dal dicembre del 2000, l'associazione è affiliata alla Confcommercio.

l) AIIP

38. L'Associazione Italiana Internet Providers (di seguito AIIP), costituitasi nel giugno 1995, è finalizzata a tutelare e rappresentare gli interessi degli operatori abilitati a prestare al pubblico servizi di comunicazione elettronica attraverso

Internet o basati su tale protocollo (IP). In particolare l'associazione è molto attenta al fenomeno della convergenza fra servizi di comunicazione fissa, servizi voce e dati su protocollo IP e servizi di comunicazione mobile, per l'offerta agli utenti finali di servizi integrati innovativi. Particolare attenzione è rivolta ai servizi VOIP e al Wi-Fi.

m) *Elsacom S.p.A.*

39. Elsacom S.p.A. (di seguito ELSACOM) è una società del gruppo Finmeccanica, controllata al 100% da Elsacom N.V., società di diritto olandese, a sua volta partecipata al 64,6% da Finmeccanica S.p.A. e al 35,4% da San Giorgio, società quest'ultima controllata al 100% da Finmeccanica S.p.A..

ELSACOM gestisce il *business* relativo al sistema di telefonia mobile satellitare basato sulla tecnologia Globastar.

I ricavi complessivi realizzati da ELSACOM, al 31 dicembre del 2005, ammontano a circa 18,5 milioni di euro.

IV. IL SETTORE DELLE COMUNICAZIONI MOBILI IN ITALIA

1. CARATTERISTICHE GENERALI DEL SETTORE:

40. L'Italia è il paese dell'Unione Europea con la più alta diffusione dei servizi di telefonia mobile, pari alla fine del 2006 a circa il 138% della popolazione. Tale analisi trova un'ulteriore conferma nei dati inerenti il numero di linee mobili attive in Italia, passate da poco più di 30 milioni nel 1999 a circa 81 milioni nel 2005, con una crescita che, più incisiva nei primi anni, è continuata anche negli anni successivi, sebbene ad un tasso più ridotto, portando il mercato italiano ad assumere la posizione di secondo mercato a livello europeo, preceduto dalla Germania e seguito dal mercato inglese¹⁰.

Tab. 1 Evoluzione del mercato mobile in Italia: linee attive e fatturato 1998-2005

Indicatore/anno	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Linee attive (mlni di linee)	30,1	42,2	51,1	52,9	56,9	63,3	71,5	81,0
Fatturato totale(mld €)**	8,3	10,3	13,9	14,6	16,7	18,2	19,6	n.d.

Fonte: Relazioni AGCOM (2000, 2003, 2004, 2005, 2006) e Merrill Lynch, Global Wireless Matrix 4Q05-20 Aprile 2006 e 4Q06 – 28 Marzo 2007.

41. A tutto il 2006, sul mercato nazionale dei servizi di comunicazione mobile sono presenti e operativi quattro soggetti licenziatari: TIM¹¹, VODAFONE¹², WIND¹³ e H3G¹⁴. Considerando le quote di mercato indipendentemente dalla tecnologia utilizzata, la posizione relativa degli operatori dal 2002 al 2006 è la seguente:

Tab. 2 Mercato al dettaglio dei servizi voce e SMS: quote percentuali in ricavi e utenti per anno

		2002		2003		2004		2005		2006	
		ricavi	utenti								
TIM	50,48	46,85	47,63	46,04	45,31	41,79	41,98	39,97	40,44	40,35	
VODAFONE	37,50	35,18	38,74	36,44	38,63	35,26	37,40	33,13	35,19	32,57	
WIND	11,14	16,11	13,07	16,92	13,39	18,48	13,53	19,12	15,12	18,28	
BLU ¹⁵	0,89	1,86	-	-	-	-	-	-	-	-	

¹⁰ [Fonte: Studio Merrill Lynch – Global Wireless Matrix 4Q06, marzo 2007.]

¹¹ [Nel periodo ricompreso fra il 1990 e il 1994 ha operato in Italia in regime di monopolio legale la società SIP-sistemi radiomobili (poi divenuta Telecom Italia S.p.A.), gestendo una rete analogica in tecnologia TACS e offrendo sul mercato i relativi servizi sulla base di condizioni economiche sottoposte ad approvazione ministeriale. Nel marzo del 1994, a seguito dell'espletamento di una licitazione privata, conclusasi con l'assegnazione di una concessione alla società Omnitel Pronto Italia S.p.A. (ora VODAFONE), sono stati stipulati due distinti atti di convenzione (c.d. Convenzioni GSM) con la predetta società e con la neo-nata TIM (con D.M. 17 marzo 1995, è stato stabilito il trasferimento da Telecom Italia a TIM di tutti i rapporti connessi alle concessioni e alle convenzioni relative ai servizi radiomobili di comunicazione, per cui TIM diventa concessionaria unica del servizio radiomobile pubblico terrestre in tecnologia TACS e titolare di una concessione non esclusiva per la fornitura del servizio radiomobile su tecnologia GSM). L'ingresso del secondo operatore, "liberalizzando" di fatto il mercato, ha eliminato il presupposto per un intervento regolatorio di controllo dei prezzi: dal 1995 i servizi di comunicazione mobile sono offerti al pubblico in regime di piena libertà di prezzi.]

¹² [Vedi nota precedente.]

¹³ [WIND è entrato sul mercato nel 1998, a seguito dell'assegnazione, con procedura concorsuale ad evidenza pubblica, di una licenza per l'installazione e la gestione di una rete e la fornitura dei connessi servizi di comunicazione mobili su standard numerico GSM (DCS 1800). I due preesistenti gestori TIM e VODAFONE sono stati anch'essi assegnatari di frequenze nella banda 1800 MHz, necessarie per avviare commercialmente il servizio di comunicazioni mobili e personali in tecnica numerica DCS, in base all'articolo 3 del provvedimento della Presidenza del Consiglio dei Ministri 4 aprile 1998, "Misure per garantire condizioni di effettiva concorrenza nel mercato delle comunicazioni mobili e personali".]

¹⁴ [La società H3G (allora Andala), risultata aggiudicataria a seguito di licitazione, nel 2000, assieme a TIM, VODAFONE e Ipse, di una licenza individuale per l'installazione e l'esercizio di sistemi mobili di terza generazione, è il primo operatore ad essere divenuto poi operativo con tale tecnologia, installando una rete che, a settembre 2004, nel rispetto degli obblighi di licenza, aveva coperto i capoluoghi di provincia, e lanciando i propri servizi sul mercato dal 2003. TIM, VODAFONE e WIND hanno rinviato nel tempo gli investimenti nella rete UMTS e (solo) i primi due, di fatto, hanno iniziato la commercializzazione di servizi UMTS all'inizio del 2005. Ipse, non ha mai dato inizio ad alcuna attività, neppure infrastrutturale e, nel mese di gennaio 2006, il Ministero delle Comunicazioni, a seguito del mancato rispetto degli obblighi previsti, ha provveduto alla revoca della licenza e della relativa attribuzione di frequenze.]

H3G	-	-	0,55	0,60	2,67	4,48	7,09	7,79	9,26	8,80
-----	---	---	------	------	------	------	------	------	------	------

Fonte: Elaborazioni AGCM su dati forniti dalle imprese.

42. Il mercato italiano dei servizi di comunicazione mobile si presenta concentrato, con una quota, in termini di utenti, complessivamente detenuta dai primi tre operatori nell'offerta dei servizi voce e SMS pari a 91,2 punti percentuali. Passando ad una analisi dell'evoluzione delle quote di mercato nel tempo, negli ultimi cinque anni (2002-2006), TIM sperimenta una riduzione della propria quota a favore dei nuovi entranti, peraltro fisiologica essendo storicamente l'operatore con la quota di mercato più elevata. La quota di VODAFONE dal 2002 al 2004 risulta pressoché invariata, registrando una modesta riduzione della base utenti solo nell'ultimo biennio, che incide sui ricavi prevalentemente nel 2006. WIND, infine, registra una crescita moderata ma continua sia in termini di utenti che di ricavi nel quinquennio 2002-2006, mentre nell'ultimo anno, a fronte di un incremento dei ricavi, si evidenzia una lieve flessione in termini di utenti.

In conclusione, si assiste ad un assestamento della quota di VODAFONE e ad una moderata crescita della quota di WIND, prevalentemente a spese dell'operatore più grande, che continua tuttavia a presentare la quota maggiore. La quota di H3G, modesta nel biennio 2003-2004, presenta un più consistente incremento nel biennio successivo.

43. L'analisi dell'andamento di due indici di redditività, il margine EBITDA (*Earnings Before Incombe, Taxes, Dpreciation and Amortization*)¹⁶ e l'ARPU (*Average Revenue Per Unit*)¹⁷, per gli anni 2002-2006, ha permesso di evidenziare un livello di profittabilità elevato e stabile soprattutto per i primi due gestori; più ridotto e moderatamente crescente per WIND¹⁸. In particolare, nel 2006, i margini di guadagno per TIM e VODAFONE sono ancora pari a circa il 50%, mentre per WIND sono più contenuti rispetto ai primi due operatori, e pari a poco più del 26%¹⁹.

I valori dell'ARPU, che rappresentano un indicatore del valore assoluto dei prezzi, mostrano per TIM e VODAFONE valori sostenuti e pressoché stabili dal 2002 al 2005, con una flessione nel 2006; i medesimi valori sono più contenuti per WIND, che evidenzia una flessione più marcata nell'ultimo biennio²⁰.

2. BARRIERE ALL'INGRESSO: LICENZE, FREQUENZE E DISPONIBILITÀ DEI SITI PER L'INSTALLAZIONE DELLE RETI MOBILI

a) Il titolo abilitativo

44. Il settore della telefonia mobile presenta barriere all'entrata tanto di natura amministrativa quanto di natura economico-finanziaria.

In relazione al primo tipo di barriere, in passato il titolo abilitativo per operare sul mercato era costituito dalle licenze per l'installazione di reti mobili e per l'esercizio dei relativi servizi che, in quanto necessariamente accompagnate da una dotazione di risorse frequenziali, le quali presentano un carattere di scarsità, potevano essere assegnate in numero limitato a seguito di procedure pubbliche, in genere di tipo concorsuale²¹.

45. Come noto, con la riforma regolamentare europea di settore, che è stata recepita in Italia dal decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, "Codice delle Comunicazioni Elettroniche" (di seguito anche il Codice), è stato superato il regime di licenza, e l'unico titolo abilitativo, sia per l'installazione di reti che per l'esercizio dei servizi di comunicazione, è l'autorizzazione generale.

Tuttavia, per quanto concerne la gestione delle radiofrequenze, la regolamentazione prevista dall'attuale Codice delle Comunicazioni stabilisce che l'assegnazione delle frequenze da parte del Ministero sia subordinata, oltre che alla materiale disponibilità di frequenze libere, al rilascio di una concessione di diritti individuali di uso "per durata adeguata al tipo di servizio e comunque non eccedente la durata dell'autorizzazione generale", ossia 20 anni, sulla base di procedure pubbliche, trasparenti e non discriminatorie (cfr. l'articolo 27, commi 3 ss. del Codice, per i diritti di

¹⁵ [Sulla base di una licitazione privata, è entrato sul mercato nel 1999 l'operatore BLU S.p.A., il quarto gestore italiano della telefonia mobile. Tuttavia, la società è stata posta dopo poco tempo in fallimento, principalmente per i contrasti sorti fra i suoi azionisti di maggioranza, a seguito del ritiro dalla gara per la licenza UMTS, avvenuto nel 2000. Gli asset di BLU, sulla base di un piano governativo sostanzialmente assentito dalla Commissione Europea, sono stati poi ceduti agli altri gestori mobili; in particolare, le frequenze GSM di cui BLU era assegnatario, pari complessivamente a 15 MHz, sono state acquisite da TIM, VODAFONE e WIND nella misura di 5 MHz ciascuno.]

¹⁶ [L'EBITDA è un indicatore di performance finanziaria ed esprime i guadagni di un'azienda al netto delle spese per tasse, interessi, deprezzamento e ammortamento. Rappresenta un indicatore valido per effettuare un confronto in termini di profittabilità di un'azienda in quanto non è influenzato da scelte di carattere contabile e finanziario. Il margine EBITDA (cd. EBITDA margin) è dato dal rapporto tra l'EBITDA e il totale dei guadagni, ed è solitamente espresso in percentuale.]

¹⁷ [L'ARPU rappresenta il ricavo medio per utente, ed è calcolato dividendo i ricavi derivanti dai servizi (inclusivi dei prezzi dei servizi, dei canoni, del roaming e degli abbonamenti ai servizi dati) per il numero di linee attive nel periodo considerato. Esso può essere considerato un indicatore del valore assoluto dei prezzi.]

¹⁸ [L'EBITDA per WIND si riferisce sia all'offerta di servizi mobili che da rete fissa.]

¹⁹ [Dati Merrill Lynch, - Global Wireless Matrix 4Q06, Marzo 2007.]

²⁰ [Si noti che tale valore dell'ARPU in Italia è in una certa misura sottostimato se si tiene conto del fatto che nel nostro paese il livello di penetrazione dei servizi mobili è superiore al 130% (ovvero si è in una situazione in cui vi è una consistente percentuale di utenti che dispone di più abbonamenti con gestori diversi) e quindi il valore dell'indice risente di una crescita dei volumi di traffico meno che proporzionale rispetto all'incremento delle linee attive.]

²¹ [Vale ricordare che nella regolamentazione comunitaria e nazionale in materia di telecomunicazioni l'unico caso di limitazione del numero di licenze è quello della telefonia mobile, in virtù del fatto che la licenza mobile presuppone l'assegnazione di frequenze che sono disponibili in misura limitata. In particolare, il numero massimo di operatori che potevano offrire servizi GSM venne deciso sulla base di calcoli ingegneristici, basati sulla ripartizione della banda di frequenze complessivamente disponibile per il servizio, in porzioni ritenute necessarie per il funzionamento di altrettante reti GSM.]

uso sulle frequenze, e l'articolo 29 per le procedure di gara, da svolgersi nell'ipotesi in cui l'AGCom ritenga opportuno limitare il numero dei diritti di uso da concedere).

b) La disponibilità di frequenze

46. L'assegnazione di frequenze proprie su cui operare per installare una rete e/o offrire servizi al pubblico rappresenta una barriera all'entrata per operare nel mercato dei servizi mobili.

Inoltre, pur essendo prevista la possibilità di un trasferimento su base commerciale delle frequenze con limitata disponibilità di banda (c.d. *frequency trading*) questo meccanismo può applicarsi solo a favore di operatori già autorizzati a fornire una rete con analoga tecnologia, previa notifica e conseguente nulla-osta del Ministero (articolo 14, commi 3, 4 e 5 del Codice cit.)²².

47. Con riferimento all'anno 2005, l'assegnazione dello spettro e le tecnologie utilizzate per il suo sfruttamento ai MNO attivi in Italia sono sintetizzate nella tabella che segue:

Tab. 3 Frequenze e tecnologie degli operatori attivi in Italia (2005)

Tecnologia	OPERATORI MOBILI			
	TIM	VODAFONE	WIND	H3G
TACS°	6,4 Mhz	–	–	–
GSM 900	10,2 Mhz e 2 Mhz solo nelle 16 maggiori città*	9 Mhz e 1,2 Mhz solo nelle 16 maggiori città*	4,8 Mhz e 3 Mhz escluso le 16 maggiori città*	–
GSM 1800	15 Mhz	15 Mhz	15 Mhz e 5 Mhz solo nelle 16 maggiori città* e temporanei	–
UMTS	10 Mhz accoppiati e 5 Mhz non accoppiati	10 Mhz accoppiati e 5 Mhz non accoppiati	10 Mhz accoppiati e 5 Mhz non accoppiati	15 Mhz accoppiati e 5 Mhz non accoppiati

Fonte: del. 46/06/CONS dell'AGCom e informazioni fornite dagli operatori. Ove non diversamente specificato, si tratta di Mhz lordi accoppiati disponibili su tutto il territorio nazionale, incluse le 16 maggiori città.

°Al 31 dicembre 2005, le frequenze TACS sono state spente, in attesa della conclusione del processo di riallocazione delle stesse al servizio GSM (cfr. infra).

* La popolazione che risiede nelle 16 principali città è pari al 18% di quella totale; pertanto, ai fini del calcolo della disponibilità di banda, la banda disponibile solo su di esse va pesata per 0,18 mentre quella disponibile solo al di fuori di esse va pesata per 0,82. Cfr. articolo 2.4 della del. n. 286/02/CONS dell'AGCom.

48. La società TIM, al 2005, disponeva di una rete GSM a 900 Mhz, di una rete GSM a 1.800 Mhz e di una rete UMTS. Per quanto riguarda la rete GSM, TIM dispone, sulla banda a 900 Mhz, di 10,2 Mhz su tutto il territorio nazionale più 2 Mhz solo nelle sedici maggiori città, mentre sulla banda a 1800 Mhz dispone di 15 Mhz su tutto il territorio nazionale. Infine sulla rete UMTS dispone di 10 Mhz in modalità [omissis] e di 5 Mhz in modalità [omissis].

Secondo quanto rappresentato da TIM, su rilevazioni aggiornate al marzo 2005, la copertura delle proprie reti è pari al 94,9% del territorio nazionale e al 99,8% della popolazione nazionale, mentre la copertura UMTS è pari a circa il [omissis]% della popolazione nazionale (cfr. doc. 181, pp. 9-13).

49. Anche VODAFONE dispone di tre reti radiomobili: una rete GSM a 900 Mhz, una rete GSM a 1.800 Mhz e una rete UMTS. Relativamente alla banda GSM a 900 Mhz, VODAFONE dispone di 9 Mhz su tutto il territorio nazionale più altri 1,2 Mhz nelle sedici maggiori città, mentre sulla banda GSM a 1.800 Mhz dispone di 15 Mhz su tutto il territorio nazionale. Per quanto riguarda, infine, la rete UMTS dispone di 10 Mhz in modalità [omissis] e di 5 Mhz in modalità [omissis] (cfr. doc. 290, all.1, risp. n. 7).

Secondo quanto indicato da VODAFONE, su rilevazioni aggiornate al 30 settembre 2005, la copertura della rete GSM è pari al 99% della popolazione nazionale e al 98% del territorio nazionale, mentre la copertura della rete UMTS è pari al [omissis]% della popolazione nazionale e al [omissis]% del territorio nazionale (cfr. doc. 290, all.1, risp. n. 8).

50. Come i primi due gestori, WIND dispone di una rete GSM a 900 Mhz, una rete GSM a 1.800 Mhz e di una rete UMTS. Secondo le informazioni fornite dalla società, al 31 gennaio 2005, WIND, sulla banda a 900 Mhz, dispone di 4,8 Mhz (per un totale di 39 canali) su tutto il territorio nazionale, e di altri 3 Mhz ad eccezione delle 16 maggiori città (per altri complessivi 24 canali). Sulla banda a 1800 Mhz, WIND dispone di 15 Mhz su tutto il territorio nazionale e di ulteriori 5 Mhz, in assegnazione temporanea, solo nelle sedici maggiori città. Infine per quanto riguarda la banda UMTS, WIND dispone di 10 Mhz in modalità [omissis] e di 5 Mhz in modalità [omissis]. L'unica modalità attiva allo stato è quella [omissis], non avendo WIND ancora raggiunto una maturità tecnologica tale da permettere l'implementazione in rete della modalità [omissis].

²² [Diversamente, le frequenze per cui non vi è limitata disponibilità e per cui dunque non vi è numerus clausus di operatori possono essere trasferite liberamente, salvo l'obbligo di denunciare l'inizio dell'attività al Ministero delle Comunicazioni, secondo il regime di autorizzazione generale previsto dall'art.25 del D.Lgs. n. 259/03, cit..]

La rete GSM di WIND, al mese di maggio 2005, presenta una copertura pari al 99% della popolazione nazionale ed al 90% del territorio nazionale (cfr. doc. 178, pp. 7-10).

51. La società H3G, infine, dispone esclusivamente di una rete UMTS, ed è dotata di 15 Mhz in modalità [omissis] e di 5 Mhz in modalità [omissis]. La società ha dichiarato di aver ottemperato agli obblighi di copertura con scadenza 30 giugno 2004, che prevedevano la copertura, con riferimento ai soli capoluoghi di regione (più Bolzano), pari al [omissis]% della popolazione e al [omissis]% del territorio. Con riguardo all'intero territorio nazionale, la copertura di H3G è pari, nei primi mesi del 2006, a circa l'[omissis]% in termini di popolazione, corrispondente a poco più del [omissis]% in termini di copertura geografica (cfr. doc. 184, pp 4-5 e doc. 456, allegato).

c) La disponibilità di siti

52. Le barriere principali in termini economico-finanziari dipendono dalle risorse che occorrono ad un operatore nuovo entrante per approntare una rete mobile sufficientemente estesa, fra le quali certamente assume estrema rilevanza la disponibilità dei siti nei quali collocare le antenne (BTS) per la ricezione-trasmissione del segnale radio, ovvero immobili (edifici, palazzi, condomini) o infrastrutture (tralicci, ripetitori TV e Radio, gallerie ecc.) L'acquisizione di spazi fisici utilizzabili per le stazioni radio costituisce una delle principali voci di costo per l'installazione di una rete radiomobile, a causa sia dei limiti all'installazione di nuove postazioni rice-trasmettenti imposti dalla legislazione sull'inquinamento elettromagnetico, sia dei lunghi tempi di attesa per la concessione delle autorizzazioni amministrative, dei permessi urbanistici, ecc.. In sintesi, l'acquisizione di un numero rilevante di siti costituisce certamente un vantaggio competitivo di rilievo per un operatore.

53. Sulla base delle informazioni fornite dalle parti, TIM dispone di un numero di BTS pari a [omissis], mentre, per quanto riguarda il numero di siti, al 31 marzo 2005, quelli relativi alla rete TACS sono [omissis], e quelli relativi sia alla rete TACS che GSM sono [omissis] (cfr. doc. 181, pagg.12-13).

VODAFONE, al 30 settembre 2005, dispone di [omissis] BTS per la rete GSM e di [omissis] NodeB²³ per la rete UMTS, con un numero complessivo di siti (in grado di ospitare sia BTS che NodeB) pari a [omissis] (cfr. doc. 290, all.1, risp. n. 8).

La copertura della rete WIND, a maggio 2005, è garantita dalla disponibilità di [omissis] siti radio, suddivisi in [omissis] BTS e [omissis] macro ripetitori (estensori di copertura radio) (doc. 178, pag. 10).

Infine, i NodeB di cui dispone H3G, al 31 gennaio 2005, ammontano a [omissis] (cfr. doc. 184, pag 5).

V. IL QUADRO REGOLAMENTARE VIGENTE IN MATERIA DI ACCESSO E TERMINAZIONE SULLE RETI MOBILI

1. I PRINCIPI COMUNITARI IN TEMA DI CONCORRENZA NEI SERVIZI MOBILI

54. Ai fini della valutazione dei comportamenti segnalati, assume rilievo il contesto regolamentare, nazionale e comunitario, in cui essi sono stati attuati.

Come evidenziato dalla Commissione europea nella Comunicazione sull'applicazione delle regole di concorrenza agli accordi in materia di accesso nel settore delle telecomunicazioni²⁴, il concetto di "accesso" è inteso in senso lato, come comprensivo tanto dell'accesso fisico alle infrastrutture di rete²⁵, quanto dell'accesso ad altre strutture che consentano ad un operatore di commercializzare il servizio all'utente finale²⁶.

55. Con il nuovo quadro regolamentare comunitario per le comunicazioni elettroniche (Dir. 2002/21/CE²⁷ e direttive collegate), vengono introdotte significative innovazioni sostanziali e procedurali rispetto alla regolamentazione precedente: in particolare, le Autorità nazionali di settore devono accertare ex novo gli organismi con significativo potere nei mercati individuati dalla Commissione con la Raccomandazione dell'11 febbraio 2003²⁸, al fine dell'imposizione degli obblighi di regolamentazione stabiliti dalla direttiva accesso²⁹ e dalla direttiva servizio universale³⁰. L'accertamento delle posizioni di significativo potere di mercato è eseguita mediante un'analisi di mercato condotta sulla base degli orientamenti contenuti nelle *Linee direttrici della Commissione per l'analisi del mercato e la*

²³ [Secondo le specifiche tecniche stabilite dall'organismo internazionale di standardizzazione 3GPP, le stazioni radio base per le reti UMTS sono denominate Node B.]

²⁴ [Comunicazione della Commissione europea sull'applicazione delle regole di concorrenza agli accordi in materia di accesso nel settore delle telecomunicazioni, quadro normativo, mercati rilevanti e principi (98/C 265/02), pubblicata nella GUCE C 265 del 22 agosto 1998.]

²⁵ [Tale accesso, in particolare, "...può essere ottenuto a livello fisico attraverso infrastrutture locali dedicate o condivise, proprie o affittate da un gestore locale di infrastrutture...[p]uò inoltre essere conseguito tramite un prestatore di servizi che annoveri già tra i suoi abbonati questi utenti finali, oppure tramite un gestore di servizi di interconnessione con accesso diretto o indiretto ai punti terminali in questione..." (cfr. par. 49 della Comunicazione cit.).]

²⁶ [In altri termini, "...l'operatore deve poter informare l'utente circa l'esistenza dei propri servizi."; così, ad esempio, "...[q]uando un'organizzazione gode di posizione dominante nella fornitura di servizi quali le informazioni contenute negli elenchi degli abbonati, sorgono problemi analoghi a quelli relativi all'accesso fisico..." (cfr. par. 49 della Comunicazione cit.).]

²⁷ [Direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, cd. "Direttiva quadro" del 7 marzo 2002, in GU L 108 del 24.4.2002.]

²⁸ [Raccomandazione della Commissione dell'11 febbraio 2003, relativa ai mercati rilevanti dei prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche suscettibili di una regolamentazione ex ante ai sensi della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (C (2003)497).]

²⁹ [Direttiva 2002/19/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime, del 7 marzo 2002, in GU L 108 del 24.4.2002.]

³⁰ [Direttiva 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale), del 7 marzo 2002, in GU L 108 del 24.4.2002.]

valutazione del significativo potere di mercato ai sensi del nuovo quadro normativo comunitario per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (2002/C 165/03, di seguito le *Linee direttrici*)³¹.

56. Con specifico riferimento ai servizi di comunicazione mobile, il nuovo quadro identifica tre mercati, tutti all'ingrosso (*wholesale*), potenzialmente suscettibili di applicazione di misure regolamentari, vale a dire: *i*) il mercato dell'accesso e raccolta delle chiamate (*call and origination*, anche detto mercato 15); *ii*) il mercato della terminazione delle chiamate vocali (*termination*, anche detto mercato 16); *iii*) e il mercato nazionale all'ingrosso per servizi internazionali di *roaming* (*national market for international roaming*, anche detto mercato 17)³².

57. Ai fini del presente procedimento, vale evidenziare che, in relazione al mercato dell'accesso (mercato n. 15), la Commissione segnala il permanere di forti ostacoli, in quanto le imprese a cui non sono state assegnate licenze possono entrare in questo mercato solo a seguito di una nuova attribuzione di spettro o "...ricorrendo al mercato dello spettro derivato oppure rilevando un operatore già titolare di licenza". Non si può tuttavia configurare una barriera assoluta all'ingresso, in quanto ci sono diverse possibilità di condivisione dello spettro "...fra cui lo sviluppo di *roaming nazionale* o rapporti di accesso indiretto..."³³.

58. Nell'ambito del nuovo quadro, la Direttiva accesso³⁴ ribadisce quindi l'obbligo di consentire l'accesso all'infrastruttura di rete come mezzo per accrescere la concorrenza, e individua in tal senso un compito specifico delle Autorità di regolamentazione anche con riferimento alle reti mobili³⁵. Inoltre, la medesima Direttiva evidenzia che il diritto all'accesso non può essere condizionato dal livello infrastrutturale esibito dal soggetto che lo richiede³⁶.

59. Con riferimento, invece, ai servizi di terminazione su ciascuna rete mobile (mercato n. 16), la Commissione evidenzia che, il chiamante in generale non è in grado di modificare o influenzare la tariffa di terminazione delle chiamate mobili. Ciò deriva, da un lato, dalla circostanza che nei sistemi di comunicazione mobile vige attualmente il principio "chi chiama paga", in cui tale tariffa viene fissata dalla rete destinataria, che viene scelta dall'abbonato chiamato, dall'altro, dall'assenza di sostituibilità al dettaglio, per la quale una chiamata destinata ad un determinato utente non sostituisce quella destinata ad altro utente.

L'assenza di sostituibilità a livello *retail* si riproduce anche a livello *wholesale*, e non sembrano esserci possibilità effettive di incidere sui prezzi praticati per la terminazione delle chiamate all'ingrosso, con la conseguenza che ciascun gestore mobile esercita un potere di "monopolio" sulla propria rete³⁷.

Per i servizi di terminazione, pertanto, secondo l'analisi della Commissione, esistono tanti mercati quante sono le reti mobili; poiché ciascun operatore è monopolista sulla propria rete, risultano soddisfatte le condizioni per l'imposizione di misure regolamentari, e ciò differentemente da quanto era stabilito nel vecchio quadro, in cui l'obbligo regolamentare seguiva ad una procedura di notifica che avveniva su un generico mercato dell'interconnessione.

2. IL QUADRO REGOLAMENTARE NAZIONALE IN MATERIA DI ACCESSO

a) Il DPR n. 318/97 e la delibera n. 544/00/CONS

60. Fino all'entrata in vigore del già menzionato Codice delle Comunicazioni che ha recepito il nuovo quadro regolamentare comunitario, la materia dell'accesso e uso delle reti mobili è stata normata solo in via generale. In particolare, in base all'articolo 5, comma 1, del DPR n. 318/97, "...ogni organismo autorizzato a fornire reti pubbliche di telecomunicazioni e servizi di telecomunicazioni accessibili al pubblico di cui all'Allegato A [tra i quali, sub Parte 3: "I sistemi di comunicazioni mobili ad uso pubblico"-n.d.r.], notificato tra quelli aventi notevole forza di mercato, deve soddisfare le richieste ragionevoli di accesso alla rete anche in punti diversi dai punti terminali di rete..."; inoltre, ai sensi del comma 5 dell'articolo citato, il medesimo organismo "...ha l'obbligo di negoziare, su richiesta di un altro organismo di telecomunicazioni, accordi in relazione ad un accesso speciale alla sua rete e alle condizioni in grado di rispondere ad esigenze specifiche" e l'accordo può prevedere il rimborso all'organismo di telecomunicazioni dei costi

³¹ [Si ricorda che, nel nuovo quadro regolamentare, le ANR sono chiamate ad analizzare i mercati nazionali sulla falsariga dei quelli indicati dalla Commissione come suscettibili di regolamentazione ex ante. Il meccanismo prevede che le ANR, ove possibile d'intesa con le Autorità nazionali di concorrenza, analizzino le condizioni concorrenziali prevalenti su 18 mercati già identificati dalla Commissione, ripartiti fra mercati all'ingrosso e mercati al dettaglio e, laddove le condizioni di concorrenza non siano tali da consentire di eliminare la necessità di regolazione, notifichino alla Commissione stessa le posizioni dominanti, singole o collettive, esistenti su ciascun mercato, indicando contestualmente anche gli obblighi regolamentari cui tali soggetti potranno essere sottoposti. Gli Stati membri rimangono vincolati agli obblighi contenuti nella normativa nazionale vigente sino a quando non abbiano completato l'analisi dei mercati sulla base delle nuove disposizioni e mediante l'uso degli strumenti definiti dal nuovo quadro regolamentare europeo (art. 27 della Direttiva quadro). Sotto il profilo procedurale quindi, in attesa della piena attuazione del nuovo regime regolamentare, gli adempimenti procedurali connessi alle attività di notifica sono necessariamente disciplinati dalle norme vigenti (cfr. in tal senso, la Delibera n. 160/03/CONS, al punto 1).]

³² [Cfr. Raccomandazione della Commissione dell'11 febbraio 2003, già cit., Allegato.]

³³ [Cfr. Raccomandazione della Commissione dell'11 febbraio 2003 già cit., Relazione esplicativa (pag. 32).]

³⁴ [Dir. 2002/19/CE cit.].]

³⁵ ["Le autorità nazionali di regolamentazione devono ... garantire un equilibrio tra i diritti del proprietario di un'infrastruttura a sfruttarla a proprio beneficio, e i diritti di altri prestatori di servizi ad accedere a risorse essenziali per la fornitura di servizi concorrenti. Qualora siano imposti agli operatori obblighi in base ai quali essi siano tenuti a soddisfare richieste fondate di accesso agli elementi della rete e alle risorse correlate e di uso dei medesimi, tali richieste possono essere respinte soltanto in base a criteri obiettivi quali fattibilità tecnica o la necessità di preservare l'integrità della rete" (considerando 19 della Direttiva accesso).]

³⁶ ["Le disposizioni di legge o amministrative nazionali che fanno dipendere i termini e le condizioni dell'accesso e dell'interconnessione dalle attività della parte che sollecita tale interconnessione, e in particolare dal livello dei suoi investimenti nell'infrastruttura di rete e non dai servizi di interconnessione o di accesso forniti, potrebbero provocare distorsioni nel funzionamento del mercato e risultare pertanto incompatibili con il diritto della concorrenza..." (considerando 7 della Direttiva accesso).]

³⁷ [Ciò, fermo restando che "...il fatto che ogni operatore abbia un certo potere di mercato dipende dall'esistenza di un contropotere all'acquisto, che possa annullare la redditività dei prezzi di un eventuale aumento non transitorio dei prezzi", Raccomandazione della Commissione dell'11 febbraio 2003 già cit., Relazione esplicativa (pag. 36).]

sostenuti per fornire l'accesso richiesto alla rete ma "[I]a determinazione di tali oneri deve essere ispirata ai principi di orientamento ai costi".

Dato il descritto contesto normativo, con la delibera n. 197/99³⁸, l'AGCom identificava le società TIM e Omnitel (ora VODAFONE) quali aventi notevole forza di mercato sia nel mercato *wholesale* della interconnessione, che in quello *retail* dei sistemi di comunicazione mobile ad uso pubblico³⁹, con ciò dovendosi intendere che i suddetti gestori mobili fossero soggetti al descritto obbligo di negoziare accordi di accesso. Tuttavia, quest'ultimo non aveva ricevuto una trattazione specifica in sede di recepimento nazionale della normativa comunitaria come quella riservata, ad esempio, al caso dell'operatore di rete fissa ex monopolista.

61. L'AGCom è quindi intervenuta nell'agosto del 2000 con la delibera n. 544/00/CONS, "*Condizioni regolamentari relative all'ingresso di nuovi operatori nel mercato dei sistemi radiomobili*"⁴⁰, (di seguito anche la Delibera) nell'ambito della quale si individuano, in primo luogo, le figure di operatori alternativi agli MNO - MVNO⁴¹ (*Mobile Virtual Network Operator*), ESP⁴² (*Enhanced Service Provider*), SP⁴³ (*Service Provider*), ATR⁴⁴ (*Air Time Reseller*), IAP⁴⁵ (*Indirect Access Provider*), in base al loro maggiore o minore grado di dotazione di infrastrutture e al rapporto più o meno diretto con il cliente finale.

In particolare, gli ESP, i SP, gli ATR e gli IAP si distinguono dai MVNO, in quanto non hanno politiche di prezzo e marchi commerciali effettivamente indipendenti (gli ESP e gli IAP possono avere un proprio marchio commerciale), restando vincolati dagli accordi con il gestore licenziatario di cui si servono per l'accesso o rivendono il traffico.

62. Oltre al chiarimento di questi aspetti definitivi, la Delibera appare esplicitamente finalizzata:

- ad esporre il punto di vista dell'AGCom sulla tipologia del titolo autorizzatorio necessario per operare nel mercato radiomobile da parte dei diversi soggetti;

- a definire l'allora stato della normativa in termini di obblighi ricadenti sugli operatori mobili in materia di accesso.

63. In merito al primo punto, rileva la sussistenza di impedimenti normativi alla percorribilità dell'ingresso sul mercato di un operatore del tipo MVNO, in quanto questa tipologia di operatore avrebbe necessità di una numerazione di cui tuttavia non potrebbe disporre, ai sensi della normativa vigente, non essendo operatore di rete⁴⁶. D'altra parte, per essere qualificato operatore di rete mobile dovrebbe disporre di frequenze; pertanto, non si sarebbe mai presentata la necessità di operare quale soggetto "virtuale".

64. Relativamente agli obblighi di fornitura dell'accesso ricadenti sugli operatori di rete mobile notificati quali aventi notevole forza di mercato, l'AGCom ha ritenuto nella Delibera che non fosse percorribile, all'epoca, "*un'estensione degli obblighi e delle modalità di regolamentazione della rete di accesso dell'operatore tradizionale di rete fissa agli operatori di reti mobili*"⁴⁷.

³⁸ [Delibera AGCom n. 197/99 del 7 settembre 1999, "*Identificazione di organismi di telecomunicazioni aventi notevole forza di mercato*".]

³⁹ [Il vecchio quadro regolamentare di settore prevedeva che i gestori di telecomunicazioni che superavano la soglia del 25% nella quota di un determinato mercato o, in alternativa, che soddisfacevano determinati criteri (tra i quali: capacità di influenzare le condizioni di mercato, fatturato rilevante rispetto alle dimensioni del mercato, controllo dei mezzi di accesso agli utenti finali, accesso alle risorse finanziarie, esperienza nella fornitura di prodotti e servizi sul mercato), fossero notificati alla Commissione europea quali operatori con "notevole forza di mercato", ai fini dell'imposizione di una serie di obblighi regolamentari aggiuntivi (cfr. l'art.1, comma 1, lettera a), l'art. 22, comma 1, lettera a) e l'Allegato A del D.P.R. 19 settembre 1997, n. 318). Tra tali obblighi rientravano, in particolare, oltre al rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione, l'orientamento ai costi per le tariffe di terminazione su rete mobile.]

⁴⁰ [In G.U.R.I. n. 183, del 7 agosto 2000, pubblicata sul sito dell'AGCom in data 4 agosto 2000.]

⁴¹ [Il MVNO si distingue dagli operatori di rete mobile (MNO) in quanto è un operatore non titolare di una licenza per l'uso dello spettro radio, che utilizza le funzioni e gli elementi della rete radio di uno o più MNO. Tale operatore usa la rete di accesso mobile con modalità assimilabili a quelle per il servizio di roaming relativamente alle funzioni di registrazione, di raccolta e di terminazione ed è dotato di archi di numerazione propri e quindi di SIM card (Subscriber Identification Module card, o moduli di identificazione di abbonato), interoperabili con i terminali mobili (GSM, UMTS). Il MVNO può gestire in proprio le funzioni di commutazione e di trasporto, così come può gestire direttamente la base dati di registrazione degli utenti mobili. Ne deriva, pertanto, che il MVNO è completamente autonomo nella relazione con il cliente, il quale non necessita di alcun rapporto diretto con l'operatore di rete mobile che ospita il MVNO, ma stipula un unico contratto con quest'ultimo dal quale riceve la carta SIM.]

⁴² [L'ESP (fornitore avanzato di servizi) è un operatore titolare di licenza per la fornitura di servizi di telefonia vocale fissa o mobile, o titolare di autorizzazione se fornitore di servizi dati o di servizi diversi dalla voce commutata. L'operatore rivende il servizio di comunicazione dell'operatore di rete mobile e fornisce in maniera indipendente servizi a valore aggiunto. Non è dotato di numerazione propria e quindi non emette direttamente proprie carte SIM (fornite al cliente dall'operatore di rete mobile), ma utilizza un proprio marchio nella distribuzione e vendita del servizio, marchiando quindi le carte SIM in maniera indipendente dall'operatore di rete mobile, e avendo la possibilità di esercitare con una certa autonomia proprie politiche di prezzo e di distribuzione. L'ESP è in generale responsabile delle attività della gestione, del customer care, e della fatturazione del cliente.]

⁴³ [Il SP (fornitore di servizi), a differenza di MVNO ed ESP, non offre servizi di telefonia vocale e può anche non avere attività di gestione dei clienti (in particolare, assistenza e fatturazione), pur avendo un proprio marchio commerciale.]

⁴⁴ [L'ATR (rivenditore di traffico su rete mobile) rivende semplicemente il traffico telefonico acquistato all'ingrosso da un altro operatore mobile licenziatario ed è privo di un proprio marchio commerciale.]

⁴⁵ [L'IAP (fornitore di accesso indiretto) offre servizi di telecomunicazioni, inclusa la telefonia vocale, tramite carrier selection (CS) o carrier preselection (CPS); quindi, a livello di infrastrutture di rete, dispone di capacità di trasporto e commutazione.]

⁴⁶ [La stessa Delibera recitava infatti: "La figura del MVNO, invece, non è prevista dall'attuale quadro normativo. Tali operatori dovrebbero essere titolari di una licenza individuale per la prestazione di servizi di comunicazioni mobili e personali ai sensi dell'art. 6, comma 6, lett. c), del d.P.R. 318/97 e dell'art. 2, comma 2, lett. c), del D.M. 25 novembre 1997. Sulla base del titolo di licenziatario per la prestazione di servizi di comunicazioni mobili e personali, il MVNO dovrebbe avere diritto attraverso la licenza a richiedere numerazioni per tali servizi (cioè 3XY UUUUUU-U). La definizione di tale numerazione nella disciplina nazionale ... identifica la numerazione per servizi di comunicazione mobile ... associando tale numerazione alle attività di rete. Occorre, quindi, una variazione dell'attuale normativa per estendere il diritto alla numerazione per servizi mobili (necessaria ad emettere SIM card e numerazioni proprie) anche ai soggetti titolari di licenza per la prestazione dei servizi e non solo ai MNO" (ivi, sez. 2.2, a, pag. 9).]

⁴⁷ [Tale tesi era sostenuta sia riscontrando che "nella normativa comunitaria ... non esiste, allo stato, una posizione comune dell'estensione degli obblighi di accesso (più estensivi di quelli sull'interconnessione) agli operatori notificati nel mercato radiomobile", sia in base ad una valutazione secondo la quale "l'accesso alla rete fissa e l'accesso alla rete mobile presentano caratteristiche ... diverse in termini di ... condizioni strutturali rilevanti al fine di individuare condizioni di potere monopolistico o di forte asimmetria tra

65. Vi era in effetti presso l'Autorità di settore la convinzione secondo la quale, a seguito della promozione di una concorrenza diretta sul mercato dell'accesso (c.d. *facility based competition*), la presenza di più operatori infrastrutturati (MNO) avrebbe generato *"una condizione di sostituibilità dell'offerta nell'accesso alle reti tale da non giustificare obblighi specifici. La presenza di più reti, infatti, porta il mercato a generare le forme ottimali di utilizzo della capacità di rete; ... la concorrenza sul mercato delle infrastrutture di accesso radio (più MNO) spinge verso la riduzione dei costi dell'accesso, con rilevanti benefici sui prezzi dei servizi intermedi degli operatori di servizi e di conseguenza sui prezzi finali"* (ivi, sez. 2.2, b, pp. 8-9). La valutazione dell'Autorità di settore, alla luce del contesto prevalente all'epoca, era quella di incoraggiare lo sviluppo di soggetti fornitori di servizi, come gli ESP o altri rivenditori.

66. Con riferimento ad un'ipotetica introduzione di obblighi regolamentari di accesso alle reti mobili a favore di soggetti MVNO, l'AGCom evidenziava, di converso, la necessità di "tutelare" la redditività dei soggetti nuovi entranti per le reti UMTS, oltre che quella dei soggetti già presenti sul mercato – in particolare, quelli di più recente ingresso - per le reti GSM, garantendo *"... il recupero degli investimenti infrastrutturali ..."*, stimato dall'AGCom per *"... un operatore nuovo entrante nella terza generazione ... pari a 8-10 anni dal rilascio della licenza e 7-9 anni dall'avvio delle attività commerciali..."*.

Occorre inoltre tener conto che il terzo [WIND-n.d.r.] e quarto operatore [Blu-n.d.r.] nel sistema di seconda generazione non hanno ancora completato la realizzazione degli investimenti nelle infrastrutture e che anche per tali operatori è necessario tenere conto di un tempo ragionevole per il recupero degli investimenti infrastrutturali (tempo stimabile, in tal caso, in 3-5 anni dalla data di avvio delle attività commerciali). Un'introduzione dei MVNO prima di questo periodo aumenterebbe di fatto il rischio di entrata nel mercato dei sistemi radiomobili di terza generazione anche per gli operatori di seconda generazione in fase di ammortamento degli investimenti per la realizzazione della rete GSM" (ivi, sez. 4., pag. 18).

67. In conclusione nella citata del. n. 544/00/CONS si stabiliva all'articolo 2, comma 1, che *"sulla base delle motivazioni di cui alle premesse del presente provvedimento, l'Autorità ritiene che, allo stato, non risulti giustificato un intervento della regolamentazione diretto a fissare le condizioni per l'ingresso nel mercato dei sistemi radiomobili degli operatori virtuali di rete mobile e dei fornitori di accesso indiretto"*. D'altra parte, dopo aver così stabilita nel 2000 l'assenza di una regolamentazione impositiva per gli operatori mobili nella fornitura di questo tipo di accesso⁴⁸, la stessa AGCom individuava i titoli abilitativi necessari, nel vecchio quadro regolamentare, per la fornitura di servizi da parte di ESP/SP/ATR (articolo 2, commi 3 e 4), e stabiliva che *"[I]a fornitura di capacità da parte degli operatori di rete mobile ai soggetti di cui ai commi 3 e 4 avviene sulla base di negoziazione commerciale, nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione"* (articolo 2, comma 5).

b) Il nuovo quadro regolamentare

68. L'entrata in vigore del Codice ha reso obsolete, quando non abrogato implicitamente, molte delle disposizioni previgenti e, in questo contesto, anche molte previsioni contenute nella del. n. 544/00/CONS.

69. In primo luogo, come noto, recependo la Direttiva autorizzazioni⁴⁹, il Codice ha abrogato espressamente il previgente regime autorizzatorio disciplinato dal DPR n. 318/97 e dal DM 25 novembre 1997, che subordinava la fornitura di reti o servizi di comunicazione elettronica al rilascio di licenze individuali e autorizzazioni, e ha introdotto il principio generale della libertà di fornitura di tali reti/servizi.

La possibilità di svolgere attività nel settore è attualmente disciplinata dall'articolo 25 del Codice, che prevede un regime di autorizzazione, da parte del Ministero, a fronte di una semplice dichiarazione di inizio attività da parte delle imprese (articolo 25, commi 3 e 4)⁵⁰.

70. Dalla titolarità di un'autorizzazione generale derivano una serie di diritti, fra cui quello di negoziare l'interconnessione con altri fornitori di reti e servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico e, ove applicabile, ottenere l'accesso o l'interconnessione alle reti in qualunque luogo dell'Unione Europea (articolo 26, comma 2, lettera a).

71. In particolare, in merito all'assegnazione dei diritti d'uso delle frequenze radio e dei numeri, il Codice dispone che il Ministero attribuisce tali diritti, su richiesta, *"ad ogni impresa che fornisca o utilizzi reti o servizi di comunicazione ... in forza di un'autorizzazione generale..."* (articolo 27, comma 3). I diritti individuali di uso delle frequenze radio e dei numeri *"vengono rilasciati per una durata adeguata al tipo di servizio e comunque non eccedente la durata dell'autorizzazione generale"* (comma 4).

72. Vi è la possibilità di limitare il numero dei diritti d'uso da concedere *"solo quando ciò sia necessario per garantire l'uso efficiente delle frequenze stesse..."* (articolo 27, comma 6). L'articolo 29 del Codice disciplina quindi le procedure

operatori tali da giustificare obblighi alla disponibilità di risorse e infrastrutture essenziali alla liberalizzazione" (del. AGCom n. 544/00/CONS, sez. 2.2, b, pag. 8).]

⁴⁸ *[Tale forma di accesso "può avvenire sulla base di una decisione autonoma dell'operatore e, di conseguenza, sulla base di un accordo negoziale con altri operatori licenziatari. In tal caso l'operatore di rete sceglie autonomamente il modo più efficiente di sfruttamento della propria capacità di rete radio e nel rispetto degli obblighi di cui all'art. 6, comma 17, del D.P.R. 318/97"* (del. AGCom n. 544/00/CONS, par. 2.2).]

⁴⁹ *[Cfr. Direttiva 2002/20/CE cit..]*

⁵⁰ *[Come già accennato, le autorizzazioni hanno durata ventennale e sono rinnovabili; inoltre, possono essere cedute a terzi.]*

di selezione competitiva o comparativa per la concessione di tali diritti; viceversa, le risorse di numerazione non vengono considerate risorse scarse⁵¹.

73. A completamento degli elementi fin qui descritti, vale ricordare che il Codice stabilisce una serie di principi di grande rilevanza in materia di accesso.

L'articolo 40 (Quadro di riferimento generale per l'accesso e interconnessione) stabilisce infatti che *"Gli operatori possono negoziare tra loro accordi sulle disposizioni tecniche e commerciali relative all'accesso e all'interconnessione ... L'Autorità [AGCom-n.d.r.] anche mediante l'adozione di specifici provvedimenti garantisce che non vi siano restrizioni che impediscano alle imprese accordi di interconnessione e di accesso"*; l'articolo 41 stabilisce che esiste un diritto-obbligo all'accesso e interconnessione, e che possono esistere, in base agli artt. 42, 43, 44 e 45, obblighi imposti dall'Autorità di settore cui devono conformarsi gli operatori che offrono l'accesso e l'interconnessione ad altri operatori⁵².

c) La delibera n. 46/06/CONS

74. In data 25 gennaio 2006, con del. n. 46/06/CONS⁵³, l'Autorità di settore ha concluso la consultazione pubblica relativa al mercato n. 15 – mercato nazionale della fornitura di accesso e originazione da parte di operatori mobili nazionali ad operatori sprovvisti di risorse radio – indetta in data 27 luglio 2005 (del. n. 306/05/CONS)⁵⁴.

75. Secondo l'AGCom, la circostanza che nel mercato all'ingrosso fino ad ora non si siano avute transazioni non consente di desumere la quota posseduta da ciascun operatore e più in generale il potere di mercato singolarmente o congiuntamente detenuto. Per tale ragione, l'analisi svolta dall'AGCom per valutare il grado di concorrenzialità esistente nel mercato nazionale all'ingrosso dell'accesso si basa sostanzialmente su una serie di indicatori propri del mercato a valle dei servizi mobili al dettaglio

76. Le caratteristiche di rete, unitamente all'analisi condotta del mercato *retail* dei servizi di comunicazione mobile apparivano sufficienti, a parere dell'AGCom, a sostenere che non sussistessero gli elementi per l'identificazione di una posizione di dominanza individuale o congiunta nel mercato della fornitura all'ingrosso di accesso ed originazione tali da giustificare l'imposizione di obblighi per l'ingresso di operatori alternativi.

77. Peraltro, nella medesima delibera, l'AGCom *"riconosce che la nascita di operatori mobili virtuali potrebbe produrre eventuali benefici per i consumatori finali, arricchendo l'attuale contesto competitivo"*, e ricorda che *"[la] delibera n. 544/00/CONS già disciplina la fornitura di capacità ai fornitori avanzati di servizi da parte degli operatori di rete mobile, sulla base di una negoziazione commerciale e nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione. Il provvedimento non ha, invece, introdotto alcun intervento regolamentare diretto a fissare le condizioni per l'ingresso nel mercato dei sistemi radiomobili degli operatori virtuali di rete mobile e dei fornitori di accesso indiretto"* (ivi, pag. 61, punto 199).

Più precisamente, per quanto riguarda gli obblighi derivanti dalla delibera 544/00/CONS, l'AGCom *"ritiene che da tale delibera non derivi per gli MNO un obbligo a contrarre con eventuali MVNO, tuttavia ciò non esclude la possibilità di negoziazione volontaria tra le parti, su base commerciale, nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione"* (cfr. ivi, pag. 64, punto 210).

78. Secondo quanto previsto dal nuovo quadro regolamentare, sia la Commissione⁵⁵ che questa Autorità⁵⁶ hanno espresso il proprio parere in merito allo schema di provvedimento relativo al mercato numero 15.

La Commissione, dopo aver richiesto all'AGCom un supplemento istruttorio e tenuto conto della natura prospettica di una valutazione volta alla determinazione di eventuali misure regolamentari, ha supportato le conclusioni della del. n. 46/06/CONS, tuttavia affermando che *"given that these are recent market developments, the Commission will strongly*

⁵¹ *[Nell'attuale sistema regolamentare, infatti, trova esplicita disciplina solo la situazione eccezionale, come prevista dal comma 9 dello stesso art. 27 del Codice, per cui "Qualora l'Autorità decida ... che i diritti di uso dei numeri ai quali potrebbe attribuirsi un valore economico eccezionale debbano essere concessi mediante procedure di selezione competitiva o comparativa, le decisioni devono essere comunicate e pubblicate entro cinque settimane", laddove, secondo il comma 8 dello stesso articolo, tale termine è normalmente di tre settimane dal ricevimento, da parte del Ministero, della domanda per le risorse di numerazione presentata dall'impresa.]*

⁵² *[L'art. 42, in particolare, prevede in capo all'Autorità di settore poteri ulteriori rispetto a quelli, previsti dal vecchio quadro, di imporre obblighi ad imprese notificate come aventi notevole forza di mercato. In effetti nell'art. citato si specifica che l'Autorità può imporre, "fatte salve le misure che potrebbero essere adottate nei confronti degli operatori che detengono un significativo potere di mercato ai sensi dell'art. 45...", obblighi agli operatori che controllano l'accesso agli utenti finali.]*

⁵³ *[Delibera AGCom n. 46/06/CONS del 25 gennaio 2006 "Identificazione ed analisi del mercato dell'accesso e della raccolta delle chiamate nelle reti telefoniche pubbliche mobili, sulla valutazione di sussistenza del significativo potere di mercato per le imprese ivi operanti e sugli obblighi regolamentari cui vanno soggette le imprese che dispongono di un tale potere (mercato n. 15 fra quelli identificati dalla raccomandazione sui mercati rilevanti della commissione europea)".]*

⁵⁴ *[Delibera AGCom n. 306/05/CONS del 27 luglio 2005, "Consultazione pubblica sull'identificazione ed analisi del mercato dell'accesso e della raccolta delle chiamate nelle reti telefoniche pubbliche mobili, sulla valutazione di sussistenza del significativo potere di mercato per le imprese ivi operanti e sugli obblighi regolamentari cui vanno soggette le imprese che dispongono di un tale potere (mercato n. 15 fra quelli identificati dalla raccomandazione sui mercati rilevanti della Commissione Europea)".]*

⁵⁵ *[In base all'art. 7(3) della Direttiva 2002/21/CE, "... qualora un'Autorità di regolamentazione intenda adottare una misura che a) rientri nell'ambito di applicazione degli articoli 15 [Procedura per la definizione dei mercati] o 16 [Procedura per l'analisi del mercato] della presente direttiva ... e b) influenzi gli scambi tra gli Stati membri, essa rende nel contempo accessibile il progetto di misura alla Commissione e alle autorità di regolamentazione di altri Stati membri Le autorità di regolamentazione e la Commissione possono trasmettere le proprie osservazioni all'autorità nazionale di regolamentazione entro il termine di un mese".]*

⁵⁶ *[A livello nazionale, la previsione di una necessaria e diffusa collaborazione fra AGCM e AGCom su queste materie ha portato alla definizione di un accordo fra le due Istituzioni, entrato in vigore nel gennaio 2004, che stabilisce, in un contesto di cooperazione fra AGCM e AGCom per l'applicazione delle norme di cui all'art. 19 del Codice (art. 1, comma 1) che "l'AGCom, esperita la fase di consultazione di cui all'art. 11 del Codice, invia all'AGCM lo schema di provvedimento di cui all'art. 19, commi 1, 4, 5, 6 e 7 del Codice" (art. 1, comma 2); l'AGCM rende il suo parere "entro il termine di quarantacinque giorni dalla ricezione della ricerca completa della relativa documentazione" (art. 1, comma 3).]*

*recommend AGCom to closely monitor the market so as to identify whether these are irreversible trends towards a competitive market structure in which any tacitly coordinated outcome is unlikely to happen*⁵⁷.

d) La delibera n. 713/06/CONS

79. Le problematiche concorrenziali relative all'accesso alle reti mobili sono state prese in considerazione, più di recente, nell'ambito della consultazione pubblica sui servizi integrati fisso-mobile avviata dall'AGCom, con la delibera n. 713/06/CONS, in data 13 dicembre 2006. In tale contesto, in sede di valutazione dell'opportunità di autorizzare le offerte integrate F-M presentate da TELECOM e VODAFONE, l'Autorità di regolamentazione sta esaminando la possibilità di soluzioni regolamentari alla mancata apertura ad operatori alternativi del mercato all'ingrosso dell'accesso alle reti mobili.

e) La delibera n. 168/07/CONS

80. Il regolatore ha avviato, da ultimo, una nuova analisi del mercato all'ingrosso dell'accesso alle reti mobili. Il 19 aprile 2007, infatti, con la delibera n. 168/07/CONS, l'AGCom ha avviato una consultazione pubblica sul mercato n. 15, motivata dal mancato riscontro, nell'ambito dell'attività di monitoraggio suggerita dalla stessa Commissione, di una tendenza irreversibile del mercato in esame *"verso una struttura competitiva in cui non si configurino effetti derivanti da comportamenti taciti coordinati"*. La consultazione è volta a: 1) definire nuovamente i confini del mercato dell'accesso e della raccolta delle chiamate nelle reti telefoniche pubbliche mobili; 2) valutare il grado di competitività di tale mercato e verificare l'eventuale presenza di uno o più operatori in posizione dominante; 3) decidere in merito all'eventuale introduzione di nuove misure a garanzia dell'accesso alle infrastrutture di rete mobile di nuovi operatori in concorrenza con i MNO.

3. IL QUADRO REGOLAMENTARE NAZIONALE IN MATERIA DI TERMINAZIONE

81. Il primo passo regolamentare in materia di terminazione mobile, inizialmente relativo alle sole comunicazioni originate da rete fissa e terminate su rete mobile, avviene all'indomani della cd. inversione della titolarità della tariffa, con la citata delibera AGCom n. 197/99, con la quale venivano notificati presso la Commissione i due soggetti allora attivi sul mercato, TIM e Omnitel (ora VODAFONE) come operatori aventi notevole forza di mercato (SMP) nell'offerta di servizi d'interconnessione. In forza di tale notifica, i suddetti operatori sono stati assoggettati ad una serie di obblighi, stabiliti in primo luogo dal D.P.R. n. 318/97, concernente l'attuazione delle direttive comunitarie di cui al precedente quadro regolamentare ONP. In particolare, l'articolo 4, comma 7, del citato D.P.R. disponeva in capo a TIM e Omnitel obblighi di orientamento al costo, di trasparenza e di non discriminazione; quest'ultimo dettagliato, nella lettera a), come l'obbligo ad *"osservare il principio di non discriminazione rispetto all'interconnessione offerta ad altri. Questi [i due gestori-n.d.r.] sono tenuti ad applicare condizioni analoghe, in circostanze simili, agli organismi che si interconnettono e forniscono servizi simili e devono fornire ad essi, alle stesse condizioni, le strutture per l'interconnessione, nonché le relative necessarie informazioni, garantendo la stessa qualità che caratterizza i loro servizi o quelli delle loro affiliate e dei loro interlocutori commerciali"*.

82. La regolamentazione attualmente vigente in materia di comunicazioni fisso-mobile si fonda tuttavia sulla successiva delibera dell'AGCom n. 338/99⁵⁸. Con quel provvedimento, fra le altre cose, l'AGCom ha definito un vero e proprio modello di regolamentazione dell'interconnessione di terminazione verso reti radiomobili.

A partire dall'attuazione della delibera n. 338/99, si è modificata la struttura dei prezzi delle comunicazioni fisso-mobile originate dalla rete di Telecom Italia e, soprattutto, si è imposta una riduzione del valore economico delle due componenti: la *retention* di Telecom Italia e la terminazione dei gestori mobili.

83. All'epoca, TIM applicava una tariffa media di terminazione di 475 lire/min. e Omnitel di 500 lire/min. I suddetti prezzi vennero valutati dall'AGCom *"contro l'interesse pubblico"* in quanto al di sopra dei costi effettivi dei servizi di interconnessione sottostanti. Conseguentemente, l'AGCom dispose una riduzione delle condizioni economiche praticate per il servizio di terminazione da TIM e Omnitel, determinando un tetto medio per entrambi gli operatori pari a 360 lire/min. (18,59 eurocent/min.).

84. Stabilite le riduzioni una tantum, la delibera n. 338/99 definiva altresì, ai fini del necessario orientamento al costo dei prezzi di terminazione di TIM e Omnitel conseguente alla notifica di tali operatori come aventi notevole forza di mercato, la necessità dell'applicazione di una base contabile di costo del tipo *"Long Run Incremental Cost- Forward Looking"* (costi incrementali di lungo periodo), e del criterio del *"Weighted Average Cost of Capital- WACC"* come metodologia di calcolo del tasso di remunerazione del capitale impiegato. L'AGCom, conseguentemente, deliberò di verificare il sistema di contabilità dei costi e di separazione contabile degli operatori, stabilendo che gli operatori TIM e Omnitel erano tenuti a presentare all'Autorità la contabilità dei costi di interconnessione costruita applicando il sistema di calcolo dei costi prospettici incrementali di lungo periodo e a dare evidenza del tasso di remunerazione del capitale impiegato calcolato in base al WACC entro il 30 aprile 2000⁵⁹.

⁵⁷ [Case IT/2005/0259: Access and call origination on public mobile telephone networks in Italy. Comments pursuant to Article 7(3) of Directive 2002/21/EC, pag. 4.]

⁵⁸ [Delibera AGCom n. 338/99 del 6 dicembre 1999, "Interconnessione di terminazione verso le reti radiomobili e prezzi delle comunicazioni fisso-mobile originate dalla rete di Telecom Italia".]

⁵⁹ [Ai fini della verifica periodica dell'orientamento al costo dei prezzi di terminazione sulla base di un sistema contabile, vi è stata poi un'ulteriore attività regolamentare, disciplinata dalle due delibere n. 340/00/CONS del 9 giugno 2000 e n. 485/01/CONS del 20 dicembre 2001. In particolare, con questa seconda delibera l'obiettivo finale di un sistema di contabilità a costi incrementali viene spostato all'esercizio 2002, e

85. La valutazione compiuta dall'AGCom in relazione al SMP detenuto da TIM e VODAFONE nei mercati dei servizi mobili e dell'interconnessione sulle reti mobili è stata poi confermata dalla delibera n. 160/03/CONS⁶⁰.

Inoltre, con delibera n. 47/03/CONS⁶¹, sulla base dei dati di contabilità regolatoria di TIM e VODAFONE (già Omnitel) all'epoca a sua disposizione, l'AGCom stabiliva che il prezzo del servizio di terminazione sulle reti degli operatori mobili notificati, a partire dal 1° giugno 2003, non potesse essere maggiore di 14,95 eurocent/min. Si stabiliva altresì che gli operatori mobili notificati potessero articolare il prezzo di terminazione su fasce orarie, pur nel rispetto del predetto valore massimo, inteso in tal caso come valore medio ponderato sulla base del traffico terminato sulle rispettive reti nelle singole fasce orarie con riferimento ad uno specifico paniere di traffico. Deve osservarsi, a tale riguardo, che malgrado nel testo della delibera, al punto M, si affermasse che "l'Autorità ritiene ragionevole la riduzione programmata di un ulteriore 20% nel periodo 2004-2005, da distribuire in ragione del 10% l'anno", tale prezzo di 14,95 eurocent/min. è rimasto in vigore sino al settembre 2005. Anche il prezzo della terminazione sulla rete di WIND nello stesso biennio non ha subito riduzioni.

86. Nell'ambito del nuovo quadro normativo recepito in Italia nel 2003 dal Codice, l'Autorità di settore avviava, con delibera n. 465/04/CONS⁶², l'analisi del mercato n. 16 (mercato della terminazione mobile su singole reti), nella quale prospettava l'adozione di misure regolamentari e obblighi *ex ante* a carico dei quattro gestori graduati in funzione delle diverse caratteristiche degli stessi, tra i quali l'obbligo di orientamento al costo del prezzo di terminazione per TIM, VODAFONE e WIND, e obblighi di trasparenza e non discriminazione in capo ai suddetti gestori e a H3G. In particolare, in merito all'obbligo di non discriminazione⁶³, la delibera ne delimitava l'ambito di applicazione del suddetto obbligo, specificando che vi era "... [la] necessità di garantire a tutti gli operatori le medesime condizioni concorrenziali nel mercato al dettaglio. ... Pertanto, il prezzo del servizio di terminazione offerto alle società controllate, collegate e alle divisioni commerciali dell'operatore mobile dovrà essere uguale a quello offerto agli operatori terzi; ..." (ivi, All. B, punti 164 e 165, enfasi aggiunta)⁶⁴.

87. Con delibera n. 286/05/CONS⁶⁵, l'AGCom, prima della conclusione dell'analisi di mercato, ha anticipato la misura sul controllo dei prezzi con un provvedimento cautelare, rimasto in vigore fino al completamento della stessa.

In particolare, secondo l'AGCom, il provvedimento cautelare⁶⁶ si rendeva necessario a causa della "eccezionalità" e "gravità dell'attuale situazione", in cui le tariffe di terminazione risultano "...per entrambi gli operatori già notificati (Tim e Vodafone), superiori ai costi derivanti dalla loro contabilità regolatoria già a partire da quella dell'anno 2001. La tariffa di terminazione del terzo operatore, Wind, assume poi livelli anche maggiori, se si pensa che attualmente tale valore risulta essere superiore a 18 centesimi di euro al minuto, a fronte dei 14,95 centesimi di euro praticati da Tim e Vodafone. Siffatte circostanze, in un contesto in cui i costi tendono dinamicamente a decrescere, si traduce in un incremento, nel tempo, della forbice tra prezzi e costi del servizio di terminazione su rete mobile, a tutto detrimento del benessere dei consumatori e della salvaguardia della concorrenza" (cfr. del. n. 286/05/CONS, sez. D, I, punto 21). Tale considerazione era, inoltre, avvalorata dall'analisi del contesto internazionale, dalla quale si evinceva che lo scostamento rispetto alla media europea dei prezzi di terminazione praticati dai predetti operatori, già rilevante nel 2004, si era sensibilmente incrementato nel corso del 2005, raggiungendo "valori gravemente significativi", non giustificati da circostanze specifiche del contesto nazionale.

88. Più precisamente, il suddetto provvedimento cautelare identificava gli operatori TIM, VODAFONE, WIND e H3G come dominanti – ognuno sulla propria rete mobile - nel mercato rilevante della terminazione delle chiamate vocali originate sia dalle reti fisse, sia dalle reti mobili. Per gli operatori TIM, VODAFONE e WIND viene, inoltre, ritenuto necessario e proporzionato un intervento di controllo dei prezzi che fissi, a partire dal 1° settembre 2005, il prezzo massimo di terminazione a 12,1 eurocent/min per TIM e VODAFONE e 14,35 eurocent/min per WIND. Per l'operatore H3G, alla luce del suo recente ingresso sul mercato, della sua ancora ridotta base degli utenti, della necessità di

viene istituito un nuovo gruppo di lavoro congiunto formato dall'AGCom e da TIM e Omnitel in relazione alla predisposizione, in via sperimentale, di un sistema contabile a costi correnti relativo all'esercizio 2000 e, in via operativa, relativamente all'esercizio 2001. Nella stessa delibera, peraltro, si chiarisce il rapporto fra l'utilizzo di dati contabili e l'elaborazione di un meccanismo di network cap, ovvero di riduzione programmata dei valori di terminazione sulle reti mobili.]

⁶⁰ [Delibera AGCom n. 160/03/CONS del 7 maggio 2003, "Identificazione di organismi di telecomunicazioni aventi notevole forza di mercato per l'anno 2001".]

⁶¹ [Delibera AGCom n. 47/03/CONS del 5 febbraio 2003, "Revisione e meccanismi di programmazione dei prezzi massimi di terminazione praticati dagli operatori di rete mobile notificati e regolamentazione dei prezzi delle chiamate fisso-mobile praticati dagli operatori di rete fissa notificati".]

⁶² [Del. AGCom n. 465/04/CONS, del 29 settembre 2004 recante "Consultazione pubblica sulla identificazione ed analisi del mercato della terminazione di chiamate vocali su singole reti mobili, sulla valutazione di sussistenza del significativo potere di mercato per le imprese ivi operanti e sugli obblighi regolamentari cui vanno soggette le imprese che dispongono di un tale potere (mercato n. 16 fra quelli identificati dalla raccomandazione sui mercati rilevanti dei prodotti e dei servizi della commissione europea)"]

⁶³ [L'art. 47 del Codice (Obbligo di non discriminazione), che recepisce l'art. 10 della Direttiva Accesso, recita:

"1. Ai sensi dell'articolo 45, l'Autorità può imporre obblighi di non discriminazione in relazione all'interconnessione e all'accesso.

2. Gli obblighi di non discriminazione garantiscono, in particolare, che l'operatore applichi condizioni equivalenti in circostanze equivalenti nei confronti di altri operatori che offrono servizi equivalenti, e inoltre che esso fornisca a terzi servizi e informazioni garantendo condizioni e un livello di qualità identici a quelli che assicura per i propri servizi o per i servizi delle proprie società consociate o dei propri partner commerciali".]

⁶⁴ [Cfr. anche Del. n. 286/05/CONS, sez. B, 4., c, i e ii.]

⁶⁵ [Del. AGCom n. 286/05/CONS del 19 luglio 2005, recante "Misure urgenti in materia di fissazione dei prezzi massimi di terminazione delle chiamate su singole reti mobili".]

⁶⁶ [Secondo l'AGCom, l'intervento cautelare consentiva di ridurre i tempi richiesti dalla "laboriosa e approfondita" procedura di valutazione dei mercati e di imposizione di eventuali obblighi in capo ai soggetti detentori di un significativo potere di mercato descritta nell'art. 12, commi 3 e 4, del Codice delle Comunicazioni, che ha recepito il Nuovo Quadro Regolamentare Comunitario introdotto nel 2002.]

salvaguardare il livello degli investimenti effettuati, l'AGCom ha ritenuto che l'imposizione di un obbligo di controllo dei prezzi rappresentasse un onere eccessivo e non proporzionato.

89. Da ultimo, con Delibera n. 3/06/CONS⁶⁷, l'Autorità di settore ha concluso l'analisi di mercato relativa al mercato della terminazione mobile su singole reti, ribadendo la posizione di dominanza singola di ciascuno dei quattro gestori - TIM, VODAFONE e WIND e H3G - nella terminazione delle chiamate vocali fisso-mobile e mobile-mobile sulle rispettive reti e imponendo a tutti obblighi di accesso ed uso di determinate risorse di rete, di trasparenza e di non discriminazione interno-esterno, sia sotto il profilo tecnico che economico (articolo 7)⁶⁸ e, solo per TIM, VODAFONE e WIND, obblighi di controllo dei prezzi di terminazione, di orientamento al costo e di predisposizione di un sistema di contabilità regolatoria (articolo 8). Con particolare riferimento ai prezzi, a partire dal 1° luglio 2006, il prezzo del servizio di terminazione delle chiamate vocali sulla rete degli operatori TIM e VODAFONE non può essere maggiore di 11,20 eurocent/min⁶⁹, mentre per WIND non può essere maggiore di 12,90 eurocent/min⁷⁰.

VI. I MERCATI RILEVANTI

90. Ai fini della valutazione delle denunce in oggetto, appare possibile individuare come mercati rilevanti del prodotto i seguenti mercati:

- a) il mercato dei servizi all'ingrosso di accesso delle chiamate su rete mobile;
- b) i mercati dei servizi all'ingrosso di terminazione delle chiamate su ciascuna rete mobile;
- c) il mercato dei servizi finali di telefonia mobile;
- d) il mercato dei servizi di fonia fisso-mobile per l'utenza aziendale.

1. IL MERCATO DEI SERVIZI ALL'INGROSSO DI ACCESSO ALLE RETI MOBILI

91. Sotto il profilo merceologico, i servizi di accesso sono offerti da un gestore di rete mobile ad un operatore non infrastrutturato al fine di consentire a quest'ultimo l'offerta di servizi di comunicazione all'utenza finale. Vi sono diverse tipologie di operatori alternativi, che si caratterizzano in relazione, da un lato, al grado di dipendenza dagli elementi di rete del MNO ospitante, dall'altro, al grado di autonomia rispetto al gestore ospitante nella determinazione dei servizi offerti (intermedi o finali) e delle politiche commerciali⁷¹.

Quando la domanda di servizi di accesso proviene da un operatore virtuale (MVNO), essi sono assimilabili, sotto il profilo tecnico-economico, ai servizi di *roaming* nazionale; mentre per le altre categorie di operatori - ai fini del presente procedimento, ESP e ATR (*reseller*) - si tratta prevalentemente di una domanda di tempo di trasmissione (capacità)⁷².

92. Il *roaming* nazionale concerne il servizio richiesto dagli operatori al fine di consentire ai propri utenti di utilizzare il loro telefono mobile, o più specificamente la carta SIM ("*Subscriber Identification Module*") che identifica gli abbonati, su una rete mobile diversa (*host* o rete visitata) da quella a cui sono abbonati e che ha emesso la loro carta SIM (rete di partenza)⁷³. In particolare, il *roaming* nazionale è tipicamente offerto da operatori con infrastrutture ad ampia copertura. Attraverso l'acquisto all'ingrosso del servizio di *roaming*, un operatore può consentire ai propri abbonati di effettuare chiamate anche in zone geografiche in cui non abbia una struttura di rete, rimanendo sotto la propria responsabilità la terminazione su rete fissa o mobile della chiamata⁷⁴.

93. La fornitura all'ingrosso del tempo di trasmissione può ritenersi analoga al *roaming* nazionale, in quanto riguardante la fornitura all'ingrosso di accesso alla rete e di minuti di trasmissione da parte di una rete *host*. La differenza tra le due forme di accesso è che un gestore di rete mobile virtuale che si basa sul *roaming* nazionale può determinare la gamma dei servizi disponibili per i suoi abbonati e può fornire servizi che non sono disponibili ai clienti

⁶⁷ [Delibera AGCOM n. 3/06/CONS del 12 gennaio 2006, "Mercato della terminazione di chiamate vocali su singole reti mobili (mercato n.16 fra quelli identificati dalla raccomandazione della Commissione europea n. 2003/311/CE): Identificazione ed analisi del mercato, valutazione di sussistenza di imprese con significativo potere di mercato ed individuazione degli obblighi regolamentari".]

⁶⁸ [L'art. 7, comma 1, recita: "[a]i sensi dell'art. 47 del Codice, TIM, Vodafone, WIND e H3G sono sottoposti all'obbligo di non discriminazione con riferimento all'applicazione delle medesime condizioni economiche e tecniche agli operatori terzi, alle società controllate, collegate ed alle proprie divisioni commerciali operanti nei mercati a valle che acquistano servizi di terminazione".]

⁶⁹ [A partire dalla medesima data, il prezzo del servizio di terminazione delle chiamate vocali sulla rete degli operatori TIM e VODAFONE è sottoposto ad un vincolo annuale di riduzione pari a IPC-13%.]

⁷⁰ [A partire dalla medesima data, il prezzo del servizio di terminazione delle chiamate vocali sulla rete dell'operatore WIND è sottoposto ad un vincolo annuale di riduzione pari a IPC-16%.]

⁷¹ [Per una descrizione delle diverse tipologie di fornitori alternativi, si veda supra sez. V, 2.]

⁷² [Cfr. la Decisione della Commissione del 12 marzo 2004, T-Mobile/O2, cit., punto 44 e segg., delibera AGCom n. 46/06/CONS e parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato "Mercato dell'accesso e originazione delle chiamate nelle reti telefoniche pubbliche mobili" reso in data 17/11/2005, in Boll. AGCOM n. 5/2006.]

⁷³ [Quando il rapporto si instaura tra MNO cui reti sono situate in mercati nazionali diversi, si ha il cd. *roaming* internazionale, che, a differenza di quello nazionale, comporta accordi tra gestori esteri e si basa sugli accordi standard messi a punto dall'associazione GSM, con prezzi considerevolmente diversi.]

⁷⁴ [In Italia, l'offerta del servizio di *roaming* nazionale è stata imposta in via regolamentare, come misura asimmetrica procompetitiva di carattere temporaneo, ai gestori già esistenti, a favore dei nuovi entranti, al fine di garantire loro pari opportunità di concorrenza nella fase di installazione delle proprie infrastrutture. L'imposizione di tali obblighi avveniva attraverso apposite disposizioni regolamentari, dapprima decreti ministeriali, e quindi delibere dell'AGCOM. Queste stabilivano, in occasione di ogni gara per l'aggiudicazione di una nuova licenza radiomobile, il diritto dell'aggiudicatario al *roaming* nazionale sulle reti dei precedenti concessionari e licenziatari del servizio radiomobile pubblico, per un periodo definito nel tempo, e da parte del concessionario il contestuale obbligo di fornire il servizio di *roaming* nazionale all'aggiudicatario stesso sulla base di condizioni che dal punto di vista tecnico non dovevano essere più restrittive rispetto ai vigenti accordi di *roaming* tra gli attuali operatori del servizio radiomobile pubblico e che dal punto di vista economico dovevano prevedere prezzi orientati ai costi. In ogni caso le condizioni dovevano essere ispirate ai principi di non discriminazione e trasparenza e finalizzate a consentire l'immediata operatività del servizio da parte dell'aggiudicatario.]

della rete *host*. Un *prestatore di servizi*, invece, sostanzialmente rivende, con gradi più (ESP) o meno ampi (ATR) di autonomia, una serie di servizi offerti dal gestore di rete dal quale acquista tempo di trasmissione all'ingrosso.

94. In considerazione della circostanza che, sotto il profilo dell'offerta, i tre gestori mobili sono in grado di offrire tutte le tipologie di servizi richieste dai denunciati (MVNO, ESP, ATR), allo stato non appare necessario precisare se il *roaming* nazionale e la rivendita di traffico individuano distinti mercati del prodotto o un unico mercato.

95. L'analisi istruttoria effettuata ha evidenziato che per un MVNO che voglia prestare servizi mobili, la sostituibilità tra le diverse reti dipende dalle caratteristiche di queste ultime in termini di disponibilità di spettro radio, di copertura territoriale e di caratteristiche tecniche. In particolare, un operatore virtuale emette proprie carte SIM e pone in essere autonome politiche commerciali e, di conseguenza, non risulta vincolato alla base di abbonati dell'operatore che lo ospita sulla sua rete.

96. Analoghe considerazioni appaiono potersi fare per un ESP, in quanto pur non emettendo direttamente proprie carte SIM (fornite al cliente dall'operatore di rete mobile), utilizza un proprio marchio indipendente nella distribuzione e vendita del servizio (marchiando quindi le carte SIM in maniera indipendente dall'operatore di rete mobile) e ha la possibilità di esercitare con una certa autonomia proprie politiche di prezzo e di distribuzione.

Per entrambe le categorie di operatori menzionate (MVNO e ESP), le suddette conclusioni in merito alla sostituibilità delle reti sotto il profilo della domanda risultano a maggior ragione valide laddove l'acquisto di *roaming* o di capacità sia finalizzato a sua volta all'offerta di servizi *wholesale* e non *retail*.

97. Per quanto concerne i *reseller* (ATR), l'ultima categoria di operatori interessata dal presente procedimento, si evidenzia che quando la clientela cui si rivolgono questi ultimi è costituita da altri operatori - ovvero acquistano minuti di traffico per rivenderli sul mercato all'ingrosso - allora, come nel caso di MVNO o ESP, reti con disponibilità di spettro, copertura territoriale e caratteristiche tecniche analoghe appaiono sostituibili dal punto di vista della domanda.

Quando invece l'offerta di servizi da parte dei *reseller* è rivolta all'utenza finale, nella misura in cui tali operatori godono di un minore grado di autonomia nei confronti del MNO ospitante, potrebbero essere maggiormente legati, nella scelta del gestore con il quale stipulare un contratto di rivendita, alle politiche commerciali ed alle caratteristiche della base abbonati di quest'ultimo. In tale ultimo caso, quindi, la sostituibilità delle reti potrebbe essere condizionata dalla tipologia dei servizi offerti dal *reseller* e dalla dimensione minima della base clienti necessaria allo stesso per lo svolgimento della propria attività. Non appare tuttavia necessario, ai fini del procedimento in oggetto, arrivare ad un maggiore dettaglio di analisi.

98. Le reti di TIM, VODAFONE e WIND appaiono, in termini di spettro, di copertura e di caratteristiche tecniche, sostituibili⁷⁵.

Non può dirsi lo stesso relativamente alla rete di H3G S.p.A.. Tale ultimo operatore, infatti, dispone di una rete proprietaria, unicamente su tecnologia UMTS, in grado di garantire una copertura solo parziale, tanto in termini di popolazione, quanto, soprattutto, in termini territoriali; al fine di garantire servizi di fonia e dati per la propria clientela su tutto il territorio italiano, H3G si avvale di un accordo di *roaming* nazionale su rete GSM con uno degli altri operatori di rete [omissis]. Rispetto agli altri MNO, quindi, da un lato, H3G presenta maggiori costi di rete, sia in termini di entità degli investimenti relativi alle tecnologie di terza generazione che di durata residua del periodo per i relativi ammortamenti, dall'altro, vede subordinata l'eventuale offerta di accesso alla propria rete, per la parte non direttamente coperta, almeno alle condizioni economiche praticate ad essa da quest'ultimo. Tali caratteristiche appaiono rendere, quanto meno con riferimento al periodo oggetto di analisi della presente istruttoria, la rete di H3G non sostituibile⁷⁶, nei termini richiesti per l'eventuale inclusione in un unico mercato rilevante, con quella di TIM, VODAFONE e WIND.

99. Il mercato di cui trattasi appare caratterizzato da barriere all'entrata, tanto di natura amministrativa quanto di natura economico-finanziaria (disponibilità di siti e frequenze, rilascio di una concessione ventennale di diritti individuali d'uso da parte del Ministero delle Comunicazioni, *frequency trading* limitato ai soli operatori GSM già esistenti). Ciò rende, di fatto, impossibile l'ingresso di un ulteriore gestore di rete in grado di offrire servizi di comunicazione rispetto agli attuali gestori di rete MNO. Anche la consultazione pubblica indetta dall'AGCom per l'ingresso di un quarto operatore GSM ha evidenziato che solo H3G, già gestore di una rete UMTS, ha mostrato interesse a dotarsi di una rete GSM⁷⁷ (cfr. anche infra sez. VIII, 2, a, f).

100. Il mercato all'ingrosso dell'accesso può ritenersi di dimensione geografica nazionale relativamente sia ai servizi di *roaming* nazionale sia ai servizi di fornitura di tempo di trasmissione.

Infatti, per la prima tipologia di servizi, le licenze sono attribuite a livello di Stato membro, con obblighi di copertura relativi a tutto il territorio nazionale, mentre le reti hanno estensione limitata a quest'ultimo territorio.

⁷⁵ [Cfr supra IV, 2.]

⁷⁶ [In relazione alla piattaforma tecnologica utilizzata, 2G, 2.5G (GPRS, EDGE) e 3G (UMTS), dal punto di vista della domanda, nonostante una tendenziale sovrapposizione iniziale tra i servizi al dettaglio, l'accesso all'ingrosso al roaming nazionale per i servizi di comunicazione 2G o 2.5G potrebbe considerarsi separato dal roaming su reti di terza generazione (3G); ciò sia perché risulta differente la gamma di servizi vocali e di dati che può essere fornita sulla base delle due tecnologie, sia perché con la nuova tecnologia saranno disponibili velocità di trasmissione considerevolmente più elevate. Inoltre, dal punto di vista dell'offerta, oltre ad infrastrutture di rete che coprono tutte le piattaforme tecnologiche disponibili, esistono anche soggetti che operano esclusivamente su reti 3G; tale circostanza, in considerazione dei diversi costi infrastrutturali sottostanti le piattaforme, sia in termini di entità degli investimenti che di durata residua del periodo per i relativi ammortamenti, varrebbe a giustificare, dal punto di vista dell'offerta, diverse condizioni economiche dei servizi di accesso all'ingrosso in funzione del tipo di rete considerata. In conclusione, la fornitura di roaming nazionale per i servizi di comunicazione 2G o 2.5G potrebbe considerarsi un servizio distinto da quello di roaming 3G (Cfr. la Decisione della Commissione del 12 marzo 2004, T-Mobile/O2, cit.). Tuttavia, tale distinzione non appare necessaria ai fini della presente analisi.]

⁷⁷ [Del. dell'AGCom n. 54/04/CONS dell'11 marzo 2004, già cit..]

Analogamente, anche per la seconda tipologia di servizi, l'attribuzione delle licenze e delle autorizzazioni necessarie e la determinazione delle tariffe avvengono a livello nazionale.

101. In conclusione, alla luce delle precedenti considerazioni e ai fini del procedimento in oggetto, il mercato nazionale all'ingrosso dell'accesso alle reti mobili include la fornitura da parte TIM, VODAFONE e WIND di servizi di accesso ad operatori non dotati di infrastrutture di rete, quali MVNO, ESP e ATR (*reseller*), per l'offerta sul mercato a valle dei servizi mobili voce e dati.

2. I MERCATI DEI SERVIZI ALL'INGROSSO DI TERMINAZIONE DELLE CHIAMATE SU SINGOLE RETI MOBILI

102. I servizi all'ingrosso di terminazione delle chiamate su rete mobile consistono in servizi d'instradamento e consegna di una chiamata proveniente da un abbonato di un gestore di rete fissa o da un abbonato di un gestore mobile ad un abbonato di un altro gestore mobile.

Al fine di fornire una corretta definizione, sotto il profilo merceologico, del mercato dei servizi all'ingrosso di terminazione, è necessario tenere conto di due aspetti fondamentali che caratterizzano l'offerta dei servizi di telefonia al dettaglio, in particolare: 1) l'assenza di sostituibilità da lato della domanda, per cui una chiamata destinata al terminale mobile di un determinato utente non può essere sostituita con una chiamata destinata ad un altro utente; 2) l'applicazione del principio di "chi chiama paga" (CPP, *Calling Party Pays*), in base al quale il soggetto chiamante (ovvero colui che paga la terminazione) è differente dal soggetto che sceglie la rete sulla quale terminare la chiamata (il chiamato che ha sottoscritto l'abbonamento)⁷⁸.

Ciò implica che un operatore che vuole fornire ad un proprio cliente il servizio di telefonia deve disporre necessariamente del servizio di terminazione sulla rete del chiamato.

103. La titolarità di ciascuna rete in capo ad un solo gestore, unitamente all'assenza di sostituibilità dal lato della domanda, fa sì che ciascun gestore detenga una quota pari al 100% dell'offerta di servizi di terminazione sulla propria rete.

104. Per tali ragioni, anche in base ai risultati delle analisi recentemente compiute in materia dall'AGCom⁷⁹, si ritiene che, ai fini del presente procedimento, possano essere identificati tanti mercati distinti del prodotto quante sono le reti, in ciascuno dei quali il rispettivo gestore rappresenta l'unico offerente. Tale definizione è peraltro conforme a quella fornita dal nuovo quadro regolamentare comunitario⁸⁰ (cfr. *supra* sez. V, 3) e più in generale alla prassi comunitaria⁸¹.

105. In relazione all'estensione geografica delle infrastrutture di rete, limitata al territorio italiano, i mercati dei servizi all'ingrosso di terminazione su singole reti presentano dimensioni nazionali.

3. IL MERCATO DEI SERVIZI FINALI DI COMUNICAZIONE MOBILE

106. Un servizio di comunicazione mobile consente all'utente, attraverso l'utilizzo di tecnologie *wireless*, di soddisfare le proprie esigenze di comunicazione in movimento prescindendo dall'utilizzo di una apparecchiatura situata in un punto terminale della rete telefonica fissa.

Dalla sua nascita ad oggi, tale mercato si è arricchito di numerosi servizi, aggiungendo alla comunicazione vocale anche servizi dati e video (SMS e MMS). La sempre più ampia gamma dei servizi offerti ha trovato la sua origine in una continua evoluzione delle tecnologie, riguardanti tanto le reti a tecnologia GSM, con l'introduzione del GPRS e dell'EDGE, quanto quelle a tecnologia UMTS.

107. Dal punto di vista dell'offerta, i servizi di comunicazione mobile possono essere forniti all'utenza finale da diverse tipologie di operatori, caratterizzati da diversi livelli di integrazione verticale e, perciò, da diversi gradi di dotazione infrastrutturale di rete e di rapporti commerciali, più o meno diretti, con il cliente finale.

In particolare, un operatore di rete mobile (MNO) è un soggetto che fornisce servizi di comunicazioni mobili, avendo a disposizione una infrastruttura di rete che utilizza una dotazione di risorse radio ad esso assegnata in via esclusiva. Accanto agli operatori di rete integrati, esiste, come sopra evidenziato (cfr. *supra*, sez. V, 2, a), un'ampia varietà di figure alternative che possono fornire servizi di comunicazione mobile agli utenti finali anche senza il possesso di un'infrastruttura di rete, utilizzando quella di uno o più gestori ospitanti.

⁷⁸ [Vale osservare che l'Autorità di regolamentazione inglese, l'OfCom, in una decisione del 2004, ha evidenziato che limitatamente alle chiamate on-net (ovvero originate e terminate sulla rete del medesimo gestore) effettuate nell'ambito di gruppi chiusi di utenti (i cd. GCU, generalmente i dipendenti di una medesima azienda) è possibile definire un unico mercato della terminazione con riferimento alle reti di tutti gli MNO. Ciò deriverebbe dalla peculiarità delle caratteristiche di questa tipologia di servizi per i quali non vale il principio del CPP, per cui non vi è più dissociazione fra chi sceglie il fornitore del servizio (l'azienda che stipula il contratto con un gestore) e chi sceglie la rete sulla quale terminare la chiamata. La stessa OfCom, tuttavia, ha invece confermato l'individuazione di mercati distinti della terminazione per ciascun MNO per tutte le altre chiamate, sia che siano originate sulle reti di altri gestori sia che siano originate e terminate sulla rete del medesimo gestore (on net), ma non dirette a clienti appartenenti ad un gruppo chiuso di utenti (Ofcom, Suspected margin squeeze by Vodafone, O2, Orange e T-Mobile. Decision of the Office of Communications, 21 maggio 2004, cfr., *infra* sez. IX, 1).]

⁷⁹ [Delibere AGCom n. 286/05/CONS e n. 3/06/CONS cit..]

⁸⁰ [Cfr. "Raccomandazione della Commissione relativa ai mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche suscettibili di una regolamentazione ex ante ai sensi della Direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro normativo comune per le reti e i servizi di comunicazione elettronica", in GUCE L. 114/45 dell'8 maggio 2003, pag. 36.]

⁸¹ [Cfr., *inter alia*, la decisione dell'Office of Communications (OfCom) del 21 maggio 2004 sul caso CW/00615/05/03, "Suspected margin squeeze by Vodafone, O2, Orange e T-Mobile" e la delibera della medesima autorità del 1° giugno 2004 "Wholesale Mobile Call Termination", entrambe pubblicate sul sito dell'autorità di regolamentazione inglese OfCom; la decisione del Conseil de la Concurrence francese n. 04-D-48 del 14 ottobre 2004, relative a pratiche di abuso di posizione dominante poste in essere France Télécom, SFR Cegetel e Bouygues Télécom. e dei risultati dell'analisi recentemente compiuta dall'AGCom (del. n. 3/06/CONS, cit..)]

108. Pur potendosi configurare distinti mercati del prodotto in relazione alla tipologia del servizio offerto, alla tecnologia sottostante e alla diversa clientela (residenziale o aziendale) cui il servizio è rivolto, non si ritiene necessario, ai fini del presente procedimento, arrivare ad un tale livello di dettaglio nella definizione del mercato.

109. Sotto il profilo geografico, nonostante dal punto di vista tecnico sia possibile attualmente una fornitura di servizi a livello europeo, si deve ritenere che la dimensione del mercato dei servizi di comunicazione mobile sia limitata al territorio nazionale. Ciò in considerazione, dal lato dell'offerta, della necessità di titoli autorizzatori per l'esercizio delle attività su ciascun territorio nazionale e, dal lato della domanda, del fatto che i servizi di *roaming* internazionale presentano prezzi ancora molto elevati ed esibiscono funzionalità limitate.

110. Il mercato italiano dei servizi di comunicazione mobile è caratterizzato da una struttura oligopolistica fortemente concentrata, con una completa integrazione verticale in tutte le fasi della filiera produttiva; attualmente nel mercato nazionale dei servizi di comunicazione mobile sono presenti, e operativi, quattro soggetti licenziatari: TIM, VODAFONE, WIND e H3G.

Più precisamente, TIM, VODAFONE e WIND, nel 2006, detengono quote in termini di utenti, rispettivamente, del 40,4%, del 32,6% e del 18,3%; il quarto operatore H3G, unico ad offrire i propri servizi unicamente su rete UMTS, ha una quota pari all'8,8% (cfr. supra tab. 2, sez. IV, 1).

111. Tutti gli operatori si avvalgono di proprie strutture distributive per la stipula degli abbonamenti e per la vendita delle apparecchiature terminali e, con l'eccezione di H3G, non vincolano il terminale al contratto per il servizio (post-pagato o pre-pagato).

4. IL MERCATO DEI SERVIZI DI FONIA FISSO-MOBILE ALLA CLIENTELA AZIENDALE

112. I servizi di fonia includono differenti categorie di servizi, corrispondenti alle diverse direttrici di traffico per la fornitura dei servizi di telefonia vocale su base locale, nazionale, internazionale e verso terminali mobili rivolti alla clientela residenziale e affari. In relazione a ciascuna direttrice di traffico (locale, nazionale e fisso-mobile) e alla tipologia di clientela (residenziale e *business*) appare possibile identificare mercati del prodotto distinti, in quanto il servizio offerto risponde ad una specifica esigenza della domanda.

113. Con particolare riferimento alla direttrice fisso-mobile, si rileva che, dal lato della domanda, non sembra esservi sostituibilità tra chiamate fisso-mobile e chiamate fisso-fisso, in quanto ciò che caratterizza la prima tipologia di chiamate è la possibilità di contattare un utente a prescindere dal luogo in cui si trova. Sotto il profilo dell'offerta, le due tipologie di chiamate presentano una differente struttura di costi, evidenziata anche da un elevato divario dei prezzi.

In relazione poi alla tipologia di clientela, se da un punto di vista strettamente funzionale il servizio offerto alle due tipologie di utenti è lo stesso, le esigenze complessive in termini di qualità del servizio e assistenza differiscono sostanzialmente passando dall'una all'altra tipologia. Inoltre, la clientela residenziale concentra la maggior parte del proprio traffico nelle ore serali (fascia *off-peak*), mentre quella *business* prevalentemente nelle ore di ufficio (fascia *peak*). In ragione delle suddette caratteristiche, gli operatori tendono a differenziare le proprie offerte alle due tipologie di clientela attraverso specifiche politiche commerciali e di *marketing*⁸².

Pertanto, alla luce dell'analisi istruttoria condotta, il mercato rilevante del prodotto ai fini del procedimento in oggetto è quello delle chiamate fisso-mobile alla clientela affari⁸³.

114. In Italia i servizi di telefonia vocale fisso-mobile sono offerti dagli operatori in maniera uniforme su tutto il territorio nazionale sia in termini di copertura geografica che di condizioni economiche applicate alla clientela.

Inoltre, le denunce pervenute interessano unicamente l'ambito di competizione a livello nazionale, che deve considerarsi distinto in funzione della sussistenza di barriere amministrative, in quanto la normativa vigente prevede che l'ingresso sul mercato sia subordinato all'ottenimento di licenze aventi validità limitata al territorio nazionale, nonché in ragione della necessità di avvalersi, per l'offerta dei servizi, di infrastrutture di rete localizzate sullo stesso territorio nazionale.

115. Su tale mercato operano oltre agli operatori di rete fissa, direttamente o indirettamente, anche i tre gestori mobili TIM (Gruppo TELECOM), VODAFONE e WIND.

La tabella che segue riporta le quote dei principali operatori nel mercato rilevante dal 2002 al 2006:

Tab. 4. Mercato al dettaglio dei servizi di fonia fisso-mobile non residenziale: quote percentuali in valore e in volume

	2002		2003		2004		2005		2006	
	ricavi	minuti								
TELECOM	71,86	71,43	68,16	67,88	68,85	69,00	68,44	69,23	69,04	71,53

⁸² [Anche le condizioni contrattuali, in termini di opzioni speciali, servizi aggiuntivi offerti, pacchetti tariffari e sconti, differiscono tra la clientela residenziale e quella affari.]

⁸³ [Tale definizione è in linea con le analisi compiute dall'AGCom nella Delibera n. 410/04/CONS, "Consultazione pubblica sulla identificazione ed analisi dei mercati dei servizi telefonici locali, nazionali e fisso-mobile disponibili al pubblico e forniti in postazione fissa per clienti residenziali e non residenziali, sulla valutazione di sussistenza del significativo potere di mercato per le imprese ivi operanti e sugli obblighi regolamentari cui vanno soggette le imprese che dispongono di un tale potere (mercati n. 3 e n. 5 fra quelli identificati dalla raccomandazione sui mercati rilevanti dei prodotti e dei servizi della commissione europea)" del 24 novembre 2004.]

VODAFONE	1,09	1,11	1,85	1,74	2,53	2,27	3,02	2,61	3,21	2,68
WIND	15,16	16,15	12,69	14,44	10,62	11,89	9,44	10,62	8,72	8,86
BT ITALIA	7,15	6,66	7,94	7,32	8,44	7,89	9,14	8,48	8,17	7,35
FASTWEB	0,44	0,50	1,13	1,14	1,84	1,84	2,97	2,78	4,30	3,91
TELE2	2,35	2,15	2,20	1,99	2,16	2,00	2,12	1,90	1,58	1,42
EUTELIA	n.d.	n.d.	4,06	3,59	3,11	2,69	2,07	1,79	1,86	1,58
ALTRI	1,96	1,99	1,97	1,90	2,44	2,42	2,81	2,60	3,11	2,67

Fonte: elaborazioni AGCM su dati forniti dalle imprese

116. La tabella evidenzia la posizione di assoluta preminenza del Gruppo TELECOM: il secondo operatore nel mercato è WIND, con una quota di gran lunga inferiore rispetto al primo operatore, seguito da una serie di operatori minori.

VII. LE IPOTESI DI VIOLAZIONE

117. Il provvedimento di avvio⁸⁴, come ampliato dal successivo provvedimento di estensione oggettiva⁸⁵, aveva ad oggetto le seguenti ipotesi di violazione degli artt. 81 e 82 del Trattato CE:

- rifiuto a contrarre nel mercato dei servizi di accesso. In particolare, si è ipotizzato che tale comportamento integrasse un abuso di posizione dominante collettiva (di seguito, PDC) da parte di TIM, VODAFONE e WIND nel mercato dell'accesso o, in alternativa, un'intesa, nella forma di accordo o di pratica concordata, tra i medesimi soggetti. Si è inoltre ipotizzato che il rifiuto di rinegoziare al ribasso le condizioni economiche per l'accesso al *roaming* sulle reti GSM, opposto ad ELSACOM contestualmente da TIM, VODAFONE e WIND, potesse integrare una fattispecie abusiva analoga al rifiuto a contrarre nel mercato dell'accesso;

- comportamenti discriminatori posti in essere da parte dei tre MNO a favore delle proprie divisioni commerciali, consistenti nell'offerta a queste ultime di servizi di terminazione fisso-mobile sulle rispettive reti a condizioni tecniche o economiche più favorevoli di quelle praticate ai terzi. Tali comportamenti sono stati configurati nel provvedimento di avvio come abusi di posizione dominante singola da parte di TIM, VODAFONE e WIND nei rispettivi mercati della terminazione. Si è inoltre ipotizzato che tali abusi potessero essere stati rafforzati dalla pratica di risoluzione dei contratti *business* posta in essere simultaneamente dai tre gestori. Con riferimento a tale ultimo comportamento si è considerata anche la possibilità di un'intesa da parte dei tre MNO;

- l'applicazione di prezzi praticamente uguali in alcune offerte commerciali all'utenza *business* da parte di TIM e VODAFONE. Per tale fattispecie è stata ipotizzata in avvio di procedimento, un'intesa, nella forma di accordo o di pratica concordata.

118. In data 28 luglio 2006, verificata la non manifesta infondatezza delle proposte formulate dagli Uffici in relazione agli elementi probatori acquisiti, il Collegio autorizzava, ai sensi dell'articolo 14 del D.P.R. n. 217/98, l'invio alle Parti della Comunicazione delle Risultanze Istruttorie (CRI).

119. Tale documento evidenziava, innanzitutto, che la documentazione acquisita e le informazioni fornite dalle Parti non risultavano sufficienti ad avvalorare le tre ipotesi di intesa contestate in avvio. In particolare, non sembrava riconducibile ad un'intesa né la fattispecie di parallelo rifiuto dei tre gestori a contrarre nell'offerta di servizi di accesso, né la risoluzione dei contratti *business* adottati nei confronti degli operatori di rete fissa e dei rivenditori di traffico, né, infine, la fissazione di condizioni economiche omogenee da parte di TIM e VODAFONE nei medesimi contratti fisso-mobile alla clientela aziendale.

120. Quanto alle fattispecie abusive ipotizzate nel provvedimento di avvio, rispettivamente nei mercati all'ingrosso dei servizi di terminazione sulle singole reti e nel mercato all'ingrosso dei servizi di accesso alle reti mobili, la CRI, sulla base delle evidenze documentali raccolte in sede ispettiva e attraverso le successive richieste d'informazioni e le dichiarazioni rese dalle Parti nel corso delle audizioni formali, circoscriveva l'accertamento dei comportamenti anticoncorrenziali a:

un abuso di posizione dominante collettiva da parte di TIM, VODAFONE e WIND nel mercato dell'accesso alle infrastrutture di rete mobile;

tre abusi di posizione dominante individuale da parte di ciascuno dei suddetti gestori nei mercati della terminazione sulle rispettive reti mobili.

121. In data 10 novembre 2006, VODAFONE presentava un impegno ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287/90. Con delibera del 24 maggio 2007, l'Autorità ha ritenuto l'impegno idoneo a far venire meno entrambi i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria nei confronti di VODAFONE sia con riferimento al mercato dell'accesso, sia con riferimento al mercato della terminazione sulla propria rete.

Per tale ragione, la posizione di VODAFONE è stralciata dal presente procedimento.

⁸⁴ [Provvedimento n. 14045, del 23 febbraio 2005, A357 - TELE2/TIM-VODAFONE-WIND, in Boll. AGCM n. 8/2005.]

⁸⁵ [Provvedimento n. 15152, del 1° febbraio 2006, A357 - TELE2/TIM-VODAFONE-WIND, in Boll. AGCM n. 5/2006.]

122. Gli abusi individuali nei mercati della terminazione e l'abuso di posizione dominante collettiva a carico delle società TIM e WIND, ipotizzati nel provvedimento di avvio e poi addebitati nella CRI, saranno descritti e valutati separatamente di seguito.

VIII. I COMPORTAMENTI DI TIM E WIND NEI MERCATI DEI SERVIZI ALL'INGROSSO DI TERMINAZIONE SULLE RISPETTIVE RETI

1. LE DENUNCE

123. Le menzionate segnalazioni pervenute all'Autorità nel mese di aprile 2004 evidenziano una serie di comportamenti posti in essere dai gestori mobili TIM e WIND che avrebbero reso impossibile agli operatori denunciati proseguire nell'attività sino a quel momento svolta, consistente, inter alia, nella rivendita di traffico telefonico fisso-mobile a clienti finali, spesso quale parte di un insieme più ampio di servizi finali di comunicazione, ovvero nella rivendita all'ingrosso di terminazione fisso-mobile ad altri OLO, a causa di una serie di comportamenti dei gestori mobili TIM e WIND.

In particolare, tale impossibilità di operare nel mercato dei servizi fisso-mobile (F-M), finali e all'ingrosso, è ricondotta dai segnalanti all'elevato ammontare delle tariffe all'ingrosso di interconnessione alle reti mobili, se confrontate al corrispondente servizio (ossia le chiamate F-M) offerto da tali gestori ai propri clienti finali.

Parallelamente, i denunciati evidenziano la risoluzione da parte di TIM dei contratti *business*, impiegati all'epoca dai segnalanti per ottenere terminazione sulle reti mobili a prezzi più contenuti dei contratti standard di interconnessione, e l'improvviso aumento da parte di WIND delle condizioni economiche per la direttrice di traffico F-M contenute nei suddetti contratti.

a) Le segnalazioni di TWC, STARTEL e RETEITALY

124. Le società RETEITALY e TWC hanno segnalato che TIM ha attuato, rispettivamente in date 2 e 3 febbraio 2004, la risoluzione unilaterale del contratto per aziende "*Multibusiness*" dalle medesime sottoscritto da vari anni e, più precisamente, nel caso di RETEITALY, dall'aprile 2001 (cfr. inter alia, doc. 1.2, All. 16 e segg.), per TWC, invece, dall'ottobre del 1999 e rinnovato nel 2001 (doc. 1.7, All. 1.a e segg.); analogamente, in data 2 febbraio 2004, TIM ha risolto unilateralmente il contratto "*Multibusiness*" sottoscritto nel giugno del 2002 con la società STARTEL (cfr. inter alia, doc. 1.11, All. 1 e 2).

Alla risoluzione dei contratti è seguita la disattivazione di tutte le utenze di telefonia mobile delle suddette società, con conseguente impossibilità per esse di svolgere le attività di comunicazione mobile e fisso-mobile (fatto salvo, in alcuni casi, il ricorso a provvedimenti cautelari ex articolo 700 c.p.c.). I documenti acquisiti in ispezione dimostrano peraltro l'esistenza di analoghe condotte poste in essere da TIM, sin dal gennaio 2002, nei confronti di molti altri soggetti concorrenti nella rivendita di traffico F-M (cfr. inter alia, doc. 4.250).

125. In tutti i casi citati, la risoluzione del contratto è stata motivata da TIM adducendo un utilizzo improprio delle carte SIM, consistente in particolare: i) nell'inserimento delle stesse in apparati GSM Box, per la trasformazione del traffico da fisso-mobile a mobile-mobile; ii) nella rivendita di traffico telefonico, consentendo l'utilizzazione delle carte SIM e dei servizi forniti a soggetti estranei al rapporto contrattuale (cfr. ad esempio, la lettera di TIM a TWC del 3 febbraio 2004, in doc. 1.7, All. 2; lettere di identico tenore sono state indirizzate, inter alia, anche a STARTEL, in doc. 1.11, All. 2, e a RETEITALY, in doc. 1.16, All. 10).

Alla lettera di risoluzione del contratto, seguivano ripetute richieste di riattivazione delle SIM da parte delle società denunciati, in particolare attraverso formule contrattuali adeguate allo svolgimento dell'attività di rivendita di traffico (cfr. ad esempio, la lettera di STARTEL del 30 marzo 2004, in doc. 1.11, All. 4, o la lettera di TWC del 22 aprile 2004, in doc. 1.7, All. 4).

Alle suddette lettere, tuttavia, TIM ha risposto negando un qualsiasi obbligo di negoziare o concludere accordi *wholesale* di tale genere e rendendosi disponibile a negoziare unicamente un accordo di interconnessione di terminazione ai sensi degli articoli 25, 26 e 41 del Codice delle Comunicazioni, nonostante gli operatori avessero precisato di non esservi interessati, in quanto le condizioni economiche in esso previste "*sono tali da non consentire ad esse di replicare ... le offerte praticate da TIM ... alla clientela finale business, se non con notevoli perdite*" (cfr. per tutte, la lettera di Startel a TIM del 30 marzo 2004, in doc. 1.11, All. 4).

126. WIND risulta avere posto in essere condotte analoghe negli effetti a quelle di TIM. Più precisamente, TWC e RETEITALY hanno segnalato che, tra dicembre 2002 e gennaio 2003, il terzo gestore ha incrementato del 400% il prezzo del servizio di telefonia mobile offerto in forza del contratto aziendale "*Wind Select Euro Voice 10.000*", portando da 6,2 eurocent/min. a 24,7 eurocent/min. il prezzo delle chiamate da rete mobile verso tutti gli operatori (cfr. inter alia, le lettere di WIND a TWC, in data 20 dicembre 2002, in doc. 1.15, all. 14, pag. 81, e a RETEITALY, in data 8 gennaio 2003, in doc. 1.16, All. 30). Tenuto conto delle tariffe di terminazione applicate all'ingrosso dal gestore, ciò ha reso di fatto impossibile a tali operatori l'offerta di servizi di comunicazione integrata fisso-mobile, a prezzi competitivi con quelli praticati all'utenza aziendale da WIND stesso. Infatti, come evidenziato al gestore, tra gli altri, da RETEITALY, in una lettera del 13 gennaio 2003, "[I]e cifre ... indicate sono tali da non permettere quanto sopra [l]e attività di fonia con commutazione della voce non in tempo reale svolte da RETEITALY-n.d.r.] e perciò da rendere fortemente critica la nostra capacità di concorrenza e la nostra realtà operativa, malgrado il rispetto da parte nostra dei rapporti delle regole contrattuali e il pieno rispetto delle autorizzazioni ricevute dal garante" (doc. 1.16, All. 31).

b) La denuncia di Eutelia

127. Nell'istanza di partecipazione all'istruttoria (doc. 49), la società Eutelia ha reso noto di avere appreso nel 2001 che, tra l'altro, TIM offriva servizi di fonia fissa alla clientela aziendale "per mezzo di circuiti diretti (CDN) che collegano il centralino dei clienti con un PoP (Point of Presence) delle stesse attraverso l'utilizzo di un CDN" (ivi, pag. 3). In particolare, a fronte di tariffe di terminazione F-M pari all'epoca per TIM a 415 lire/min. in *peak* e 250 lire/min. in *off-peak*, il servizio di telefonia F-M veniva offerto da TIM alla propria utenza finale, tramite la descritta soluzione tecnologica, al prezzo *flat* di [omissis] lire/min. verso i numeri mobili indicati in contratto (traffico *intercom*) e al prezzo di [omissis] lire/min. verso gli altri numeri mobili TIM (traffico *on net*), oltre a sconti a volume fino al [omissis]% (ivi, pag. 4).

128. L'operatore, allora denominato Edisontel, ha pertanto richiesto al gestore mobile di poter usufruire, entro 7 giorni decorrenti dal ricevimento della comunicazione, delle medesime condizioni economiche applicate da TIM ai propri clienti, al netto degli oneri evitabili (quali, ad esempio, i costi di commercializzazione), e di poter collegare anche le centraline dei propri clienti con le centrali di rete mobile (MSC o PoP) di TIM attraverso CDN (cfr. lettera a TIM in data 26 luglio 2001, All. 2 a doc. 49, cit.). Ciò in quanto, come EUTELIA indicava chiaramente a TIM nella propria lettera, il gestore mobile, in virtù della sua notifica da parte dell'AGCom quale operatore con notevole forza nei mercati dei servizi mobili e dei servizi dell'interconnessione, era tenuto al rispetto di specifici oneri e, in particolare, all'osservanza "sia dell'obbligo di non discriminazione e trasparenza nell'interconnessione offerta a terzi, sia dell'obbligo di orientamento al costo dei servizi di interconnessione offerti ai medesimi" (ivi, pag. 2).

129. TIM, con lettera dell'8 agosto 2001, comunicava a EUTELIA che "... l'offerta richiamata viene proposta da TIM, in qualità di operatore mobile, ad un particolare segmento della clientela, quando giustificato da elevati volumi di traffico, nonché all'interno di una più ampia gamma di servizi offerti al medesimo cliente. In tal caso, TIM effettua un collegamento diretto tra un centralino del cliente e la rete mobile riversando su tutti i servizi complessivamente offerti i costi sottostanti" (doc. 49, cit., All. 4, enfasi aggiunta). Di conseguenza, secondo il gestore mobile, nel caso di EUTELIA e degli altri operatori di rete fissa "... le condizioni economiche dell'offerta commerciale ... richiamata non possono essere applicate ove il servizio richiesto è solo quello di terminazione del traffico sulla rete radiomobile", applicandosi in tale caso soltanto "i prezzi di terminazione in vigore in base al contratto di interconnessione in essere tra le Parti" (doc. 49 cit., all. 4, enfasi aggiunta).

2. LA DOCUMENTAZIONE ACQUISITA NEL CORSO DEL PROCEDIMENTO

130. Nel seguito viene fornita una sintesi della copiosa documentazione acquisita nel corso del procedimento istruttorio in merito ai comportamenti di TIM e WIND nei rispettivi mercati della terminazione. Segue quindi (cfr. infra, stessa sez., 2, c) un'analisi sistematica di tutte le offerte fisso-mobile standard praticate dai due gestori alla clientela *business* con riferimento al traffico *on net* e interaziendale, ed un confronto di tali offerte con i costi sottostanti di raccolta e terminazione fisso-mobile.

a) TIM

I comportamenti di TIM nei confronti degli operatori concorrenti nell'offerta di soluzioni tecniche alternative per la vendita di servizi fisso-mobile e nella rivendita di traffico

131. Il doc. 4.3 rinvenuto presso TIM evidenzia che il gestore ha introdotto sin dal 1999 un'offerta di fonia fisso-mobile per l'utenza aziendale, basata sul collegamento MSC-PABX⁸⁶ (cd. "offerta MSC-PABX") al fine di "... *contrastare l'offerta di Omnitel [ora VODAFONE-n.d.r.] sul fronte del traffico Fisso-Mobile*". La valutazione dell'offerta MSC-PABX viene quindi definita in ambito aziendale con riferimento ai seguenti parametri: "*integrazione Fisso-Mobile; presidio del business (competitività/retention); sviluppo del traffico; economie del gruppo*". Il documento chiarisce che l'offerta si configura "... *come Carrier Selection seppure sulla sola direttrice Fisso-Mobile, in diretta competizione con Telecom Italia e con gli altri operatori fissi*" (doc. 4.3, datato 26 maggio 1999, pag. 1).

Proprio la circostanza che l'offerta possa danneggiare l'impresa madre, fa sì che vengano analizzate varie ipotesi di offerta fisso-mobile per comprendere la convenienza economica della stessa a livello di gruppo TELECOM (TI), in particolare in termini di "*numero di aziende che è necessario trattenere per compensare l'impatto negativo di Gruppo*", oltre che per definire condizioni economiche competitive rispetto all'offerta MSC-PABX di [omissis], nonché rispetto alle tariffe fisso-mobile degli altri operatori di rete fissa, tra cui, più specificamente, "...[omissis], [omissis], [omissis] e Telecom Italia" (ivi, pag. 2 e segg.; cfr. anche l'analisi delle condizioni economiche da praticare nell'interesse del gruppo TELECOM, in doc. 4.13, nonché le indicazioni sulle modalità di instradamento del traffico in doc. 4.33).

132. In alternativa, TIM ha permesso ai propri clienti *business* e ad alcuni operatori la trasformazione del traffico da fisso-mobile in mobile-mobile (M-M) attraverso l'inserimento delle carte SIM in SIM box (anche GSM box), da questi effettuata al fine di sfruttare i prezzi più convenienti dei servizi in questione rispetto alle tariffe di interconnessione.

⁸⁶ [In particolare il servizio MSC-PABX prevede la possibilità di realizzare instradamenti diretti delle chiamate tra il centralino aziendale del cliente (PABX) e la rete radiomobile di TIM (MSC) attraverso l'impiego di linee trasmissive dedicate (CDN). Si noti che, in assenza del servizio MSC-PABX, le chiamate da fisso verso numerazioni mobili sarebbero gestite direttamente da un operatore di rete fissa (ad es. Telecom Italia). In presenza del suddetto servizio, invece, tale traffico è gestito direttamente da TIM. Le chiamate originate dal PABX e instradate attraverso il collegamento MSC-PABX verso la rete di TIM sono contraddistinte dal numero geografico di rete fissa associato allo specifico centralino aziendale. TIM è autorizzata all'esercizio di tale servizio in quanto titolare di licenza di operatore di rete fissa (cfr. doc. 4.150 rinvenuto in ispezione).]

A tal fine, appare particolarmente rilevante il documento 4.102, datato 12 luglio 2004 (studio ad uso interno del Gruppo TELECOM Italia relativo alla "Direttrice Fisso-Mobile") che, nell'illustrare le modalità attraverso le quali è possibile, sia per gli operatori di rete fissa che per gli operatori di rete mobile, ridurre il costo della terminazione F-M allo scopo di rendere le offerte alla clientela (soprattutto quella aziendale) più competitive, evidenzia esempi di "player" per ciascuna modalità.

Con specifico riferimento agli operatori di rete fissa, la riduzione del costo della terminazione può essere raggiunto attraverso:

"...

- **GSM box e reselling** => l'operatore fisso sottoscrive una serie di abbonamenti 'mobili' [contratti business con condizioni particolarmente vantaggiose per il traffico M-M – n.d.r.] e, inserendo le sue SIM nel centralino del cliente (o in centrale), trasforma le chiamate F-M in M-M rivendendo di fatto traffico Mobile. **Esempi di player:** [il gruppo TELECOM e vari OLO].

- **Tromboning** => F-M uscente triangolato su paesi esteri per cogliere opportunità di arbitraggio sulle tariffe internazionali (specie negli orari 'peak'). **Esempi di player:** [il gruppo TELECOM e vari OLO]" (doc. 4.102, pag. 6).

Il costo della terminazione F-M viene invece evitato dagli operatori di rete mobile attraverso:

"...

- **MSC-PABX** => L'operatore mobile collega il cliente con un CDN [linea trasmissiva dedicata – n.d.r.] fino al suo MSC ed effettua in questa sede la conversione del traffico F-M in M-M. **Esempi di player:** TIM e Vodafone.

- **GSM box per autoconsumo** => L'operatore Mobile inserisce nel PABX del cliente una o più SIM intestate al cliente. Come per il GSM box con reselling, le chiamate vengono trasformate in M-M. **Esempi di player:** TIM e Vodafone.

- **Carrier selection/Carrier pre-selection** => L'operatore mobile si comporta come un OLO e acquisisce il cliente anche sul traffico fisso. Forti sconti sulle direttrici F-M (soprattutto Intercom). Soluzione introdotta anche in sostituzione del GSM box. **Esempi di player:** TIM, Vodafone, e Wind" (doc. 4.102, pag. 6).

133. Come ampiamente illustrato nel seguito, l'utilizzo di GSM box era noto e tollerato da TIM almeno fino al 2004 (cfr. a titolo di mero esempio, il rapporto contrattuale con [omissis] descritto in sintesi nelle e-mail interne all'azienda in doc. 4.238 e doc. 4.251). Infatti, dai documenti agli atti emerge che, a dicembre 2003, vi è ancora un intenso dibattito all'interno dell'azienda (scambio di e-mail, riunioni, ecc.), in quanto si evidenzia un "utilizzo intenso di Sim-Boxes" nelle aree territoriali [omissis] e alcuni operatori-clienti sono definiti in termini di "reseller tollerabile", nonostante fossero state già identificate linee-guida aziendali per fare cessare la rivendita di traffico fisso-mobile (cfr. inter alia, doc. 4.260 sui clienti-resellers [omissis] e [omissis]). Tale dibattito appare motivato, da un lato, dal fatto che, in sostanza, le chiamate per fasce orarie e durata non sono molto dissimili tra le due tipologie di utenti, ossia telemarketer-reseller e clienti-aziende, al fine di distinguere il traffico "anomalo" dall'ordinario traffico business (cfr. le analisi sviluppate in doc. 4.172); dall'altro lato, dalle dinamiche positive sul traffico uscente generate tanto dall'utilizzo di SIM Box quanto dalle connessioni MSC-PABX (cfr. il "Marketing Plan 2003" del 6 Dicembre 2002, in doc. 4.282).

134. Nel citato "Marketing Plan 2003" del 6 dicembre 2002, in particolare, TIM chiarisce che le dinamiche positive di sviluppo dei consumi "interessano esclusivamente il traffico di tipo Mobile" e che la spiegazione di tale fenomeno è da ricercarsi in tre fattori, vale a dire: 1) dinamiche comportamentali (abitudine all'uso del cellulare, interattività e progressivo abbandono dell'abitudine di spegnere il cellulare, diffusione di piani tariffari che incentivano le chiamate sulla rete mobile, ecc.); 2) aumento dei consumi di traffico tramite collegamento MSC-PABX, e 3) fenomeno del reselling di traffico e diffusione delle SIM box (doc. 4.282, pag. 18, slide n. 40). Più precisamente, TIM stima che "[l]analisi delle quote incrementalmente del consumo medio di traffico uscente (uscente e mobile-mobile)" in termini di minuti/linea) è riconducibile per una quota pari al [omissis]% al fenomeno del reselling di traffico, per una quota pari al [omissis]% all'utilizzo di GSM Box e per una quota pari al [omissis]% alla diffusione delle connessioni MSC-PABX, a fronte di un incremento dell'[omissis]% attribuibile a fenomeni comportamentali (doc. 4.282, pag. 19, slide n. 41).

135. Tuttavia, il crescente utilizzo nel 2003 di soluzioni tecniche che consentono la sostituzione del traffico F-M con quello M-M da parte non solo dei clienti aziendali, ma anche di altri operatori, comincia a destare preoccupazione nel gestore, che effettua una serie di studi volti a valutare l'impatto, in termini di ricavi, dell'utilizzo delle SIM box. Ciò si ricava dalla lettura congiunta di due documenti interni: il doc. 4.11, del 12 febbraio 2004, e il doc. 4.10, del 24 gennaio 2004.

Più precisamente, il primo documento citato fornisce una misura dell'incremento di traffico da SIM Box, che è passato da [omissis] milioni di minuti/mese del gennaio 2002 a [omissis] milioni di minuti mese nel dicembre 2003 (doc. 4.11, pag. 4). La causa di tale fenomeno deriva dal "DIFFERENZIALE TRA LA TARIFFA D'INTERCONNESSIONE F-M (14,95 CENT/€) E LA TARIFFA MEDIA ON-NET PER CLIENTI RESELLER PARI A 8 CENT/€...", con un impatto per il 2003 di circa [omissis] milioni di euro in termini di minori ricavi da terminazione, a fronte di circa [omissis] milioni di minuti di traffico effettuato con SIM Box; tale valore è destinato a crescere nel 2004, anno nel quale l'impatto stimato in termini di minori entrate è pari a circa [omissis] milioni di euro, ipotizzando un volume di minuti mese pari a quello "DI USCITA 2003" di "CIRCA [omissis] MIL/MIN/MESE" (ivi, pag. 6).

136. Nel secondo documento, "Business Review TIM", il gestore confronta, nell'ambito dell'analisi denominata "GSM Boxes vs. Carrier Selection-Stop a GSM Boxes e introduzione offerta di Carrier Selection: impatti differenziali", le caratteristiche proprie dell'uso delle GSM Box, ossia "sostituzione F-M che diventa M-M; doppio utilizzo tratta radio; perdita identificativo chiamante; apertura strada a rivendita; costo installazione dell'apparato", con quelle della Carrier Selection, ossia "sconta F-M, senza trasformazione di chiamata; utilizzo di una sola tratta radio; identificativo

chiamante: no rivendita di traffico: no costo installazione", arrivando alla conclusione dell'opportunità di sostituire l'uso di GSM Box con la Carrier Selection, al fine di "offrire al Cliente competitività, senza aprire la strada alla rivendita" (doc. 4.10, pag. 45, enfasi aggiunta). Nel documento vengono quindi individuate tre categorie di utilizzatori: "Aziende interessate ad abbattere la spesa" che effettuano il 5% di minuti/mese; "Aziende che operano contratti Outbound (Telemarketer)" e "Reseller che raccolgono il traffico F-M trasformandolo in Mobile-Mobile", alle quali è congiuntamente attribuito il 95% di minuti/mese (ivi, pag. 46). Con riguardo ai Telemarketer, peraltro, come nel caso dei clienti aziendali, l'uso delle SIM box appare tollerato da TIM, tant'è che rientrano, insieme ai casi delle società TI Sparkle e TMS – due società del Gruppo TELECOM - tra le criticità dell'azione di cessazione dei contratti dei clienti cd. anomali per via dell'uso di SIM Box, per le quali in luogo della **"cessazione"** è previsto un **"approfondimento"** (ivi, pag. 49).

137. In ulteriori analisi interne all'azienda del gennaio 2004, relative all'impatto economico del traffico originato da SIM Box, si precisa altresì che **"[i]l punto di indifferenza sui ricavi per TIM si raggiunge solo se il traffico recuperato come F-M è almeno il [omissis] % del traffico cessato come on-net da Box"**, mentre **"[i]l punto di indifferenza sui margini per TIM si raggiunge solo se il traffico recuperato come F-M è almeno il [omissis] % del traffico cessato come on-net da Box"** (doc. 4.171, slides 5 e 6; in una versione del medesimo studio di ottobre 2003, in doc. 4.262, i valori in questione sono invece stimati quali pari a [omissis] % e [omissis] %). Ciò, in quanto dal traffico prodotto dalle SIM Box derivavano circa [omissis] milioni di euro in termini di ricavi mensili delle unità *business* del gestore: **"[s]e questo traffico si trasformasse in F-M, TIM beneficerebbe di maggiori ricavi mese per [omissis] milioni di euro, distribuiti per il [omissis] % su CO [consumer-n.d.r.] e per il [omissis] % su BU [business-n.d.r.]"**, così che **"[l]'impatto annuo dei mancati ricavi è pari a [omissis] milioni di euro (base settembre 03)"** (doc. 4.171, pag. 4 delle slides). Peraltro, l'impatto sui ricavi e sui margini dell'azienda derivante dalla cessazione delle SIM box è calcolato sulla base dei soli costi di rete relativi alle due direttrici M-M e F-M, stimati rispettivamente quale pari a [omissis] eurocent/min. per il M-M e a [omissis] eurocent/min. per il F-M (doc. 4.171, pag. 7 delle slides; in una bozza del medesimo studio di ottobre 2003 i costi in esame sono quantificati rispettivamente quali pari a [omissis] e a [omissis] eurocent/min.; cfr. doc. 4.262, pag. 8, slide n. 6).

138. Tali considerazioni sono confermate in un successivo documento interno (doc. 4.33), datato 18 giugno 2004, dove si legge: **"Le offerte degli operatori mobili in carrier selection sono più convenienti sulla direttrice intercom dei prezzi retail di Telecom Italia (circa [omissis] cent/min), data la terminazione.**

Sono invece **meno convenienti delle GSM-Boxes**, cioè dei dispositivi che trasformano il traffico F-M in traffico M-M on-net dei singoli operatori e che hanno un prezzo di circa 8 centesimi ...".

Pertanto, le GSM box come "strumento di triangolazione per saltare la terminazione mobile da parte degli operatori fissi o di rivendita del traffico sul mercato retail da parte dei reseller... [rappresentano un] ...danno per gli operatori mobili ... Da qui la decisione di **interrompere** l'uso delle **GSM Boxes** e la necessità di offrire una soluzione accettabile in **alternativa**. Al gap competitivo [rispetto alle offerte dei concorrenti-n.d.r.] si è quindi aggiunta l'urgenza di introdurre la soluzione di carrier selection a seguito della decisione di fermare le GSM-Boxes" (ivi, pag. 4).

Lo stesso documento riporta anche un confronto tra le offerte di *carrier selection* di TIM e quelle dei concorrenti. In particolare, con riferimento all'offerta di TIM *Nonsolomobile*, si legge: **"... una chiamata da fisso verso un telefonino aziendale (intercom) costa, scontata al massimo, 8,15 eurocent/minuto con TIM, 3,3 con Wind e 7,15 con Vodafone. Una chiamata on-net (F-M verso un telefonino non aziendale dello stesso operatore) costa 17 cent con TIM, 6,7 con WIND e 14,95 con Vodafone ..."** (ivi, pag. 4).

139. D'altra parte, numerosi altri documenti ispettivi confermano che la trasformazione del traffico da F-M in M-M attraverso GSM Box rientrava in una strategia di offerta alla clientela *business* da parte delle stesse divisioni commerciali di TIM, in quanto l'uso proprio senza rivendita era consentito **"anche se ancora ai confini della legalità"** (cfr. ad esempio, oltre alla documentazione dell'aprile 2004 sull'offerta di apparati SIM Box da parte della stessa TIM, prodotta da INFOTEL in doc. 234, anche le dichiarazioni a verbale di STARTEL, in doc. 162, pagg. 2-3, nonché l'ampio dibattito interno all'azienda sull'impiego di tali apparecchiature nell'ambito delle proprie offerte commerciali, ancora a maggio 2004, in doc. 4.80, doc. 4.82, doc. 4.83, doc. 4.84). Tali apparati sono inoltre stati impiegati da TELECOM (TI) a livello di gruppo per rendere maggiormente competitive determinate offerte commerciali sulla direttrice di traffico F-M (cfr. ad esempio, l'offerta nella gara CONSIP, di cui al provvedimento dell'Autorità nel caso A351, discusso in doc. 4.88)⁸⁷, ovvero per favorire le attività svolte dalle proprie controllate TI Sparkle e TMS.

In particolare, con riferimento alla già citata TMS, TIM afferma, in una e-mail interna del 1° marzo 2004, che **"iniziamo le cessazioni, ma lo facciamo in modo 'graduale' ... in un piano concordato con loro"**, in quanto **"... se perdono questo business, hanno un buco e TI 'deve provvedere' ..."** (doc. 4.89, pag. 2; cfr. anche doc. 4.90). In un'altra e-mail, di poco successiva, si evidenzia che TI Sparkle ha contattato il gestore per sapere **"...quale sarà l'atteggiamento di TIM verso le GSM Boxes e verso San Marino"** (cfr. doc. 4.95, pag. 1). Invero, sebbene nel citato documento la posizione di TIM sembri chiara **"...cessiamo tutti da subito e comunque"** (ivi), si rileva che tali affermazioni appaiono in contrasto con i comportamenti del gestore. Più precisamente, nel novembre 2004, nell'ambito del contratto stipulato tra TMS e TIM sin dal 1999 (cfr. doc. 286, all. 1), viene effettuata una modifica al sistema di sconti, precisando, inter alia, con riferimento al **"Premio minuti incrementali"**, che **"[s]arà considerato anomalo, e di conseguenza escluso da qualunque valutazione relativa alla corresponsione del premio minuti incrementali, tutto il traffico sviluppato da linee caratterizzate come 'anomale' segnalate da TIM a TMS**, e rilevate per mezzo degli strumenti che TIM adotta o deciderà di adottare in futuro per individuare sorgenti anomale di traffico. L'elenco delle linee considerate come anomale fornito

⁸⁷ [Prov. n. 13752 del 16 novembre 2004, in Boll. 47/2004.]

da TIM sarà considerato il riferimento ufficiale per la valutazione congiunta dei volumi da escludere dal conteggio" (ivi, p. 36, enfasi aggiunta).

140. La documentazione in atti dimostra, inoltre, la piena consapevolezza da parte di TIM che le carte SIM acquistate, in particolare, nell'ambito del contratto "Multibusiness" erano impiegate, attraverso l'installazione in GSM Box, sia da operatori di rete fissa per abbassare i propri costi di terminazione su rete mobile (cfr. ad esempio, doc. 4.172, slide 3 e segg., anche presente in doc. 4.172, pag. 4 e segg.), sia da rivenditori di traffico per offrire servizi di comunicazione F-M sul mercato *retail* (cfr. inter alia, doc. 4.33, pag. 4, e doc. 4.255). In tal senso, l'utilizzo delle GSM Box avveniva in collaborazione con le unità operative del gestore mobile (cfr. ad esempio, il vasto carteggio con gli operatori denunciati, in particolare, per RETEITALY in doc. 1.16, All. 9 e in doc. 248, per WELCOME in doc. 236 e per INFOTEL in doc. 234; cfr. anche le lettere di Tekno Allarm, B.E.S. e Market Box in doc. 4.49, del febbraio 2004, in cui si menzionano le visite degli ispettori di TIM nel luglio e nel novembre del 2003, nel corso delle quali non solo TIM ha preso atto della tipologia di servizi offerti da tali società - basate su attività di trasformazione del traffico - ma ha anche concordato nuove condizioni e modalità di pagamento idonee ad assecondare le esigenze di utilizzo del servizio da parte delle società clienti, ivi, pag. 3 e pag. 5).

141. Ad esempio, vi è stato un costante scambio di comunicazioni tra TIM e RETEITALY, volto ad ottimizzare i servizi finali resi da quest'ultima, anche attraverso opportuni investimenti in apparati e sistemi di rete da parte della stessa. In tal senso, TIM scriveva a RETEITALY: "[i]n seguito al colloquio intercorso con ... [dirigente di ReteItaly-n.d.r.] mi occorrono alcune informazioni riguardo l'apparato GSM Box in vostro possesso e da voi già utilizzato. In particolare: marca e modello GSM Box; numero di utenze utilizzate e numero massimo di utenze gestibili dall'apparato; sito ove installare e tipo di installazione (antenne interne e/o esterne); settaggio interfacce radio ... Chiedo inoltre disponibilità per potere effettuare un sopralluogo con la presenza dei colleghi TIM di Rete, al fine di ottimizzare la performance del sistema ..." (e-mail di TIM a ReteItaly del 22 settembre 2003, in doc. 1.16, All. 8, pag. 68, cfr. anche le restanti comunicazioni, a partire da ottobre 2002, nel medesimo documento, All. 6 e All. 8). Tale circostanza è suffragata anche da alcuni scambi di e-mail interne del febbraio 2004, in cui si afferma "... *che ReteItaly fosse un reseller, prima con MSC-PABX, poi con GSM BOXES era noto a tutti ...*" (doc. 4.26).

142. Molte altre società audite nel corso del procedimento hanno confermato la consapevolezza da parte di TIM dell'impiego delle SIM a fini di rivendita, tra le quali STARTEL (cfr. doc. 162); TWC (cfr. doc. 161), COLT (cfr. doc. 207) e WELCOME (cfr. doc. 165) (cfr. infra, sez. VIII, 3, d, *ii*).

TWC, inoltre, ha fornito ampia documentazione comprovante l'installazione di SIM box di sua proprietà presso centrali di TI Sparkle (società controllata da TI) per la terminazione sulle reti mobili italiane del traffico originato all'estero, così come i contatti intervenuti con i tecnici di TI per la posa di specifiche antenne direzionali volte a migliorare il rendimento delle SIM Box (cfr. doc. 271, All. 1-18, per l'ampio carteggio tra le Parti dal 2003 al 2005).

WELCOME ha, invece, prodotto, a titolo di esempio, la trascrizione di una conversazione avvenuta in data 5 novembre 2002 con un ingegnere impiantistico di TIM, avente ad oggetto l'implementazione della funzionalità *Half Rate* sugli apparati GSM Box (doc. 236, all. 2).

143. Di particolare interesse, inoltre, appare il doc. 4.7, "Bilancio regolamentare AR Anno 2003-Highlights" del luglio 2004, in cui il gestore risulta pienamente consapevole dell'elevatezza dei prezzi regolamentati di interconnessione F-M che gli sono corrisposti dagli altri operatori, al punto da poter affermare che "...con il mantenimento di un valore minutorio medio della terminazione [definito, su base regolamentare, pari a 14,95 eurocent/min.-n.d.r.] abbondantemente superiore ai costi reali di TIM, si è preservata una delle maggiori fonti di ricavo per un operatore di telefonia mobile: tale maggior valore è quantificabile in circa [omissis] mln di euro per il solo esercizio 2003 ..." (pag. 3, enfasi aggiunta). Nel doc. 4.8, "Bilancio Regolamentare-Anno 2003", si precisa inoltre che "... [i] mercati in questione (roaming, interconnessione e accesso [alle numerazioni non geografiche-n.d.r.]) generano partite commerciali all'ingrosso di grande rilevanza per il bilancio di TIM: basti dire che i ricavi da interconnessione ed accesso relativi all'esercizio 2003 (pari circa a [omissis] milioni di euro, generati in massima parte dal traffico entrante nella rete TIM) corrispondono al [omissis]% dei ricavi complessivi dell'intera azienda: i costi relativi ad infrastrutture, interconnessione ed accesso (circa [omissis] milioni di euro) costituiscono invece il [omissis]% degli OPEX di TIM (il [omissis]% dei soli costi industriali)" (pag. 5, enfasi aggiunta).

Le condizioni economiche offerte all'utenza aziendale da TIM per i servizi fisso-mobile

144. Le principali offerte di TIM fisso-mobile per utenze aziendali sono riassunte infra nella sez. VIII, 2, c, *i*. Tra di esse, di particolare rilievo ai fini del procedimento istruttorio risulta l'offerta di servizi fisso-mobile tramite connessione MSC-PABX, integrativa del contratto "Multibusiness", e i contratti di *carrier selection* "1038" e "NonosoloMobile".

145. In particolare, per quanto riguarda l'offerta di connessione diretta MSC-PABX, si evidenzia che tale servizio, offerto sin dal 1999 ai clienti *business* di TIM (aziende con almeno 500 utenze mobili) come integrazione ai contratti *Multibusiness*, prevedeva inizialmente un unico prezzo (senza distinguere quindi tra utenze mobili aziendali e non) pari a [omissis] lire/min. ([omissis] eurocent/min) e sconti progressivi in base al volume di traffico effettuato fino ad un massimo del [omissis]%. Nel 2000 l'offerta è stata modificata, distinguendo, nell'ambito della direttrice *on net*, tra traffico *Intercom* e *on net* (non interaziendale), e fissando un prezzo pari, nel primo caso, a [omissis] lire/min. ([omissis] eurocent/min.) e, nel secondo caso, pari a [omissis] lire/min. ([omissis] eurocent/min.); il livello massimo degli sconti progressivi in base al volume di traffico è stato alzato, inoltre, al [omissis]%. Sia nella prima che nella seconda formulazione il contratto prevedeva un canone di attivazione una tantum e, nel contratto del 2000, uno scatto alla risposta pari a [omissis] lire ([omissis] eurocent/min.).

146. Si noti che i prezzi per il traffico *intercom* sono applicati non solo al traffico M-M interaziendale, ma anche a quello F-M uscente dal PABX dell'azienda verso i propri cellulari (ossia tra utenze TIM del medesimo contratto *business*) e viceversa. In tal senso, in un documento interno contenente le indicazioni di fatturazione sul traffico *intercom/on-net/off-net* nell'ambito dell'offerta integrata F-M si chiarisce che i prezzi *intercom* sono da applicare alle "... chiamate effettuate da utenze TIM (appartenenti ad un contratto caratterizzato dal servizio di interconnessione diretta MSC-PABX) verso il proprio PABX (interconnesso)", nonché alle "chiamate effettuate da utenze attestata sul PABX ... dell'Azienda che ha stipulato il contratto, verso utenze TIM appartenenti allo stesso contratto ...". I prezzi *on net*, analogamente, sono applicati non solo alle chiamate M-M, ma anche alle chiamate F-M verso utenze TIM non appartenenti allo stesso contratto ("Scheda Requisito Utente" del 2 aprile 1999, in doc. 4.15, pag. 10).

147. I contratti *Multibusiness* con i clienti di maggiori dimensioni hanno in genere durata biennale, ma possono in alcuni casi arrivare ad essere triennali (cfr. ad esempio, il contratto con [omissis], in doc. 4.272, pag. 2, e integrato in data [omissis] 2004 dall'offerta del servizio di *carrier selection* "1038", in doc. 286 (All. 3), o avere durata maggiore (cfr. il modulo contrattuale in doc. 4.267, in cui è predisposta in automatico l'opzione della durata di 48 mesi o "altro").

In taluni contratti, peraltro, tra gli sconti riconosciuti da TIM al cliente, accanto al cd. sconto sul traffico, vale a dire uno sconto che si applica sulla spesa fatturata mensilmente – su cui sono, a sua volta, applicati già degli sconti per direttrice - "in maniera regressiva in base al volume di traffico effettuato dall'insieme delle utenze", figurano anche sconti connessi alla durata del contratto come "... uno sconto aggiuntivo (sconto Fedeltà) da applicarsi al traffico già scontato ... pari all'[omissis]%, al [omissis]% e al [omissis]%, in ragione della durata biennale, triennale o quadriennale del contratto", nonché un cd. bonus loyalty "... aggiuntivo sull'intero importo del traffico annuo scontato di Lit. [omissis], applicabile in caso di durata pluriennale del contratto" (cfr. il contratto del 2001 con [omissis], in doc. 286, All. 2; cfr. anche il contratto rinnovato il 25 ottobre 2004 con [omissis], che prevede per tale rinnovo un bonus una tantum di [omissis], in doc. 4.275, pag. 1).

148. Talune offerte commerciali proposte da TIM alla clientela *business* prevedono inoltre sconti a volume sulla base del consuntivo dell'anno precedente.

Con riferimento a questa ultima tipologia di scontistica, vale menzionare, a titolo di esempio, l'integrazione del febbraio 2004 del cd. "Accordo di Partnership per la telefonia mobile" con [omissis], stipulato dal biennio 2002-2003 e comprensivo di servizi di connessione diretta MSC-PABX (cfr. doc. 4.44, pag. 1 e doc. 286, All. 2), con la quale TIM stabilisce di erogare uno sconto per l'anno 2003 "... pari al [omissis]% sul fatturato consuntivo 2003, relativamente a fonia, canoni di abbonamento e noleggio-manutenzione apparati telefonici. Tale sconto verrà riconosciuto mediante l'emissione di una nota di credito verso le Aziende del [omissis], in ragione del fatturato totale da esse prodotto verso TIM" (doc. 4.44, pag. 1, contenente l'Accordo del 6 febbraio 2004). Gli sconti sulla spesa complessiva del cliente crescono progressivamente al [omissis]% nel 2004 e al [omissis]% nel 2005, attraverso l'applicazione di specifici piani tariffari per i singoli anni, fermo restando che "... le riduzioni previste potranno aumentare di una percentuale variabile in ragione dello [omissis]% ogni [omissis] euro di maggiore fatturato totale netto (fonia+VAS) prodotto nell'anno [precedente-n.d.r.], in conseguenza dello sviluppo di progetti e applicazioni, rispetto al fatturato totale netto dell'anno 2003, e comunque non oltre [omissis] punti percentuali. Tale riduzione verrà riconosciuta in base alle modalità stabilite in seno al gruppo di lavoro", ossia un comitato tecnico congiunto del gestore mobile con il cliente (ivi, all. A).

149. Al fine precipuo di ridurre i costi del traffico F-M, inoltre, nel predetto Accordo con [omissis], TIM prevede di estendere alle principali sedi del Cliente l'interconnessione PABX-MSO o, in alternativa, di implementare nuove soluzioni tecnologiche sulla base del menzionato gruppo di lavoro congiunto tra gestore e cliente (cfr. il combinato disposto dell'Art. 2 – "Oggetto" e dell'Art. 4 – "Impegni delle Parti" dell'Accordo di Partnership, in doc. 4.44, cit., nonché, in termini sostanzialmente identici, pag. 2 e All. 3 del Memorandum of Understanding siglato a marzo 2003 con [omissis], in cui si specifica che l'applicazione della minore tariffa prevista dalla soluzione PABX-MSO deve coprire almeno [omissis]% del traffico F-M, in doc. 286, All. 2).

In alcuni contratti, d'altra parte, il gestore mobile si impegna anche "... a sostenere i costi necessari per l'approvvigionamento dei flussi di interconnessione tra PABX e MSO TIM" (cfr. ad esempio, il contratto del 2003 con [omissis] e il rinnovo per gli anni 2002/2003 del contratto *Multibusiness* con [omissis], entrambi in doc. 286, All. 2).

150. In ogni caso, l'andamento dei consumi è sottoposto negli Accordi di Partnership ad attento monitoraggio da parte del gestore mobile, al fine di assicurare il rispetto dell'obiettivo di spesa globale, in particolare attraverso il predetto gruppo di lavoro congiunto con il cliente (Art. 3-*Management* della Partnership, in Accordo di Partnership, in doc. 4.44, cit.) e una connessa attività di reportistica bimestrale sulla spesa (ivi, articolo 4), nonché attraverso la previsione di incontri periodici, di cui almeno uno alla fine del primo anno di validità del contratto "per verificare l'andamento globale del contratto, in rapporto alle condizioni di mercato e/o in qualsiasi momento qualora il fatturato totale sia inferiore o superiore del [omissis]% rispetto al fatturato totale dell'anno precedente" (ivi, All. A, pag. 1 cit.).

Laddove il cliente non riuscisse invece a realizzare i volumi di spesa prestabiliti "per effetto di cause non previste al momento della sottoscrizione dell'accordo", TIM si impegna comunque a concedere al cliente "condizioni di favore ... in misura proporzionale al mancato risparmio non realizzato dagli sconti variabili" (ivi, All. A, pag. 1, cit.).

151. In uno studio sulle offerte di fonia di TIM del 22 giugno 2004 sono quantificati i mancati ricavi sul traffico F-M entrante derivanti dai prezzi particolarmente bassi praticati nell'ambito del listino di *carrier selection* "1038", tanto per le chiamate *intercom*, quanto per le chiamate verso numerazioni mobili TIM (doc. 4.289). Più precisamente, la scontistica massima per direttrice prevista in tale listino poteva giungere sino al [omissis]% per le chiamate verso

numerazioni mobili aziendali (*intercom*), il cui prezzo ammontava, come visto a [omissis] eurocent/min., e fino al [omissis]% per le chiamate verso numerazioni mobili TIM (*on net*), il cui prezzo di listino era pari a [omissis] eurocent/min.; inoltre, tali valori sono confrontati con l'offerta MSC-PABX⁸⁸ che prevedeva sconti progressivi per scaglioni di traffico sino al [omissis]% (ivi, pag. 3).

Così, a titolo di esempio, nel caso del contratto biennale stipulato con [omissis], in cui peraltro è dimezzato il costo del canone, il prezzo di listino del traffico *intercom* genera perdite per [omissis] euro, mentre lo sconto del [omissis]% offerto al cliente sul prezzo del traffico F-M *on net* genera perdite per [omissis] di euro. Nel contratto con [omissis], anch'esso di durata biennale, il traffico *intercom* è scontato del [omissis]%, così che i mancati ricavi da traffico entrante ammontano a [omissis] euro, mentre lo sconto del [omissis]% sul traffico *on net* TIM genera mancati ricavi per [omissis] euro. I mancati ricavi da traffico entrante salgono invece a [omissis] e [omissis] euro, rispettivamente per il traffico *intercom* e per quello *on net*, nel caso del contratto biennale con [omissis]. Anche i contratti biennali conclusi con [omissis] e [omissis], che presentano sconti del [omissis]% sulle chiamate *intercom* e del [omissis]% sulle chiamate *on net* rispetto al listino base, generano perdite sul traffico entrante F-M pari rispettivamente a [omissis] e [omissis] euro, nel caso di [omissis], e di [omissis] e [omissis] nel caso di [omissis] (doc. 4.289, pag. 2).

152. Nell'ambito del medesimo studio sulla redditività del listino "1038", numerosi contratti con analoghe prospettive di "mancati ricavi sul traffico entrante", talora di considerevole entità (cfr. la proposta di contratto a [omissis] con perdite pari a [omissis] milioni e [omissis] milioni di euro in doc. 4.289, pag. 2), appaiono poi in fase di sottoscrizione da parte di TIM al 22 giugno 2004 (trattative cd. in stato di stand-by): in particolare, TIM offriva sconti sul traffico F-M *intercom* pari al [omissis]% al fine di conquistare clienti come [omissis], [omissis], [omissis] e [omissis] (cfr. l'elenco a pag. 2 del doc. 4.289, cit.), nonché sconti sul traffico F-M *on net* pari al [omissis]% per altri clienti *business* di rilievo (cfr. inter alia, il contratto proposto a [omissis] nel medesimo elenco di pag. 2 cit.). Alcuni di tali contratti, peraltro, sono stati conclusi da TIM nei termini prospettati nel documento citato e sono tuttora in corso di esecuzione (cfr. ad esempio, i contratti con [omissis], [omissis] e [omissis], di durata biennale, stipulati tra settembre 2004 e gennaio 2005 in doc. 286, All. 3). Altri contratti, invece, non presenti nello studio in questione, sono stati stipulati con condizioni ancora più favorevoli per il cliente rispetto a quelle in esso prospettate (cfr. ad esempio, il contratto stipulato il 7 giugno 2004 con [omissis] in vigore sino al 31 dicembre 2006, in cui è prevista l'attivazione gratuita - e lo sconto del [omissis]% sul relativo canone - dell'opzione "Office Zero", la quale permette l'azzeramento della tariffa *intercom* sulla totalità delle utenze del cliente, in doc. 286, All. 3).

153. Più in generale, le principali criticità delle offerte di servizi di fonia, sotto il profilo concorrenziale e regolamentare, sono espresse nel già citato studio del luglio 2004, relativo alla "Direttrice Fisso-Mobile" (doc. 4.102).

Preliminarmente, nel documento si quantifica il "[p]eso della direttrice F-M per il Gruppo T.I.", sottolineando che tale direttrice rappresenta sia per il Gruppo nel suo complesso (*Wireline* e TIM), che per la controllata TIM, circa il [omissis]% dei ricavi netti complessivi (comprendenti, nel secondo caso, "ricavi da traffico *outgoing*, *on net*, *incoming* e *roaming*") pari, nel 2003, a [omissis] miliardi di euro per il Gruppo e a [omissis] miliardi di euro per la sola TIM (pag. 4).

Con riferimento, poi, alle offerte in *carrier selection* (CS) e *carrier pre-selection* (CPS), nella parte finale del doc. 4.102, vengono affrontate una serie di problematiche legate all'offerta di servizi in CS da parte degli operatori di rete mobile. In particolare: "...

- Gli operatori mobili ... per evitare accuse di discriminazione devono ... applicare un prezzo retail che copra il costo di terminazione più i costi wholesale su rete fissa.
- Il prezzo finale è quindi pari ad almeno 15,95 (14,95 di terminazione⁸⁹ più 1 cent di costi per la raccolta) ... che per semplicità arrotondiamo a 16 cent.
- I prezzi praticati dagli operatori mobili per soluzioni CS/CPS sono spesso inferiori alla soglia dei 16 cent/minuto: questo può determinare obiezioni sulla replicabilità delle offerte, con conseguenti interventi dell'AGCOM per bloccare le tariffe o (meno probabile) per ridurre la terminazione.
- Una buona soluzione per il gruppo potrebbe essere un 'floor' al prezzo sulla direttrice F-M anche *Intercom*, purché imposto anche a Vodafone" (doc. 4.102, pag. 11, enfasi aggiunta; in senso analogo, cfr. doc. 4.11, pag. 12).

154. Le considerazioni espresse in tale nota interna erano già state oggetto di un precedente documento di TIM - intitolato "Incontro Coordinamento Regolamentare TIM Corporate" e datato 12 febbraio 2004 - nel quale si spiega che "un'offerta di CS che preveda un prezzo inferiore a 14,95 eurocent/min. ... produrrà effetti sul mercato della terminazione ... Si configurerebbe un abuso di posizione dominante in quanto TIM praticerebbe alla propria clientela condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, contravvenendo al principio di non-discriminazione ..." (doc. 4.11, pag. 11, enfasi aggiunta).

Infatti, "[p]er costante giurisprudenza antitrust, il prezzo "equo" per gli OLO di una determinata prestazione è almeno pari al prezzo praticato al migliore cliente ... A livello di gruppo, una politica aggressiva potrebbe essere vista come tentativo di rinforzare la posizione dominante di cui TI già gode nel mercato della telefonia vocale, in particolare nel

⁸⁸ [Si ricorda che i prezzi previsti dall'offerta MSC-PABX sono pari a [5,16] per le chiamate su numeri *intercom* e [12,91] per le chiamate su altre numerazioni TIM (cfr. doc. 4.289, cit., pag. 3).]

⁸⁹ [Con delibera n. 388/99 del 6 dicembre 1999, l'AGCom ha imposto un tetto medio per il prezzo di terminazione sulle reti di TIM e VODAFONE pari a 360 lire/min (18,95 eurocent/min). Tale tetto è stato rivisto verso il basso con la delibera n. 47/03/CONS del 5 febbraio 2003, che ha fissato il tetto medio per la terminazione mobile per gli operatori aventi SMP (TIM e VODAFONE) a 14,95 eurocent/min. a valere dal giugno 2003. Da ultimo, con provvedimento cautelare adottato nello scorso mese di settembre l'AGCom, nell'ambito del nuovo quadro normativo introdotto in Italia con il Codice delle Comunicazioni, ha identificato i tre operatori TIM, VODAFONE e WIND ciascuno come dominante nel mercato della terminazione sulla propria rete delle chiamate originate da reti fisse e mobili e fissato il prezzo medio massimo di terminazione a 12,1 eurocent/min. per TIM e VODAFONE e a 14,35 eurocent/min. per WIND fino al 31 gennaio 2006 (delibera n. 286/05/CONS).]

segmento business". Tale condotta, comporterebbe peraltro anche "... un aggravamento della posizione 'processuale' di TI verso l'AGCM con il rischio di sanzioni più elevate", in relazione al procedimento antitrust all'epoca in corso, A351, Comportamenti abusivi di TELECOM Italia⁹⁰ (doc. 4.11, pag. 11, enfasi aggiunta).

Al fine di ridurre i rischi di illiceità antitrust delle offerte, pertanto, si propone, tra i "Requisiti essenziali dell'offerta", che "... l'offerta conduca ad un prezzo nominale, per la direttrice Fisso-Mobile, superiore al valore della terminazione Fisso-Mobile aumentato dei costi della raccolta ..." (ivi, pag. 12). Tra le indicazioni fornite per rendere meno agevole il controllo del rispetto del principio di non discriminazione, si suggerisce quindi, oltre all'applicazione di sconti "volti a diminuire il prezzo medio ... sul totale del traffico originato, incluso il traffico mobile-mobile", la previsione di canoni "al fine di rendere più difficile il calcolo del prezzo medio applicato" e l'inclusione nell'offerta "anche delle direttrici fisso-fisso e fisso-internazionale, in modo da essere più agevolati nel difendere la sostenibilità economica" (ivi, pag. 12).

155. Sullo stesso tema insiste un'altra lettera inviata dal Responsabile della Divisione Affari Regolamentari all'Amministratore Delegato e ad altri dirigenti in data 25 febbraio 2005, in cui si afferma apertamente che alcune offerte commerciali alla clientela aziendale della società presentano forti rischi sotto il profilo regolamentare ed antitrust, in quanto "... i prezzi praticati risultano essere inferiori ai corrispondenti costi wholesale ..., rendendo l'offerta non replicabile dai concorrenti (OLO)" (doc. 4.24, pag. 1). Tra di esse, vengono in particolare analizzate due offerte in CS che TIM ha lanciato nel corso del 2004 avvalendosi dell'autorizzazione per la fornitura di servizi di telefonia vocale ottenuta nel 2001, ossia: "NonSoloMobile" (offerta standard per clientela aziendale) e "1038" (offerta personalizzata, per grande clientela affari). Il documento enfatizza con caratteri in grassetto che i prezzi previsti in queste due tipologie di contratti con riferimento alle chiamate originate da centralino aziendale fisso e terminate su rete TIM, ossia il traffico riferito alle direttrici cd. *Intercom* (traffico diretto verso utenze cellulari aziendali) e *on-net* (traffico diretto verso utenze cellulari TIM non aziendali)⁹¹, rispettivamente in media pari a [omissis] eurocent/min. ("NonSoloMobile") e [omissis] eurocent/min. ("1038") e pari a [omissis] eurocent/min. ("NonSoloMobile") e [omissis] eurocent/min. ("1038"), "sono da considerarsi non conformi alla normativa e alla prassi applicativa antitrust e regolamentare" (ivi, pag. 1)⁹².

156. A tal fine, la Divisione Affari Regolamentari di TIM ha provveduto "a stimare i costi che un OLO sostiene ai fini dell'erogazione del servizio f-m ... in accordo ai modelli e principi di contabilità regolatoria ... considerando anche la riduzione che probabilmente interesserà la terminazione su rete TIM a partire dal prossimo mese di luglio (e che porterà la terminazione a 12,6 eurocent/min.⁹³)", arrivando alla conclusione che "il prezzo 'fair' della CS si può stimare pari alla tariffa f-m vigente, aumentata di 1 eurocent/min. (15,9 eurocent fino a luglio; 13,6 eurocent successivamente). Tale prezzo di riferimento deve intendersi come prezzo medio delle direttrici Intercom e On net, ponderato sulla base dei consumi presunti, anche se non si può escludere che l'Autorità antitrust verifichi puntualmente, specialmente rispetto ai clienti di maggiori dimensioni, il prezzo effettivamente pagato dal singolo cliente. ... entrambe le offerte, e in particolare quella personalizzata '1038', appaiono rientrare in area di predatorietà, con i gravi rischi sopra evidenziati. La presenza di eventuali offerte ad hoc ancora più vantaggiose va a maggior ragione considerata a forte rischio (ad es. [omissis])" (doc. 4.24, pag. 2).

Pertanto, nel documento si suggerisce di riformulare le suddette offerte in modo tale da non incorrere nella censura antitrust. In particolare, nella misura in cui l'offerta di CS è rivolta solo ai clienti che abbiano già stipulato con TIM un contratto "Multibusiness", propone di concentrare gli sconti da praticare ai clienti su direttrici diverse da quella F-M, ad esempio M-M, evitando sconti che siano specificamente rivolti ai volumi realizzati in CS (ivi, pag.2). Tale operazione di "maquillage" è stata puntualmente realizzata nelle offerte commerciali da ultimo presentate dall'operatore.

157. Infine, si sottolinea che le medesime considerazioni sulla possibilità di un ricorso all'Antitrust per i prezzi praticati da TIM sulla direttrice F-M interaziendale "da parte di altri Operatori fissi, tra cui presumibilmente [omissis] e [omissis], ricorso che avrà serie probabilità di essere preso in considerazione", sono state prospettate sin da giugno 2004 dai dirigenti del gruppo TELECOM all'A.D. affinché "... TIM abbassi immediatamente i toni sul CPS facendone - come VODAFONE - uno strumento tattico e non strategico ...", considerato altresì che VODAFONE "...non lo pubblicizza a livello di offerta generalizzata e ne fa un uso case by case" (doc. 4.137, pag. 3). Ciò anche al fine di evitare effetti dannosi quali "un'accelerazione, sia dell'introduzione anche in Italia degli operatori mobili virtuali, che dell'abbassamento della terminazione su rete mobile..." (ivi, pag. 3, enfasi aggiunta).

b) WIND

i) I comportamenti di WIND nei confronti degli operatori concorrenti nell'offerta di soluzioni tecniche alternative per la vendita di servizi fisso-mobile e nella rivendita di traffico

158. Anche WIND appare avere posto in essere condotte analoghe negli effetti a quelle di TIM.

Come emerge dalle risultanze istruttorie e, in particolare, da uno studio del 14 maggio 2004 intitolato "La rigenerazione del traffico da rete fissa verso mobile Wind: Reseller", la rivendita di traffico è stata effettuata da

⁹⁰ [Provvedimento n. 13752 del 16/11/2004, confermato dal Consiglio di Stato con sent. n. 1271/06.]

⁹¹ [Sulla base del doc. 4.24, il traffico Intercom è pari a circa il 45% - e quello on-net a circa il 55% - per le piccole e medie imprese, ma tende a crescere per le imprese corporate.]

⁹² [Si tratta di prezzi medi finali - ossia ottenuti come media dei prezzi intercom e on-net ponderata con i minuti di traffico relativi a tali direttrici in base al consuntivo per l'anno 2004 - al netto degli sconti massimi applicabili (doc. 4.24, pag. 1, cit.).]

⁹³ [Il valore della terminazione di 12,6 per TIM, cui si fa riferimento nel documento citato è quello riportato nella delibera n. 465/04/CONS del 1° febbraio 2005 riguardante l'avvio della Consultazione pubblica sulla identificazione ed analisi del mercato della terminazione di chiamate vocali su singole reti mobili, poi ridotto a 12,1 eurocent/min. con la successiva delibera 286/05/CONS.]

numerosi operatori-clienti WIND a favore sia di consumatori finali di tipo aziendale, sia "... di altri Operatori (anche Telecom Italia) ... al fine di ridurre i costi di terminazione sul mobile WIND" (doc. 3.151, pag. 2). In quest'ultimo caso, si trattava, come detto, di un'offerta all'ingrosso su un mercato pubblicamente accessibile dalla domanda, anche via Internet (il portale Arbinet, cfr. doc. 271, All. 20).

In pratica, il fenomeno riguardava un ampio numero di soggetti che "... attraverso l'utilizzo di contratti on-net, rigenerano all'interno della rete Wind il traffico originato da altre reti che dovrebbe invece viaggiare all'interconnessione ..." (doc. 3.151, cit., pag. 7)⁹⁴. Nel medesimo studio, peraltro, la società si interroga sull'attività dei suoi concorrenti, "Cosa fanno gli altri operatori (TIM e VODAFONE)? Come posso mettermi d'accordo con gli altri operatori per indirizzare il problema a livello di sistema?" (ivi, pag. 16) e stima i mancati ricavi dall'interconnessione F-M dovuti all'acquisto indiretto di terminazione on net M-M e F-M, attraverso contratti business con condizioni particolarmente agevolate per tali direttrici di traffico telefonico, pari a [omissis] milioni di euro al mese per le sole chiamate entranti in WIND provenienti da [omissis]. Più precisamente, l'analisi condotta da WIND nel documento evidenzia che, a fronte di un valore standard di terminazione pari in media a [omissis] eurocent/min., la terminazione ottenuta con i suddetti contratti era pari a [omissis] eurocent/min., nel caso di terminazione on net M-M, e pari a [omissis] eurocent/min., nel caso di terminazione on net F-M (ivi, pag. 17).

159. Il materiale documentale acquisito in ispezione consente inoltre di affermare la piena consapevolezza da parte di WIND dell'attività di rivendita del traffico che svolgevano numerosi soggetti con cui erano stati stipulati i contratti *business* citati.

Così, ad esempio, in alcuni scambi di *e-mail* interni all'azienda del novembre 2003, relativi ad un altro operatore che rivendeva traffico telefonico, si afferma esplicitamente che "...a [omissis] [l'operatore titolare di licenza-n.d.r.] non interessa firmare il contratto per finalità esclusivamente interne" (doc. 3.4, pag. 1)⁹⁵.

D'altra parte, al momento di sottoscrivere il contratto con WIND alcuni operatori avevano apertamente dichiarato il loro intento, come ad esempio il citato [omissis] e [omissis]. Quest'ultimo, in particolare, in occasione della firma del contratto "WIND Select Euro Voice Base", scrive al gestore, con distinta lettera di accompagnamento, nei seguenti termini: "[f]acendo seguito agli incontri e alle intese intercorse e tenuto conto che ... in virtù di autorizzazione generale per la rivendita di servizi di telefonia, [omissis] intende operare quale fornitore di servizi a valore aggiunto, operando quale broker di fonia fissa e mobile, vi confermiamo la nostra disponibilità e interesse a rivendere, a soggetti dotati di partita IVA, il traffico radiomobile acquistato da WIND, con un nostro marchio commerciale, una nostra strategia di confezionamento e tariffazione dei servizi e avendo cura di fare sottoscrivere ai nostri clienti un contratto cliente che ricalchi sostanzialmente le condizioni e i termini contenuti nel contratto standard utilizzato da WIND. Il traffico mobile consumato dai nostri clienti sarà da noi direttamente fatturato a questi ultimi ..." (lettera di [omissis] a WIND del 13 novembre 2002, in doc. 3.35, pagg. 7-8; di identico tenore è la lettera di [omissis] a WIND del 6 febbraio 2003, in doc. 3.137).

160. La consapevolezza dell'utilizzo dei contratti *business* a fini di rivendita da parte del gestore è stata ulteriormente sottolineata da INFO-TEL, secondo cui il gestore non poteva non essere a conoscenza della propria attività di rivendita, nella misura in cui essa è iniziata attraverso un contratto di *housing* per l'installazione di un proprio *router* in una centrale di ITNET, società del Gruppo WIND⁹⁶ (verbale di audizione di INFO-TEL, in doc. 198, pag. 3; cfr. anche infra, sez. VIII, 3, d, *ii*).

161. Le clausole risolutive sono state modificate da WIND per inserire il divieto di rivendita solo a fine 2003, come si evince da un promemoria di sintesi sul tema "Resellers" del 18 dicembre 2003, in cui si afferma che, in un incontro dei vertici aziendali tenutosi in data 11 dicembre 2003, si è decisa "la modifica entro il 19/12 delle condizioni contrattuali che prevedono l'esplicito divieto della rivendita di traffico quale causa risolutiva del contratto" (doc. 3.21, pp. 1-2).

Tuttavia, dalla documentazione acquisita in ispezione si evince che, da un lato, alcuni contratti *business* impiegati a scopo di rivendere traffico F-M sono rimasti in vigore sino almeno alla seconda metà del 2004 (cfr. in particolare, il doc. 3.151, pag. 11, in cui si afferma che, a maggio 2004, per [omissis] clienti, elencati nominativamente a pag. 13, "sono tutt'ora in corso le attività propedeutiche alla sospensione ..."; dall'altro, le stesse condizioni contrattuali sarebbero state modificate solo progressivamente, così che ancora a febbraio 2005 vi erano discussioni interne all'azienda sul testo delle clausole risolutive espresse da inserire nei contratti *corporate* per favorire il recesso unilaterale del gestore in caso di utilizzo del contratto a fini di rivendita (cfr. ad esempio, le *e-mail* del 18 febbraio 2005, in doc. 3.152; cfr., altresì, lo schema riepilogativo sullo stato delle modifiche contrattuali, a fine 2004, in doc. 3.161, pag. 2, e doc. 3.176, pag. 2 e pag. 4).

162. Il proseguimento dei servizi mobili a favore di alcuni soggetti si desume da vari documenti ispettivi tra cui, ad esempio, una comunicazione ad uso interno del 7 aprile 2004, destinata ai vertici dell'azienda, in cui si precisa tra l'altro che "il contratto sottoscritto con [omissis] per la rivendita di traffico mobile non è un contratto standard, atteso che sono state sostituite le condizioni contrattuali con l'inserimento di un allegato totalmente nuovo ..." (doc. 3.35, cit.,

⁹⁴ [Secondo la descrizione che ne fa l'operatore, in una serie di lucidi datati 14 maggio 2004, la rigenerazione di traffico "può avvenire attraverso batterie di SIM (Sim-Box); linee dirette di rete fissa attestata su centrale WIND; linee indirette con contratto CPS o CS. ... Mentre le batterie di SIM sono un fenomeno subito anche da altri operatori di rete mobile, la rigenerazione del traffico da clienti tramite accessi su rete fissa è fenomeno tipico di Wind" (doc. 3.151, pag. 7).]

⁹⁵ [Si tratta di un contratto WIND Select Euro Voice Base concluso il 6 febbraio 2003, per cui la stessa società ammette di avere difficoltà ad argomentare la mancata conclusione in sede di giudizio civile, posta tra l'altro la richiesta di costituire una cospicua fideiussione (doc. 3.4, pag. 1).]

⁹⁶ [Il contratto di WIND con Info-Tel risale al 2002, in doc. 3.14.]

pag. 1, in cui erroneamente si afferma anche che "... il contratto in questione è l'unico del suo genere ancora in essere ..."; cfr. anche doc. 3.84; cfr. anche quanto affermato dalla Parte in audizione in doc. 145); analogamente, il contratto con il gruppo [omissis] sarebbe rimasto in vigore almeno sino alla metà del 2004 su indicazione dei vertici aziendali (cfr. doc. 3.79, in particolare, pp. 1-2).

163. Non si è trattato peraltro di clienti inadempienti, come dimostrato, oltre che dal materiale depositato agli atti del procedimento dai segnalanti (cfr., inter alia, doc. 1.3, doc. 1.7, doc. 1.11 e doc. 1.15), altresì dalla documentazione rinvenuta in ispezione (tra cui, ad esempio, i prospetti di contabilità interna relativi all'operatore [omissis], in doc. 3.9). Al contrario, si trattava di clienti giudicati da WIND talora anche molto profittevoli dal punto di vista aziendale, come risulta, ad esempio, dal carteggio interno relativo all'operatore [omissis] (doc. 3.170), per il quale si afferma, a fronte di un aumento sostanziale dei flussi di traffico terminati su rete WIND, "[n]on si sta discutendo dell'importanza del cliente ma del fatto che ci sta sottraendo importanti margini ..." (doc. 3.142, pag. 1, in cui si ricorda inoltre che il cliente non usa solo il servizio F-M, ma anche altri servizi "[t]utti con un discreto fatturato"), nonché dalla documentazione interna relativa a STARTEL e RETEITALY (doc. 3.145), oltre che dalla citata lista di operatori-clienti contenuta nel doc. 3.151 (cfr. la slide "Reseller Attivi", a pag. 13, in cui si segnala l'elevato valore dei ricavi derivanti dai servizi a tali imprese, a fronte di una minima esposizione debitoria di WIND).

164. Come si evince dalla nota della Direzione Affari Legali ai vertici aziendali del 1° marzo 2005, relativa a "Modifiche Condizioni Generali di Contratto", la risoluzione dei contratti *business* per uso di Sim Box è volta ad arrestare l'uso che di tali apparati fanno i concorrenti e non i clienti finali e, pertanto, deve essere supportata da prove quali "...la circostanza che l'oggetto della società cliente – verificabile attraverso una visura camerale – contempli un'attività di operatore/rivenditore di servizi di telecomunicazione; copia dei contratti conclusi con terzi per la fornitura di servizi di telecomunicazione; testimonianze da parte di soggetti che hanno "acquistato" servizi di telecomunicazioni dalla società cliente; materiale pubblicitario/dichiarazioni della società cliente dalle quali si evince l'attività di rivendita effettuata dalla stessa." (cfr. doc. 3.20, pag. 2).

165. La strategia aziendale relativa alla terminazione mobile, in pratica, risulta motivata dal gestore dal timore di perdere margini di guadagno sulla terminazione, in quanto "...il fenomeno danneggia WIND sotto due aspetti: in primo luogo, WIND perde margine poiché applica un prezzo notevolmente inferiore a quello previsto per il contratto specifico per rivenditori; in secondo luogo, consente ai competitors, acquirenti di traffico, di praticare un prezzo concorrenziale per le chiamate che si effettuano sulla nostra rete..." (cfr. doc. 3.143, pag. 2, enfasi aggiunta). Le descritte condotte rientrano, quindi, come descritto da WIND stessa, in una più ampia strategia di "... sussidio tra tariffe di terminazione F2M e M2M vs. tariffe retail on-net" (cfr. l'e-mail dell'8 luglio 2004 a vari operatori di rete fissa, avente ad oggetto "modifiche a slides su terminazione mobile", in doc. 3.68, pag. 1).

ii) *Le condizioni economiche offerte all'utenza aziendale da WIND per i servizi fisso-mobile*

166. Analogamente a TIM, anche WIND offre ai propri clienti *business* servizi fisso-mobile, tramite accesso diretto o *carrier selection/preselection* con codice 1088, con condizioni economiche per le direttrici di traffico F-M *intercom* e *on net* particolarmente vantaggiose (cfr. infra, VIII, 2, c, ii).

In particolare, sono di seguito analizzati i soli contratti di fonia-integrata F-M e di fonia mobile del periodo 2001-2005 rilevanti ai fini della comprensione dei fatti oggetto di istruttoria.

Come emerge dalla documentazione ispettiva, peraltro, i predetti contratti sono stati "personalizzati" in funzione delle specifiche realtà dei clienti, ossia, fondamentalmente, in funzione dei diversi volumi di traffico generati, così che la varietà delle formule contrattuali appare, nella realtà negoziale, molto più frastagliata di quella descritta. Per i contratti c.d. fuori standard, ossia con condizioni economiche speciali, verrà di seguito fornita una descrizione connessa a ciascuna tipologia standard da cui le condizioni migliorative deviano, sulla base delle specifiche evidenze probatorie agli atti del procedimento.

Occorre poi sottolineare che, nelle offerte di telefonia fissa attualmente praticate da WIND all'utenza *business*, con il marchio Infostrada, le chiamate F-M verso i cellulari aziendali WIND sono interamente gratuite (doc. 178, All. 2).

167. Si noti, inoltre, che le segnalazioni e i documenti acquisiti in ispezione confermano una rilevante diffusione fra le imprese di dimensioni medio-grandi delle offerte *business* rientranti nella tipologia "Wind Select EuroVoice", destinata nel periodo 2001-2004 all'utenza aziendale con un minimo di [omissis] linee telefoniche e obbligo di spesa minima pari a [omissis] euro/bimestre (cfr. inter alia, doc. 3.127, pp. 1-4)⁹⁷. Tali offerte sono peraltro tuttora presenti sul mercato sotto la medesima denominazione (doc. 178, All. 2, pag. 1) e prevedono servizi di telefonia di rete fissa, mobile e convergente (cfr. doc. 3.136, pag. 15, doc. 1.16, All. 29, pag. 250)⁹⁸.

168. Le offerte suddette sono state peraltro soggette a modifiche in occasione di specifiche promozioni. Ad esempio, a partire da almeno 31 marzo 2003, il listino *EuroVoice 10.000* ha introdotto l'opzione "CompanyZero", sottoscrivendo la

⁹⁷ [Fra i vari listini della formula contrattuale in esame il più conveniente, in termini di prezzi, è il WIND Select EuroVoice 10.000, destinato alle aziende di dimensioni maggiori, con una spesa telefonica bimestrale non inferiore a [omissis] euro.]

⁹⁸ ["WIND Select Company" era la tipologia contrattuale destinata alle piccole e medie imprese con un minimo di 3 linee telefoniche, di cui, tuttavia, non risultano agli atti evidenze nell'uso a fini di rivendita. Più precisamente, la prima tipologia di contratti di fonia fissa, "WIND Select Company", presenta, secondo la descrizione dello stesso gestore, "sia listini con scatto, sia listini con canone. L'articolazione dei listini è tale da favorire, con un prezzo più basso rispetto alle altre direttrici, le chiamate verso i cellulari aziendali e verso i cellulari WIND" (doc. 178, All. 2, cit., pag. 3). Da settembre 2003 l'offerta è stata sostituita dalla menzionata "Wind Select Company Plus", in cui "[t]utti i listini hanno un canone per linea. Su alcuni listini è presente un prezzo più basso, rispetto alle altre direttrici, per le chiamate verso i cellulari aziendali e verso i cellulari Wind ..." (ivi, pag. 3). Invero, nelle attuali offerte le chiamate verso i cellulari WIND aziendali sono interamente gratuite, mentre le chiamate verso gli altri cellulari hanno un prezzo (listino "Happy Italy") di 13,9 eurocent/min. (ivi, pag. 9).]

quale il cliente, a fronte di un canone di [omissis] euro/mese/linea, poteva svolgere il traffico verso i numeri mobili WIND aziendali a [omissis] euro/min. (doc. 12, All. 1).

Ancora, in relazione al medesimo piano tariffario, in un'offerta promozionale per la rete mobile valida fino al 30 aprile 2002, non vi è neppure obbligo di spesa minima di [omissis] euro/bimestre, né canone mensile, mentre i prezzi per la direttrice F-M sono i seguenti: verso i numeri degli altri gestori [omissis] eurocent/min., verso i numeri WIND [omissis] eurocent/min. e verso le numerazioni aziendali [omissis] eurocent/min. (offerta per [omissis], in doc. 3.128, pag. 3).

169. A ciò si aggiunga che i listini descritti sono stati personalizzati a favore di determinati clienti, con prezzi anche significativamente ridotti rispetto a quelli "standard".

In tal senso, nel contratto *EuroVoice-Convergente* predisposto nel 2002 per [omissis], senza canone e senza scatto alla risposta, il traffico F-M ha un prezzo, verso numeri mobili WIND, pari a [omissis] eurocent/min. e, verso numeri mobili aziendali, pari a [omissis] eurocent/min. (doc. 12, All. 5).

Ancora, in un contratto *Wind Select EuroVoice Base-Fisso* stipulato con [omissis] il 3 aprile 2003, il prezzo del traffico F-M *on net* è pari a [omissis] eurocent/min., mentre il prezzo del traffico *off-net* verso gli altri gestori mobili è pari a [omissis], fermo restando il prezzo standard per il traffico F-M interaziendale di [omissis] eurocent/min. (doc. 3.168 e doc. 3.175). Le condizioni praticate nel contratto, peraltro, formano oggetto di un vasto carteggio interno sul cliente, finalizzato all'autorizzazione di un piano tariffario ad hoc con sconti per la direttrice di traffico F-M fino al [omissis] (doc. 3.175, pag. 4).

170. Ancora, in un contratto *WIND Select EuroVoice Base-Mobile* del 2002, il traffico F-M interaziendale presenta un prezzo pari a [omissis] eurocent/min., mentre il restante traffico *on net* ha un prezzo differenziato a seconda che la chiamata sia generata da rete fissa o mobile ed è pari, rispettivamente, a [omissis] eurocent/min. e [omissis] eurocent/min. (contratto con [omissis], in doc. 3.154, pag. 5).

Analogamente, in un altro contratto della medesima tipologia datato 6 febbraio 2003, subordinatamente all'acquisizione di almeno 30 SIM, il prezzo del traffico mobile *on net* è pari a [omissis] eurocent/min., mentre il traffico *on net* interaziendale scende a [omissis] eurocent/min. (condizioni economiche speciali per [omissis], in doc. 3.138).

c) Confronto delle offerte fisso-mobile business (per traffico on net e interaziendale) praticate da TIM e WIND con i costi sottostanti di raccolta e terminazione fisso-mobile

171. Nel corso del procedimento istruttorio è stato chiesto a TIM e WIND di fornire indicazione dettagliata di tutte le tipologie di contratto utilizzate dal 2000 al 2005 per l'offerta di servizi fisso-mobile alla clientela aziendale (in qualsiasi modalità tecnica tale offerta si realizzi - CS, CPS, PABX-MSC, ecc.) e delle condizioni economiche in esse previste.

Sulla base delle informazioni trasmesse dalle parti, nel seguito viene effettuato, per il suddetto periodo, un confronto tra le condizioni economiche standard⁹⁹ applicate da TIM e WIND alla propria clientela aziendale per il traffico fisso-mobile con riguardo alla direttrice *on net*, nelle due componenti di traffico *intercom* (ovvero chiamate interaziendali) e di traffico *on net* (ovvero chiamate dirette ad utenze del gestore con il quale l'azienda ha stipulato il contratto, ma non di proprietà della stessa azienda) con i costi di raccolta e terminazione sottostanti.

172. Al fine di considerare correttamente le condizioni economiche applicate alla direttrice fisso-mobile *on net*, i prezzi sono stati ponderati in base al peso rispettivo delle due componenti interaziendale e non. A tale valore è stato poi sommato, laddove presente, il costo dello scatto alla risposta. Poiché l'incidenza minutaria dello scatto alla risposta varia a seconda della durata della conversazione, sono state effettuate due quantificazioni alternative, a seconda che si faccia riferimento ad una durata media delle chiamate pari a tre minuti – durata scelta da numerose analisi di autorità di regolazione europee e internazionali – o più conservativamente di due minuti.

Al risultato così ottenuto è stata applicata sia la massima percentuale di sconto fruibile dai clienti – di norma al superamento di determinate soglie di traffico, anche su direttrici diverse dal fisso-mobile – sia un livello di sconto medio, inteso come media aritmetica tra la minima e la massima percentuale di sconto praticato.

I valori così ottenuti costituiscono i prezzi al minuto applicati dalle divisioni commerciali di TIM e WIND alla propria clientela *business*.

173. Tali prezzi sono stati confrontati con i costi di terminazione e raccolta minimi che, nel periodo di vigenza degli stessi, dovevano (e devono) essere sostenuti per l'offerta del servizio.

Con riguardo alla terminazione, si ricorda che per TIM la tariffa di terminazione è fissata in via regolamentare dall'Autorità per le Garanzie delle Comunicazioni sin dal 1999: tale importo ha subito ripetuti adeguamenti verso il basso nel periodo in esame. Nel caso di WIND, il prezzo di terminazione è stato invece stabilito autonomamente dall'impresa fino al settembre 2005, data in cui è stato anch'esso assoggettato a regolamentazione. Si noti che, poiché la tariffa fissata in via regolamentare rappresenta un valore medio massimo, lasciando ai gestori notificati la possibilità di articolare il suddetto valore in un valore di picco (*peak*) e fuori picco (*off peak*), i costi di terminazione sono stati calcolati come media ponderata delle tariffe di terminazione *peak* e *off peak* adottate nel tempo da TIM e WIND (le percentuali di ponderazione sono quelle relative alla tipica ripartizione temporale del traffico *business*: 80% nel periodo *peak* e 20% nel periodo *off peak*).

⁹⁹ [Si evidenziano anche alcuni casi di contratti con condizioni economiche di miglior favore nei confronti di alcuni grandi clienti.]

In merito, invece, ai costi di raccolta, è stato calcolato un costo di raccolta stimato cautelativamente in un centesimo di euro¹⁰⁰, che considera i meri costi tecnici, trascurando altre poste potenzialmente significative quali ad esempio i costi commerciali e di *marketing*.

174. La tabella 5 di seguito riporta i costi di terminazione fisso-mobile dal novembre 1999, calcolati secondo le modalità sopra evidenziate, cui è stato sommato il costo fisso di un centesimo di euro di raccolta.

Segue quindi l'analisi di confronto tra i suddetti costi e i prezzi fisso-mobile *on net* praticati dai due gestori nei contratti alla clientela *business*.

¹⁰⁰ [In questo senso si vedano doc. 4.24 rinvenuto presso TIM e doc. 197, all. 1, 4 e 6, (verbale audizione ALBACOM).]

Tab. 5 TERMINAZIONE E RACCOLTA

Tariffe di terminazione	Costo min. raccolta		Terminazione e raccolta		
	TIM	WIND	TIM	WIND	
	lire eurocent	lire eurocent	eurocent.		
nov 1999 - lug 2001	regolam.	360	18,59		nov-99
* in lire	peak	[omis]	[omis]	[omis]	[omis]
	off peak	[omis]	[omis]	[omis]	[omis]
media ponder (80-20)		[omis]	[omis]	[omis]	[omis]
ago-nov 2001		[omis]	[omis]	[omis]	[omis]
		[omis]	[omis]	[omis]	[omis]
media ponder (80-20)		[omis]	[omis]	[omis]	[omis]
dic 2001 - lug 2002		[omis]	[omis]	[omis]	[omis]
		[omis]	[omis]	[omis]	[omis]
media ponder (80-20)		[omis]	[omis]	[omis]	[omis]
ago 2002 - mag 2003		[omis]	[omis]	[omis]	[omis]
		[omis]	[omis]	[omis]	[omis]
media ponder (80-20)		[omis]	[omis]	[omis]	[omis]
giu 2003 - ago 2005	regolam.	14,95			giu-03
	peak	[omis]	[omis]	[omis]	[omis]
	off peak	[omis]	[omis]	[omis]	[omis]
media ponder (80-20)		[omis]	[omis]	[omis]	[omis]
da sett 2005	regolam.	12,10	14,35		set-05
	peak	[omis]	[omis]	[omis]	[omis]
	off peak	[omis]	[omis]	[omis]	[omis]
media ponder (80-20)		[omis]	[omis]	[omis]	[omis]
					oggi

Fonte:
 Docc. 181, 286 e 4.34 per TIM; doc. 317, all. 6, per WIND.
 Per il periodo 1999-2003, tariffe praticate a Eutelia (doc. 49)

i) TIM

175. TIM, dal luglio 1999, ha cominciato a proporre ai propri clienti aziendali di maggiori dimensioni un servizio di telefonia fisso-mobile, utilizzando una connessione PABX-MSC, quale integrazione del contratto di utenza mobile "*Multibusiness*" in essere. Le relative condizioni economiche prevedevano un prezzo per il traffico *intercom* identico a quello per il traffico *on net* e l'assenza dello scatto alla risposta. Nel 2000, a tale piano tariffario è stato affiancato un altro che contemplava lo scatto alla risposta, a fronte di prezzi *intercom* e *on net* più bassi e differenziati tra loro.

In entrambi i profili tariffari sussisteva la possibilità di ottenere uno sconto fino al [omissis]%, a seconda del volume di spesa lorda per il traffico sviluppato dal centralino aziendale del cliente.

176. Dalle evidenze in atti emerge inoltre che [omissis], [omissis] e [omissis] hanno fruito, a seguito di contratti siglati con TIM nel 2002 e nel 2003, della prima tipologia tariffaria, ma con condizioni decisamente più vantaggiose di quelle *standard*, nonostante l'assenza di una scontistica progressiva in base al volume di traffico realizzato.

Risultano altresì essere stati sottoscritti tra TIM e primarie imprese italiane numerosi contratti che riportano i medesimi prezzi applicati all'opzione PABX-MSC con scatto, fatto salvo un piano di sconti sul traffico mensile generato dal PABX verso le numerazioni mobili nazionali che raggiunge il [omissis]% al superamento di determinate soglie di volume di traffico. TIM ha dichiarato che i contratti in vigore, a tutto il 2005, per la fornitura di servizi F-M attraverso collegamenti diretti PABX-MSC sono [omissis].

177. Nel marzo 2004 è stata introdotta nel mercato la connessione in *carrier selection*, attraverso la digitazione del codice 1038. Il relativo piano tariffario, denominato "TIM 1038" era riservato alla clientela di maggior rilievo (cd. *Corporate*) e comportava lo scatto alla risposta, un prezzo diverso per chiamate *intercom* e *on net* e l'applicazione di sconti differenziati a seconda del cliente, con percentuali massime del [omissis]% per il traffico *intercom* e [omissis]% per quello *on net*.

178. Sempre in relazione alla modalità *carrier selection* sono stati poi proposti, rispettivamente nel maggio 2004 e nel luglio 2005, i piani tariffari "*Nonsolomobile*", praticato alle piccole e medie aziende, e "*Selection TIM*", proposto sia alle piccole che alle grandi imprese.

Il piano "*Nonsolomobile*" non determina l'addebito dello scatto alla risposta e stabilisce una scala di sconti fino al [omissis]% sul traffico F-M, in funzione del volume di spesa lorda per il traffico sviluppato dalle linee mobili.

Nel caso del contratto "*Selection TIM*", invece, è previsto lo scatto alla risposta e lo sconto sul traffico effettuato, fino al [omissis]%, è determinato a seconda della durata contrattuale.

179. Nel novembre 2005, TIM ha lanciato un nuovo piano tariffario con connessione PABX-MSC, denominato "*Direct Link*", con scatto alla risposta e sconto massimo del [omissis]% sul traffico a fronte di una durata del contratto di almeno tre anni.

La tabella 6 di seguito riporta, per ciascuno dei descritti piani tariffari, i prezzi praticati alla clientela per il traffico *intercom*, *on net*, *off net*; ove presente, è indicato lo scatto alla risposta e/o il canone mensile.

Tab. 6 Piani tariffari di TIM per il servizio fisso-mobile (eurocent/min. +IVA)

	Canone	Scatto risp.	Interc.	On net	Off net	Scontistica %	dal	al
PABX-MSC senza scatto	attivaz. [omissis] mensile [omissis]	[omissis]	[omissis]	[omissis]]	[omissis] (off peak) [omissis] (peak)	Da [omissis]% a [omissis]% in funzione del traffico lordo sviluppato dal centralino aziendale	luglio 1999	
PABX-MSC con scatto	attivaz. [omissis]	[omissis]	[omissis]	[omissis]]	[omissis] (off peak)	Da [omissis]% a [omissis]% in funzione del traffico lordo dal centralino aziendale	2000	
PABX-MSC [omissis]		[omissis]	[omissis]	[omissis]]	[omissis]		23/07/2002	
PABX-MSC [omissis] [omissis] [omissis] [omissis] [omissis] [omissis] [omissis] [omissis] [omissis] [omissis] [omissis] [omissis] [omissis]	attivaz. [omissis] attivaz. [omissis] attivaz. [omissis] attivaz. [omissis] attivaz. [omissis] attivaz. [omissis]	[omissis]	[omissis]	[omissis]]	[omissis]	Sconti da [omissis]% a [omissis]% in funzione di traffico mensile generato dal PABX verso mobili nazionali	28/10/2002 02/12/2001 14/03/2003 12/06/2002 01/02/2003 30/01/2003 10/02/2002 13/10/2003 30/01/2003 29/10/2003 01/07/2002 19/09/2000 13/12/2003	31/12/2003
PABX-MSC [omissis] [omissis] [omissis]			[omissis]	[omissis]]	[omissis]		12/12/2003 20/03/2003 26/11/2003	
TIM 1038 (CS per clientela Corporate)	mensile [omissis] per PABX	[omissis]	[omissis]	[omissis]]*	[omissis]	Sconti personalizzati** con percentuale massima ([omissis]% per intercom, [omissis]% per on net, [omissis]% per off net, [omissis]% per canone)	marzo 2004	febbraio 2005
Nonsolomobile (CS per PMI)		[omissis]	[omissis]	[omissis]]	[omissis]	Sconti da [omissis]% a [omissis]% sul traffico fisso intercom+on net in funzione di spesa lorda per traffico mobile	maggio 2004	marzo 2005
Selection TIM (CS per Corporate e PMI)		[omissis]	[omissis]	[omissis]]	[omissis]	Sconto del [omissis]% sul traffico se durata contrattuale di 2 anni, del [omissis]% se durata contrattuale di 3 anni	luglio 2005	
PABX-MSC Direct Link		[omissis]	[omissis]	[omissis]]	[omissis]	Sconto del [omissis]% sul traffico se durata contrattuale di 2 anni, del [omissis]% se durata contrattuale di 3 anni	novembre 2005	

NOTE:

* In realtà, la tariffa *intercom* nei contratti con le società (all. 3 al doc. 286) risulta pari a [omissis]€ e non [omissis].

** Cfr. all. al doc. 286: [omissis] [omissis]%; [omissis] [omissis]% su intercom, [omissis] + [omissis]% su on net e [omissis]% su off net (9/9/2004); [omissis] [omissis]% su intercom, [omissis]% su on net, [omissis]% su off net, [omissis]% sul canone; [omissis] [omissis]% su intercom, [omissis] + [omissis]% su on net, [omissis]% su off net, [omissis]% sul canone (29/9/2004); [omissis] [omissis]% su intercom, [omissis] + [omissis]% su on net, [omissis]% su off net (15/6/2004); [omissis] [omissis]% su intercom, [omissis] + [omissis]% su on net, [omissis]% su off net, [omissis]% sul canone (8/9/2004); [omissis] [omissis]% su intercom, [omissis]% su on net, [omissis]% su off net, [omissis]% sul canone (24/1/2005); [omissis] [omissis]% su intercom, [omissis] + [omissis]% su on net, [omissis]% su off net, [omissis]% sul canone (7/6/2004).

Dal doc. 4.289 risultano inoltre essere stati siglati i seguenti contratti "TIM 1038": [omissis] (sconto [omissis]% su intercom e [omissis]% su on net), [omissis] ([omissis]%, [omissis]%), [omissis] ([omissis]%, [omissis]%), [omissis] ([omissis]%, [omissis]%), [omissis] ([omissis]%, [omissis]%), [omissis] ([omissis]%, [omissis]%).

° I dati nel contratto sono indicati in lire. Lo stesso contratto è stato prodotto anche da TWC (all. a doc. 1.7), **Startel** (all. a doc. 1.11), **Reteitaly** (all. a doc. 1.16).

Fonte: TELECOM doc.ti 181 e doc. 286

180. I prezzi per il traffico *intercom* e *on net* fissati in ciascun piano tariffario sono stati ponderati a seconda del peso relativo di ciascuna delle due componenti di traffico *on net*.

In particolare, dai dati forniti da TIM risulta che per la connessione PABX-MSM il peso dell'*intercom* sul traffico totale fisso-mobile terminato su rete TIM sia stato pari al [omissis]% nel 2004 e al [omissis]% nei primi nove mesi del 2005. Per gli anni precedenti, poiché l'operatore non è stato in grado di produrre i dati relativi, si è fatto riferimento ad una media dei due valori, pari al [omissis]%.
Quanto al collegamento in *carrier selection*, il traffico *intercom* ha riguardato il [omissis]% del traffico in questione nel 2004 ed il [omissis]% nel 2005.

181. Sull'altro versante, quello che concerne le tariffe di terminazione delle chiamate fisso-mobile su utenze TIM, si osserva che esse sono state modificate più volte nel periodo 2000-2005. In particolare, le stesse sono state progressivamente ridotte in virtù delle disposizioni dell'AGCom, passando dai [omissis] centesimi di euro (media ponderata tra la tariffa *peak* di [omissis] eurocent. e quella *off peak* di [omissis] eurocent.) nel 2000 ai [omissis] centesimi a partire dal settembre 2005 (cfr. supra, sez. V, 3).

Si ricorda che a tali valori sono stati poi sommati i costi di raccolta, stimati in un centesimo di euro, in maniera da disporre di un valore di riferimento in grado di approssimare – benché per difetto – i costi minimi sopportati da un operatore terzo di telefonia che dovesse terminare una chiamata su un'utenza della rete TIM.

182. Confrontando le condizioni economiche praticate da TIM alla propria clientela, da un lato, con le tariffe di terminazione vigenti nel periodo incrementate dei costi di raccolta, dall'altro lato, si rileva che fino al settembre 2005 i prezzi, al massimo livello di sconto, sono sempre inferiori non solo ai costi di terminazione e raccolta ma anche al solo costo di terminazione¹⁰¹. Soltanto dal settembre del 2005, e unicamente per tre piani tariffari - *Nonnomobile*, *Selection TIM* e *PABX Direct Link*, essendo gli ultimi due stati lanciati sul mercato in pendenza del presente procedimento - le tariffe al massimo sconto hanno superato i costi di raccolta e terminazione, quanto meno a fronte di una chiamata media di due minuti.

Con una durata media di tre minuti delle conversazioni – e conseguentemente un'incidenza inferiore dello scatto alla risposta sul prezzo al minuto praticato – i piani tariffari per i quali, al massimo sconto, i prezzi offerti alla clientela *business* di TIM risultano superiori ai costi di terminazione e raccolta si riducono a due (*Nonnomobile* e *PABX Direct Link*), sempre e solo a partire dal settembre 2005.

183. Anche a voler considerare un livello di sconto medio, anziché massimo, si riscontra la permanenza dei prezzi offerti da TIM al di sotto dei costi di raccolta e terminazione fino al settembre 2005, quando l'AGCom ha ridotto la tariffa di terminazione. Dopo tale data, in tre casi (*PABX senza scatto*, e *PABX* a due grandi clienti), ancora si registrano prezzi inferiori ai soli costi di terminazione.

Prendendo invece a riferimento una conversazione media di tre minuti, i prezzi praticati alla clientela risultano sempre inferiori ai costi di terminazione e raccolta fino a settembre 2005. Valgono le medesime considerazioni di cui sopra per il periodo successivo.

184. Tali risultati sono evidenziati nelle tabelle 7 e 8 che seguono, relative, rispettivamente, alle ipotesi di durata media delle chiamate di due e tre minuti. In particolare, le caselle in grigio scuro indicano tutti i casi in cui le condizioni economiche praticate alla clientela *business* sono sempre inferiori ai costi di terminazione e raccolta, per tutto il periodo di riferimento; mentre quelle indicate in grigio chiaro indicano i casi in cui ciò è vero fino al 1° settembre 2005, data a partire dalla quale le tariffe di terminazione sono state ridotte dall'AGCom con provvedimento cautelare adottato con delibera n. 286/05/CONS (il valore indicato in corsivo segnala che il prezzo è inferiore al solo costo di terminazione, almeno fino al settembre 2005, se è anche sottolineato, ciò è vero per tutto il periodo considerato):

¹⁰¹ [Si ricorda che il costo di raccolta è ipotizzato pari a 1 eurocent.]

PABX scatto (grandi clienti)	2000	[omis]																
PABX [omissis]	lug-02	[omis]																
PABX [omissis], [omissis]	mar-03	[omis]																
TIM 1038 (CS grandi clienti)	mar-04	feb-05	[omis]															
Nonsolomobile (CS per PMI)	mag-04	mar-05	[omis]															
Selection TIM (CS grandi e piccole az)	lug-05		[omis]															
PABX Direct Link	nov-05		[omis]															

* Il costo di raccolta viene stimato in 1 €. (cfr. TIM doc. 4.24 e audizione BT Italia doc. 197, all. 1, 4 e 6).

ii) WIND

185. Con riferimento a WIND, la caratteristica comune dei diversi profili tariffari risulta essere l'assenza dello scatto alla risposta.

Nell'ottobre 2001, WIND ha introdotto il contratto "*Wind Select Euro Voice*", distinto nelle diverse tipologie: base, 3.000, 5.000 e 10.000, a seconda della spesa minima in euro a bimestre.

A partire dall'ottobre 2002 è stato invece proposto il piano tariffario "*Infostrada Business*", distinto in "*VB Premium*" e "*VB 2Easy*".

Più recentemente sono stati offerti i contratti "*Wind Business*" (ottobre 2004) e "*Infostrada Business*" (giugno 2005).

Nella tabella 9 che segue sono riportate le condizioni economiche relative a ciascun piano tariffario:

Tab. 9 Piani tariffari di WIND per il servizio fisso-mobile (eurocent/min. +IVA)

	Canone	Scatto risp.	Interc.	On net	Off net	Scontistica %	dal	al
a) Wind Select EuroVoice* (da 10 linee/SIM) VoiceBase	- Opz. convergenza: [omis.]/euro/mese/ linea		[omisiss]**	[omisiss]]	[omisiss]]	[omis.]/% sul traffico oltre [omis.] euro/bimestre vs. fisso/Wind [omis.]/% sul traffico oltre [omis.] euro/bimestre vs. mobili altri gestori	15/10/2001	18/05/2004
EuroVoice 3.000	- Opz. WPN: [omis.]/euro/mese/ linea		[omisiss]**	[omisiss]]	[omisiss]]		15/10/2001	18/05/2004
EuroVoice 5.000			[omisiss]**	[omisiss]]	[omisiss]]		15/10/2001	18/05/2004
EuroVoice 10.000			[omisiss]**	[omisiss]]	[omisiss]]		15/10/2001	18/05/2004
b) Infostrada Business -VB Premium (da 10 linee)	-Linea analogica [omisiss] -Linea ISDN base [omisiss] -Linea ISDN primaria [omisiss]		[omisiss]***	[omisiss]]	[omisiss]]		11/10/2002	
-VB 2Easy (da 32 linee)	-Linea analogica [omisiss] -Linea ISDN base [omisiss] -Linea ISDN primaria [omisiss]		[omisiss]***	[omisiss]]	[omisiss]]		11/10/2002	
-Infostrada Business (da 10 linee)	-Linea analogica [omisiss] -Linea ISDN base [omisiss] -Linea ISDN primaria [omisiss]		[omisiss]***	[omisiss]]	[omisiss]]		6/6/2005	
c) Wind Business (da 10 SIM)	[omisiss] euro/mese		[omisiss]	[omisiss]]	[omisiss]]	Con Wind Business Supera: [omisiss]% su canone mensile e chiamate vs. fisso nazionale	18/10/2004	

*Il listino convergente prevede un minimo di 4 linee fisse attestate su un apparato di commutazione privato (PABX) e 5 abbonamenti mobili (EuroVoice Base), un canone di abbonamento mensile pari a [omisiss] euro per ciascuna linea/SIM (doc 3.136 pag. 19 e doc. 1.15, All. 13, pag. 73).

** Solo in caso di sottoscrizione delle opzioni WPN (*Wind Private Network*) e convergenza; quest'ultima opzione, in particolare, prevede, oltre al riconoscimento della tariffa company, anche l'assegnazione di un piano di numerazione privato (PNP).

*** Gratis in caso di sottoscrizione dell'opzione Leonardo Infostrada.

Fonte: WIND Doc. 178, all. 2-3.

186. Le ponderazioni dei prezzi per le componenti di traffico *intercom* e *on-net* sono state effettuate considerando fino al 2003 un'incidenza media del traffico *intercom* del [omissis]% sul complesso del traffico F-M terminato su rete WIND. Tale è infatti la percentuale relativa all'anno 2003 che risulta dai dati forniti dalla società; per gli anni precedenti si è dovuto fare riferimento al medesimo importo, dal momento che WIND non è stata in grado di fornire i relativi dati. Negli anni successivi il peso della direttrice *intercom* risulta essere cresciuto, raggiungendo il [omissis]% circa nel 2004 ed il [omissis]% nel 2005 (primi nove mesi).

187. Il piano tariffario "*Wind Select Euro Voice*" base contemplava la possibilità di ottenere uno sconto del [omissis]% sul traffico verso numeri WIND al superamento di certe soglie di consumo. Per i contratti "*Infostrada Business*" le chiamate *intercom* venivano offerte gratuitamente in caso di sottoscrizione di una specifica opzione.

188. Quanto ai prezzi di terminazione proposti da WIND, si è già ricordato che l'impresa ha determinato autonomamente il relativo valore fino al settembre 2005, quando con del n. 286/05/CONS l'AGCom ha fissato la tariffa in 14,35 centesimi di euro. In precedenza, il prezzo praticato da WIND era di [omissis] centesimi di euro (media ponderata tra la tariffa *peak* di [omissis] eurocent. e quella *off peak* di [omissis] eurocent.).

Anche in questo caso, al valore in questione è stato aggiunto un costo minimo di raccolta stimato in un centesimo di euro.

189. Effettuando il confronto tra il prezzo medio praticato alla clientela *business* per il traffico *intercom* e *on-net* ed i costi di terminazione e raccolta su utenti WIND sostenuti dai terzi, si osserva che fino al settembre 2005 il primo valore si è sistematicamente mantenuto ampiamente al di sotto del secondo, nell'ipotesi più favorevole di durata media delle chiamate di due minuti¹⁰².

Infatti, i prezzi medi praticati da WIND sono compresi tra i [omissis] ed i [omissis] centesimi di euro circa, quindi sensibilmente inferiori anche ai soli prezzi di terminazione applicati da WIND fino all'agosto 2005.

Soltanto a seguito della fissazione della tariffa di terminazione da parte dell'AGCom nel settembre 2005, i prezzi previsti da alcuni contratti, vale a dire "*Infostrada Business VB 2Easy*" e "*Infostrada Business*" (quest'ultimo introdotto nel giugno 2005, in pendenza del procedimento), si sono collocati al di sopra dei costi di terminazione e raccolta nell'ipotesi di sconto medio; con sconto massimo, solo il primo dei due supera la soglia.

190. Nella tabella 10 che segue sono evidenziati i risultati descritti. In particolare, le caselle indicate in grigio scuro indicano tutti i casi in cui le condizioni economiche praticate alla clientela *business* sono sempre inferiori ai costi di terminazione e raccolta, per tutto il periodo di riferimento; mentre quelle indicate in grigio chiaro indicano i casi in cui ciò è vero fino al 1° settembre 2005 (il valore indicato in corsivo segnala che il prezzo è inferiore al solo costo di terminazione, almeno fino al settembre 2005, se è anche sottolineato, ciò è vero per tutto il periodo considerato):

¹⁰² [I risultati dell'analisi rendono superfluo il confronto prezzi-costi nell'ipotesi meno favorevole a WIND di una chiamata della durata media di tre minuti.]

Durata media delle chiamate pari a due minuti

Tab. 10 Condizioni economiche praticate alla clientela (eurocent/min.)

Terminazione e raccolta*

	decorr. dal	fino al	interc.	on-net	peso interc (%)	peso onnet (%)	scatto resp.	prezzo ponder	sconto medio	sconto max	prezzo sconto medio	prezzo sconto max	fino a ago 05	da set 05
Wind Select Euro Voice base	ott-01	mag-04	[omis]	[omis]	[omis]	[omis]	[omis]	[omis]	[omis]%	[omis]%	<u>[omis]</u>	<u>[omis]</u>	[omis]	[omis]
Wind Select Euro Voice 3.000	ott-01	mag-04	[omis]	[omis]	[omis]	[omis]	[omis]	[omis]	[omis]%	[omis]%	<u>[omis]</u>	<u>[omis]</u>	[omis]	[omis]
Wind Select Euro Voice 5.000	ott-01	mag-04	[omis]	[omis]	[omis]	[omis]	[omis]	[omis]	[omis]%	[omis]%	<u>[omis]</u>	<u>[omis]</u>	[omis]	[omis]
Wind Select Euro Voice 10.000	ott-01	mag-04	[omis]	[omis]	[omis]	[omis]	[omis]	[omis]	[omis]%	[omis]%	<u>[omis]</u>	<u>[omis]</u>	[omis]	[omis]
Infostrada Business VB Premium	ott-02		[omis]	[omis]	[omis]	[omis]	[omis]	[omis]	[omis]%	[omis]	<u>[omis]</u>	<u>[omis]</u>	[omis]	[omis]
Infostrada Business VB 2Easy	ott-02		[omis]	[omis]	[omis]	[omis]	[omis]	[omis]	[omis]%	[omis]	<u>[omis]</u>	<u>[omis]</u>	[omis]	[omis]
Wind Business	ott-04		[omis]	[omis]	[omis]	[omis]	[omis]	[omis]	[omis]%	[omis]%	<u>[omis]</u>	<u>[omis]</u>	[omis]	[omis]
Infostrada Business	giu-05		[omis]	[omis]	[omis]	[omis]	[omis]	[omis]	[omis]%	[omis]	<u>[omis]</u>	<u>[omis]</u>	[omis]	[omis]

* Il costo di raccolta viene stimato in 1 €. (cfr. TIM doc. 4.24 e audizione BT Italia doc. 197, all. 1, 4 e 6).

d) Il protrarsi dell'abuso: ulteriori offerte discriminatorie di TIM e WIND

191. Preliminarmente si osserva che, ad eccezione dei casi specifici in cui è stata fornita prova che alcune tipologie di contratti (nella fattispecie, le tipologie di contratti di TIM "1038" e "Nonsolomobile") sono state ritirate dal mercato e/o sostituite con altre forme contrattuali che non presentino più le medesime caratteristiche di discriminatorietà, tutti gli altri contratti di TIM e di WIND - standard e/o personalizzati per la grande clientela affari - si considerano tutt'ora vigenti¹⁰³ e, ove tali, discriminatori, anche tenendo conto delle più basse tariffe di terminazione previste a partire dal 1° luglio 2006, che portano i valori di terminazione e raccolta, rispettivamente, a 12,20 eurocent/min., per TIM, e a 13,90 eurocent/min. per WIND (cfr. supra, stessa sez., c, i e ii).

192. Peraltro, dopo l'invio alle Parti della Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, avvenuta in data 28 luglio 2006, gli Uffici dell'Autorità sono venuti a conoscenza di nuove offerte di TIM e WIND alla clientela aziendale. Tali offerte sono connotate dall'applicazione di tariffe di terminazione F-M *on net* inferiori a quelle regolamentate offerte ai concorrenti a livello *wholesale*, nonché da forme di discriminazione tecnica, consistenti in soluzioni per la conversione del traffico fisso-mobile in mobile-mobile, che TIM non concede alle società concorrenti.

193. In particolare, con memoria pervenuta in data 15 novembre 2006 (doc. 603), FASTWEB ha dato conto di un'offerta di TIM alla clientela *business* che attesterebbe il perdurare dell'abuso nel mercato all'ingrosso della terminazione sulla rete del gestore (ivi, all. 3). Nella stessa memoria, FASTWEB allega un documento interno di TIM relativo alla gara CONSIP (dell'aprile 2005) per l'aggiudicazione dell'offerta di riferimento per la fornitura di servizi di telefonia alle pubbliche amministrazioni, dal quale risultano sia le offerte presentate da TIM, VODAFONE e WIND in sede di gara, sia la cosiddetta "offerta di reazione" elaborata da TIM nel novembre del 2005 in seguito all'aggiudicazione della gara da parte di WIND (ivi, all. 2).

Peraltro, la stessa TIM, in una successiva memoria (doc. 748, pag. 165) dà conto delle offerte presentate da se stessa e dagli altri due MNO nella suddetta gara CONSIP, senza tuttavia citare o commentare la propria successiva offerta di reazione (pur avendo avuto accesso al doc. 603)¹⁰⁴.

In seguito, con documentazione inviata il 10 aprile 2007 (doc. 736), FASTWEB ha segnalato all'Autorità l'esistenza di ulteriori e più recenti offerte tecnico-economiche discriminatorie, proposte da TIM a clienti aziendali, nell'ambito di procedure ad evidenza pubblica e, proprio per tale ragione, parzialmente accessibili a FASTWEB.

194. In primo luogo, dall'all. 3 al doc. 603, risulta che, nel marzo 2006, TIM ha stipulato un contratto di fornitura di servizi di telefonia mobile con l'Agenzia Regionale Intercent-ER¹⁰⁵, caratterizzato da condizioni tariffarie non replicabili da parte dei concorrenti: l'offerta prevede, infatti, un prezzo per il traffico fisso-mobile *on net* inferiore al prezzo del relativo servizio di terminazione offerto all'ingrosso ai propri concorrenti. Nella tabella seguente si raffrontano i prezzi dell'offerta per le chiamate fisso-mobile *on net* (inclusive di raccolta e terminazione) con le tariffe regolamentari di terminazione F-M vigenti nel periodo in esame.

SERVIZIO PRESTATO	Prezzi praticati all'Agenzia Regionale Intercent-ER (€ cent al minuto) IVA esclusa	Tariffe regolamentari (€ cent al minuto) vigenti nel periodo in esame (marzo 2006 – oggi)
Traffico F-M "On net" diretto ad utenze in convenzione della stessa pubblica amministrazione in CS e CPS	0,1	12,10 (11,20*)
Traffico F-M "On net" diretto ad utenze in convenzione della stessa pubblica amministrazione usando collegamenti dedicati	0,1	12,10 (11,20*)

* a partire dal 1° luglio 2006, a seguito di quanto disposto dalla delibera 3/06 CONS dell'AGCom.

195. La tabella evidenza che i prezzi praticati sono di gran lunga inferiori alle tariffe regolamentari. Dal medesimo documento si rileva, inoltre, che tariffa praticata sulla direttrice F-M per il traffico *off net* è pari a 10,53 eurocent/min., comunque inferiore al costo regolamentare della sola terminazione degli altri MNO.

196. L'all. 2 al doc. 603 è un documento interno di TIM dal titolo "CONSIP: 'OFFERTA DI REAZIONE'", datato 8 novembre 2005 e indicato come "confidenziale", nel quale TIM analizza i risultati della gara CONSIP per l'aggiudicazione dell'offerta di riferimento dei servizi di telefonia per le pubbliche amministrazioni, vinta da WIND.

L'offerta presentata da WIND in sede di gara prevede una tariffa per il traffico F-M *intercom* pari a 1,34 eurocent/min., a fronte di un costo per la terminazione delle chiamate F-M su rete WIND, pari a 14,35 eurocent/min. fino al 1° luglio 2006 e a 12,90 eurocent/min. a partire da quella data. La corrispondente tariffa presentata da TIM in sede di gara è

¹⁰³ [In alcuni casi i contratti sono stati aggiornati e presentano condizioni ancora migliorative. A titolo di esempio, sul sito <http://netagencyweb.com/corporate/WSE.html>, è possibile rinvenire una versione più aggiornata del contratto WIND Select Eurovoice - WIND Select Eurovoice Premium - con tariffe più basse rispetto a quelle riportate nella tab. 12 e con la possibilità di affiancarvi opzioni ulteriormente vantaggiose, come l'"Opzione Leonardo", che prevede che tutto il traffico intercom sia gratis.]

¹⁰⁴ [La società TELECOM, così come le altre Parti, hanno preso visione dell'intera documentazione (doc. 603) in sede di accesso agli atti del procedimento.]

¹⁰⁵ [Agenzia per l'acquisto di beni e servizi, che ha il compito di sostenere il processo di ottimizzazione degli acquisti e la gestione della piattaforma tecnologica della Regione Emilia Romagna.]

pari a 10,22 eurocent/min., in ogni caso inferiore al costo regolamentato della sola terminazione F-M su rete TIM (12,1 eurocent/min. fino a luglio 2006, e 11,2 eurocent/min. in seguito).

Nello stesso documento TELECOM definisce i dettagli della cosiddetta "offerta di reazione", ossia l'offerta migliorativa rispetto alla convenzione CONSIP-WIND che la società intende proporre alle pubbliche amministrazioni "... per azioni di win back e di difesa dei clienti PA ...". Si legge, tra l'altro, che: "[l]’offerta di TIM per le PA avrà le seguenti caratteristiche:

-
- Sulla direttrice Fisso-Mobile rispetto del vincolo regolatorio sul "prezzo medio" e non sulla singola direttrice.
- Recupero dei margini sugli APPARATI, SMS e GPRS (rispetto ai valori presentati in gara) ..." (all. 2, pagina 8 delle slides).

Ancora, con riguardo alla direttrice F-M, appaiono significative le considerazioni formulate dalla società in merito alle "condizioni di maggiore difendibilità [della propria offerta di reazione-n.d.r.] rispetto alle regole dell’Authority", derivanti dal fatto che tale offerta è volta a contrastare offerte con analoghe caratteristiche presentate dagli altri gestori (WIND e VODAFONE) (all. 2, pag. 7 delle slides).

Di particolare rilievo è inoltre la circostanza che l’offerta F-M è concepita in modo tale da essere "complementare a quella di TIW [Telecom Italia Wireline – n.d.r.] sulle direttrici F-M non intercom". In particolare, l’offerta è costruita "... considerando un pricing floor medio di 13 centesimi ... in modo tale da rendere appetibile la sola direttrice intercom (direttrice non gestibile ad oggi da TIW)", che deriva da un’offerta di reazione di 0,5 eurocent/min. per la direttrice intercom e di 26 eurocent/min. per tutte le altre direttrici (on net ed off net) (all. 2, pag. 11 delle slides).

Il documento conclude evidenziando che "[p]oiché il livello di prezzo dell’offerta è lontano dai valori di riferimento del mercato è necessario assicurare che l’offerta sia resa disponibile solo alle PA..." (all. 2, pag. 14 delle slides, enfasi aggiunta).

197. Vale evidenziare, in merito alla gestione complementare delle offerte integrate F-M a livello di gruppo (TIM/TIW), resa ancora più evidente dall’integrazione di TIM in TELECOM nel 2005, che essa appare rientrare a pieno titolo nel nuovo "Integrated fixed-mobile multichannel approach" del Gruppo, i cui risultati per il 2006 sono enfatizzati in un documento interno di TELECOM ITALIA GROUP - Meeting with the financial Community 2007 - dove, tra l’altro si legge: "... Strong benefit from fixed and mobile integration:

- Distribution channels
- Price control (no price war in F/M substitution)" (cfr. doc. 843, intervento di FASTWEB, pag. 8 delle slides).

198. A seguito dell’inizio di ulteriore documentazione da parte di FASTWEB in data 10 aprile 2007, attestante la formulazione di nuove offerte discriminatorie di telefonia sulla direttrice F-M da parte di TELECOM a [omissis], del 20 marzo 2006, e a [omissis], del 1° settembre 2006, è stata inviata una richiesta di informazioni a TIM (doc. 734), invitandola a produrre copia delle suddette offerte proposte dalla società, e consentendo l’accesso alla segnalazione di FASTWEB (doc. 738).

199. Il 16 aprile 2007 è pervenuta la risposta di TELECOM (doc. 739) alla richiesta di informazioni, nella quale la società allega copia delle offerte in esame e propone le proprie valutazioni (cfr. infra sez. VIII, 3, c, i) in merito alle stesse.

La prima delle due offerte ([omissis]) prevede:

[omissis].

Nel periodo in cui l’offerta è stata formulata (marzo 2006), TELECOM applicava ai propri concorrenti la tariffa regolamentare di 12,10 eurocent/min. per la terminazione delle chiamate sulla propria rete mobile.

200. Inoltre, in allegato all’offerta specifica per [omissis] sopra descritta, TELECOM ha fornito la cosiddetta [omissis]. Le tariffe proposte in tale offerta per le chiamate F-M intercom e le altre chiamate F-M (on net ed off net) sono rispettivamente pari a [omissis] eurocent/min e [omissis] eurocent/min, ossia [omissis] a quelle indicate da TIM nell’offerta di reazione CONSIP discussa nel richiamato documento dell’8 novembre 2005 (allegato al doc. 603).]

201. Infine, l’offerta formulata da TELECOM al [omissis] il 1° settembre 2006, consiste in [omissis] (doc. 739).

202. Vale, infine, evidenziare che WIND è risultata aggiudicataria anche della successiva gara CONSIP per la fornitura di servizi di telefonia mobile e servizi connessi, comprendente anche l’offerta di servizi di telefonia F-M in CS, CPS e attraverso collegamenti dedicati (periodo di validità della convenzione: dal 3/02/06 al 2/08/07).

In particolare, le tariffe previste per il traffico F-M tra utenze della stessa PA (traffico intercom) e tutto il resto del traffico (definito genericamente off-net) sono pari, nelle modalità tecniche CS e CPS, rispettivamente a 1,34 eurocent/min. e 13,41 eurocent/min.; le tariffe per le medesime direttrici, utilizzando collegamenti dedicati, sono pari rispettivamente a 0,80 eurocent/min. e 12,88 eurocent/min. (cfr. il sito www.acquistinretepa.it, Telefonia mobile 3, lotto 1).

3. LE ARGOMENTAZIONI DELLE PARTI

a) Sulla definizione del mercato rilevante

203. Nelle memorie difensive e nel corso delle audizioni, WIND ha, innanzitutto, confutato la ricostruzione dell’Autorità in merito sia alla definizione del mercato rilevante sia al riconoscimento di una posizione dominante individuale dei singoli MNO nei rispettivi mercati all’ingrosso della terminazione.

204. WIND ritiene, innanzitutto, che la definizione del mercato rilevante possa essere messa in discussione con riguardo alle chiamate on-net interaziendali (chiamate tra dipendenti di una medesima azienda) in considerazione del

fatto che uno dei principi che contribuiscono a determinare la struttura del mercato, vale a dire il CPP (*Calling Party Pays*), perderebbe la sua rilevanza economica con riferimento ai gruppi chiusi di utenti telefonici (c.d. CGU) "...con riguardo ai quali chi chiama è anche colui che riceve la chiamata" e quindi non vi è più dissociazione fra chi sceglie il fornitore del servizio (l'azienda che stipula il contratto con un gestore) e chi sceglie la rete del chiamato. Per tale ragione, con riguardo a tale tipologia di chiamate, secondo WIND non sarebbe possibile identificare mercati separati della terminazione per ciascuna rete, ma un unico mercato della terminazione su tutte le reti mobili; a sostegno di tale tesi viene richiamata una decisione dell'Ofcom, l'Autorità di settore inglese, del 2004¹⁰⁶ (cfr. doc. 626, pag. 104, e doc. 741, all. 3, pp. 47-49). Con riferimento poi alle restanti chiamate *on net* (quelle generate da dipendenti dell'azienda cliente di WIND e dirette ad altri utenti WIND), la società ritiene che "... non esiste un mercato wholesale della terminazione in quanto ... in questi casi il servizio di terminazione è unicamente autoprodotta ... [e quindi]... non ha senso parlare di mercato" (cfr. doc. 741, all. 3, pag. 48).

205. WIND, inoltre, si è soffermata sulla possibilità, delineata nel provvedimento di avvio, di una segmentazione, per ciascuna rete mobile nazionale, in relazione alla tecnologia utilizzata per la terminazione delle chiamate, GSM o UMTS, ricordando che, ad avviso dell'AGCom, il principio di neutralità tecnologica deve trovare applicazione anche ai servizi di terminazione. La stessa AGCom, nella del. n. 286/05/CONS¹⁰⁷, ha sottolineato come, in conformità a tale principio, l'articolazione del mercato della terminazione vocale a seconda della tecnologia non risulti suffragata dai precedenti comunitari e nazionali, né dal quadro regolamentare europeo; né, d'altra parte, sembrerebbero esservi elementi che conducano a tale individuazione del mercato rilevante. Nella stessa direzione andrebbero sia la decisione dell'Autorità di settore inglese relativa al mercato n. 16 (terminazione delle chiamate vocali su singole reti mobili), che ha ritenuto di includere nello stesso mercato sia i sistemi di seconda che di terza generazione, sia quella dell'Autorità di settore maltese, di analogo tenore (cfr. doc. 289, pp. 54-55, e doc. 626, pag. 105).

Pertanto, WIND contesta una possibile limitazione del mercato rilevante alla sola tecnologia GSM e la conseguente esclusione di H3G dal presente procedimento. L'esclusione di H3G sarebbe ancora più palese considerando che la stessa AGCom, prima con la citata del. n. 286/05/CONS e poi con la successiva del. n. 3/06/CONS¹⁰⁸, che ha completato il procedimento relativo all'identificazione e analisi del mercato della terminazione delle chiamate vocali su singole reti mobili, ha individuato quattro mercati rilevanti corrispondenti alla terminazione delle chiamate vocali sulle reti di ciascun operatore in Italia – TIM, VODAFONE, WIND e H3G – e ha identificato i menzionati operatori come individualmente dominanti, ciascuno nella fornitura di terminazione sulla propria rete, imponendo obblighi di accesso e uso di determinate risorse di rete, di trasparenza, di non discriminazione e di predisposizione di un'offerta di riferimento. Nelle suddette delibere la posizione di H3G risulta differenziata rispetto a quella degli altri tre gestori solo nel senso di non imporre immediatamente ad H3G un obbligo di controllo del prezzo (cfr. doc. 626, pp. 108-110).

b) Sulla posizione detenuta dagli operatori sui mercati della terminazione

i) Le argomentazioni di TIM

206. TIM sottolinea che le offerte oggetto del presente procedimento sono quelle rivolte all'utenza aziendale, ovvero a clienti dotati di un rilevante potere contrattuale. Tali clienti sarebbero in grado di esercitare una notevole pressione concorrenziale sugli MNO, inducendo questi ultimi "*ad applicare prezzi particolarmente convenienti per le chiamate destinate alla rete di ciascuno di essi*"; di più, "*l'esistenza stessa di questo tipo di offerte è dovuta al notevole countervailing buyer power dell'utenza business che, nella sostanza, è stata in grado di incidere sul prezzo delle chiamate f-m on net, innescando un'accesa competizione tra gli MNO*" (cfr. doc. 748, pag. 151).

TIM ritiene inoltre che, "laddove l'MNO decidesse di non assecondare una richiesta di 'riduzione' da parte del cliente business, quest'ultimo potrebbe agevolmente cambiare fornitore, soprattutto in considerazione del fatto che, grazie al sistema del 'gruppo chiuso di utenti', il fornitore è in grado, per una parte rilevante del traffico effettuato, di scegliere sia la rete di origine che quella di terminazione delle proprie chiamate".

Pertanto, secondo TIM, seppure ciascun MNO detenga una quota del 100% nell'offerta di servizi di terminazione sulla propria rete, non sarebbe in grado di avere un comportamento indipendente nei confronti dei propri concorrenti e clienti, e conseguentemente non potrebbe definirsi in posizione dominante ai sensi dell'articolo 82 del Trattato (cfr. *ivi*, pag. 152).

ii) Le argomentazioni di WIND

207. In merito alla posizione detenuta dai singoli operatori di rete mobile nell'offerta di servizi di terminazione sulla propria rete, WIND non concorda con la ricostruzione fornita sia nel provvedimento di avvio che nella CRI.

208. Secondo WIND, l'accertamento della propria posizione dominante nel mercato della terminazione richiederebbe un esame puntuale di tipo qualitativo delle condizioni di concorrenza, senza limitarsi al solo dato quantitativo della quota di mercato (cfr. doc. 289, pag. 57). In proposito, WIND evidenzia la posizione espressa dall'AGCom nella

¹⁰⁶ [Ofcom, *Suspected margin squeeze by Vodafone, O2, Orange e T-Mobile. Decision of the Office of Communications, 21 maggio 2004.*]

¹⁰⁷ [Cfr. Del. AGCom n. 286/05/CONS, del 19 luglio 2005, recante "*Misure urgenti in materia di fissazione dei prezzi massimi di terminazione delle chiamate su singole reti mobili*", già cit..]

¹⁰⁸ [Delibera AGCOM n. 3/06/CONS del 12 gennaio 2006, "*Mercato della terminazione di chiamate vocali su singole reti mobili (mercato n. 16 fra quelli identificati dalla raccomandazione della Commissione europea n. 2003/311/CE): Identificazione ed analisi del mercato, valutazione di sussistenza di imprese con significativo potere di mercato ed individuazione degli obblighi regolamentari*", già cit..]

delibera n. 465/04/CONS¹⁰⁹, in base alla quale il solo fatto che nell'offerta di servizi di terminazione sulla propria rete ogni MNO abbia una quota pari al 100% non implica che ciascuno di essi detenga e sia in grado di esercitare in tale mercato un sostanziale potere di mercato (SMP). WIND sostiene che sia paradossale sottoporre ai vincoli propri di un operatore dominante un soggetto con un peso marginale nel mercato a valle dei servizi finali alla clientela, in virtù del possesso dell'esclusiva nella terminazione sulla propria rete. A parere della società, in base a tale ragionamento, anche gli operatori denunciati si troverebbero in una potenziale posizione di monopolio nella terminazione sulle proprie reti (cfr. *ivi*, pp. 55-56).

WIND ritiene, inoltre, che occorra operare una differenza fra lo scopo dell'accertamento del potere di mercato nel contesto regolamentare e l'individuazione di una posizione dominante in ambito di tutela della concorrenza. Mentre nel primo caso l'esercizio è funzionale all'eventuale imposizione di "remedies" alle condotte dell'impresa, in sede antitrust l'accertamento di una posizione dominante determina il carattere abusivo di una condotta altrimenti lecita. In un'ottica antitrust, "valutare la sussistenza di una posizione dominante individuale su ciascuna rete è, in un certo senso, misleading, perché porta alla conseguenza dell'illiceità della pratica [di price discrimination-n.d.r.] indipendentemente dalla quota di mercato nei servizi finali" (cfr. doc. 145, pag. 8, e, in senso analogo, doc. 626, pag. 116).

Peraltro, la società sottolinea che la stessa AGCom riconosce l'esistenza di un differente potere di WIND, rispetto a TIM e VODAFONE, nel mercato della terminazione: la citata del. n. 465/04/CONS, al par. 189, ravvisa, infatti, l'esigenza di concedere a WIND, entrato nel mercato più tardi rispetto a TIM e VODAFONE, la possibilità di applicare prezzi di terminazione più elevati rispetto a quelli dei due concorrenti per un periodo di tempo determinato e in modo strumentale al rafforzamento della propria posizione competitiva (cfr. doc. 289, pag. 59).

209. Secondo WIND, inoltre, la fornitura di terminazione a livello *wholesale* avviene nell'ambito di contratti di interconnessione caratterizzati dalla bidirezionalità del servizio. Non avrebbe senso, quindi, parlare di monopolio dell'operatore sulla propria rete, in quanto la domanda di terminazione è sempre connessa ad un'offerta di terminazione; in tale prospettiva, inoltre, "...assume un evidente rilievo l'eventuale asimmetria nelle quote di mercato detenute dagli operatori a livello retail. Nel caso questa sia rilevante, la rete con meno clienti finisce con il subire nella sostanza le decisioni anche di prezzo della rete con più clienti" (cfr. doc. 626, pag. 118).

c) Sulla discriminazione a favore delle proprie divisioni commerciali

i) Le argomentazioni di TIM

210. Preliminarmente TIM osserva che il contratto standard d'interconnessione, che definisce il prezzo di terminazione fissato in via regolamentare sulla rete mobile di TIM, costituisce il tipico contratto volto a tutelare, in primo luogo, interessi di "natura privatistica". Più precisamente, "tale prezzo ... evidentemente comprende la remunerazione degli investimenti effettuati ed un equo margine di profitto per lo svolgimento dell'attività imprenditoriale. A ciò va aggiunto che, a partire dal 2003, i prezzi della terminazione sono regolati attraverso il meccanismo del network cap, che costituisce un ulteriore incentivo all'efficienza degli MNO". Inoltre, tale contratto tutelerebbe anche interessi di "natura pubblicistica", quali la sicurezza delle operazioni e il mantenimento dell'integrità della rete, l'interoperabilità dei servizi e la protezione dei dati (cfr. doc. 748, pp. 124 e 125).

211. TIM sottolinea quindi che:

- le offerte relative al segmento fisso-mobile sono destinate ai soli clienti che hanno già sottoscritto un contratto di fonia mobile, rispetto al quale hanno carattere meramente accessorio;
- il carattere accessorio è dimostrato anche dall'esiguo fatturato generato da tali servizi pari, includendo sia le offerte in *carrier selection* che i ricavi derivanti dall'offerta PABX-MSC, al [omissis]% del mercato;
- le criticità relative alle offerte in *carrier selection* sarebbero emerse in sede di consuntivo, quando si è rilevato che la distribuzione del traffico sulle singole direttrici non era quella ipotizzata al momento del lancio dell'offerta. All'esito di tale analisi l'offerta "1038" è stata ritirata dal mercato nel febbraio 2005, a meno di un anno dal lancio, e quella "Nonsolomobile" è stata recentemente sostituita con l'offerta "Selection TIM". Tali scelte non sarebbero state tuttavia dettate dalla consapevolezza del carattere abusivo delle proprie offerte, bensì da una valutazione "estremamente conservativa" effettuata in pendenza del giudizio di merito innanzi il T.A.R. del Lazio sul procedimento A351, che ha indotto la società a sospendere "le offerte che (anche solo per ipotesi) avrebbero potuto comportare problemi di compatibilità con la normativa antitrust" (cfr. doc. 355, pp. 42-44).

In merito a tale ultimo punto, TIM ribadisce che, una volta rilevata la "potenziale irriplicabilità" delle offerte in CS", esse sono state ritirate, comportando "la definitiva eliminazione degli 'abusi' ipotizzati nella CRI". Le offerte successivamente introdotte ("Selection TIM" e "PABX Direct Link") "prevedono, per la direttrice f/m, prezzi superiori ai costi sottostanti (sia che si consideri la sola componente on net, sia che si considerino tutte le componenti dell'offerta)" (doc. 748, pag. 128).

212. TIM ritiene, inoltre, che l'analisi condotta nella CRI sarebbe viziata da un grave errore metodologico laddove si sostiene che, poiché le offerte di TIM relative alle sole componenti di traffico *intercom* e *on net* sono spesso inferiori ai costi sottostanti di terminazione e raccolta, ciò consentirebbe di provare una discriminazione nel mercato della terminazione sulla propria rete. Più precisamente, secondo TIM, l'utente aziendale che voglia effettuare chiamate F-M

¹⁰⁹ [Delibera dell'AGCom n. 465/04/CONS, "Consultazione pubblica sulla identificazione ed analisi del mercato della terminazione di chiamate vocali su singole reti mobili, sulla valutazione di sussistenza del significativo potere di mercato per le imprese ivi operanti e sugli obblighi regolamentari cui vanno soggette le imprese che dispongono di un tale potere (mercato n. 16 fra quelli identificati dalla raccomandazione sui mercati rilevanti dei prodotti e dei servizi della commissione europea)" del 22 dicembre 2004.]

deve acquistare la terminazione su tutte e quattro le reti mobili esistenti (TIM, VODAFONE, WIND e H3G) e, pertanto, la circostanza che le divisioni commerciali di TIM abbiano formulato un'offerta migliore solo con riferimento alle chiamate sulla propria rete - e non con riguardo alle componenti *on net* e *off net* - non proverebbe che gli altri operatori non siano in grado di formulare offerte complessivamente competitive.

Né d'altra parte, secondo TIM, la circostanza che gli uffici abbiano utilizzato - ai fini del calcolo della replicabilità da parte degli OLO (altri operatori di rete fissa) - proprio la stessa metodologia utilizzata dalla società in un documento interno rinvenuto in ispezione presso una delle sedi di TIM, il doc. 4.24¹¹⁰, dimostrerebbe la correttezza di tale analisi. Tale documento, infatti, sarebbe stato redatto *"in un'ottica meramente prudenziale, portando alle estreme conseguenze le valutazioni svolte dall'Autorità nel provvedimento relativo al caso A-351"*; inoltre, anche se la sentenza resa dal Consiglio di Stato in merito a tale caso¹¹¹ avrebbe confermato che la "replicabilità" deve essere valutata per singole direttrici di traffico, sarebbe anche emerso che *"la direttrice f/m costituisce un unico servizio che non può essere ulteriormente suddiviso"* (cfr. doc. 748, pag. 153).

213. In tal senso, secondo TIM, una più corretta valutazione che tenesse conto di tutte le componenti dell'offerta F-M evidenzerebbe che le due offerte "1038" e "Nonsolomobile" descritte nel suddetto documento presentavano prezzi superiori ai costi di terminazione e raccolta. Ciò, secondo TIM sarebbe vero considerando anche solo le componenti *intercom* e *on net* in base alla ripartizione percentuale del traffico tra le suddette componenti che TIM aveva ipotizzato al momento del lancio - tuttavia TIM non fornisce alcuna evidenza documentale in merito ad eventuali stime effettuate a quell'epoca - e che, solo a consuntivo, sarebbero state disattese (cfr. doc. 748, pp. 154-156).

214. Più in generale, TIM contesta *"la ricostruzione dei documenti effettuata nella CRI"*, riferendosi, in particolare, ai documenti ispettivi 4.102, 4.11, 4.137, databili tra il febbraio e il luglio 2004, e il già citato doc. 4.24, del febbraio 2005.

TIM ribadisce che anche i documenti redatti nella prima metà del 2004 e relativi allo studio e lancio delle offerte in CS, in cui si esprimevano *"dubbi circa la legittimità di un'offerta con prezzi finali della componente intercom inferiore ai costi wholesale"*, erano il frutto di valutazioni prudenziali, essendo ancora in corso il caso A351: *"solo alla fine del 2004 ... divenne evidente che, in alcuni casi, i prezzi effettivi pagati dal cliente ... erano inferiori ai costi sottostanti e che era, pertanto, necessario modificare le offerte in CS ovvero, se del caso, cessarne la commercializzazione"*. In tal senso, non potrebbe accettarsi, a dire di TIM, neanche l'interpretazione data nella CRI ad un altro documento, il doc. 4.289, del giugno 2004, dal quale si evincerebbe la consapevolezza della società in merito alla irreplicabilità delle offerte in CS: tale documento, che sarebbe stato redatto da *"ignoto estensore"* e acquisito *"in una sede territoriale priva di competenza strategica"* rappresenterebbe un riepilogo delle trattative in corso per il lancio dell'offerta "1038" e conterrebbe inoltre *"dati errati"* laddove riporterebbe (a pag. 4) un prezzo - con sconto massimo, per una chiamata *on net* di due minuti e mezzo e comprensivo dello scatto alla risposta - di 12 eurocent, in luogo del valore correttamente calcolato di 15,6 eurocent, superiore al sottostante costo di terminazione (cfr. doc. 748, pp. 157-160).

Tuttavia, TIM non fornisce alcuna spiegazione in merito al perché il dato riportato nel documento sarebbe errato.

215. In ogni caso, TIM ritiene di non poter essere soggetta ad alcuna censura dal momento che *"pur prevedendo in alcuni casi prezzi finali (limitatamente alla componente on net) inferiori ai costi di terminazione, le offerte f/m erano ... concepit[e] e attuat[e] per fronteggiare la concorrenza di Vodafone e Wind e non certo per 'escludere' altri potenziali concorrenti"*. In particolare, TIM evidenzia che la scelta di VODAFONE di introdurre, nell'ambito dell'offerta di servizi mobili, un servizio fisso-mobile con prezzi particolarmente convenienti *"costituiva una seria minaccia per TIM ... [posto che]... la clientela aziendale è naturalmente sensibile al prezzo del traffico intercom e on-net"*.

Tali offerte dovrebbero quindi essere più correttamente valutate nell'ambito della competizione tra MNO e, per quanto concerne TIM, giustificate alla luce della *"nota teoria della 'meeting competition defence'"*. A sostegno della propria tesi, TIM cita sia alcuni documenti rinvenuti in ispezione presso le sue sedi (doc. 4.3, pag. 1, e doc. 4.102), in cui si menziona la necessità di contrastare l'iniziativa di VODAFONE, sia alcune sentenze e decisioni comunitarie (casi *United Brands*, *Hilti*, e *Akzo*; cfr. doc. 748, pp. 127-128 e pp. 146-149).

216. Da ultimo, e con specifico riferimento alle offerte formulate a [omissis], del 20 marzo 2006, e a [omissis], del 1° settembre 2006, TELECOM ha evidenziato quanto segue.

[omissis].

Infine, TELECOM aggiunge che tali offerte, che ad avviso di FASTWEB dovrebbero costituire un'ulteriore prova della discriminazione perpetrata dalla società ai danni dei concorrenti, risultano replicabili *per tabulas*, visto che, in entrambi i casi, i clienti hanno preferito proprio l'offerta di FASTWEB (cfr. doc. 739, pp. 1-2).

217. Vale evidenziare che l'offerta FASTWEB cui si riferisce TELECOM è quella relativa alla Convenzione di servizi di telefonia fissa e trasmissione dati stipulata da CONSIP con FASTWEB - aggiudicataria della relativa gara nel 2006¹¹² - cui [omissis], anche a seguito della segnalazione di FASTWEB circa la presunta natura anticompetitiva dell'offerta di TELECOM, ha preferito aderire il 5 dicembre del 2006. Anche [omissis] ha deciso di aderire all'offerta FASTWEB in data 30 gennaio 2007.

¹¹⁰ [Lettera inviata dal Responsabile della Divisione Affari Regolamentari all'Amministratore Delegato e ad altri dirigenti in data 25 febbraio 2005, descritta supra in sez. VIII, 2, a, ii.]

¹¹¹ [Sentenza n. 1271, del 10 marzo 2006.]

¹¹² [Cfr. http://www.acquistinretepa.it/pls/portal/docs/PAGE/PG_CONSIP_DOC/CONVENZIONI/Telefonia_fissa_e_connettivita_IP/Telefonia_fissa_e_connettivita_IP-Listino-V1.pdf.]

ii) Le argomentazioni di WIND

218. WIND rileva come la posizione marginale vantata nel mercato a valle dei servizi alla clientela aziendale implicherebbe una ridotta capacità dell'operatore di realizzare un effetto leva attraverso i comportamenti posti in essere nel mercato a monte della terminazione, che rappresenterebbero strategie competitive lecite per operatori non dominanti nell'offerta di servizi *retail*. Pertanto, l'applicazione di un prezzo del servizio di fonia fisso-mobile aziendale inferiore a quello del solo servizio di terminazione offerto come fattore intermedio ai propri concorrenti non assumerebbe, secondo WIND, i contorni di un abuso ex articolo 82 del Trattato.

La fattispecie di *price squeeze* si realizzerebbe solo qualora l'impresa verticalmente integrata fosse dominante anche nella prestazione dei servizi nel mercato a valle della fonia aziendale. Questa interpretazione della fattispecie risulterebbe confermata dalla prassi e dalla giurisprudenza comunitaria, dal momento che i casi di *price squeeze* accertati e sanzionati si riferiscono ad imprese non solo dominanti nel mercato a monte ma che vantavano una posizione "*leading*" anche nel mercato a valle.

219. A riprova di ciò, WIND ha esplicitamente ammesso di aver applicato ai propri concorrenti tariffe di terminazione superiori ai prezzi finali delle offerte proposte alla propria clientela aziendale. In particolare, la società ha sostenuto in audizione che *"...la tariffa on net praticata dalla società nei contratti aziendali è palesemente inferiore alla tariffa di terminazione"*¹¹³. Tuttavia per Wind fissare tariffe F-M on net al di sotto della tariffa di terminazione mobile non è una pratica anticompetitiva ma piuttosto un modello di competizione di un operatore convergente che soffre della concorrenza di TI e cerca di recuperare quote. ... Il vero problema è invece quello della politica commerciale di TIM/TI, che non è dominante solo sul mercato della terminazione mobile, ma anche su quello finale delle comunicazioni F-M". A riguardo, WIND ricorda che sul mercato del fisso-mobile *Corporate Telecom Italia* detiene circa il 70%, a fronte di un operatore come WIND che ha una quota che attualmente non supera [omissis]% (doc. 145, pag. 8).

Secondo la società, "affermare che la politica di tariffazione on net al di sotto dell'interconnessione è anticompetitiva equivale a minare la proposizione commerciale di offerte di servizi convergenti F-M tipica di WIND". Inoltre, il presunto abuso di terminazione individuato nel provvedimento riguarderebbe solo le chiamate da rete fissa a rete mobile WIND (ovvero on net), pari al [omissis]% del totale del mercato delle chiamate da rete fissa nazionale verso cellulari, e probabilmente per l'utenza affari questa percentuale si riduce al [omissis]%. Tuttavia, "si tratta per WIND di una componente strategica importante per competere sul mercato di rete fissa" (cfr. ivi, pag. 9).

WIND ha sottolineato che "la circostanza che la società non abbia una posizione dominante sul mercato a valle fa sì che non ricorrano le condizioni per attuare una pratica di leverage; mentre il fatto che il prezzo di terminazione è orientato ai costi, implica che non sussista alcun comportamento illecito. Uno squilibrio competitivo, infatti, potrebbe aversi solo nel caso in cui politiche on net aggressive venissero finanziate da una pratica di prezzi di terminazione non orientata ai costi, perché in quel caso si avrebbe un sussidio incrociato finanziato dagli operatori concorrenti" (cfr. ivi, pag. 9).

220. WIND precisa poi che la fattispecie contestata dall'Autorità come abuso rientrerebbe tra le ipotesi di discriminazione di primo livello, in cui il trattamento discriminatorio viene posto in essere a danno dei concorrenti (attuali o potenziali) e non invece a diretto svantaggio dell'utente; nell'ipotesi in oggetto, l'elemento determinante è rappresentato dall'effetto di *foreclosure* indotto nel mercato a valle dal comportamento dell'impresa. A sostegno di tali conclusioni, WIND cita la sentenza del Tribunale di primo grado "*Irish Sugar plc contro Commissione*"¹¹⁴ e la decisione della Commissione "*Deutsche Telekom*"¹¹⁵, dalle quali discenderebbe che ipotesi di *primary-line discrimination* e *price squeeze* possono realizzarsi solo in presenza di un significativo potere di mercato dell'impresa non solo a monte, nel mercato dell'input fornito ai concorrenti, ma anche a valle nei servizi alla clientela finale (cfr. doc. 289, pp. 64-68, e doc. 626, pag. 135).

221. Da un lato, secondo WIND, le dinamiche dei mercati interessati evidenzerebbero la diversa posizione della società rispetto a Telecom Italia: "[s]olo tale operatore, dominante su ciascuno dei mercati interessati, infatti, è certamente in condizione – attraverso le condotte in esame – di fidelizzare abusivamente la propria customer base, con l'effetto di saturare la domanda espressa dai propri clienti e con ovvie conseguenze negative per i concorrenti in termini di *foreclosure* del mercato a valle" (cfr. doc. 626, pp. 138-139).

Dall'altro, con specifico riferimento ai gestori di rete mobile, WIND cita una pronuncia dell'autorità *antitrust* francese¹¹⁶ in cui si sostiene che l'applicazione di prezzi *on net* inferiori a quelli *off net* può generare un effetto di rete – cd. effetto "club" – idoneo ad escludere i concorrenti dal mercato solo quando la base utenti dell'impresa che la adotta sia sufficientemente ampia, in quanto il nuovo cliente sarà incentivato a scegliere l'operatore che raccolga il maggior numero di utenze se questo applica tariffe *on net* vantaggiose. Lo stesso effetto non si produrrebbe, invece, laddove i vantaggi delle tariffe *on net* potessero applicarsi ad una base utenti più esigua, come appunto nel caso di WIND. Tale posizione sarebbe sostenuta anche in un documento dell'ERG¹¹⁷ (Gruppo dei regolatori europei per le reti e i servizi di comunicazione elettronica; cfr. doc. 289, pag. 70).

222. In ogni caso, WIND evidenzia che "*l'asserita discriminazione di prezzo*", addebitata alla società nella CRI, deriverebbe da un confronto tra le condizioni economiche applicate dal gestore alla propria clientela aziendale per il

¹¹³ [Enfasi aggiunta.]

¹¹⁴ [Sentenza del Tribunale di primo grado del 7 ottobre 1999 (Terza Sezione) "*Irish Sugar plc contro Commissione*", Causa T-228/97, parr. 166 e 167.]

¹¹⁵ [Decisione Decisione della Commissione del 21 maggio 2003, "*Deutsche Telekom AG*" in GU L 263 del 14 ottobre 2003, pag. 9.]

¹¹⁶ [Decisione del Conseil de la Concurrence n. 02-D-69 del 26 novembre 2002.]

¹¹⁷ [Il testo del documento, adottato in versione definitiva il 2 aprile 2004, è pubblicato sul sito web <http://erg.eu.int>.]

traffico fisso-mobile, con esclusivo riferimento alle componenti *intecom* e *on net*, e i costi di raccolta e terminazione sottostanti tali condizioni economiche; tuttavia, secondo WIND, “[I]a redditività delle offerte retail formulate da ciascun operatore deve essere valutata considerando l'intero bundle [chiamate sulle direttrici *intercom*, *on net* e *off-net-n.d.r.*] e non le singole componenti, a meno che l'operatore non detenga una posizione dominante nei mercati retail” (doc. 741, all. 3, pag. 54 e pp. 56-57). Secondo WIND, infatti, il confronto tra prezzi e costi per i *bundle* di telefonia F-M evidenzerebbe che i prezzi complessivamente offerti alla propria clientela *business* sono superiori ai relativi costi. Tuttavia, la società limita la propria analisi ad un periodo di soli 10 mesi (settembre 2005-giugno 2006) e con riferimento a quattro specifici piani tariffari standard, senza fornire il database utilizzato per le proprie elaborazioni (cfr. *ivi*, pag. 58, tab. 11).

iii) Le argomentazioni degli altri operatori

223. Di avviso contrario, rispetto a quelle assunte dagli MNO, sono le posizioni espresse dagli operatori denunciati, che hanno prodotto elementi di prova di una netta discriminazione di prezzo posta in essere dagli MNO a loro danno. Gli operatori alternativi hanno precisato di aver richiesto agli MNO servizi di terminazione a prezzi più prossimi a quelli praticati da questi ultimi in favore delle proprie divisioni commerciali, in modo da poter realizzare offerte comparabili a quelle proposte dagli MNO alla propria clientela *business*. L'impossibilità di ottenere prezzi di terminazione che consentissero di replicare le offerte suddette ha portato alla diffusione del fenomeno della trasformazione di traffico, come forma di arbitraggio sui prezzi di terminazione. Alcuni operatori quali TELE2, FASTWEB, EUTELIA, TISCALI, ove possibile, si sono avvalsi di servizi di terminazione acquistati all'ingrosso su “piazza”, cioè resi disponibili da altri soggetti che rivendono traffico in virtù di contratti *business* stipulati con gli MNO, anche attraverso la tecnica di trasformazione (cfr. rispettivamente doc. 156, pp. 4-5; doc. 190, pag. 3; doc. 170, pag. 4; doc. 167, pag. 3).

Altri operatori come INFOTEL, KARUPA, WELCOME, COLT hanno svolto direttamente attività di trasformazione del traffico fisso-mobile in mobile-mobile, al fine di usufruire delle tariffe agevolate di terminazione mobile-mobile dei contratti *business* per l'offerta di servizi ai propri clienti, o per la rivendita dei servizi di terminazione ad altri operatori di telecomunicazioni a prezzi più vantaggiosi di quelli imposti dagli MNO (cfr. rispettivamente doc. 198, pag. 3; doc. 160, pag. 2; 165, pag. 2; doc. 207, pag. 2).

I prezzi per l'acquisto di terminazione su piazza, infatti, assumono un valore intermedio tra quello delle tariffe imposte dagli MNO per la terminazione diretta sulle proprie reti e quello dei prezzi ottenibili attraverso la trasformazione diretta del traffico tramite GSM-box. TISCALI, ad esempio, ha dichiarato che il prezzo mediamente pagato su piazza dalla società per la terminazione sulle reti dei tre gestori “è pari a 12-13 eurocent/min., con uno spread rispetto alle tariffe di interconnessione pari, nelle migliori ipotesi a 3-4 eurocent/min., nelle peggiori a 2 eurocent/min., per TIM e VODAFONE, mentre per WIND, considerato l'elevato prezzo della terminazione nelle ore di picco (23 eurocent/min.), può giungere fino a 10 eurocent/min. Precisa, tuttavia, che tale prezzo è di gran lunga superiore a quello che Tiscali pagherebbe agli MNO, ove utilizzasse direttamente GSM-Box (cfr. TISCALI doc. 167, pag. 3).

224. In seguito alla politica di disattivazione delle carte SIM fornite dagli MNO tramite i contratti *business*, molti trasformatori di traffico si sono trovati nell'impossibilità di proseguire la propria offerta di terminazione fisso-mobile agli utenti finali e sono stati costretti ad acquisire terminazione su piazza, dove, peraltro, le condizioni economiche per l'acquisto di terminazione all'ingrosso, già peggiori di quelle praticate dai gestori alle proprie divisioni commerciali (cfr. punto supra), si sono inasprite a causa della contrazione dell'offerta di tale servizio.

TISCALI ha rilevato come, per effetto di tali risoluzioni contrattuali, l'offerta di terminazione su piazza sia ora soggetta a fluttuazioni (cfr. doc. 167, pag. 3).

FASTWEB ha spiegato che i prezzi delle offerte del gruppo TI-TIM alla clientela *business* erano, e sono ancora, talmente bassi che l'unica possibilità per gli operatori di rete fissa è quella di acquistare terminazione dai rivenditori presenti sul mercato; possibilità oggi ulteriormente ridotta a seguito delle risoluzioni contrattuali attuate dagli MNO (cfr. doc. 190, pag. 3; cfr. sul punto anche doc. 468, pp. 14-16).

225. A sostegno della tesi di un comportamento discriminatorio attuato dai tre MNO a vantaggio delle proprie divisioni commerciali, BT “...ha effettuato un confronto tra i prezzi F-M (interaziendale e *on net*) offerti nei suddetti contratti e i costi, totali o per la sola terminazione (tariffa d'interconnessione), sostenuti dagli OLO. Tale confronto evidenzia come il costo della risorsa intermedia necessaria ai concorrenti per offrire all'utenza finale *business* il servizio F-M, in molti casi, sia da solo superiore al prezzo del medesimo servizio finale offerto dagli MNO ai loro clienti, dimostrando così un *price squeeze* ai danni degli OLO.” In aggiunta “i calcoli per dimostrare la discriminatorietà delle offerte dei tre gestori mobili effettuati da Albacom [ora BT] tengono conto dei soli sconti a volume, ma non degli sconti fedeltà presenti nei contratti *business* degli stessi e connessi alla durata dei contratti medesimi, con valori percentuali di sconto crescenti al crescere della durata dell'impegno contrattuale sottoscritto dal cliente” (cfr. doc. 197, pag. 2 e allegato).

226. Inoltre, vari operatori hanno evidenziato come le tariffe di interconnessione proposte dai gestori di rete ai propri concorrenti non fossero orientate ai costi, dal momento che servizi che presuppongono il medesimo impegno di rete, e quindi gli stessi costi, hanno prezzi di mercato molto differenti.

WELCOME ha sottolineato che il prezzo applicato nei contratti *business* per le chiamate *on net*, pari a circa 8 eurocent/min, corrisponde al valore proposto dall'AGCom¹¹⁸ come obiettivo di riduzione programmatica delle tariffe

¹¹⁸ [Il riferimento è alla del. n. 465/04/CONS recante “Consultazione pubblica sull'identificazione ed analisi del mercato della terminazione di chiamate vocali su singole reti mobili, della valutazione del significativo potere di mercato per le imprese *ivi* operanti e

regolamentate di terminazione per il 2008. Da qui i dubbi sull'effettivo orientamento al costo delle tariffe praticate (cfr. doc. 165, pag. 4).

Secondo EUTELIA "le tariffe d'interconnessione regolamentate sono pari a 14,95, quando la chiamata è originata da rete fissa...; i prezzi di terminazione M-M on net (che a rigore dovrebbero considerarsi impegnare la rete il doppio di una semplice terminazione) sono pari a circa 8-9 eurocent/min.;..." (cfr. doc. 170, pag. 4).

FASTWEB evidenzia come la non corrispondenza delle tariffe di terminazione ai costi sottostanti sia desumibile, in primo luogo, da recenti studi internazionali, secondo i quali i costi industriali dei servizi di terminazione variano da 5 a 9 eurocent/min.; in secondo luogo, ciò è espressamente riconosciuto dalla stessa TIM nell'ambito della documentazione acquisita al procedimento per via ispettiva (in particolare, doc.ti 4.7 e 4.11). Ciò sarebbe immediatamente percepibile anche sulla base di un confronto tra le tariffe di terminazione praticate dai gestori a livello europeo, che evidenzia che le tariffe italiane sono molto più elevate rispetto a molti altri paesi europei, anche alla luce del rilevantissimo tasso di penetrazione, pari al 134% (*Implementation Report* della Commissione Europea). Sul punto, inoltre, FASTWEB ricorda che le tariffe determinate dall'AGCom "sono tariffe massime, che non tolgono ogni spazio di libertà all'operatore e, dunque, non fanno venire meno il suo obbligo di rispettare, in concreto, il principio di orientamento ai costi" (cfr. doc. 751, pp. 10-12).

227. Alcuni operatori hanno fornito stime dello *spread* esistente fra le tariffe di interconnessione di terminazione sulle reti mobili e il prezzo di terminazione medio *on net* praticato dagli MNO nei propri contratti aziendali.

Ad esempio, KARUPA ha dichiarato che tale differenza sarebbe pari a circa 7-8 eurocent/min, rendendo disponibili "margini ampiamente sufficienti a consentire a società come Karupa di svolgere proficuamente l'attività di rivendita" (cfr. doc. 160, pag. 3).

Allo stesso tempo, EUTELIA ha rilevato che i modesti margini conseguibili nella direttrice F-M sono resi possibili esclusivamente dall'utilizzo delle possibilità di arbitraggio esistenti (cfr. doc. 191, pag. 3).

COLT e INFOTEL hanno anche stimato il costo aggiuntivo sostenuto a causa di tali risoluzioni contrattuali (cfr. doc. 254, allegato 2; cfr. doc. 234, pp. 8-9).

d) Sulle risoluzioni unilaterali dei contratti per l'utenza business

i) Sulle motivazioni della risoluzione

228. Nel corso delle audizioni e nelle memorie difensive, TIM e WIND hanno ritenuto che le misure adottate nei confronti dei *reseller* (comportamenti di risoluzione unilaterale e aumento repentino dei prezzi) troverebbero la loro naturale spiegazione nell'inadempimento contrattuale di questi ultimi.

Gli MNO hanno sottolineato che i *reseller* e nello specifico i denunciati - RETEITALY, STARTEL e TWC - hanno fatto un uso illegittimo delle carte SIM acquistate attraverso contratti *business*, al fine di realizzare un arbitraggio tariffario che permettesse loro di eludere le tariffe di terminazione senza che ciò si riflettesse necessariamente in un vantaggio per i consumatori finali.

229. A detta degli MNO, inoltre, l'uso delle GSM Box per la trasformazione del traffico (al di fuori delle ipotesi e delle modalità espressamente previste da alcune tipologie di contratti per l'utenza aziendale) comporta una serie di inconvenienti che vanno dal deterioramento della qualità del servizio, al sovraccarico di alcune celle della rete, all'impossibilità per l'MNO di rispettare gli adempimenti in materia di pubblica sicurezza imposti dall'autorità competente.

230. TIM ha dichiarato che l'attività di rivendita non era "né nota né tollerata", infatti la rivendita è esplicitamente vietata dalle clausole presenti nel contratto "Multibusiness": la politica di TIM dal 2003, cioè da quando il fenomeno ha iniziato ad intensificarsi, è stata quella di "escludere indiscriminatamente la possibilità di rivendita tramite SIM box. Più specificamente, TIM ha cessato i resellers perché utilizzavano, ai fini della rivendita, un contratto esclusivamente destinato agli utenti finali...", laddove "la rivendita è esplicitamente vietata dalle clausole del contratto Multibusiness, che vietano la cessione del contratto ... [e] ... preved[ono] l'impegno del cliente ad usare le SIM solo in apparati TACS e/o GSM omologati ..." (cfr. doc. 150, pag. 3).

231. In particolare, TIM evidenzia che, sotto il profilo tecnico, l'uso di GSM Box: (i) rappresenta un pericolo per il corretto funzionamento della rete, poiché può produrre fenomeni di intasamento della cella in cui è collocato l'apparecchio, da cui deriva uno scadere della qualità del servizio; (ii) può essere causa della perdita del CLI (identificativo del chiamante), che induce effetti di disservizio per la clientela e difficoltà di adempimento degli obblighi di pubblica sicurezza per l'operatore mobile. Inoltre, gli inconvenienti dell'utilizzo di apparecchi GSM Box, ampiamente discussi a livello europeo, avrebbero indotto, la GSM Association¹¹⁹ a sollecitare da parte della Commissione un divieto espresso dell'uso di tali apparecchi (cfr. doc. 355, pag. 36).

A riprova dei suddetti disservizi, TIM cita due documenti ispettivi acquisiti presso le sue sedi – docc. 4.150 e 4.181 – dai quali "emerge un evidente nesso causale tra l'attività di reselling e il deterioramento delle prestazioni di rete" e che "al fine di mantenere un livello qualitativo adeguato nella fornitura del servizio, TIM sarebbe di fatto obbligata a sopportare costi aggiuntivi, non compensati dai ricavi da interconnessione". Inoltre, TIM sottolinea che "... è un dato di

sugli obblighi regolamentari cui vanno soggette le imprese che dispongono di un tale potere (mercato n. 16 fra quelli identificati dalla Raccomandazione sui mercati rilevanti dei prodotti e dei servizi della Commissione Europea)", del 22 dicembre 2004.]

¹¹⁹ [Il gruppo di lavoro europeo GSM Association sull'Interconnessione (WGI) ha elaborato un documento sul tema dei GSM box dal quale emergono le criticità dell'utilizzo di tali apparecchi (GSM Association – GSM Europe: «Use of Gateways for Mobile Communications».)]

fatto incontestabile che i volumi generati dal traffico 'per uso proprio' siano notevolmente inferiori ai volumi generati dal traffico 'da rivendita' e che sia proprio la concentrazione su un'unica cella di questi elevati volumi a causare i descritti disservizi" (doc. 748, pp.130-132).

Dal punto di vista economico, invece, l'utilizzo delle GSM box comporta una rilevante riduzione dei ricavi da interconnessione e "... - tenuto conto che questi ricavi sono finalizzati ... alla protezione degli investimenti per l'innovazione e lo sviluppo di un settore capital intensive come quello delle comunicazioni – è del tutto razionale che TIM abbia cominciato a risolvere i contratti Multibusiness una volta constatata, oltre al deterioramento della rete, una sensibile 'cannibalizzazione' (per di più realizzata con mezzi fraudolenti) dei ricavi in questione" (cfr. doc. 748, pag. 132).

232. Anche WIND ha dichiarato in audizione che il fenomeno di trasformazione del traffico tramite GSM Box dava luogo ad una serie di anomalie: "...problemi di congestione delle celle GSM; perdita del cliente; perdita di qualità nella conversazione (echi, disturbi, ecc.) e, nel caso di chiamate da rete fissa, rioriginare attraverso SIM prepagate, la comparsa della dicitura che segnala l'esaurimento del credito, con grave danno in termini di immagine della società; l'impossibilità, infine, di effettuare le intercettazioni richieste dalla polizia giudiziaria [omissis]" (cfr. doc. 145, pag. 2).

WIND, inoltre, evidenzia che diverse Autorità di regolamentazione europee (l'inglese Ofcom, la belga IBPT e la finlandese Ficora) avrebbero sottolineato la necessità di subordinare l'utilizzo delle GSM box ad una serie di condizioni volte a garantire la qualità del servizio fornito e la possibilità di identificare il chiamante al fine di consentire lo svolgimento delle indagini di polizia giudiziaria (cfr. doc. 626, pp. 130-132). In Italia, invece, anche se l'AGCom non è intervenuta sul tema, il Ministero delle Comunicazioni, in una lettera del 27 settembre 2006 inviata a WIND (e agli altri gestori di reti mobili), ha dichiarato che "il Dipartimento della Pubblica Sicurezza ..., Servizio Polizia Postale del Ministero dell'Interno, ... ha rappresentato, su segnalazione della Direzione Nazionale Antimafia, che l'utilizzo di dispositivi in grado di trasformare una comunicazione fisso-mobile in una doppia comunicazione fisso-fisso e fisso-mobile non consentirebbe di risalire all'identità di uno dei soggetti coinvolti nella comunicazione" (cfr. doc. 626, pag. 133 e all. 6).

233. In merito alle possibili motivazioni delle risoluzioni contrattuali, al contrario, EUTELIA ha sostenuto che la politica di disattivazione delle carte SIM è stata inizialmente orientata ad eliminare la pressione concorrenziale esercitata dagli operatori di telecomunicazioni direttamente concorrenti con gli MNO nell'offerta di servizi sulla direttrice F-M, che le utilizzavano in GSM Box (ad esempio TELE2 e la stessa PLUG.it (ora EUTELIA))¹²⁰. Solo in seguito le disattivazioni sono state estese anche a soggetti che utilizzavano le SIM per intermediare traffico. Gli MNO, tuttavia, hanno continuato a tollerare l'utilizzo di GSM Box da parte dei c.d. *telemarketer* (come ad es. i *call center*), in quanto clienti finali che usufruivano delle tariffe di terminazione scontate per svolgere un'attività non in concorrenza con quella dei gestori. Secondo EUTELIA ciò negherebbe la motivazione proposta dagli MNO, che descriverebbero le disattivazioni come reazione all'utilizzo improprio ed illecito delle SIM in apparecchi diversi dai terminali mobili (cfr. doc. 170, pag. 5).

234. Una spinta alla politica di risoluzioni contrattuali sarebbe giunta, a detta di alcuni operatori, dalla prospettiva di una riduzione delle tariffe di interconnessione regolamentate. In tale scenario, infatti, gli MNO avrebbero visto una contrazione dei propri profitti da terminazione e ciò avrebbe creato un incentivo a bilanciare tale perdita limitando l'attività di rivendita del traffico (TELE2, cfr. doc. 155, pag. 5).

Secondo WELCOME, "i gestori... .. sembrerebbero aver tollerato in passato l'attività di rivendita al fine di attenuare la forte pressione degli operatori di rete fissa a favore di una riduzione delle tariffe di interconnessione su rete mobile; queste ultime, chiaramente non orientate al costo e fonte di evidenti extraprofitti monopolistici. Infatti, il fenomeno dei resellers appariva comunque comportare riduzioni dei ricavi inferiori rispetto a quelle generate da un'eventuale diminuzione regolamentare delle tariffe F-M, oltre che essere in qualsiasi momento controllabile dagli stessi MNO attraverso la disattivazione delle carte Sim" (cfr. doc. 165, pag. 4).

STARTEL, TWC e AIIP ritengono che la decisione degli MNO di risolvere i contratti *business* al fine di impedire agli operatori l'attività di rivendita risponderebbe unicamente alla volontà di "... massimizzare i ricavi derivanti dalla terminazione fisso-mobile attraverso la segmentazione del mercato e quindi la pratica di prezzi di terminazione differenziati" (cfr. doc. 463, pag. 23).

KARUPA evidenzia che il fatto che la scelta di TIM di risolvere i contratti *Multibusiness*, in quanto volta ad evitare la "cannibalizzazione" dei ricavi da interconnessione, sia "razionale", "non implica affatto che sia legale ...[in quanto]... è ovvio che il monopolista cerchi di difendere i propri extraprofitti ..." (cfr. doc. 843, intervento Karupa, pag. 2).

Dello stesso parere è anche FASTWEB, che ritiene che ciò rappresenti un'ulteriore conferma che TIM non pratica tariffe *wholesale* orientate ai costi, ma trae profitti dalla terminazione sulla propria rete mobile. La difesa di tali profitti, tuttavia, non potrebbe in nessun caso, secondo FASTWEB, giustificare l'abuso di posizione dominante, trattandosi di un comportamento idoneo a pregiudicare le capacità competitive degli OLO, in contrasto con la normativa antitrust, con il principio sancito dall'articolo 4, comma 7, lett. d) del DPR n. 318/97 e dall'articolo 50 del Codice delle Comunicazioni, trasfuso, da ultimo, nella del. n. 3/06/CONS dell'AGCom (cfr. doc. 800, pag. 10).

235. Quanto poi alle problematiche tecniche connesse all'utilizzo delle GSM Box – deterioramento della rete mobile e quindi della qualità del servizio – STARTEL, TWC e AIIP affermano che tali obiezioni non sono comprensibili alla luce del fatto che l'uso di GSM box da parte degli operatori è perfettamente equivalente all'uso di GSM box da parte degli utenti aziendali, attività, quest'ultima, ampiamente consentita dai gestori (cfr. doc. 463, pag. 13).

¹²⁰ [TIM ha ammesso che le prime risoluzioni contrattuali risalgano al 2002 e hanno riguardato gli operatori TELE2, Plug.it (poi EUTELIA), WELCOME, COLT, Mytos Services (cfr. infra, stessa sez., ii).]

Inoltre, con riferimento al sovraccarico delle reti che si realizzerebbe con l'uso di GSM-box, alcuni operatori hanno sostenuto che le tecnologie attualmente disponibili permettono di spostare virtualmente le SIM da una cella all'altra della rete mobile ottimizzando la distribuzione del traffico (cfr., inter alia, dichiarazioni di TWC, doc. 161, pag. 4).

236. Riguardo, poi, ai problemi di perdita del CLI, cioè del codice identificativo dell'utenza dalla quale la chiamata è originata, gli operatori ritengono che siano sempre superabili. Ad esempio, KARUPA ha sostenuto che "... è sempre possibile 'tracciare' il percorso della chiamata instradata attraverso le Sim-Box per consentirne l'identificazione da parte dell'autorità giudiziaria. Karupa, in particolare, ha sempre ottemperato alle richieste di identificazione dell'origine delle chiamate avanzate dalla Procura della Repubblica." (cfr. doc. 160, pag. 3) e che durante il trasferimento della chiamata da rete fissa verso rete mobile (che KARUPA realizzava attraverso una carta SIM), l'utenza chiamante veniva registrata su appositi record (CDR), consentendo in ogni momento l'accoppiamento tra utenza chiamante e SIM chiamante (cfr. doc. 160, allegato 1, pag. 2). Analoga posizione è stata sostenuta da RETEITALY (cfr. doc. 152, pag. 3). La liceità delle GSM box, secondo TISCALI, AIIP e TWC, troverebbe conferma nelle stesse parole del Ministero delle Comunicazioni che, sul punto, si è limitato ad osservare che gli operatori che fanno uso di GSM box sono tenuti all'osservanza degli obblighi regolamentari: laddove tali obblighi sono soddisfatti, l'uso delle GSM box è quindi legittimo (cfr. doc. 843, intervento congiunto TISCALI, AIIP e TWC, pag. 7, e doc. 626, all. 6).

237. Infine, gli operatori hanno evidenziato che l'attività di trasformazione del traffico tramite GSM box è ampiamente diffusa a livello europeo e pienamente lecita (doc. 463, pp. 23-25).

ii) Sulla consapevolezza dell'utilizzo illegittimo delle SIM box

238. TIM e WIND hanno sostenuto di non essere stati a conoscenza delle attività di trasformazione del traffico da parte dei *resellers* fino al momento delle risoluzioni contrattuali. I contratti per i quali si è proceduto alla risoluzione erano destinati alla clientela finale, volti esclusivamente a soddisfare le esigenze di comunicazione delle aziende.

239. TIM ha sottolineato che, sebbene le prime risoluzioni contrattuali risalcano al 2002 (TELE2, Plug.it (ora EUTELIA), WELCOME, COLT, Mytos Services), solo verso la metà del 2003 i vertici aziendali definirono una linea di azione "volta ad eliminare in radice questa forma di parassitismo ... disponendo la cessazione di tutti i contratti Multibusiness che risultavano utilizzati ai fini della rivendita", e predisponendo a tal fine una apposita procedura volta a monitorare, sulla base di criteri quantitativi, un possibile uso fraudolento delle carte SIM in GSM box. (cfr. doc. 748 pag. 136, enfasi aggiunta, e doc. 355, pag 37).

Ciò detto, TIM ha sostenuto anche che tale politica di "chiusura" dei contratti è stata applicata in modo non discriminatorio non solo nei confronti dei *resellers* che intendevano acquistare terminazione sulla rete TIM, ai quali sono stati offerti in alternativa contratti di interconnessione (cfr. doc. 355, pp. 37-40), ma anche nei confronti dei propri clienti-aziende. Il ritardo nelle disattivazioni di tali clienti-aziende, che TIM ammette figuravano nei documenti interni della società (doc. 4.172) in un elenco separato rispetto agli altri utilizzatori di GSM box, deriverebbe dal fatto che "(i) in primo luogo, il fenomeno della trasformazione del traffico mediante GSM Box può essere agevolmente individuato solo nel caso della rivendita, mentre l'utilizzo per finalità di 'autoconsumo' è meno 'riconoscibile' sulla base dei parametri definiti [parametri quantitativi quali la percentuale di terminazione verso clienti *consumer* e *business*, durata della chiamata, fasce orarie-n.d.r.]; (ii) in secondo luogo, l'utilizzo di GSM Box per finalità di rivendita, proprio perché comporta la concentrazione di elevati volumi di traffico in un'unica cella, provoca i noti problemi tecnici ... che non si verificano, invece, nell'ipotesi in cui le GSM Box siano utilizzate per uso proprio; (iii) infine, nel caso delle GSM Box utilizzate ai fini di rivendita, la riduzione dei ricavi da interconnessione è assai più significativa di quella provocata dalle GSM Box per 'autoconsumo'" (cfr. doc. 748, pag. 138).

240. Allo stesso modo, WIND ha ribadito che "il fenomeno è emerso con la verifica di consistenti anomalie di traffico registrate dai sistemi antifrode e in occasione di campagne di test sulla rete GSM", cui sono seguite azioni nei confronti dei reseller, che vanno dal mancato rinnovo dei contratti business all'inserimento negli stessi di clausole di divieto espresso dell'attività di trasformazione (cfr. doc. 145, pag. 2, e per una più dettagliata descrizione delle c.d. "misure anti-resellers", doc. 626, pp. 124-126). WIND ha inoltre dichiarato che "la società ha sempre avuto un atteggiamento contrario all'utilizzo illecito dei contratti destinati alla clientela finale business da parte di operatori che avevano in realtà lo scopo di fare arbitraggio sulla terminazione, eludendo in questo modo le pertinenti condizioni economiche di interconnessione." (cfr. doc. 365, pag. 7).

241. Sul punto, completamente opposta appare la posizione delle Parti, che sostengono la piena consapevolezza e tolleranza da parte degli MNO dell'utilizzo di contratti *business* per lo svolgimento di attività di trasformazione del traffico.

Diverse società (STARTEL, RETEITALY, WELCOME, INFOTEL, TWC, COLT, KARUPA) hanno espressamente dichiarato che gli operatori di rete non solo erano a conoscenza dell'attività di trasformazione del traffico ma che, in più casi, gli stessi hanno persino suggerito l'utilizzo di tale meccanismo per l'ottenimento di condizioni di terminazione più vantaggiose. A sostegno di tali argomentazioni, alcuni operatori hanno anche fornito prove documentali della collaborazione da parte dei tecnici degli MNO per l'installazione di impianti GSM-box all'interno delle proprie centrali.

In particolare, STARTEL ha dichiarato che l'attività da essa svolta era talmente nota al gestore, che le Direzioni Commerciali di quest'ultimo davano precise istruzioni e incentivi per il raggiungimento di determinati volumi di traffico, in coincidenza, in particolare, con le chiusure di bilancio del gestore mobile a fine anno (cfr. doc. 162, pag. 2).

RETEITALY ha documentato le proprie affermazioni fornendo copia di una *e-mail* con la quale TIM richiede la disponibilità di RETEITALY ad un sopralluogo sugli apparecchi GSM Box al fine dell'ottimizzazione del sistema (doc. 248, allegato 44) e copia di una *e-mail* della società a TIM, nella quale si riferisce il mancato mascheramento del CLI sulle

chiamate trasformate da RETEITALY e si richiede una verifica accurata da parte di TIM volta a risolvere il problema rappresentato (doc. 152, p. 3-4; doc. 248, allegati 43 e 44).

WELCOME ha riferito di un sopralluogo dei tecnici TIM nella propria società, in occasione del quale gli stessi hanno richiesto a WELCOME di apportare modifiche tecniche agli apparati GSM-box per migliorare la qualità del servizio (cfr. doc. 165, pag. 2 e doc. 236, allegato 2).

INFOTEL ha dichiarato di aver stipulato con WIND un contratto di *in housing* per l'installazione di un proprio *router* all'interno di una centrale della società ITNET, appartenente al Gruppo WIND. Tale contratto, peraltro, non è stato risolto benché sia intervenuta l'interruzione del rapporto negoziale legato al contratto *business*, e ciò comporta l'obbligo di INFOTEL al pagamento del canone di locazione INFOTEL (cfr. doc. 198, pag. 3). La stessa società ha prodotto copia di un listino TIM, di una *brochure* TIM e una *e-mail*, dai quali risulta che TIM forniva consulenza in merito alla vendita e installazione di apparecchi GSM-box da essa venduti (cfr. doc. 234, allegati 31, 32 e 35).

Analoghe forme di collaborazione per la soluzione di problemi tecnici sono state riferite da TWC (cfr. doc. 161, pag. 2), COLT (cfr. doc. 207, pag. 2) e KARUPA (cfr. doc. 160, pag. 2).

242. WIND, su richiesta della Direzione, ha precisato che il contratto con INFOTEL era destinato alla soddisfazione di particolari esigenze di comunicazione dell'impresa, e pertanto, rientrava tra i contratti predisposti per la clientela finale *business*. A parere di WIND, il servizio di *Web housing* fornito da ITNET non potrebbe costituire prova della consapevolezza dell'uso anomalo ed improprio dei contratti *business* da parte di INFOTEL (cfr. doc. 381, pp. 9-11, e doc. 626, pp. 126-127).

243. In merito alle affermazioni di STARTEL, RETEITALY, WELCOME, INFOTEL, TWC, COLT e KARUPA, TIM ha sostenuto che alcune (quelle di STARTEL, TWC, COLT e KARUPA, sarebbero mere dichiarazioni rese in sede audizione, del tutto sfornite di prove documentali. In merito alle altre: la trascrizione della telefonata con un ingegnere di TIM fornita da WELCOME (doc. 236, all. 2), parlerebbe della *"funzionalità Half Rate per ottimizzare l'uso delle celle e non certo per 'autorizzare' l'attività di rivendita"*; i documenti prodotti da INFOTEL (doc. 234, all. ti 31, 32 e 35) si riferirebbero a terminali ed apparecchi che non riguardano GSM box; mentre la e-mail del 24 maggio 2004 dalla quale risulta che TIM proponeva ad un cliente l'acquisto di una GSM box *"non può essere altro che un'iniziativa personale di un dipendente, del tutto in contrasto con la politica aziendale ..."*. Solo la posizione di RETEITALY meriterebbe un discorso a parte, nella misura in cui TIM ha offerto effettivamente a questo operatore, che proponeva di sviluppare un servizio a valore aggiunto (il cd. VOIP) *"le soluzioni tecniche più adeguate per consentirgli di svolgere la sua attività"*; quando poi sarebbe emerso che *"lungi dal commercializzare (solamente) servizi 'VOIP', si dedicava essenzialmente ad una mera attività di trasformazione illecita del traffico mobile"*, TIM avrebbe deciso di adottare i provvedimenti previsti per i *reseller* (cfr. doc. 748, pag. 142).

iii) Sulla discriminazione a favore di alcuni operatori

244. Alcuni denunciati hanno evidenziato che TIM effettua una discriminazione a favore di società del Gruppo TELECOM, quali TI Sparkle e TMS.

In primo luogo, TWC ha evidenziato l'attività di trasformazione del traffico fisso originato dalla Repubblica di S. Marino (RSM), svolta dalla società Intelcom, controllata da TI Sparkle; più precisamente, Intelcom consegna tale traffico, attraverso una connessione IP, a TI Sparkle, che a sua volta lo termina sulla rete dei gestori mobili italiani a prezzi vantaggiosi ottenuti grazie all'attività di trasformazione F-M in M-M tramite GSM-box gestite da rivenditori sul territorio italiano. Tale attività è nota a TWC essendo stata essa stessa partner storico di TI Sparkle nell'attività di arbitraggio su traffico internazionale (cfr. doc. 161, pag. 3; sul punto si vedano anche le dichiarazioni rese da INFOTEL in doc. 234, pag. 5 e relativo allegato 39). Secondo TWC, inoltre, nella stessa RSM, l'operatore mobile locale TMS, controllato da Intelcom, termina chiamate F-M su cellulari italiani a prezzi inferiori alle tariffe d'interconnessione (cfr. ivi).

In merito a tale ultimo punto, STARTEL ha meglio chiarito che TI Sparkle fa rivendita di traffico F-M a vari operatori di rete fissa in Italia, tra cui il principale è TELECOM. Più precisamente, la trasformazione del traffico originato da rete fissa TELECOM, e diretto a numerazioni mobili di TIM, secondo STARTEL, si realizza attraverso la consegna del suddetto traffico da TELECOM a TI Sparkle, che a sua volta la consegna a Intelcom che, da ultimo, provvede a trasformarlo in traffico M-M *on net* sulla rete di TIM attraverso le GSM box di cui dispone la sua controllata TMS nella Repubblica di S. Marino, nelle quali sono installate carte SIM di TIM (cfr. doc. 162, pag. 3).

245. Diversi operatori alternativi hanno fatto riferimento alla discriminazione realizzata dagli MNO a favore di alcuni soggetti, ai quali continua ad essere consentito l'uso di SIM per la trasformazione di traffico (KARUPA, doc. 160, pag. 2; STARTEL, doc. 162, pp. 2-3).

Nel corso dell'audizione, INFOTEL ha sottolineato che gli MNO, pur impedendo a terzi l'uso degli apparecchi per la trasformazione del traffico, impiegano carte SIM in GSM box per le offerte commerciali ai propri clienti *business* (cfr. doc. 198, pag. 4).

WELCOME ha dichiarato a verbale che *"...la società ha notizia del fatto che TI utilizzi direttamente GSM box per la trasformazione del traffico F-M in M-M"* (cfr. doc. 165, pag. 3).

246. Vale osservare che TIM, nel corso della prima audizione, non ha negato l'utilizzo di SIM box da parte di TMS, sostenendo, contrariamente al vero (cfr. supra, sez. VIII, 2, a, i), che *"a seguito dell'accertamento di traffico anomalo, il contratto con TMS è stato risolto nel marzo 2004"* (cfr. doc. 150, pag. 8, enfasi aggiunta).

TIM ha poi precisato la precedente affermazione, sostenendo che si riferiva alle sole linee anomale e ha evidenziato [omissis] (cfr. doc. 748, pp. 143-144 e all. 3).

TIM si è poi soffermata sul doc. 4.10, citato nella CRI, in base al quale avrebbe tollerato l'utilizzo di GSM box da parte dei *telemarketers*, evidenziando: 1) che il fatto che siano stati indicati tra le criticità non significava che TIM non intendesse "cessare" tali operatori, ma solo che occorreva procedere con cautela per evitare di disattivare le linee legittimamente usate, ovvero per lo svolgimento della loro attività (cfr. doc. 748, pag. 143).

Sugli effetti negativi sui concorrenti e sui clienti

247. WIND evidenzia che la sua quota di mercato nella fornitura di servizi F-M all'utenza *business*, quanto meno nel periodo 2001-2004¹²¹, si sarebbe ridotta a fronte di un incremento di quella complessivamente detenuta da tutti gli operatori di rete fissa (esclusa Telecom Italia), che sarebbe raddoppiata dal 2001 al 2004, nè questo potrebbe attribuirsi al processo di liberalizzazione dei mercati. Inoltre, l'analisi del rapporto tra il prezzo medio effettivo di WIND e quello delle imprese concorrenti nell'offerta di servizi di fonia F-M all'utenza aziendale evidenzerebbe che, ad eccezione del 2001, nel triennio 2002-2004 (biennio 2003-2004 per FASTWEB), le imprese concorrenti hanno praticato prezzi medi per l'intero *bundle* di servizi inferiori a quelli di WIND e, quindi, i comportamenti di quest'ultima non avrebbero avuto effetti di compressione dei margini tali da impedire agli altri operatori una proficua presenza sul mercato (cfr. doc. 741, all. 3, pp. 64-66).

Nè sarebbe possibile prefigurare eventuali effetti negativi dei comportamenti imputati a WIND nel mercato *wholesale* della terminazione sulla propria rete, laddove, a dire di WIND, tale mercato non è neanche configurabile. In questo contesto, la creazione artificiale di un mercato intermedio della rivendita di terminazione, basato sull'uso di GSM box ed altri meccanismi che consentono di pagare una tariffa di terminazione su reti mobili inferiore ai costi effettivamente sostenuti dagli operatori, quali determinati in via regolamentare, avrebbe effetti dannosi per la concorrenza e per il benessere dei consumatori. In ogni caso, l'effetto immediato della rivendita di terminazione sarebbe quello di aumentare la pressione sul prezzo per questa componente dei servizi di fonia venduti alla clientela *business*, con un incremento anche dei prezzi praticati dagli MNO alla clientela finale (cfr. ivi, pp. 63 e 66).

248. TIM ritiene che non esistono prove del fatto che l'erosione dei margini della terminazione a danno dell'operatore mobile si traduca in un beneficio per il consumatore in termini di riduzione dei prezzi del servizio (cfr. doc. 150, pag. 4).

e) Sulla durata e gravità degli abusi

249. TIM ritiene che la durata dell'abuso prospettata nella CRI non sarebbe corretta, nel senso di individuare la sua origine nel 1999. Infatti, *"almeno fino alla prima metà del 2004 esisteva 'su piazza', proprio in virtù del discusso fenomeno della trasformazione del traffico, la possibilità di acquistare e rivendere terminazione a condizioni assai più vantaggiose rispetto ai prezzi di interconnessione Non a caso le denunce di RetelItaly, Startel e TWC ... risalgono al mese di aprile 2004"* (cfr. doc. 748, pp. 163-164).

250. La società ritiene, inoltre, che "è alquanto paradossale che TIM si veda oggi attribuire una maggiore capacità lesiva in virtù della sua appartenenza al medesimo gruppo di TI". Le offerte oggetto di istruttoria sono infatti destinate solo a clienti TIM, sarebbero il frutto di una politica del tutto autonoma, e risulterebbero addirittura in concorrenza con Telecom. La società evidenzia che "[i]n effetti, la policy di TIM sul segmento f/m è stata oggetto di un serrato dibattito tra i vertici delle aziende e ... non era pacificamente condivisa da Telecom" (ivi, pag. 166).

Quanto poi all'asserita reiterazione dei comportamenti già censurati "non può essere contestata a Telecom alcuna 'recidiva' dal momento che le condotte di TIM si riferiscono per lo più ad un periodo antecedente l'accertamento dell'infrazione di cui al procedimento A-351, avvenuto con provvedimento del 16 novembre 2004" (cfr. ivi, pag. 168).

IX. VALUTAZIONI GIURIDICHE IN MERITO AI COMPORTAMENTI DI TIM E WIND NEI MERCATI DEI SERVIZI ALL'INGROSSO DI TERMINAZIONE SULLE RISPETTIVE RETI

1. LA POSIZIONE DOMINANTE SINGOLA DI TIM E WIND NEI RISPETTIVI MERCATI DEI SERVIZI ALL'INGROSSO DI TERMINAZIONE

251. Come già argomentato (cfr. supra, sez. VI, 2), la circostanza che ciascuna rete sia di proprietà di un solo gestore, unitamente all'assenza di sostituibilità dal lato della domanda per i servizi di terminazione su una determinata rete, conferisce al MNO un potere di mercato nell'offerta dei servizi di terminazione sulla propria rete assoluto ed esclusivo.

TIM e WIND, inoltre, godono di una piena autonomia di comportamento sia nei confronti dei concorrenti che degli utenti dei servizi di terminazione delle chiamate sulle rispettive reti; a ciò deve aggiungersi la circostanza che i due gestori, in tutto il periodo oggetto di analisi, non hanno dato accesso alle proprie reti ad operatori alternativi di comunicazioni, in particolare di rete fissa, e quindi non sono stati soggetti a pressioni o vincoli da parte di concorrenti attuali o potenziali.

Tutto ciò conferisce a TIM e WIND una posizione dominante nell'offerta di servizi di terminazione sulle rispettive reti¹²².

252. Tale definizione dei mercati rilevanti e della posizione dominante ivi rispettivamente detenuta dagli MNO è pienamente conforme agli orientamenti nazionali e comunitari relativi al mercato della terminazione delle chiamate su reti mobili¹²³.

¹²¹ [Le valutazioni espresse da WIND fanno riferimento alle quote riportate nella CRI, di fonte AGCom, poi successivamente integrate e aggiornate con dati forniti direttamente dalle imprese.]

¹²² [Cfr. sent. *United Brands*, cit., par. 65.]

¹²³ [Cfr. la Del. 3/06/CONS, cit. alla precedente Sez. V, 4, e i Commenti di cui all'art. 7(3) della Direttiva 2002/21/EC della Commissione sul caso IT/2005/0316: mercato della terminazione di chiamate vocali su singole reti mobili in Italia, nonché la lettera della della Commissione del 23 novembre 2005; cfr., anche Linee Diretrici più volte cit..]

253. In tal senso, non può essere accolta l'obiezione di WIND (cfr. supra, sez. VIII, 3, a) concernente, con riferimento alle chiamate interaziendali, la definizione di un unico mercato rilevante della terminazione che includa tutti i gestori, argomentata dal gestore sulla base di una decisione dell'Autorità di regolamentazione inglese OFCom¹²⁴.

254. L'OFCom ha infatti definito un unico mercato dei servizi di terminazione mobile con riferimento alle sole chiamate effettuate nell'ambito dei c.d. gruppi chiusi di utenti (GCU) - generalmente i dipendenti di un'azienda - stante la peculiarità di questa tipologia di servizi, per i quali esiste in Inghilterra un'offerta e una domanda specifica tanto a livello *wholesale* che a livello *retail*, rispetto ai restanti servizi mobili¹²⁵.

La principale caratteristica delle chiamate effettuate tra GCU è che, per questa tipologia di chiamate, non è valido il principio del CPP. Ciò in quanto si tratta di chiamate tra dipendenti della medesima azienda/gruppo, per le quali il cliente azienda sceglie non solo la rete di originazione ma anche, necessariamente, la rete di destinazione. Ciò implica che, a fronte di un incremento del prezzo di terminazione non transitorio del 5-10%, potrebbe rivelarsi conveniente per un cliente azienda passare ad un altro gestore, con la conseguenza che le diverse reti sarebbero tra loro sostituibili.

255. Tuttavia, l'OFCom precisa, nella medesima decisione, che tale sostituibilità delle reti non si verifica per la maggior parte delle chiamate aziendali *on-net*, ovvero quelle che sono sempre originate e terminate sulla stessa rete, ma dove solo chi chiama (il dipendente aziendale) appartiene al CGU, mentre chi riceve la chiamata ha un contratto con il medesimo gestore ma non appartiene al gruppo aziendale.

Per tali chiamate, infatti, qualora a fronte di un incremento del prezzo della terminazione il cliente aziendale decidesse di cambiare gestore, poiché la chiamata destinata ad un utente non è sostituibile con quella destinata ad altro utente, l'unico risultato sarebbe quello di trasformare una chiamata che prima era *on-net* in una chiamata *off-net*, in quanto il cliente chiamato non apparterebbe più alla rete del chiamante. Dato che generalmente il prezzo delle chiamate *on-net* è inferiore a quello delle chiamate *off-net*, il cliente azienda si troverebbe a dover pagare di più per chiamare i soggetti che chiamava precedentemente.

La conseguenza ovvia è che le reti non sono sostituibili sotto il profilo della terminazione e che esistono tanti mercati della terminazione delle chiamate (incluse le chiamate aziendali *on-net*) quante sono le infrastrutture di rete.

256. Con particolare riferimento all'Italia, inoltre, deve rilevarsi che: 1) non esistono una domanda e un'offerta specifica per le sole chiamate interaziendali; 2) tali chiamate rappresentano una quota delle chiamate *on-net* mediamente compresa tra il 10% e il 30% (con valori sensibilmente più bassi per WIND) e quindi non tale da influenzare le scelte dei clienti aziendali rispetto all'intera direttrice *on net*.

Non può quindi accogliersi, conformemente alla posizione europea, l'obiezione relativa all'esistenza di un unico mercato della terminazione.

257. Con specifico riguardo poi *l)* all'obiezione formulata da WIND relativamente alla mancata inclusione di H3G nel presente procedimento e *ii)* all'obiezione di entrambi i gestori in merito all'assenza di un loro potere di mercato, pur possedendo sia TIM che WIND una quota del 100% dell'offerta di servizi di terminazione sulla propria rete, si osserva quanto segue.

258. Gli abusi contestati a TIM e WIND consistono in discriminazioni tecniche e/o economiche nell'offerta di servizi di terminazione a favore delle proprie divisioni commerciali, che non hanno consentito agli operatori alternativi - in particolare gli operatori di rete fissa - di replicare le offerte di TIM e WIND alla clientela aziendale relativamente alla direttrice F-M *on net*. Lo stesso comportamento non è stato contestato ad H3G perché la società, quanto meno con riferimento al periodo oggetto di analisi ai fini del presente procedimento, pur se "*titolare di una licenza (rectius autorizzazione) per l'istallazione di una rete di telecomunicazioni allo scopo di prestare il servizio di telefonia vocale ... non ha mai commercializzato servizi fissi*" (cfr. doc. 653, pag. 1, enfasi aggiunta).

259. Ciò premesso, gli unici operatori sui quali il comportamento discriminatorio posto in essere da un MNO non è in grado di esercitare effetti anticompetitivi rilevanti sono gli altri MNO che, disponendo di una propria infrastruttura di rete, sono in grado di replicare le vantaggiose offerte F-M *on net* praticate da un gestore sulla propria rete, formulando offerte F-M *on net* analoghe sulle rispettive reti. Gli effetti anticompetitivi dei comportamenti oggetto del procedimento sono invece maggiormente efficaci nei confronti dei soggetti - come gli operatori di rete fissa - che non dispongono di una rete mobile propria; ciò in considerazione del fatto che, quanto meno nel periodo oggetto di analisi, non hanno avuto accesso in qualità di ESP o MVNO alle reti di TIM e WIND e, conseguentemente, non hanno avuto alcuna possibilità di disporre di terminazione a buon prezzo¹²⁶.

Pertanto, TIM e WIND hanno esercitato individualmente il proprio potere di mercato nei confronti di ciascun operatore di rete fissa, senza che tali operatori abbiano avuto alcuna alternativa che gli consentisse di approvvigionarsi di terminazione a condizioni tali da permettere loro di replicare le offerte dei gestori.

Peraltro, la conferma di ciò è desumibile dal doc. 4.137 rinvenuto presso TIM, dove alcuni dirigenti mettono in guardia l'AD perché "*TIM abbassi immediatamente i toni sul CPS...*" onde evitare un ricorso all'Antitrust "*da parte di altri Operatori fissi, tra cui presumibilmente [omissis] e [omissis]*"; questo anche al fine di evitare effetti dannosi quali

¹²⁴ [Cfr. decisione di OFCom CW/00615/05/03, cit..]

¹²⁵ [Ciò deriva dall'elevato livello di concorrenzialità del settore delle comunicazioni in Inghilterra, in cui vi è, a monte, ampia possibilità di accesso alle reti mobili da parte di MVNO/ESP e ATR e, a valle, un mercato contendibile dei servizi business di comunicazione mobile.]

¹²⁶ [Nella decisione dell'Ofcom, citata, l'Autorità di settore inglese ritenne che vi era stato price squeeze da parte degli MNO per le chiamate F-M alla clientela affari, rispetto ai prezzi applicati per la terminazione sulla propria rete (punto 175), ma tale price squeeze non aveva prodotto effetti anticompetitivi rilevanti in virtù dell'esistenza di offerte wholesale di analoghi servizi a condizioni retail minus, predisposte dagli MNO per i concorrenti operatori di rete fissa, che consentivano la replicabilità dei servizi F-M alla clientela business (punto 183).]

"un'accelerazione, sia dell'introduzione anche in Italia degli operatori mobili virtuali, che dell'abbassamento della terminazione su rete mobile..." (ivi, pag. 3, enfasi aggiunta; cfr. supra sez. VIII, 2, a), *ii*).

260. Alla luce delle precedenti considerazioni, anche l'obiezione di WIND in merito alle caratteristiche di bidirezionalità della fornitura del servizio di terminazione da parte degli MNO, con conseguente reciproca assenza del potere di mercato, perde di rilievo.

Inoltre, eventuali controversie in merito al fatto che gli MNO con quote di mercato di dimensioni minori possano trovarsi a subire le decisioni di prezzo (per la terminazione) di quelli con un numero maggiore di utenti appaiono trovare una naturale sede di risoluzione innanzi all'AGCom¹²⁷.

261. Per quanto concerne, infine, il *countervailing power* della clientela affari di maggiori dimensioni, vale osservare che non è stata provata la consistenza di tale potere, né la sua idoneità ad impedire agli MNO di esercitare, in ogni caso, il proprio potere di mercato nei confronti dei clienti stessi e degli altri operatori¹²⁸.

2. LA NATURA ABUSIVA DEI COMPORAMENTI NEI MERCATI DELLA TERMINAZIONE ALL'INGROSSO

262. Come emerge dalla documentazione agli atti (supra, sez. VIII, 1 e 2), TIM e WIND hanno posto in essere condotte volte ad escludere i propri concorrenti sia dai mercati all'ingrosso dei servizi di terminazione, sia dal connesso mercato al dettaglio dei servizi di fonia F-M per la clientela *business*. Più precisamente, tali comportamenti dei due gestori mobili, titolari anche di licenza per operare servizi di telefonia su rete fissa, sono consistiti nell'applicazione di condizioni economiche per la terminazione F-M delle chiamate su numerazioni mobili *on net* e *intercom* più favorevoli alle proprie divisioni commerciali rispetto ai corrispondenti prezzi di terminazione (tariffe regolamentate, per TIM, e prezzi liberamente fissati per WIND fino al settembre 2005, quando anche questa società è stata notificata, con provvedimento cautelare, come operatore con SMP nel mercato della terminazione sulla propria rete, cfr. supra, sez. V, 3) praticati ai propri concorrenti, anche attraverso l'impiego di particolari soluzioni tecniche, tra cui connessioni PABX-MSB e/o apparati GSM Box, in assenza di una corrispondente offerta *wholesale* per i propri concorrenti.

263. I comportamenti descritti sono stati rafforzati dalla risoluzione da parte dei due MNO dei contratti *business* - o da un innalzamento repentino e sproporzionato dei prezzi tale da indurre le controparti a recedere dagli stessi - utilizzati dagli operatori di comunicazioni concorrenti (come BT, TELE2, TISCALI, RETEITALY, ecc.), in alternativa ai contratti di interconnessione, al fine di acquistare i servizi di terminazione alle condizioni *retail* particolarmente favorevoli in essi previste e, comunque, tali da consentire offerte F-M alla clientela *business* competitive con quelle dei due gestori di rete.

Come sottolineato dai denunciati (cfr. supra, sez. VIII, 3), più precisamente, alla risoluzione dei contratti in questione, formalmente motivata dall'impiego di GSM Box in violazione di clausole contrattuali, non è seguita da parte dei due MNO, nonostante le reiterate richieste dei concorrenti, alcuna offerta di servizi di terminazione all'ingrosso a condizioni economiche e tecniche tali da consentire a questi ultimi di formulare offerte di fonia F-M competitive con quelle dei gestori medesimi.

Infatti, poiché in molti casi i prezzi finali praticati alla clientela *business* dai due gestori per la direttrice di traffico fisso-mobile sono inferiori ai prezzi di terminazione, l'offerta standard di servizi di interconnessione per la terminazione del traffico fisso-mobile di TIM -come modificatasi nel corso del tempo (cfr. supra sez. V, 3) - e l'offerta di WIND - superiore all'offerta standard di TIM e fissata, dal settembre 2005, in via regolamentare - non possono considerarsi un'alternativa economicamente sostenibile per i concorrenti (cfr. supra sez. VIII, 2, c).

264. In merito alle condotte discriminatorie sopra descritte, vale preliminarmente ricordare il principio c.d. della pari opportunità, da tempo consolidato a livello di giurisprudenza comunitaria e nazionale, in virtù del quale un regime di libera concorrenza si fonda sulla circostanza che le imprese potenziali concorrenti possano agire a parità di condizioni, senza evidenti vantaggi acquisiti abusivamente¹²⁹.

In particolare, in virtù della speciale responsabilità che incombe sull'impresa in posizione dominante - nel caso di specie, su TIM e WIND, dominanti ciascuno nel mercato della terminazione sulla propria rete - è fatto divieto alla predetta impresa di discriminare a favore delle proprie divisioni commerciali nell'offerta di servizi intermedi necessari ai propri concorrenti per competere nei servizi finali¹³⁰.

Tale divieto è rafforzato dalla circostanza che i due MNO sono notificati quali operatori con notevole forza di mercato: TIM dal settembre 1999 e WIND dal settembre 2005.

265. Infatti, nell'ambito della normativa comunitaria del settore delle comunicazioni elettroniche, gli obblighi di trasparenza, non discriminazione e controllo dei prezzi, ivi compreso l'orientamento ai costi, già sanciti in capo alle

¹²⁷ [Cfr. da ultimo Del. 14/06/CIR del 15 marzo 2006, avente ad oggetto l'istanza di WIND del 3 giugno 2005 all'AGCom, ai sensi dell'art. 23, comma 1, del Codice delle comunicazioni, di definire la controversia con VODAFONE concernente, tra l'altro, la pretesa di quest'ultima di ottenere l'applicazione dei medesimi valori di terminazione mobile-mobile in ossequio al "principio di reciprocità", con conseguente diritto di WIND di fissare liberamente i propri valori di terminazione mobile (all'epoca della richiesta il prezzo della terminazione su rete WIND non era ancora soggetto ad un tetto regolamentare). Con la delibera richiamata, l'AGCom ha imposto il rispetto da parte di WIND e di VODAFONE di condizioni economiche "asimmetriche" secondo i valori individuati all'art.1, comma 1, lettere a) e b) della medesima delibera.]

¹²⁸ [Cfr. Sent. CdS su Comportamenti abusivi di Telecom Italia, sez. IV, n. 1271/06, par. 9.6.3.]

¹²⁹ [Cfr. in particolare, la sentenza della Corte di Giustizia, del 13 dicembre 1991, causa n. 18/88, RTT/SABAM ("GB Inno BM"); a livello nazionale, il provvedimento n. 1532, Sistema Telefonia Cellulare GSM, del 28 ottobre 1993, in Boll. n. 32/1993, il provvedimento n. 6698, Consorzio Risposta/Ente Poste Italiane, del 17 dicembre 1998, in Boll. n. 51/98, nonché il provv. 8065, Cesare Fremura-Assologica/Ferrovie dello Stato, del 24 febbraio 2000, in in Boll. n. 8/2000.]

¹³⁰ [Cfr. da ultimo, la decisione del Consiglio di Stato n. 1271/06, più volte cit., e il relativo provv. 13033 dell'Autorità, Comportamenti abusivi di Telecom Italia, in Boll. 13/2004.]

imprese che dispongono di un notevole potere di mercato dalla Direttiva 97/33/CE (*Open Network Provisions*, cd. ONP), e recepiti dal D.P.R. 318/97 (articolo 4, comma 7), sono stati poi ripresi dal nuovo quadro regolamentare comunitario per le comunicazioni elettroniche (Dir. 2002/21/CE e Direttive collegate), recepito in Italia dal decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259 (Codice delle comunicazioni elettroniche, cfr. supra in sez. V, 1 e 3).

In particolare, si evidenzia che la Direttiva n. 2002/19/CE del 7 marzo 2002 (c.d. Direttiva Accesso) ribadisce che l'obbligo di trasparenza dei termini e delle condizioni dell'accesso e dell'interconnessione (in cui rientra quella per la terminazione delle chiamate su rete mobile) è posto, tra l'altro, al fine di garantire "...agli attori presenti sul mercato che il servizio non è fornito a condizioni discriminatorie..." (considerando 16). Inoltre, la medesima Direttiva specifica che "[i]l principio di non discriminazione garantisce che le imprese aventi potere di mercato non distorcano la concorrenza, soprattutto nei casi di imprese ad integrazione verticale che prestano servizi ai propri concorrenti nei mercati a valle..." (considerando 17).

266. A livello nazionale, l'AGCom, a conclusione della procedura di valutazione del mercato n. 16 – mercato della terminazione di chiamate vocali su singole reti mobili – con delibera n. 3/06/CONS, ha ulteriormente sancito gli obblighi di trasparenza e non discriminazione in capo a TIM e VODAFONE, estendendoli anche a WIND e H3G, anch'essi notificati come operatori in possesso di notevole forza di mercato nei mercati della terminazione sulle rispettive reti. I primi tre operatori sono stati destinatari anche di un intervento di controllo del prezzo massimo di terminazione, restando per ora esclusa da tale misura H3G, a causa della base utenti ancora ridotta.

Vale evidenziare che l'ambito di applicazione dell'obbligo di non discriminazione, previsto dall'articolo 47 del Codice, è stato dettagliatamente esplicitato prima in fase di consultazione pubblica (delibera n. 465/04/CONS) e poi nella delibera di chiusura dell'analisi di mercato (delibera n. 3/06/CONS), evidenziando che possono essere garantite a tutti gli operatori le medesime condizioni concorrenziali nel mercato al dettaglio solo se i servizi di terminazione mobile sono offerti agli operatori terzi alle stesse condizioni tecniche ed economiche alle quali i gestori offrono tali servizi alle proprie divisioni commerciali (c.d. obbligo di non discriminazione interno-esterno, cfr. supra, sez. V, 3). Di particolare rilievo, inoltre, è la circostanza che tale obbligo sia imposto indistintamente a tutti e quattro i gestori, a prescindere dalla quota detenuta da ciascuno di essi nel mercato a valle - che rileva solo ai fini dell'imposizione di un tetto al prezzo di terminazione - proprio a sottolineare come il controllo di una risorsa disponibile solo ai gestori (la terminazione sulla propria rete mobile) e non anche agli operatori terzi, può potenzialmente avere un'elevata valenza anticompetitiva con effetti sia sui concorrenti sia sui clienti finali.

267. Per i motivi di seguito esposti, si ritiene che le condotte poste in essere da TIM e WIND nei mercati all'ingrosso della terminazione delle chiamate sulle rispettive reti, consistenti nell'applicazione di condizioni economiche e/o tecniche più favorevoli alle proprie divisioni commerciali rispetto a quelle praticate ai propri concorrenti, configurano due distinti abusi, individualmente posti in essere da ciascuno nei mercati in cui sono dominanti, al fine di eliminare o restringere la concorrenza nei medesimi mercati all'ingrosso della terminazione e nel mercato a valle contiguo dei servizi F-M all'utenza aziendale.

a) Le condotte abusive di TIM

268. La documentazione agli atti del procedimento dimostra che TIM sin dal 1999 ha offerto alla propria utenza aziendale servizi di fonia F-M, come integrazione ai contratti per servizi mobili, che prevedevano soluzioni tecniche alternative, quali i collegamenti MSC-PABX, per la terminazione delle chiamate sulla rete mobile del gestore medesimo (cfr. doc. 4.3 e doc. 4.102, pag. 6, descritti supra in sez. VIII, 2, a, i). Tali soluzioni hanno consentito l'applicazione al cliente finale di condizioni economiche per la direttrice F-M *on net* particolarmente vantaggiose se confrontate con il solo costo dell'input intermedio – terminazione F-M – dal medesimo offerto all'ingrosso ai propri concorrenti tramite il contratto standard di interconnessione approvato dall'Autorità di settore (cfr. supra, sez. VIII, 2, c, i).

In alternativa ai collegamenti MSC-PABX, TIM ha permesso ai clienti aziendali di utilizzare apparati come i GSM Box per la trasformazione del traffico da F-M in M-M, al fine di consentire loro di usufruire delle condizioni economiche particolarmente scontate previste nei contratti per i servizi mobili *on net* (cfr. doc. 4.102 cit., ivi). Infatti, come indicato dallo stesso gestore, la differenza tra la tariffa di interconnessione F-M regolamentata (*wholesale*) e la tariffa media *on net* prevista nei contratti mobili *business (retail)* era, nel 2003, "...**PARI A 8 CENT/€**..." (doc. 4.11, pag. 6, ivi).

Nel 2004, TIM ha inoltre introdotto a favore della clientela aziendale offerte di fonia in CS/CPS, le quali rappresentano ulteriori modalità per ridurre il costo della terminazione F-M (cfr. doc. 4.102 cit., ivi).

269. L'effetto di riduzione dei prezzi praticati ai clienti aziendali per le offerte F-M sulla direttrice *on net* – comprendente sia il traffico interaziendale (traffico *intercom*) che le chiamate dirette ad altre utenze TIM non appartenenti all'azienda (traffico *on net*) - determinato dall'utilizzo delle modalità MSC-PABX e CS/CPS è evidente dal confronto tra i suddetti prezzi e i costi di raccolta e terminazione che devono essere sostenuti da un operatore concorrente per offrire al pubblico i medesimi servizi (cfr. supra sez. VIII, 2, c, i).

Anche laddove si consideri l'ipotesi più favorevole al gestore mobile, ossia una chiamata con durata media di due minuti, il prezzo (al netto di sconti medi o massimi) della direttrice *on net* (ottenuto come media dei prezzi delle componenti di traffico *intercom* e *on-net*, ponderati sui rispettivi volumi di traffico) è quasi sempre inferiore ai costi di terminazione e raccolta, nonché in molti casi inferiore al solo costo di terminazione regolamentato (cfr. tab. 7, ivi).

Nell'ipotesi di una chiamata della durata media di tre minuti, il differenziale negativo tra prezzi e costi si estende a tutti i piani tariffari analizzati, almeno fino al settembre 2005, con la sola eccezione dell'offerta "*PABX Direct Link*", lanciata peraltro nel novembre 2005, ossia in pendenza del presente procedimento (cfr. tab. 8, ivi).

270. La discriminatorietà dei propri comportamenti volti a ridurre o eliminare la concorrenza nel mercato della fonia F-M aziendale era ben nota al gestore (cfr., inter alia, per le offerte PABX-MSC, doc. 49, descritto supra in sez. VIII, 1, b, e per le offerte di CS e CPS, doc. 4.24 e doc. 4.137, supra in sez. VIII, 2, a, i).

Più precisamente, nella risposta alla richiesta di EUTELIA (allora Edisontel) dell'agosto 2001 di poter usufruire della medesima offerta PABX-MSC praticata dal gestore ai suoi clienti aziendali (sia in termini tecnici - collegando il centralino dei propri clienti aziendali con le centrali di rete mobile di TIM - che in termini economici), TIM ha dichiarato che si trattava di un tipo di offerta rivolta "ad un particolare segmento della clientela ... all'interno di una più ampia gamma di servizi" e che le condizioni economiche in essa previste erano dovute al fatto che TIM "riversa[va] su tutti i servizi complessivamente offerti i costi sottostanti" (doc. 49 cit., all. 4). In altri termini, TIM, da un lato, era consapevole di effettuare una discriminazione a favore delle proprie divisioni commerciali al fine di consentire la formulazione da parte di queste ultime di condizioni economiche molto vantaggiose ad una determinata categoria dei propri utenti aziendali; dall'altro, ammetteva di effettuare una sorta di sussidio incrociato tra le diverse tipologie di servizi offerti, "riversando" i costi di una politica di prezzi *on net* particolarmente scontati su tutti i servizi offerti.

271. Più recentemente, con riferimento ai contratti di CS denominati "TIM 1038" e "Nonsolomobile" lanciati nel 2004, in una nota interna del 25 febbraio 2005, la Divisione Affari regolamentari di TIM definisce "...i prezzi praticati... inferiori ai corrispondenti costi wholesale ... rendendo l'offerta non replicabile dai concorrenti OLO..." e ammette esplicitamente che "...sono da considerarsi non conformi alla normativa e alla prassi applicativa antitrust e regolamentare". Viene quindi precisato che "... entrambe le offerte, e in particolare quella personalizzata '1038', appaiono rientrare in area di predatorialità ... La presenza di eventuali offerte ad hoc ancora più vantaggiose va a maggior ragione considerata a forte rischio...", (doc. 4.24, pag. 1-2, ivi; per le offerte "ad hoc" più vantaggiose si veda invece doc. 4.289, pag. 2 cit.).

Si noti che tali conclusioni sono raggiunte dalla Divisione Affari Regolamentari di TIM a seguito di un'analisi costi-prezzi analoga a quella impiegata nel presente procedimento istruttorio: in particolare, il prezzo della direttrice *on-net* è calcolato come media ponderata dei prezzi del traffico interaziendale e non, mentre il costo utilizzato come parametro di confronto è dato dalla tariffa standard di interconnessione aumentata di 1 eurocent/min. per la raccolta (doc. 4.24, pag. 2, ivi).

L'intento escludente è confermato ulteriormente dal fatto che, a fronte della predetta consapevolezza dell'impossibilità dei concorrenti di competere nel mercato dei servizi finali F-M (TIM scrive esplicitamente di temere il ricorso da parte di operatori fissi), la medesima Divisione propone ai vertici dell'azienda il solo "maquillage" delle offerte in questione, concentrando, ad esempio, gli sconti su direttrici diverse da quella F-M e, in particolare, su quella M-M. Soltanto a seguito dell'avvio della presente istruttoria, notificato a TIM il 1° marzo 2005, le due offerte sono state ritirate dal mercato nel corso dello stesso anno.

272. In tal senso, appare del tutto pretestuosa l'argomentazione di TIM secondo cui la metodologia di valutazione della replicabilità delle offerte di CS "Nonsolomobile" e "1038" da parte di operatori terzi utilizzata dal proprio Responsabile della Divisione Affari Regolamentari - i cui risultati, per inciso, venivano comunicati all'AD - possa ritenersi una stima redatta "in un'ottica meramente prudenziale", proponendo una diversa e più corretta metodologia che, confrontando i costi di terminazione e raccolta con le corrispondenti offerte finali formulate alla clientela aziendale con riferimento sia alla componente F-M *on-net* che *off net*, mostrerebbe l'assenza dei contestati comportamenti abusivi.

273. A riguardo, si osserva comunque che una valutazione della discriminatorietà dell'offerta appare corretta, e necessaria, con riferimento alla sola direttrice F-M *on net*, ovvero quella su cui incide il costo della relativa terminazione, risorsa sulla quale TIM detiene una posizione di dominanza individuale e il cui prezzo è definito su base regolamentare. Né potrebbe essere diversamente, essendo sempre possibile altrimenti per un operatore integrato, in monopolio nell'offerta di un determinato input intermedio, effettuare una discriminazione a danno dei propri concorrenti - ed in particolare degli operatori terzi che non sono proprietari di una rete mobile né hanno accesso ad essa in qualità di ESP o MVNO - sussidiandola con i ricavi derivanti da altri servizi, con l'effetto, nel caso specifico, di eludere il principio di non discriminazione interno-esterno nell'offerta dell'input intermedio¹³¹, principio ampiamente affermato dalla normativa di settore comunitaria e nazionale e ribadito e dettagliato da ultimo nella delibera dell'AGCom 3/06/CONS (cfr. supra sez. V, 3 e sez. IX, 2).

274. Invero, il doc. 4.24 rinvenuto presso TIM, non fa altro che confermare la piena consapevolezza della società della prassi antitrust in materia. Peraltro, valutazioni circa l'illegittimità di offerte in CS alla clientela aziendale a prezzi inferiori ai costi di terminazione e raccolta sono espresse in numerosi altri documenti acquisiti presso la società, la cui portata TIM cerca capziosamente di ridurre, adducendo argomentazioni, non provate, relative alla scarsa rilevanza strategica della sede in cui sarebbero stati acquisiti o al fatto che contengano dati errati.

Né la circostanza che i servizi F-M vengano offerti da TIM ai clienti aziendali che hanno già stipulato con TIM un contratto per i servizi mobili attenua in alcun caso la speciale responsabilità dell'operatore in posizione dominante nell'offerta di servizi di terminazione a condizioni non discriminatorie.

¹³¹ [In tal senso si veda anche la recente sentenza del Consiglio di Stato relativa al caso *Comportamenti abusivi di Telecom Italia*, cit., dove è espressamente indicato che "La competitività delle offerte di servizi finali da parte di TI [l'operatore dominante-n.d.r.] (sue divisioni commerciali, sue società collegate e controllate) deve essere raggiunta non mediante una politica di sottocosto rispetto ai costi regolatori, bensì mediante una politica di riduzione dei costi non regolamentati, ovviamente nel rispetto del divieto di discriminazione e del divieto di sussidio incrociati" (pag. 43, enfasi aggiunta).]

275. Come ampiamente evidenziato, inoltre, i contratti *business* stipulati da TIM nel periodo di riferimento con determinati clienti aziendali presentano condizioni economiche ancora più favorevoli di quelle sopra esposte. Nei listini "personalizzati", infatti, le divisioni commerciali del gestore sono libere di offrire oltre che sconti aggiuntivi sulla direttrice F-M, sconti ulteriori in base al volume di traffico effettuato dall'insieme delle utenze, sconti connessi alla durata del contratto (biennale, triennale o quadriennale), oltre che "*bonus loyalty*" aggiuntivi in caso di durata pluriennale del contratto o "*bonus una tantum*", così da rendere ancora più difficile ai concorrenti l'offerta dei servizi in questione (cfr., inter alia, doc. 286, all. 2 e all. 3, e doc. 4.275, supra, sez. VIII, 2, a, *ii*).

La suddetta documentazione acquista particolare rilievo laddove, secondo costante giurisprudenza antitrust, la valutazione del comportamento discriminatorio deve tener conto del prezzo praticato al miglior cliente.

276. Ulteriore documentazione acquisita agli atti dopo l'invio della CRI, cui TIM ha regolarmente avuto accesso, attesta inoltre che la società ha continuato e continua ad operare discriminazioni tecniche - conversione del traffico da F-M in M-M - ed economiche a favore delle proprie divisioni commerciali. In particolare, la documentazione riguarda offerte migliorative formulate alla Pubblica Amministrazione sia rispetto a quella di WIND, aggiudicataria della gara Consip per la fissazione dell'offerta di riferimento dei servizi di telefonia dell'aprile 2005, che rispetto a FASTWEB (gara per la telefonia fissa del 2006; cfr. supra, sez. VIII, 2, d).

Il documento interno di TIM, che descrive l'"offerta di reazione" rispetto a quella di WIND (altresi definita PA SELECTION TIM), è particolarmente eloquente, nella misura in cui la società precisa che il vincolo regolatorio sarà rispettato sulla direttrice F-M solo con riferimento al "*prezzo medio*" e, tuttavia, ritiene che l'offerta presenterebbe "*condizioni di maggiore ... difendibilità*" rispetto all'AGCom laddove anche gli altri gestori di rete, WIND e VODAFONE - formulano offerte con caratteristiche simili. La natura discriminatoria dell'offerta è esplicitamente ammessa - "*il livello di prezzo dell'offerta è lontano dai valori di riferimento*" - e rende necessario un "[r]ecupero dei margini sugli APPARATI, SMS e GPRS". Inoltre, l'offerta è esplicitamente strutturata in modo tale da favorire su altre direttrici, diverse dal F-M *intercom*, la divisione di telefonia fissa di TELECOM, TIW (Telecom Italia Wireline), in modo da sfruttare al meglio i vantaggi dell'integrazione (cfr. all. 2 al doc. 603, *ivi*).

277. Anche il richiamo di TIM alla c.d. teoria della "*meeting competition defence*" appare del tutto strumentale nel caso di specie. TIM equivoca volutamente tra la giusta reazione a comportamenti posti in essere da operatori concorrenti, che miri a tutelare nei confronti di tali concorrenti i legittimi interessi commerciali dell'impresa dominante, e un comportamento che si riassume nell'inseguire i gestori concorrenti - VODAFONE e WIND - sul piano degli abusi perpetrati ai danni di operatori terzi, che risultano così pregiudicati nella loro capacità di competere.

278. In questo contesto, la sistematica politica di risoluzione dei contratti *business* posta in essere da TIM a partire dal 2004 nei confronti dei clienti *reseller* ha contribuito, da un lato, ad accentuare ulteriormente gli effetti escludenti nel mercato della fonia F-M aziendale, dall'altro, ad impedire la rivendita all'ingrosso di terminazione sulla propria rete. La motivazione addotta da TIM secondo cui l'utilizzo da parte degli operatori concorrenti delle carte SIM acquistate con contratti *business* in GSM box era illegittimo, in quanto i *reseller*, in violazione di clausole contrattuali, "*utilizzavano, ai fini della rivendita, un contratto esclusivamente destinato agli utenti finali...*" (cfr. doc. 150, pag. 3, supra in sez. VIII, 3, d, *ii*), appare del tutto pretestuosa.

279. Infatti, contrariamente a quanto sostenuto da TIM in audizione, la società era perfettamente a conoscenza dell'attività di rivendita del traffico e dell'utilizzo di SIM Box e tollerava tali comportamenti perché promuovevano lo sviluppo del traffico sulle rispettive reti (cfr. doc. 4.282, pag. 19, descritto supra in sez. VIII, 2, a, *i*).

I documenti agli atti dimostrano la piena consapevolezza da parte di TIM del fatto che le SIM acquistate tramite contratti *business*, in particolare il contratto "*Multibusiness*", erano utilizzate in apparati GSM box per la trasformazione del traffico da F-M in M-M, sia da parte di operatori concorrenti nell'offerta di servizi F-M alle aziende, al fine di ridurre i costi di terminazione, che da parte dei *reseller*, per la rivendita di servizi di terminazione ad altri operatori di comunicazioni (cfr. inter alia, doc. 4.93, doc. 4.33 e doc. 4.255, descritti supra in sez. in sez. VIII, 2, a, *i*). Ciò è confermato anche dalle dichiarazioni rese in audizione dagli operatori di rete fissa, che hanno affermato di avere acquistato servizi di terminazione su "piazza"; nonché da quelle rese da altre Parti che, analogamente ai denunciati, hanno sostenuto di avere svolto direttamente attività di trasformazione del traffico (cfr. supra, sez. VIII, 3, c, *iii*), nella piena consapevolezza di TIM (cfr. supra sez. VIII, 3, d, *ii*). RETEITALY, INFOTEL e WELCOME, inoltre, hanno anche fornito prove documentali attestanti il fatto che l'utilizzo delle GSM box avveniva con la collaborazione delle unità operative di TIM (cfr., inter alia, documentazione depositata da RETEITALY, doc. 1.16, all. 9, e doc. 248, da WELCOME, doc. 236, all. 2, e da INFOTEL, doc. 234, descritta in sez. VIII, 2, a, *i*).

Capziose appaiono, a riguardo, le argomentazioni di TIM, volte ad attribuire specifiche responsabilità in capo a singoli dipendenti della società, i cui comportamenti sarebbero stati "*in contrasto con la politica aziendale*" o, con riferimento a RETEITALY, volte a negare l'evidenza ("*... che ReteItaly fosse un reseller, prima con MSC-PABX, poi con GSM BOXES era noto a tutti ...*", cfr. doc. 4.26, supra in sez. VIII, 2, a, *i*).

280. Alla base della decisione di TIM di risolvere i contratti *business* vi è, piuttosto, l'enorme crescita del traffico da GSM box nel 2003, causato dall'elevato differenziale tra il prezzo *retail* previsto nei contratti *business* per i servizi mobili *on net* e la tariffa *wholesale* d'interconnessione F-M regolamentata, con un forte impatto negativo per TIM in termini di mancati ricavi da interconnessione (cfr. doc. 4.11, pag. 6, *ivi*; cfr. sul punto anche doc. 433, pag. 4, *ivi*); ricavi, questi ultimi, che, proprio per il loro rilievo, TIM ha cercato di preservare con cura, evitando la fissazione, nel 2003, di un valore medio massimo d'interconnessione inferiore a 14,95 eurocent/min. (cfr. doc. 4.7, pag. 3, *ivi*).

Tale processo ha avuto inizio in modo sistematico nel 2004, accompagnato dalla simultanea introduzione di offerte di fonia aziendale F-M in CS, al fine di "*offrire al Cliente competitività senza aprire la strada alla rivendita*" (cfr. doc. 4.10,

pag. 45, in sez. VIII, 2, a, *l*). In altri termini, la scelta del gestore di risolvere i contratti *business* è stata determinata meramente da motivazioni di carattere strategico-economico, e le suddette risoluzioni sono state attuate in modo tale da preservare il più possibile le condizioni economiche di favore praticate alla propria clientela finale aziendale, a danno degli operatori concorrenti.

281. La volontà di escludere i propri concorrenti, sia nel mercato dei servizi di fonia F-M alle aziende che nel mercato *wholesale* della terminazione, è confermata, in primo luogo, dalla circostanza, riconosciuta dalla stessa TIM, che le prime risoluzioni, risalenti al 2002, hanno coinvolto proprio quei soggetti - gli operatori di rete fissa - in grado di esercitare una pressione competitiva nell'offerta di servizi F-M all'utenza aziendale; in secondo luogo, dai comportamenti discriminatori tenuti da TIM nell'ambito della politica di risoluzione dei contratti *business*, esplicitamente volta a colpire i *resellers*.

Ciò appare evidente anche dalla contraddittorietà delle motivazioni addotte da TIM a giustificazione del ritardo nelle disattivazioni che sarebbero state operate nei confronti dei clienti-aziende: 1) la maggiore difficoltà di individuazione dell'attività di trasformazione del traffico nel caso di autoconsumo - motivazione alquanto sorprendente alla luce del fatto che, essendo autorizzata e, quindi, perfettamente nota, tale attività non aveva bisogno di essere "individuata" -; 2) la circostanza che "*nel caso delle GSM Box utilizzate ai fini di rivendita, la riduzione dei ricavi da interconnessione è assai più significativa di quella provocata dalle GSM Box per 'autoconsumo'*" - argomentazione questa che, piuttosto che smentire, appare confermare la piena e cosciente volontarietà della condotta discriminatoria (cfr. doc. 748, pag. 138, supra in sez. VIII, 3, d, *ii*).

282. La stessa società riconosce, peraltro, la "*criticità*" di alcune cessazioni, decidendo quanto meno di ritardarle. Si tratta, in particolare, di soggetti quali i c.d. "*telemarketer*", ovvero clienti aziendali che "*operano contratti Outbound*" (ad es. per attività di *call-center*) che generano elevati volumi di traffico in uscita e non sono in concorrenza con TIM (cfr. doc. 4.10, pag. 49, *ivi*; sul punto cfr. anche le dichiarazioni di EUTELIA, doc. 170, pag. 5, descritto supra in sez. VIII, 3, d, *l*).

Altri due casi riconosciuti da TIM come "critici" sono quelli delle società del Gruppo TELECOM: TI Sparkle e TMS, dalla prima controllata. In particolare, a TIM è noto che le due società rivendono traffico F-M, originato da reti fisse nazionali (in particolare TI-Wireline) e/o estere e destinato a numerazioni mobili TIM, dopo averlo trasformato in traffico M-M attraverso GSM box della stessa TMS o di altri rivenditori italiani in *partnership* con TI Sparkle per attività di arbitraggio sul traffico internazionale (cfr., *inter alia*, doc. 4.10, pag. 49; 4.89, pag. 2; doc. 4.95, pag. 1, in sez. VIII, 2, a, *i*; cfr. anche doc. 234, all. 39; sul punto si vedano inoltre le dichiarazioni di STARTEL e TWC in sez. VIII, 3, d, *iii*). Gli effetti di tale comportamento sono rafforzati dalla circostanza che TMS gode di condizioni di terminazione M-M *on net* particolarmente vantaggiose in virtù di un contratto di accesso privilegiato alla rete di TIM, del tutto equivalente ad un contratto di ESP (cfr. doc. 281 e doc. 286).

Pertanto, TIM suggerisce, con riferimento al caso TMS, [*omissis*] (cfr. doc. 4.89, *cit.*). Vale evidenziare che, dal contratto, attualmente in vigore, tra TIM e TMS, depositato agli atti, appare che, al novembre 2004, TIM abbia preso, quale unica iniziativa per scoraggiare il "*traffico anomalo*" generato da TMS, quella di non conteggiare tale traffico nell'ambito della valutazione relativa alla corresponsione del "*premio minuti incremental*" (doc. 286, all. 1, pag. 36, in sez. VIII, 2, a, *l*). Diversa è la posizione di TIM, che dichiara, senza tuttavia fornire adeguati documenti probatori, che la disattivazione delle linee anomale si sarebbe realmente verificata a partire dal bimestre aprile/maggio 2004 (cfr. doc. 748, supra in sez. VIII, 3, d, *iii*).

283. In merito, poi, alle argomentazioni di TIM, a supporto delle risoluzioni dei contratti *business*, legate al deterioramento della qualità del servizio, al sovraccarico di alcune celle della rete, nonché all'impossibilità per l'MNO di rispettare gli adempimenti in materia di pubblica sicurezza imposti dall'autorità competente, si evidenzia quanto segue. Pur se gli stessi operatori ammettono che l'uso di GSM box costituisce un'alternativa qualitativamente meno efficiente per i propri clienti rispetto ad esempio a soluzioni tecniche quali i collegamenti MSC-PABX (cfr. doc. 152, pag. 3, supra in sez. VIII, 3, d, *l*), si evidenzia, in primo luogo, che le problematiche in termini di deterioramento della rete e di intasamento delle celle nel caso di uso di GSM-box da parte dei *reseller* sono analoghe a quelle relative all'uso di GSM-Box da parte degli utenti aziendali. Più precisamente, gli operatori hanno sottolineato come, al fine di ottimizzare i servizi finali resi, l'utilizzo delle GSM Box avveniva in collaborazione con le unità operative del gestore mobile, per la scelta del sito ove installare l'apparato GSM box, per il tipo di installazione (antenne interne e/o esterne), per la definizione del settaggio e delle interfacce radio; addirittura, in alcuni casi, il gestore richiedeva opportuni investimenti in apparati e sistemi (cfr. documentazione versata agli atti dalle Parti, descritta supra in sez. VIII, 2, a, *l*).

284. Riguardo, infine, agli adempimenti in materia di pubblica sicurezza, si evidenzia che gli operatori di telecomunicazioni (inclusi i *reseller*) hanno precisi obblighi, tra cui quello di soddisfare le prestazioni obbligatorie ai fini di giustizia (Codice delle Comunicazioni, All. 1, parte A), e il rischio di violazione di tali obblighi non può essere invocato a fondamento di una pretesa illiceità dell'uso delle GSM box. La liceità di tali apparati è stata confermata dallo stesso Ministero delle Comunicazioni, che si è solo limitato a segnalare che l'operatore che ne fa uso deve essere in grado di consentire la "tracciabilità" delle chiamate (cfr. doc. 626, all. 6), peraltro sempre garantita dai soggetti denunciati.

Infatti, gli operatori hanno evidenziato di avere costantemente ottemperato ad eventuali richieste di identificazione dell'origine delle chiamate avanzate dalla Procura della Repubblica, essendo sempre possibile "tracciare" il percorso della chiamata instradata attraverso le GSM box per consentirne l'identificazione da parte dell'autorità giudiziaria. Alcuni operatori hanno anche descritto le modalità di registrazione del trasferimento della chiamata da rete fissa verso rete mobile (cfr., ad esempio, KARUPA, doc. 160, pag. 3, e allegato 1, pag. 2, e RETEITALY, doc. 152, pag. 3, supra in sez. VIII, 3, d, *l*).

Infine, si sottolinea che l'attività di trasformazione del traffico tramite GSM box è considerata lecita e diffusa in più paesi a livello europeo (cfr. doc. 463, pp. 23-25, *ivi*).

b) Le condotte abusive di WIND

285. Anche le condizioni economiche contenute nelle offerte *business* di fonia integrata di WIND, realizzate attraverso l'impiego di connessioni dirette tra rete fissa e rete mobile del gestore, sono, per la direttrice di traffico F-M *on-net*, notevolmente inferiori rispetto ai prezzi praticati dal gestore ai propri concorrenti per il servizio di terminazione mobile sulla propria rete, regolamentato a partire dal settembre del 2005.

Più precisamente, i prezzi medi delle chiamate F-M *on-net* (ponderati per i volumi di traffico interaziendale e verso altre numerazioni mobili WIND), nei contratti *business* descritti, sono sempre inferiori ai costi di terminazione e raccolta, nonché al costo della sola terminazione, con la sola eccezione del piano *Infostrada Business*: ciò nell'ipotesi più favorevole al gestore di una chiamata della durata media di due minuti e al netto sia dello sconto medio che dello sconto massimo (cfr. tab. 10, supra sez. VIII, 2, c, *ii*).

286. I contratti *business* stipulati da WIND nel periodo di riferimento con determinati clienti aziendali presentano condizioni economiche ancora più favorevoli di quelle sopra esposte (cfr. supra, sez. VIII, 2, b, *ii*). In particolare, sono previsti sconti aggiuntivi sulla direttrice F-M (cfr., inter alia, doc. 3.128, doc. 12, all. 5, doc. 3.175 e doc. 3.154, supra in sez. VIII, 2, b, *ii*), così da rendere ancora più difficile ai concorrenti formulare un'offerta competitiva con quella del gestore stesso.

287. Come già evidenziato per TIM, inoltre, ulteriore documentazione acquisita agli atti dopo l'invio della CRI (cfr. doc. 603 e doc. 748, descritti supra in sez. VIII, 2, d), cui WIND ha avuto accesso, attesta che la società ha continuato e continua ad operare discriminazioni tecniche e/o economiche a favore delle proprie divisioni commerciali. In particolare, la documentazione riguarda la gara CONSIP del 2005 per la fornitura di servizi telefonia alle pubbliche amministrazioni aggiudicata da WIND; dal sito della CONSIP è possibile rinvenire la documentazione concernente anche la successiva gara del 2006, aggiudicata dalla medesima società e tuttora in vigore.

288. D'altro canto, lo stesso gestore mobile ha ammesso esplicitamente, in sede di audizione e in memoria, la pratica di discriminazione di prezzo, considerandola non anticoncorrenziale bensì, al contrario, volta a preservare la propria competitività nei confronti del gruppo TELECOM (doc. 145, pag. 8 e doc. 289, pag. 64, cit., supra in sez. VIII, 3, c, *ii*). Tali argomentazioni appaiono prive di pregio dal momento che la condotta contestata ha pregiudicato principalmente operatori terzi, impedendogli di partecipare al confronto concorrenziale.

289. Anche le obiezioni mosse da WIND in relazione all'impossibilità di configurare un abuso per compressione dei margini in un mercato a monte, in assenza di un posizione di dominanza o preminenza anche nel mercato a valle in cui si determinerebbero gli effetti, non possono essere accolte. Nel merito, la giurisprudenza comunitaria ammette pacificamente l'esistenza di fattispecie abusive caratterizzate dall'assenza di una posizione dominante o preminente dell'impresa nel mercato contiguo in cui si producono gli effetti dell'abuso¹³², limitandosi ad affermare l'essenzialità di un nesso tra la posizione dominante ed il comportamento che si asserisce abusivo e, quindi, della stretta interconnessione tra i mercati rilevanti ai fini dell'abuso¹³³.

290. La difesa avanzata da WIND confonde gli effetti dell'abuso con l'abuso medesimo, il quale consiste precisamente in discriminazioni tecniche e/o economiche nel mercato all'ingrosso della terminazione su rete WIND, su cui tale gestore è dominante, mentre i conseguenti effetti, oltre ad incidere sulla struttura del mercato a valle dei servizi di fonia aziendale F-M, si realizzano come *foreclosure* nello stesso mercato a monte della terminazione mobile. In definitiva, la circostanza che WIND non abbia una quota significativa nel mercato delle chiamate F-M alla clientela *business* può assumere rilevanza ai fini della valutazione della gravità dell'abuso (cfr. infra, sez. XV), ma non è idonea a determinare il venir meno della natura abusiva della fattispecie contestata.

291. In merito, poi, all'argomentazione di WIND secondo cui la redditività delle offerte F-M *retail* formulate da ciascun gestore dovrebbe essere valutata considerando l'intero *bundle* delle chiamate sulle direttrici *intercom*, *on net*, e *off-net*, si rinvia alle medesime argomentazioni già espresse con riferimento all'analoga obiezione di TIM (cfr. sez. IX, 2, a). Peraltro, l'analisi fornita dal gestore, dalla quale si dovrebbe desumere la liceità sotto il profilo antitrust delle offerte alla clientela *business* sulla base di tale metodologia di calcolo, appare incompleta e limitata ad un arco temporale alquanto ridotto rispetto a quello oggetto del presente procedimento.

292. Alla luce delle evidenze agli atti, inoltre, la discriminazione si è concretizzata, oltre che nell'applicazione alle proprie divisioni commerciali di condizioni economiche per la terminazione mobile particolarmente favorevoli, nell'offerta alle stesse di soluzioni tecnologiche specifiche per la terminazione del traffico F-M, quali in particolare circuiti diretti non resi disponibili agli operatori concorrenti (cfr. inter alia, la memoria congiunta di BT e COLT, in doc. 469).

Analogamente, l'impiego di GSM Box, come ampiamente descritto (cfr. supra, sez. X, 2, c, *i*), è vietato da WIND nelle condizioni generali dei contratti *business* solo nei confronti degli operatori di telecomunicazioni, sotto forma di clausola risolutiva espressa in caso di attività di rivendita a terzi del traffico (tramite trasformazione delle chiamate da F-M a M-M *on-net*).

¹³² [Cfr. a livello comunitario, le sentenze della Corte di Giustizia del 6 marzo 1974, *Commercial Solvents*, cause 6-7/73 R, Racc. 1974, pag. 261; del 3 ottobre 1988, *CBEM*, Racc. 1988, pag. 311; del 3 luglio 1991, *Akzo*, Racc. 1991, pag. I-3405, e del 1° aprile 1993, *BPB Industries & British Gypsum*, Racc. 1994, pag. IV-38.]

¹³³ [Cfr. la Sentenza Corte di Giustizia del 14 novembre 1996, *Tetra Pak II*, causa 333/94, in Racc. 1996 p. I-5951.]

293. Come nell'abuso contestato a TIM, la pratica discriminatoria è stata rafforzata dalla risoluzione, sistematicamente posta in essere da WIND a partire dal 2004, dei contratti *business* utilizzati da operatori di rete fissa e *service provider* per terminare le chiamate da rete fissa sulla rete mobile di WIND ai prezzi più convenienti previsti per il traffico mobile *on-net* aziendale. Tali comportamenti hanno, inoltre, impedito la rivendita all'ingrosso di terminazione sulla rete del gestore.

Peraltro, WIND, come TIM, era pienamente consapevole dell'attività di rivendita svolta tramite GSM Box (cfr. inter alia, le prove relative alla consapevolezza dell'uso di GSM Box da parte di INFOTEL e KARUPA, in doc.ti 209, 210, 160 e 194, cit. supra in sez. VIII, 2, b, *l*). In tal senso, la motivazione addotta da WIND, in merito all'illegittimo uso delle carte SIM basata sulla violazione da parte dei *reseller* di clausole contrattuali appare, come nel caso di TIM, pretestuosa.

294. In altri termini, dalla documentazione versata in atti emerge senza equivoco che l'attività di rivendita è stata consapevolmente "tollerata" dal gestore mobile (cfr. inter alia, doc. 3.4, doc. 3.35 e doc. 198, cit. supra in sez. VIII, 2, b, *l*), sino a che i volumi di traffico non sono aumentati al punto da far temere, da un lato, una riduzione degli elevati margini di profitto derivanti dai servizi *wholesale* di terminazione mobile (evidentemente non compensata dai ricavi del traffico mobile *on-net* effettuato con le GSM Box, cfr. ad esempio, doc. 3.151, ivi, in cui si segnala l'elevato valore dei ricavi derivanti dai servizi mobili ai *reseller*) e, dall'altro, l'innescarsi di un'offerta concorrente alla propria per i servizi intermedi di terminazione su rete WIND e/o per i servizi finali F-M *on-net* (cfr. inter alia, doc. 3.142 e doc. 3.143, cit. ivi).

L'intento escludente della strategia aziendale è ulteriormente confermato dal fatto che, come già menzionato, l'impiego di apparati tipo GSM Box risulta tuttora vietato da WIND solo per l'uso da parte dei concorrenti a fini di rivendita a terzi, ma non per l'uso interno da parte del cliente finale (cfr. ad esempio, doc.ti 3.4, 3.7, 3.16 e 3.22, cit. ivi).

295. Infine, anche nel caso di WIND, gli argomenti connessi a presunti problemi tecnici di sovraccarico delle celle e mancato identificativo del chiamante ai fini degli accertamenti di polizia giudiziaria appaiono pretestuosi, essendovi prove agli atti del procedimento della possibilità di implementare soluzioni tecniche che consentono di risolvere i suddetti problemi di sovraccarico e dell'avvenuta risposta a richieste di identificazione dell'autorità giudiziaria. Inoltre, la liceità delle GSM box è stata confermata dallo stesso Ministero delle Comunicazioni (cfr. quanto sopra esposto per TIM, in sez. IX, 2, a).

X. I COMPORTAMENTI DI TIM E WIND NEL MERCATO DELL'ACCESSO ALLE RETI MOBILI

1. LE CONDOTTE SEGNALATE

296. In data 19 maggio 2003, TELE2 ha chiesto a TIM di formularle una proposta finalizzata alla conclusione di "accordi di partnership o commerciali per l'offerta di servizi di telecomunicazioni avanzati (ESP), incluso il servizio di telefonia vocale, da prestarsi con il proprio marchio commerciale nella rivendita del servizio" (doc. 1.4, All. 1).

Non avendo ricevuto risposta, la richiesta è stata reiterata in data 4 marzo 2004 in termini sostanzialmente analoghi, con l'ulteriore istanza di apertura di negoziati volti a ottenere l'accesso alla rete mobile in tecnica GSM per la prestazione di servizi di MVNO (doc. 1.4, All. 2).

TIM ha risposto alle lettere di TELE2 il 7 aprile 2004, affermando di non essere interessata alla proposta negoziale "*tenuto anche conto dell'attuale contesto di mercato e regolatorio*" (doc. 1.4, All. 3), precisando di ritenere che, alla luce della normativa vigente, non esista alcun obbligo in capo agli operatori mobili di definire con soggetti terzi accordi per la rivendita di servizi di ESP o MVNO.

297. Nella propria denuncia TELE2 rileva pure come, dopo vari contatti informali con WIND privi di riscontro concreto, in data 18 novembre 2004, ha presentato una formale richiesta di accesso anche alla rete mobile in tecnica GSM di quest'ultimo gestore per svolgere attività di MVNO. In via subordinata, TELE2 ha chiesto a WIND la conclusione di accordi di *partnership* o commerciali per l'offerta di servizi di comunicazione avanzati, incluso il servizio di telefonia vocale (ESP), da prestarsi con autonomo marchio commerciale nella rivendita del servizio (doc. 1.23, All. 1)¹³⁴.

Con risposta del 30 novembre 2004, WIND ha dichiarato di non condividere la lettura del quadro regolamentare esistente fatta da TELE2 nella propria richiesta di accesso, pur essendo disponibile ad incontrare la società per consentire a quest'ultima di illustrare le proprie motivazioni e argomentazioni sul tema (doc. 1.23, All. 2). A seguito di un incontro tenutosi il 22 dicembre 2004, tuttavia, il gestore mobile ha sostanzialmente ribadito il proprio disinteresse a concludere negoziati per servizi di MVNO o ESP, vertendo l'unica possibile forma di accordo, secondo WIND, su "*...i soli servizi a valore aggiunto diversi dai servizi voce, vale a dire aventi ad oggetto fornitura di contenuti erogati, ad esempio, tramite risponditori automatici o call centers*" (cfr. il verbale dell'incontro redatto da TELE2, in doc. 1.23, All. 4). TELE2, peraltro, aveva già sottoscritto a fine 2002 un "*Memorandum of Understanding*" con WIND, avente ad oggetto possibili negoziati per l'accesso alla rete di quest'ultimo.

298. TWC, STARTEL e RETEITALY hanno richiesto a TIM l'accesso alla rete GSM, inizialmente, allo scopo di poter svolgere la sola attività di rivendita di traffico mobile, rispettivamente in date 23 marzo 2004, TWC (doc. 1.7, all. 4 e doc. 1.15, all. 2), 30 marzo 2004, STARTEL (doc. 1.11, allegato 4 e doc. 1.15, all. 2) e 2 aprile 2004, RETEITALY (doc. 1.3 e anche doc. 1.16 all. 6).

¹³⁴ [Vale evidenziare che la richiesta formulata a WIND seguiva ad una trattativa tra le parti per l'accesso di TELE2 alla rete di WIND come MVNO puro, su base commerciale, iniziata nel settembre del 2002, e conclusasi, a fine 2003, con una proposta a TELE2 di diventare un "superdealer" di servizi WIND, non accettata dall'operatore (cfr. infra sez. VIII, 2, b, iii).]

A seguito del rifiuto da parte di TIM di fornire accesso alla propria rete a fini di rivendita e dell'offerta del solo servizio di interconnessione (cfr. ad esempio, le lettere di TIM a TWC del 16 aprile 2004, in doc. 1.15, all. 3, e la lettera)¹³⁵, TWC, STARTEL e RETEITALY hanno quindi reiterato la loro richiesta di accesso alla rete GSM del gestore: prima, facendo riferimento alla sola attività di *reseller* (cfr. inter alia, la lettera TWC a TIM del 5 maggio 2004, in doc. 1.15, All. 4, e la lettera di RETEITALY a TIM del 28 aprile 2004, in doc. 1.16, All. 15) e, poi, precisando di volere svolgere le attività di fornitore avanzato di servizi (ESP) e di rivenditore di traffico mobile (ATR), di cui alla Del. 544/00/CONS, nonché, in subordine, di essere interessati a svolgere eventualmente anche attività di MVNO (cfr., in particolare, la lettera di TWC del 22 giugno 2004, in doc. 1.15, All. 6, e la lettera di RETEITALY del 23 giugno 2004, in doc. 1.16, All. 17).

299. Anche a tali richieste di accesso, tuttavia, TIM ha opposto un rifiuto di fornire servizi *wholesale* e la sola disponibilità a negoziare un contratto standard di interconnessione fra reti, sottolineando l'assenza di obblighi giuridici a stipulare contratti *wholesale* di accesso (cfr. le lettere di identico tenore a TWC in data 26 luglio 2004, in doc. 1.15, All. 7, e a RETEITALY in data 23 luglio 2004, in doc. 1.16, All. 19). Inoltre, il gestore mobile ha precisato di fornire servizi di telefonia fissa solo come "*prestazioni accessorie e integrative che consentano al cliente di operare chiamate verso la direttrice TIM alternativamente da mobile o fisso*" e "*ai soli clienti finali che abbiano già sottoscritto offerte business per servizi di telefonia mobile TIM, in presenza di determinate condizioni, e comunque tenendo conto della pressione competitiva che si manifesta sul mercato attraverso analoghe offerte presentate da altri operatori mobili*" (cfr., inter alia, la lettera di TIM del 26 luglio 2004, in risposta ad una lettera di TWC del 22 giugno 2004).

300. Identiche richieste di accesso alla rete GSM, in qualità di ESP o *reseller* o, in subordine, MVNO, sono state rivolte da TWC, STARTEL e RETEITALY a WIND, rispettivamente in date 25 maggio 2004 (doc. 1.15, all. 15), 21 maggio 2004 (doc. 1.17) e 21 aprile 2004 (doc. 1.16, all. 37).

Non essendo seguita a tale istanza di accesso alcuna risposta da parte del gestore, alcuni fra di essi hanno poi inviato una seconda richiesta di negoziato, con indicazioni circostanziate e puntuali sul piano di attività che intendevano realizzare come ESP/MVNO, ivi comprese le relative marginalità per entrambe le Parti (cfr. in particolare, la lettera di RETEITALY a WIND del 5 novembre 2004, in doc. 1.16, All. 38). Sulla base di tale ulteriore dettagliata istanza di accesso, si sono svolti una serie di incontri e rapporti, in particolare, tra WIND e RETEITALY, i quali sono tuttavia sfociati in un rifiuto del gestore, comunicato solo per le vie brevi e privo di motivazione, a negoziare qualsiasi forma di accesso alla propria rete GSM (doc. 1.16, pag. 16).

301. Inoltre, nel corso delle audizioni tenutesi con l'Autorità, alcuni degli operatori che hanno chiesto di prendere parte al procedimento – in particolare, WELCOME, EUTELIA ed EMMECOM - hanno dichiarato di aver formulato domande formali di accesso alle infrastrutture di TIM e WIND. A tali richieste sono stati opposti comportamenti analoghi da parte dei tre MNO, sostanzialmente consistenti in rifiuti a contrarre¹³⁶.

302. Infine, ELSACOM ha segnalato il rifiuto opposto dai gestori mobili alla propria richiesta di rinegoziazione delle condizioni economiche applicate per il servizio di *roaming* domestico.

Sin dal 1999, infatti, ELSACOM ha negoziato accordi di *roaming* con i gestori mobili delle reti GSM italiane. Più specificamente, accordi bilaterali (ossia con *roaming* contestuale reciproco di ELSACOM sulle reti GSM e degli MNO sulla rete satellitare) sono stati conclusi con WIND nel novembre 2000, mentre con TIM l'accordo, stipulato nel dicembre 2000, prevedeva inizialmente il solo *roaming* unilaterale di TIM su rete Globalstar e, dal marzo 2004, è poi divenuto bilaterale, ossia inclusivo del *roaming* dei clienti ELSACOM sulla rete GSM di TIM.

I suddetti contratti stipulati con i gestori GSM, che si configurano come "*International GSM and GMSS*"¹³⁷ *Roaming Agreement*" redatti secondo gli standard internazionali¹³⁸ (cfr. doc. 280, allegati 2, 3 e 4), prevedono, inter alia, l'offerta di *roaming* domestico reciproco che consente, da una parte, agli utenti di ELSACOM di poter comunicare con la propria carta SIM non solo attraverso la rete satellitare ma, nei casi in cui il segnale non è disponibile per impedimenti strutturali¹³⁹, sulle reti dei gestori GSM mediante *roaming*; dall'altra parte, agli utenti dei gestori GSM, qualora in possesso di un terminale ELSACOM (Globalstar), di comunicare mediante la propria carta SIM in *roaming* satellitare, laddove il segnale GSM non è disponibile¹⁴⁰.

303. Le condizioni economiche applicate dai gestori per il servizio di *roaming* domestico offerto ad ELSACOM, ovvero per l'originazione delle chiamate dei clienti di quest'ultimo e la terminazione sulle reti (traffico *on net*) o sulle reti di altri operatori mobili o fissi nazionali, sono rimaste sostanzialmente immutate nel corso del tempo e sono, sulla base della documentazione depositata agli atti, pari rispettivamente a [omissis] eurocent/min. nel caso di WIND, e [omissis] eurocent/min. per TIM. I prezzi a sua volta praticati da ELSACOM per l'accesso alla propria rete sono compresi tra [omissis] e [omissis] euro/min. (cfr. doc. 280, all.2, pag. 72, all. 3, pag. 166, all. 4, pag. 271, all. 5, pag. 299).

¹³⁵ [Si noti che ReteItaly non può negoziare interconnessione ma solo comprare capacità ex 544/00/CONS, in quanto titolare di autorizzazione generale e non di licenza individuale.]

¹³⁶ [Cfr. doc. 165, pag. 4; doc. 170, pag. 3, e doc. 49, allegati 5-8; doc. n. 173, pp. 2 e 3.]

¹³⁷ [Globalstar Mobile Satellite System (GMSS).]

¹³⁸ [Cfr. The General Terms and Conditions for GSM International Roaming and Annexes (GSM MoU Permanent Reference Documents AA. 13 and AA. 14)]

¹³⁹ [Le comunicazioni satellitari, pur offrendo una copertura globale in spazi aperti, non sono disponibili nei luoghi chiusi ovvero nei centri urbani, per l'impossibilità dell'antenna degli apparati mobili di "vedere" il satellite.]

¹⁴⁰ [Le comunicazioni mobili terrestri non sono disponibili nella navigazione marittima a distanza dalle coste, in alcune aree rurali e montane e nel caso di situazioni di particolare sovraffollamento delle reti.]

304. In corso di procedimento istruttorio, ELSACOM con lettere del 12 aprile 2005, reiterate, in assenza di risposta, nelle date 27-28 giugno 2005 (cfr. doc. 280, all. 6, pp. 327-332), ha chiesto a TIM e WIND di rinegoziare al ribasso i predetti valori, in quanto ritenuti del tutto sproporzionati rispetto ai costi del servizio di accesso da essa richiesto, secondo la società assolutamente equivalente da un punto di vista tecnico al *roaming* nazionale; a fronte di tale richieste, i gestori hanno di fatto opposto un rifiuto, pur avendo ELSACOM evidenziato la propria disponibilità a rivedere a sua volta le condizioni dalla stessa praticate per il *roaming* satellitare ai tre gestori.

In particolare, TIM non ha fornito alcuna risposta; WIND ha risposto, con lettera del 6 luglio 2005, dichiarandosi disponibile ad fissare un incontro in data che avrebbe dovuto essere comunicata ad ELSACOM successivamente, senza far seguire nessuna iniziativa (cfr. *ivi*, pag. 333).

305. In occasione della Consultazione pubblica sulla identificazione ed analisi del mercato dell'accesso (mercato n. 15) indetta dall'AGCom con del. n. 306/05/CONS del 27 luglio 2005, la società ELSACOM ha depositato, in data 22 settembre 2005, una memoria, nella quale ha affermato che le tariffe applicate per il *roaming* bi-direzionale domestico dei clienti di ELSACOM da TIM e WIND non sono erano modificate dagli operatori mobili, anche in presenza di una generale riduzione dei costi operata nel tempo, nonché di quella più specifica collegata all'ottenimento da parte di ELSACOM della numerazione (nazionale) in decade '3'. Ciò, secondo ELSACOM, si sarebbe ripercosso sulle condizioni commerciali che la stessa poteva praticare a livello *retail*, impedendo sostanzialmente l'offerta di un servizio a condizioni competitive con quelle praticate dagli operatori mobili, e pertanto la società richiedeva – senza ottenere sostanziali riscontri - agli operatori mobili stessi una rinegoziazione delle condizioni commerciali praticate dagli accordi di *roaming* in essere, con implicita conversione al *roaming* nazionale (doc. 280, all. 6, pag. 4).

2. LE ARGOMENTAZIONI DELLE PARTI

a) Sulle condizioni di concorrenza nel mercato dell'accesso

306. I gestori di rete mobile non concordano con la ricostruzione prospettata nel provvedimento di avvio dell'istruttoria, relativa alla sussistenza di una PDC nel mercato dell'accesso (cfr. doc. 355, memoria TIM, e doc. 289, memoria WIND¹⁴¹).

307. In primo luogo, le società sono concordi nel contestare la scelta dell'Autorità di estendere al caso di specie la giurisprudenza della sentenza *Airtours* del Tribunale di Primo Grado delle Comunità Europee (TPG), perché essa riguarda un caso di concentrazione e non un'ipotesi di abuso. Mentre, infatti, nei casi di concentrazione il "test" proposto in tale sentenza per la verifica di una posizione dominante collettiva (PDC) consisterebbe in una valutazione *ex ante*, volta a prevenire l'instaurarsi di una struttura di mercato oligopolistica e di comportamenti collusivi, in una fattispecie di abuso, poiché la valutazione viene svolta *ex post*, la verifica di una PDC richiederebbe di dimostrare che le imprese abbiano effettivamente realizzato un coordinamento cosciente e volontario, sia pur tacito, delle condotte. Pertanto, per dimostrare l'esistenza di una PDC, non sarebbe sufficiente rilevare l'omogeneità dei comportamenti o l'esistenza di un generico incentivo al coordinamento per i membri dell'oligopolio ristretto.

308. TIM ricorda quanto precisato dalla Corte di Giustizia nella causa *Compagnie maritimes belges*, secondo la quale nelle ipotesi di abuso sarebbe necessario verificare "che le imprese costituiscano una entità collettiva nei confronti dei propri concorrenti, delle controparti commerciali e dei consumatori..."¹⁴² al fine di dimostrare che le stesse detengono una PDC (doc. 355, pp. 6-7).

WIND ribadisce, a riguardo, che occorre identificare legami o fattori di correlazione economica tra le imprese, che consentano loro di agire insieme, come "un'entità unica", in modo da "massimizzare il loro profitto comune riducendo la produzione al fine di aumentare i prezzi"¹⁴³. Inoltre, evidenzia che, se è vero che nella recente sentenza *Laurent Piau* del 26 gennaio 2005¹⁴⁴ il Tribunale ha considerato applicabile nei suoi termini essenziali il test definito nella pronuncia *Airtours* ai fini dell'accertamento di una PDC rilevante ai sensi dell'articolo 82 CE, in tale occasione gli elementi che consentivano di affermare la detenzione di tale posizione apparivano univoci e non riconducibili alla semplice constatazione di una struttura oligopolistica del mercato; più precisamente, i soggetti che avevano posto in essere l'abuso (federazioni nazionali membri della FIFA e società che esse raggruppano) erano vincolati da un regolamento emanato dalla FIFA di carattere obbligatorio che li rendeva "...un'entità collettiva nei confronti dei loro concorrenti, delle controparti commerciali e dei consumatori"¹⁴⁵ (doc. 289, pag. 35 e pag. 37).

309. Inoltre, TIM sostiene che, anche volendo mutuare la nozione più ampia di PDC utilizzata in materia di concentrazioni, si dovrebbe comunque provare l'esistenza di una collusione tacita tra le imprese, che non sia il frutto di un parallelismo spontaneo delle condotte ma sia invece direttamente discendente dalla relazione di interdipendenza oligopolistica esistente fra le imprese.

TIM ricorda che, se è vero che la Corte di Giustizia nella citata sentenza afferma che "l'accertamento [dell'esistenza della PDC - n.d.r.] 'potrebbe' derivare da altri fattori di correlazione e dipenderebbe da una valutazione economica e, in

¹⁴¹ [Le affermazioni riportate da TIM, VODAFONE e WIND nelle indicate memorie comprendono la maggior parte delle valutazioni compiute dai tre MNO nelle audizioni del 26 maggio 2005 (audizione VODAFONE, doc. 132), del 31 maggio 2005 (audizione WIND, doc. 145) e del 6 giugno 2005 (audizione TIM, doc. 150).]

¹⁴² [Sentenza della Corte Giust. CE, 16 marzo 2000, *Compagnie maritimes belges transports e a./ Commissione, cause riunite C-395/96 P e C396/96 in Raccolta 2000, p. I-1365.*]

¹⁴³ [Conclusioni dell'Avvocato Generale Fennelly del 29 ottobre 1998 sulle cause C-395/96 P e C396/96 P cit..]

¹⁴⁴ [Causa T-193/02, non ancora pubblicata in Racc..]

¹⁴⁵ [Causa T-193/02 cit., punto 113.]

particolare, da una valutazione della struttura di mercato di cui trattasi”, non è dato sapere con certezza quali siano le caratteristiche strutturali del mercato necessarie ad addivenire ad una tale conclusione; un dato sarebbe tuttavia certo, la PDC è inconciliabile con l’esistenza di una concorrenza effettiva tra le imprese interessate (cfr. doc. 355, pp. 7-8).

310. Gli MNO sostengono inoltre che, partendo dal presupposto che il mercato dell’accesso alle reti mobili esiste solamente nella forma di “autoproduzione” e che, pertanto, una corretta valutazione del potere da loro detenuto in tale mercato non può che partire dall’analisi del mercato a valle dei servizi mobili, le affermazioni contenute nel provvedimento di avvio relativamente a tale mercato non sarebbero esatte.

311. TIM, in particolare, ritiene che la ricostruzione delle condizioni di concorrenza presenti nel mercato dei servizi finali di comunicazione mobile non risponderebbe alla realtà, in quanto: i) la contendibilità del mercato italiano dei servizi finali sarebbe dimostrata dai risultati ottenuti dal quarto operatore, H3G, migliori di quelli conseguiti dal medesimo operatore in altri paesi europei, nonché dal successo ottenuto da WIND; ii) gli operatori in esso attivi detengono quote di mercato non omogenee; iii) vi è una costante tendenza alla riduzione del grado di concentrazione del mercato, favorita dall’introduzione della *Mobile Number Portability* (MNP) che ha comportato lo spostamento di circa 5 milioni di utenti (pari al 9 per cento delle linee mobili) tra i diversi operatori¹⁴⁶; iv) si è realizzato un trend decrescente dei prezzi medi praticati alla clientela finale e una riduzione della redditività per minuto di traffico; v) esiste un elevato livello degli investimenti e dell’innovazione tecnologica. Pertanto, sarebbero dimostrate le condizioni di concorrenzialità del mercato a valle dei servizi finali e, di conseguenza, tali conclusioni risulterebbero incoerenti con la sussistenza di una PDC nel mercato a monte dell’accesso alle reti mobili (cfr. doc. 291, pag. 35, e doc. 355, pag. 12).

312. Ad ogni modo, a parere di TIM, non risulterebbero correttamente verificati i requisiti imposti dal Tribunale di Primo Grado nella sentenza *Airtours* per l’esistenza di una PDC. La società evidenzia che, oltre ai già menzionati elementi - ed in particolare al grado di innovatività dei servizi offerti e all’asimmetria delle quote di mercato dei tre gestori - ve ne sarebbero altri a confermare l’assenza di incentivi al coordinamento e la non sostenibilità dello stesso; nello specifico:

- non sarebbe stata dimostrata l’esistenza di trasparenza nel mercato dell’accesso, ovvero l’esistenza di meccanismi efficaci di monitoraggio delle scelte degli altri oligopolisti; nel mercato dei servizi finali, parimenti, la conoscibilità delle offerte degli altri operatori si limiterebbe a quelle c.d. di base, mentre non vi sarebbe trasparenza sulle condizioni offerte alla clientela *business*;

- i comportamenti individuati come misure di *retaliation* potrebbero al massimo configurare mere reazioni concorrenziali e non avrebbero il potere di disincentivare una deviazione dalla politica comune;

- esisterebbero vincoli al potere di mercato esercitabile dalle imprese. Infatti, da un lato, la clientela aziendale è in grado di incidere sulle condizioni contrattuali ad essa applicate dagli operatori di rete mobile; tali clienti, in virtù delle loro grandi dimensioni e della conseguente importanza commerciale, rappresentano anche un forte incentivo a deviare da un accordo implicito. Dall’altro, sarebbe stata sottovalutata la posizione di H3G, che in poco tempo avrebbe conquistato un’importante quota di mercato (doc. 355, pag. 13-18).

313. Le argomentazioni di TIM in merito alla mancata verifica della sussistenza dei c.d. “criteri *Airtours*” sono state approfondite in un apposito studio sul tema, pervenuto in data 19 giugno 2006 (doc. 462).

In particolare, secondo TIM, le valutazioni espresse dall’Autorità nel provvedimento di avvio sarebbero non condivisibili né sotto il profilo strutturale, né sotto il profilo regolamentare, né, tantomeno, sotto il profilo comportamentale.

In merito al profilo strutturale, il mercato Italiano, al dicembre 2005, presenta, secondo dati di fonte “Analysys”, un grado di concentrazione (pari in termini di indice HHI¹⁴⁷ a 3.083) inferiore alla media europea (HHI=3.500). Inoltre, la concentrazione del mercato italiano si è ridotta nell’ultimo triennio molto più rapidamente che negli altri paesi (cfr. doc. 462, memoria, pp. 13-19).

In base a quanto indicato nello studio, l’andamento delle quote di mercato dei gestori di rete confermerebbe tali conclusioni, essendosi verificati nel corso del tempo mutamenti delle quote dei gestori: una riduzione della quota di TIM; un andamento pressoché stabile della quota di VODAFONE; una crescita di quella di WIND; ma, soprattutto, una crescita estremamente rilevante della quota del quarto gestore H3G a partire dal 2004, che avrebbe raggiunto nell’aprile 2006, circa sei milioni di utenti.

314. Sotto il profilo regolamentare, gli interventi in materia di MNP da parte dell’Autorità di settore avrebbero determinato “una rapida ed agevole portabilità del numero”. In particolare, secondo i dati dell’XI Rapporto della Commissione Europea¹⁴⁸, l’Italia, dall’agosto del 2004 all’ottobre 2005, ha visto quasi raddoppiare i numeri portati, attestandosi, a tale data, al secondo posto in Europa (con circa 5 milioni di numeri portati), preceduta solo dalla Spagna (poco più di 6 milioni di numeri portati). Peraltro, secondo TIM, rispetto alla Spagna, in Italia il ricorso alla MNP sarebbe andato prevalentemente a vantaggio dei nuovi entranti (ivi, pp. 22-23).

La propensione della clientela italiana a cambiare il proprio gestore sarebbe facilitata anche dalla netta prevalenza, rispetto agli altri paesi europei, di utenti con profili tariffari pre-pagati, pari a circa il 90% sul totale dei sottoscrittori. In ogni caso, TIM sottolinea l’assenza di particolari clausole volte ad imporre obblighi di durata contrattuale ai propri

¹⁴⁶ [Nella sua audizione del 6 giugno 2005 (doc. 150), TIM ha sostenuto, in particolare, di aver perso utenti rispetto a tutti gli operatori, mentre H3G avrebbe ottenuto il risultato inverso.]

¹⁴⁷ [L’indice di Herfindal-Hirshman (Herfindal Hirshman Index – HHI) è pari alla somma dei quadrati delle quote di mercato delle imprese presenti su di un mercato e varia da 0 e 10.000 (ipotesi di monopolio).]

¹⁴⁸ [Cfr. European Electronic Communications Regulation And Markets 2005 (11th Report), del 20 gennaio 2006, SEC(2006)193.]

clienti anche con riferimento ai contratti post-pagati (abbonamenti), diversamente da quanto avviene in altri paesi a livello europeo (ivi, pp. 25-26).

315. Con riferimento, infine, al profilo comportamentale, secondo TIM, l'esame delle strategie competitive degli operatori radiomobili italiani evidenzia che queste sono improntate a differenziare le proprie offerte commerciali da quelle dei concorrenti. Più precisamente, in un confronto con i sopra menzionati paesi, il mercato italiano presenta il livello più elevato di articolazione tariffaria, con 35 diversi piani per utenti residenziali e 27 per utenti affari, e ciò contribuirebbe a ridurre il grado di trasparenza del mercato italiano (cfr. doc. 462, memoria, pag. 31).

Con riguardo poi al livello dei prezzi dei servizi mobili, TIM fornisce un confronto internazionale del livello di prezzo in Italia di tre diversi "panieri di traffico" (corrispondenti ai profili di consumo "basso", "medio" e "alto"). In particolare, sottolinea che sono stati considerati dati di fonte Teligen, ovvero quelli più frequentemente utilizzati dalla Commissione per confronti sulla "*clientela abbonata*"; tuttavia, poiché in Italia il 90% degli utenti sottoscrive contratti pre-pagati, il confronto viene effettuato con riferimento ad entrambe le tipologie di contratti (pre-pagati e post-pagati). TIM, con riferimento al 2005, evidenzia che i prezzi pagati dalla clientela italiana che usa carte pre-pagate sono tra i più bassi rispetto alla rosa dei paesi europei sopra individuata, qualunque sia il profilo di consumo considerato (solo con riferimento al profilo "basso", il prezzo in Italia sarebbe superiore a quello inglese, per essere sempre inferiore in tutti gli altri casi). "*La situazione dell'Italia appare meno favorevole quando si considerino i prezzi dei profili tariffari post-pagati...*", in quanto, per il profilo "basso", l'Italia è al terzo posto dopo Francia e Spagna; per il profilo "medio", è il paese con il prezzo più elevato; per il profilo "alto" è al terzo posto dopo Gran Bretagna e Francia. Tuttavia, "*l'impatto complessivo di questo differente ranking dell'Italia*" sarebbe del tutto marginale stante la ridotta percentuale di clientela che l'adotta. Dati sostanzialmente analoghi si rinvennero anche per il 2003 e il 2004 (ivi, pp. 33-38).

TIM sostiene, infine, che la descritta vivacità del mercato e il basso livello dei prezzi non sarebbero in contrasto con un livello del MOL (o EBITDA) molto elevato¹⁴⁹ (53%), in quanto tale indicatore "**non è in grado di rivelare alcunché circa l'effettiva redditività degli operatori mobili**" (ivi, pag. 39), ciò in quanto esso rappresenta un indicatore della capacità dell'azienda di generare risorse finanziarie attraverso l'attività caratteristica, senza considerare gli investimenti effettuati per svolgere tale attività. Utilizzando come indice di redditività del capitale investito il ROCE¹⁵⁰, TIM sostiene che la redditività della società confrontata con quella degli operatori leader negli altri paesi europei nel periodo 2002-2005 mostra che TIM è in "*una posizione intermedia*", superiore a Vodafone UK e a Orange France, inferiore a T-Mobile Germany e Telefonica Moviles (ivi, pp. 39-40).

316. Sulla base dell'analisi descritta, secondo TIM, le condizioni del mercato radiomobile italiano – quote di mercato asimmetriche e in rapido mutamento; disomogeneità dei prodotti offerti sotto il profilo qualitativo; tasso di innovazione elevato sotto il profilo dei servizi e dell'aggregazione in "pacchetti"; assenza di trasparenza; elevata capacità di reazione degli utenti con contratti pre-pagati; presenza effettiva di barriere all'ingresso di natura amministrativa, che tuttavia non avrebbero rilevanza in presenza di accertata esistenza di capacità inutilizzata; grado di concentrazione determinato dalle menzionate barriere amministrative; assenza di legami strutturali tra gli operatori – risulterebbero "*ben diverse da quelle richieste dalla giurisprudenza (e dall'economia) perché si possa verificare una dominanza collettiva*" (ivi, pag. 41).

Più precisamente, "[p]er quanto riguarda specificamente i criteri fissati dalla sentenza Airtours, gli elementi raccolti indicano come né il primo, né il secondo, né il terzo criterio possano ritenersi verificati nel mercato italiano dei servizi finali di comunicazione mobile" (ivi, pag. 42).

In relazione al primo criterio, oltre alla circostanza che la concorrenza nel mercato a valle porterebbe ad escludere che operatori verticalmente integrati possano "*colludere sul mercato a monte*", TIM sottolinea **[omissis]**. Ciò dimostrerebbe che non è possibile attribuire a TIM la volontà di impedire l'ingresso sul mercato di nuovi operatori virtuali, togliendo fondamento a possibili ipotesi di partecipazione della società ad un "*tacitly concerted refusal to deal*" (ivi, pag. 9 e pag. 42).

In relazione al secondo criterio, vi sarebbe "sufficiente turbolenza nei prezzi e nelle proposte commerciali da ... ostacolare l'eventuale adozione di azioni efficaci di rappsaglia" (ivi, pag. 42).

Con riferimento al terzo criterio, oltre all'asserita capacità di reazione dei consumatori, **[omissis]** (ivi, pag. 42).

317. WIND sottolinea in modo particolare l'impossibilità di assimilare la propria posizione a quella dei due maggiori MNO, TIM e VODAFONE.

In primo luogo, in merito al mercato dei servizi finali, rimarca: i) che TIM e VODAFONE hanno quote di mercato particolarmente elevate rispetto a WIND e H3G e che tali ultimi operatori "*presentano persistenti difficoltà nel tradurre le proprie quote di mercato in termini di clienti in equivalenti quote in valore*" (cfr. doc. 289, pag. 42); ii) che tale mercato è caratterizzato da un elevato livello di concorrenza sia in termini di prezzo che in termini di innovazione di prodotto, incompatibile con l'esistenza di meccanismi di coordinamento inerenti una presunta PDC. Inoltre, WIND evidenzia che la strutturale differenza rispetto a TIM e VODAFONE si è andata consolidando nel corso del tempo, sia in termini di quota di mercato, sia in termini di profittabilità. In tale quadro, il ruolo assolto da WIND sarebbe quello di promozione della concorrenza rispetto ai *first movers*, TIM e VODAFONE, ruolo che sarebbe comprovato dalle politiche tariffarie praticate dal gestore alla clientela finale (cfr. doc. 626, doc. 741 – studio TERA allegato e doc. 843, intervento WIND).

¹⁴⁹ [Vale evidenziare che tra i documenti allegati alla memoria presentata da TIM, vi è un articolo del Sole 24 Ore Economia e Finanza, del 6 giugno 2005, nel quale si sostiene che la redditività di TIM, il cui MOL in percentuale sui ricavi è salito al 54,8%, è tra le più alte nel mondo (cfr. doc. 462, all. 6, pag. 120).]

¹⁵⁰ [Il Return on Capital Employed (ROCE) è dato dal rapporto tra il profitto prima degli interessi e delle tasse (EBIT) e la differenza tra attività totali e passività correnti.]

In secondo luogo, WIND contesta la presunta omogeneità delle reti dei tre operatori. In particolare, WIND sottolinea che la propria rete, rispetto a quella di TIM e VODAFONE presenta una minore disponibilità in termini di spettro nella banda a 900 Mhz (a fronte di una maggiore disponibilità di spettro nella banda a 1800 Mhz); poiché il raggio massimo di una cella in una rete a 1800Mhz è inferiore a quello di una cella a 900Mhz, ciò comporta maggiori costi derivanti dalla necessità di installare un maggior numero di impianti sul territorio nazionale stimati dall'AGCom, nella delibera 465/04/CONS¹⁵¹, pari a 10-15 punti percentuali (cfr. 289, pp. 39-40). Tali argomentazioni sono state ampiamente riprese nella memoria giuridica presentata in data 18 aprile 2007 e supportate da uno studio economico allegato (cfr. doc. 741 – studio NERA allegato) nonché richiamate nel corso dell'audizione finale (cfr. doc. 843, intervento WIND).

I descritti elementi confermerebbero l'infondatezza dell'ipotesi istruttoria in merito all'estensione della PDC anche in capo a WIND.

A ulteriore riprova di ciò, WIND ricorda che la prassi antitrust sia nazionale che comunitaria ha escluso in più occasioni l'esistenza di un significativo potere di mercato in capo a WIND e richiama a tal fine una serie di decisioni nelle quali si rileva il divario esistente tra il peso detenuto da WIND e quello degli altri due operatori integrati, nei mercati della telefonia mobile (cfr. ivi pp. 7-9).

D'altro canto, secondo WIND, gli stessi operatori denunciati, nelle loro segnalazioni all'Autorità, hanno inizialmente rivolto le loro istanze nei soli confronti di TIM e VODAFONE, visti come membri di un duopolio, arrivando in alcuni casi a supporre l'esistenza di una PDC in capo solo a tali operatori nel mercato dell'accesso (TELE2 e EUTELIA) e nel mercato dei servizi finali (TELE2 e STARTEL) (cfr. ivi pp. 37-39).

318. Con riferimento alle caratteristiche delle reti dei gestori, si rileva che le Parti intervenute nel procedimento hanno espresso valutazioni concordanti sull'equivalenza delle reti di TIM, VODAFONE e WIND e sulla non sostituibilità delle stesse con quella di H3G.

319. Peraltro, nel corso dell'audizione del 22 giugno 2005, H3G ha sostenuto che, nonostante la stessa abbia quasi completamente ottemperato, in anticipo, agli obblighi di copertura geografica previsti dalla licenza, ossia capoluoghi di regione e province, *"la società ha deciso di continuare ad operare [omissis] in roaming sulla rete GSM di [omissis], pur sopportando costi molto consistenti per tali servizi, per garantire alla propria clientela di usufruire dei servizi di comunicazione mobile non solo nelle aree dove H3G ancora non ha copertura, ma anche in quelle dove la qualità del segnale non è ottimale"* (cfr. doc. 166, pag. 3). Vale evidenziare a riguardo che il contratto di roaming GSM stipulato da H3G con [omissis], con riferimento al periodo 1° gennaio 2004-30 giugno 2006, [omissis]. Inoltre, con riferimento agli anni 2004 e 2005, in base al contratto, H3G [omissis] (cfr. doc. 14, all. 3, pp. 7-8).

320. A sostegno dell'inesistenza di una PDC nel mercato dell'accesso, gli MNO, infine, richiamano la posizione dell'Autorità di settore, espressa nella del. 306/05/CONS¹⁵², che ha *"...escluso il possesso da parte degli operatori di rete mobile di posizioni di dominanza individuale e collettiva"*. Il mercato dell'accesso avrebbe carattere competitivo e pertanto non sussisterebbero condizioni che incentivino comportamenti collusivi tra le imprese che vi operano.

WIND, in particolare, evidenzia che la linea di analisi seguita dall'AGCM nel provvedimento di avvio si discosta dall'approccio adottato dall'AGCom nella del. n. 306/05/CONS sia in termini di definizione del mercato all'ingrosso dei servizi di accesso – tale mercato includerebbe anche i servizi di originazione – sia in merito alla valutazione del grado di concorrenzialità presente nel suddetto mercato – che dovrebbe riferirsi alle condizioni di concorrenza nel mercato a valle dei servizi finali. Con riferimento a tale ultimo punto, WIND ricorda, in particolare, che secondo l'AGCom la presenza di quattro operatori infrastrutturati è in grado di assicurare condizioni di concorrenza effettiva relativamente alla situazione attuale e prospettica (cfr. doc. 289, pp. 31-33).

WIND e TIM sottolineano, inoltre, che tale valutazione dell'Autorità di settore è stata confermata anche dalla Commissione¹⁵³, che ne ha avallato le conclusioni a seguito dell'aggiornamento dei dati forniti dall'AGCom sull'andamento dei prezzi medi unitari dei gestori di rete e sulle loro quote di mercato in utenti (cfr. doc. 355, pag. 13, e doc. 289, pag. 34).

321. Sul punto STARTEL, TWC e AIIP, con memoria pervenuta in data 22 giugno 2006, e TISCALI, con memoria del 28 giugno 2006, hanno, in primo luogo, sostenuto che la del. 46/06/CONS mira a *"verificare se vi possa essere al 2006 ... e stabilmente per il futuro, una PDC degli MNO"*, per cui la valutazione ivi espressa non sarebbe pertinente al periodo oggetto della presente istruttoria, quanto meno fino a tutto il 2005. In secondo luogo, essi hanno evidenziato che numerosi operatori - TISCALI, STARTEL, KPNQWest Italia, TELE2, EUTELIA e Welcome - hanno impugnato la suddetta delibera innanzi al TAR del Lazio, per il suo annullamento, tra l'altro, *"sulla base di un difetto di istruttoria per l'impiego di dati obsoleti da parte dell'AGCom"*; dati che comunque, anche se impiegati, consentirebbero di arrivare a conclusioni opposte (cfr., rispettivamente, doc. 463, pp. 32-33, e doc. 470, pag. 31-32).

L'asserita assenza di una PDC nel mercato dell'accesso da parte dell'AGCom risulterebbe particolarmente incomprensibile alla luce, inter alia, dell'andamento dell'indice di redditività (MOL) per gli operatori mobili dal 1999-2003, essendo tale parametro *"senza dubbio il più importante ... suscettibile di fungere da 'cartina di tornasole' dell'esistenza di una posizione di 'potere di mercato'"*; ciò, in quanto *"il potere di mercato coincide con la possibilità per un'impresa di ricavare margini più elevati rispetto al suo costo medio (inclusivo anche di una ragionevole*

¹⁵¹ [Delibera dell'AGCom n. 465/04/CONS, "Consultazione pubblica sulla identificazione ed analisi del mercato della terminazione di chiamate vocali su singole reti mobili, sulla valutazione di sussistenza del significativo potere di mercato per le imprese ivi operanti e sugli obblighi regolamentari cui vanno soggette le imprese che dispongono di un tale potere (mercato n. 16 fra quelli identificati dalla raccomandazione sui mercati rilevanti dei prodotti e dei servizi della commissione europea)", del 22 dicembre 2004.]

¹⁵² [Delibera AGCom n. 306/05/CONS del 27 luglio 2005 già cit., relativa alla consultazione pubblica sul mercato 15, il cui contenuto è sostanzialmente riproposto nel provvedimento finale adottato con la del. n. 46/06/CONS cit. (cfr. supra, sez. V, 2, c).]

¹⁵³ [Case IT/2005/0259 cit..]

remunerazione del capitale investito). L'andamento del MOL dei tre gestori mostra, nel periodo 1999-2003 considerato dall'AGCom, un crescita progressiva, con valori per TIM nel 2003 pari al 53%. Inoltre, i dati aggiornati al 2004, disponibili dai bilanci di TIM, evidenzerebbero che il MOL è cresciuto ancora, portandosi al 54,8% per TIM. (cfr., doc. 463, pp. 34-35; cfr. anche doc. 470, pag. 34.).

b) Sull'ipotizzato abuso

322. Gli operatori integrati di rete mobile sono concordi nel sottolineare come non sia possibile rinvenire dal quadro regolamentare in vigore alcun obbligo da parte degli MNO di concedere l'accesso alle proprie reti ad operatori alternativi.

TIM e WIND richiamano prevalentemente la del. n. 544/00/CONS dell'AGCom.

Con riguardo, in particolare, alla figura del MVNO, la delibera citata - secondo i gestori - prevedeva un sostanziale rinvio del loro accesso al mercato - che avrebbe comunque richiesto un intervento normativo per consentirne l'attività - sulla base di considerazioni di politica industriale e di sviluppo di una concorrenza sostenibile. La ratio di tale scelta risiedeva nella preferenza sottolineata dall'AGCom per la promozione di una concorrenza "fra reti" piuttosto che una concorrenza "fra servizi".

Per quanto riguarda, invece, ESP e ATR, l'AGCom riconosceva sin da allora che il loro sviluppo poteva costituire "uno stimolo al miglioramento delle politiche di distribuzione e vendita..." ma rimetteva alla libera determinazione delle parti (MNO e operatori alternativi) la scelta di realizzare o meno relazioni commerciali nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione (doc. 355, pag. 22).

323. Esistono tuttavia due diverse interpretazioni della del. n. 544/00/CONS con riguardo all'attività di MVNO. Infatti, mentre TIM ritiene che la delibera dell'AGCom vada interpretata nel senso di lasciare alla libera valutazione delle parti la scelta sull'opportunità di concludere accordi per l'accesso alle reti mobili da parte di un MVNO (cfr. doc. 150, pag. 2), WIND sostiene che la citata delibera imponga una vera e propria barriera amministrativa all'accesso degli MVNO alle reti degli operatori integrati.

In particolare, per WIND, l'attività degli MVNO sarebbe preclusa per un periodo non inferiore a otto anni dall'avvio dell'attività commerciale per i sistemi mobili di terza generazione; ciò, al fine di garantire agli MNO la possibilità di valorizzare gli investimenti effettuati in infrastrutture. Per WIND, quindi, non sarebbe configurabile un'azione ad effetti escludenti da parte degli MNO.

324. Sull'esistenza di vincoli regolamentari all'accesso, H3G ha sostenuto un'interpretazione della del. n. 544/00/CONS in linea con quella degli MNO, ritenendo in particolare che tale delibera avrebbe scelto "di non imporre alcun obbligo di accesso a favore degli MVNO fino al 2008, avendo stimato che, in tale arco temporale, gli operatori licenziatari di frequenze UMTS, tra cui in primis H3G, avrebbero recuperato gli investimenti per la costruzione delle reti di terza generazione, e che tale termine è stato implicitamente posticipato dal D.P.R. che ha prorogato la durata delle licenze di 5 anni" (cfr. doc. 166, pag. 3).

In ogni caso, a dire di H3G, sarebbe necessario un intervento normativo per consentire agli MVNO di operare, in quanto un MVNO per offrire i propri servizi sul mercato necessita di un proprio codice di rete e di archi di numerazione in decade "3", e solo gli operatori che già dispongono di frequenze sarebbero titolari a richiederli (cfr. ivi, pag. 2).

325. Diversa è la lettura del quadro regolamentare offerta da altre Parti intervenute nel procedimento. Specificamente, BT "precisa che il comportamento posto in essere dai tre gestori appare in contrasto con i principi stabiliti dalla Del. 544/00 che impone, quanto meno con riferimento agli ESP, l'obbligo di dare accesso, solo rimettendo alla libertà negoziale dei gestori la definizione dei termini commerciali dell'accordo stesso. La medesima delibera si limita a non imporre alcun obbligo di dare accesso agli MVNO; ciò che non implica un divieto di negoziare liberamente accordi in tal senso. Con l'entrata in vigore del nuovo quadro regolatorio comunitario, recepito nell'ordinamento nazionale dal D.Lgs. N. 259/2003 recante il 'Codice delle Comunicazioni Elettroniche' ..., l'obbligo di accesso prima in capo solo agli operatori di rete fissa è stato esteso anche ai gestori di rete mobile, eliminando qualsiasi ostacolo normativo alla negoziazione di accordi in tal senso" (cfr. doc. n. 197, pag. 4).

326. Quand'anche si volesse ammettere l'esistenza di una PDC in capo ai gestori mobili, gli MNO sottolineano che non può discendere da ciò un obbligo alla conclusione di contratti non reciprocamente convenienti; di conseguenza, solo l'assenza di giustificazione ai dinieghi opposti dai gestori di rete potrebbe configurare un abuso.

327. In particolare, TIM sottolinea che il solo carattere di esclusività nel possesso del bene o del servizio di cui l'operatore in posizione dominante nega la fornitura non sarebbe sufficiente a qualificare un rifiuto a contrarre come abuso. Ulteriori condizioni necessarie sarebbero:

- che il bene o il servizio di cui si rifiuta la fornitura sia indispensabile allo svolgimento dell'attività del richiedente, nel senso che non esistono soluzioni alternative;
- che il mancato accesso comporti il rischio di eliminare del tutto la concorrenza sul mercato;
- che il diniego non sia obiettivamente giustificabile, ovvero discriminatorio o arbitrario (cfr. doc. 355, pp.19-20).

328. A detta di TIM, i dinieghi a contrarre opposti dalla società ai denunciati non risponderebbero ai suddetti requisiti, dal momento che:

- le reti degli MNO sono infrastrutture diverse e pienamente sostituibili fra loro e l'accesso ad una di esse non può dirsi indispensabile a meno che le tre reti non appaiano come un'unica infrastruttura agli occhi del consumatore e dei concorrenti. Inoltre, chi volesse fornire servizi in concorrenza con TIM e WIND potrebbe acquisire IPSE con le relative

licenze, o quanto meno avrebbe dovuto manifestare un interesse nel corso della consultazione pubblica per il IV gestore GSM¹⁵⁴;

- il diniego di accesso non eliminerebbe la concorrenza nel mercato a valle, dove opera comunque un quarto gestore, H3G;

- la documentazione agli atti dimostrerebbe chiaramente che la decisione di non dare accesso ad operatori alternativi è basata su motivazioni di carattere economico/commerciale (cfr., *ivi*, pp. 20-23).

In merito a tale ultimo punto, in particolare, da un lato, TIM ha dichiarato che "non ha ritenuto di prendere in considerazione la proposta di Tele2 visto che questa, per la sua genericità, non presentava i requisiti sopra richiesti" (cfr. doc. 150, pag.2); dall'altro, ha sostenuto che il rifiuto opposto a TELE2 sarebbe "il frutto ... di una ponderata analisi costi-benefici, a fronte di richieste presentate dai denunciati che non presentavano sufficienti 'garanzie' di natura economica e/o commerciale" (cfr. doc. 355, pp. 23-28).

Con riferimento invece alle richieste di accesso alla rete formulate da RETEITALY, TWC e STARTEL, si tratterebbe di richieste del tutto pretestuose, prive di una reale proposta commerciale, volte non già all'offerta di servizi di comunicazione mobile, ma di servizi di fonia fisso-mobile, al fine di aggirare lo strumento normativo previsto a tale scopo, il contratto di interconnessione; per tali ragioni TIM si sarebbe sentita legittimata a rifiutare le richieste (cfr. *ivi*, pp. 30-32). Infine, il contesto regolatorio, ed in particolare la del. n. 544/00/CONS, avrebbero influenzato le scelte di rifiuto di TIM. (cfr. *ivi*, pp. 20-21).

329. WIND sottolinea di aver tenuto un comportamento negoziale irreprensibile e di aver mostrato un preciso interesse a vagliare l'opportunità di accordi con operatori alternativi. In particolare, la documentazione acquisita in ispezione mostrerebbe che il negoziato tra WIND e TELE2 è stato complesso ed articolato e che le parti non sono pervenute ad un accordo che fosse nel loro reciproco interesse. La stessa TELE2 avrebbe ammesso che WIND è stato l'unico operatore a mostrare interesse ad una discussione più approfondita sul modello di attività proposto e che i primi incontri tra le società risalirebbero al 2001.

Anche con riferimento alle richieste formulate dagli altri denunciati, WIND sostiene di averle adeguatamente processate, sottolineando come le denunce di RETEITALY, STARTEL e TWC non appaiano riferite specificamente alla pretesa di operare nell'offerta di servizi di comunicazione mobile, ma integrino piuttosto "*generici rilievi funzionali ad ottenere ... trattamenti preferenziali (specie, se non soltanto, per il traffico on net) rispetto all'ordinario regime di terminazione*" (cfr. doc 289, pp. 45-51).

330. In merito alla circostanza, lamentata dagli MNO, che le richieste di accesso alle rispettive reti formulate dai denunciati non sarebbero state corredate da adeguate analisi di carattere economico-commerciale, TELE2 ha sostenuto in audizione che "*non è stato consentito di formulare una richiesta di accesso supportata da un'analisi dettagliata in termini di costi/benefici e ricavi che la rete ospitante avrebbe realizzato a fronte dei volumi di traffico realizzati da TELE2 stessa. Infatti, una tale proposta avrebbe implicato la conoscenza da parte di TELE2 della base di costi del gestore mobile e dei prezzi dell'accesso wholesale che quest'ultimo intendeva praticare*" (cfr. doc. 156, pag. 3).

STARTEL, TWC e RETEITALY hanno dichiarato l'impossibilità di predisporre un *Business Plan* senza conoscere le condizioni economiche e tecniche offerte dagli MNO. Proprio a tal fine, sui presupposti previsti nella del. n. 544/00/CONS, essi avevano richiesto incontri tecnico-economici per definire i parametri di riferimento allo scopo formulare un *Business Plan* e dimostrare la validità economica della propria attività; tuttavia, i gestori mobili non hanno mai dato seguito a tali richieste (rispettivamente, doc. 162, pag. 5; doc. 161, pag.4; doc. 152, pag. 5).

RETEITALY sottolinea inoltre che, di fatto, già dal 2001 svolgeva attività di ESP avvalendosi della forma contrattuale prescelta da TIM, e che pertanto non potrebbe in nessun modo rinvenirsi, in una richiesta di accesso alla rete come MVNO o come ESP non sufficientemente dettagliata sotto il profilo tecnico-economico una carenza di volontà alla stipula di un accordo in tal senso. Al contrario, proprio alla luce dell'esperienza passata con TIM, RETEITALY aveva ritenuto che l'unica strada percorribile fosse quella di valutare, sulla base dei vincoli tecnico-economici posti dagli MNO, la fattibilità del progetto (cfr. doc. 152, pag. 5).

331. Quanto all'obiezione relativa alla possibilità di fornire servizi in concorrenza con TIM, VODAFONE e WIND replicando un modello di operatore integrato, diversi operatori hanno segnalato la loro partecipazione alla consultazione pubblica per il IV gestore GSM, nel corso della quale avrebbero chiaramente espresso la propria preferenza per un modello concorrenziale basato sull'ingresso di operatori virtuali piuttosto che sulla nascita di nuovi gestori di rete che duplicano le infrastrutture esistenti non pienamente sfruttate (TELE2, doc. 156, pag. 3; TISCALI, doc. 167, pag. 3; BT, doc. 197, pag. 4).

332. In merito alla difficoltà di accedere alle reti dei gestori, FASTWEB ha evidenziato che solo "un accesso quale MVNO permetterebbe di replicare le offerte degli MNO, neutralizzando i vantaggi di costo e le distorsioni oggi presenti sul mercato. In secondo luogo, FASTWEB potrebbe realizzare un'offerta total customer solution per la propria clientela attraverso una piena apertura alla full mobility, ad esempio attraverso il lancio di nuovi servizi come il 'numero personale' all'utenza" (doc. 199, pp. 2 e 3).

BT ha sottolineato, al pari di FASTWEB, come ritenga l'accesso alle reti indispensabile per offrire servizi integrati fisso-mobile a prezzi competitivi (doc. n. 197, pag. 3).

Analogamente, i rappresentanti dell'associazione di categoria AIIP hanno posto l'accento sul fatto che, in assenza di un'adeguata offerta di servizi *wholesale* di accesso e terminazione per operatori ESP, i vantaggi della convergenza

¹⁵⁴ [Cfr. Del. 54/04/CONS dell'AGCom, "Consultazione pubblica sulle procedure di assegnazione di diritti d'uso delle frequenze destinate al servizio GSM pubblico ad un nuovo operatore ed ai gestori esistenti", dell'11 marzo 2004.]

fisso-mobile andranno in particolare a favore del gruppo TI-TIM e di VODAFONE, che hanno il maggior numero di clienti (residenziali e *business*) e possono sfruttare notevoli esternalità di rete, incrementando i margini che, in assenza di concorrenza, non saranno trasferiti a valle agli utenti finali (doc. 196, pag. 3, e relativo all. 2, inter alia, pp. 13 e 14; cfr. anche la memoria congiunta di AIIP, STARTEL e TWC, doc. 463, pp. 11-13 e la memoria di TISCALI, doc. 470, pp. 13-15).

333. Gli MNO hanno comunque evidenziato che la valutazione in merito alla decisione di dare accesso o meno alle proprie reti deve tenere conto anche di problematiche di natura tecnica legate a problemi di sovrappollamento delle reti o di intasamento delle celle.

TIM ha risposto che i problemi derivanti dall'accogliere più di un operatore virtuale in *roaming* sulla propria rete non assumono carattere di natura tecnica ma sono piuttosto legati alla pianificazione degli investimenti in infrastrutture, data la scarsità di frequenze e siti. TIM sottolinea, in particolare, le diverse caratteristiche dell'offerta di accesso in *roaming* ad un operatore dotato di proprie infrastrutture di rete rispetto ad un MVNO, in termini di durata del contratto, di base clienti da servire e di distribuzione geografica del servizio.

Mentre l'MNO ospitato (generalmente nuovo entrante) necessita di un servizio temporaneo, legato all'arco di tempo necessario a realizzare il livello minimo obbligatorio di copertura del territorio, con conseguente progressivo ridursi della quantità di traffico gestita in *roaming* sulla rete ospitante, nel caso di un MVNO la fornitura di *roaming* ha carattere permanente e il traffico sulla rete del gestore ospitante tende a crescere all'aumentare delle dimensioni dell'MVNO.

In merito, poi, alla distribuzione delle chiamate sul territorio, il gestore ospitato inizia a realizzare la propria rete mobile nei principali centri abitati e ciò comporterebbe che l'impatto sulla rete del MNO ospitante si concentra nelle aree con minore densità di popolazione e quindi meno congestionate; per contro, l'MVNO tenderebbe a concentrare il proprio traffico nelle zone a maggiore densità di popolazione, in cui la rete *host* già presenta maggiori problemi di congestione.

TIM, infine, ha sottolineato che il collo di bottiglia è rappresentato da elementi quali la scarsità di risorse frequenziali e di siti dove impiantare le antenne radiomobili; che non sono sotto il controllo dell'operatore ospitante. Più precisamente, a fronte di una scarsità di frequenze, l'unica soluzione tecnica in grado di aumentare l'utilizzo dei canalini fonici, al fine di ospitare un altro operatore (oltre *[omissis]*), sarebbe quella di aumentare il numero di stazioni radio base al fine di creare celle di copertura sempre più piccole. Tuttavia il reperimento di nuovi siti si presenta particolarmente difficoltoso, tanto che TIM ha stipulato accordi di condivisione dei siti con *[omissis]*, *[omissis]* e *[omissis]* (cfr. doc. 181, pp. 13 e 14).

334. WIND ritiene che la principale limitazione operativa alla configurazione di più di un operatore virtuale in *roaming* sulla propria rete sia legata alla definizione e gestione delle aree geografiche (c.d. *Location Area*) nelle quali i diversi MVNO richiederanno accesso e quindi potranno usufruire dei servizi di *roaming*. Poiché le *Location Area* devono essere definite sulla base di criteri di progettazione ed ottimizzazione di parametri di servizio e di carico di rete, secondo l'operatore "risulta estremamente critico, nonché inefficiente ... attuare ulteriori segmentazioni ovvero rimodulazioni delle stesse per consentire l'attuazione del Roaming, con estensione di copertura diversa, ad un numero di Operatori Virtuali maggiori di due". In ogni caso, "l'eventuale inserimento di Operatori Virtuali, che sfruttano quindi un accesso in *roaming*, comporterebbe la necessità di effettuare ampliamenti di capacità aggiuntivi..." (cfr. doc. 178, pp. 10 e 11).

335. Sul punto, le altre Parti intervenute nel procedimento hanno sostenuto quanto segue.

H3G osserva che "tale limite fisico dipende dal numero di clienti e dal volume di traffico tanto della rete ospitante che degli operatori ospitati, oltre che dello stato di avanzamento tecnologico della rete ospitante. Ad esempio, operatori come TIM hanno senz'altro capacità di gestire traffico di altri operatori, avendo sempre offerto *roaming* agli operatori nuovi entranti: prima a VODAFONE, poi a WIND e ora ad H3G" (doc. 166, pag. 3).

TELE2 "non ritiene che, per nessuno dei tre gestori mobili italiani, vi sia, allo stato, un problema di congestione della rete" (doc. 205, pag. 4).

TISCALI, intervenendo sul punto, afferma che "allo stato, non essendo di fatto consentito agli operatori di accedere alle reti, non sembra plausibile immaginare vincoli di capacità delle stesse. Inoltre, le attuali tecnologie permettono di sostenere volumi di traffico e numeri di linee molto elevati"; inoltre, "da un punto di visto economico, i gestori e, in particolare, quelli di dimensioni minori dovrebbero avere interesse ad incrementare l'uso delle proprie infrastrutture, al fine di ammortizzarne i costi" (doc. 167, pag. 2).

FASTWEB, infine, ritiene "che non vi sia alcun limite al numero di operatori che una rete può ospitare in *roaming*, anche alla luce del fatto che le reti sono configurate in modo da poter gestire crescenti volumi di traffico in relazione alle necessità" (doc. 199, pag. 4).

336. Infine, con specifico riferimento ai rapporti intercorrenti tra TIM con TMS e, in particolare al contratto stipulato tra le parti nel 1999, dal quale risulta che TMS, appoggiandosi sulla rete di TIM, commercializza carte SIM con proprio marchio utilizzando archi di numerazione dedicati di TIM e gestendo direttamente il rapporto con i propri clienti, la Direzione ha chiesto a TIM di precisare quale differenza vi sia tra questo contratto ed un contratto di ESP.

Il gestore ha risposto sul punto che "il contratto con TMS è stato stipulato per consentire all'operatore mobile di uno stato indipendente di offrire servizi agli utenti della Repubblica di S. Marino ... [in quanto] ... nella RSM manca un piano di numerazione nazionale e un piano di assegnazione delle frequenze, per cui TMS, pur avendo avuto l'assegnazione di frequenze, non dispone di numerazione. In ogni caso, TMS non potrebbe utilizzare dette frequenze, essendovi problemi di interferenza con le frequenze assegnate agli MNO italiani" (doc. 368, pag. 5).

337. In merito, tuttavia, alcuni denunciati hanno fornito una diversa ricostruzione del rapporto negoziale tra TIM e TMS.

STARTEL ritiene che quest'ultima operi in qualità di vero e proprio ESP sulla rete mobile di TIM (cfr. doc. 162, pag. 3).

TWC evidenzia che TMS usa carte SIM di TIM, con marchio proprio, per offrire servizi di comunicazione mobile (cfr. doc. 161, pag. 3).

338. A seguito del provvedimento di estensione del procedimento A357, avente ad oggetto i comportamenti nel mercato dell'accesso posti in essere da TIM e, VODAFONE e WIND nei confronti di ELSACOM, i gestori di rete mobile sono stati nuovamente sentiti in audizione¹⁵⁵. Nel corso di tali incontri, gli MNO sono stati invitati a chiarire le ragioni che li hanno indotti a non dar seguito alle richieste di ELSACOM per una rinegoziazione al ribasso delle condizioni economiche per il *roaming* contenute nei contratti bilaterali da essa stipulati con i suddetti MNO.

339. Alla richiesta relativa al perché ELSACOM, che dispone di titoli abilitativi italiani allo svolgimento di servizi mobili e personali, è dotata di archi di numerazione in decade "3" e opera con un "country code" nazionale, è stata considerata dai gestori come un operatore estero, tanto da stipulare un contratto di *roaming* internazionale, essi hanno concordemente dichiarato che la dotazione di archi di numerazione in decade "3" non costituirebbe elemento sufficiente a qualificare la società come operatore nazionale. Piuttosto, ELSACOM non sarebbe in possesso del titolo abilitativo necessario per operare come fornitore di servizi GSM, ma solo della licenza di operatore satellitare e, quindi, extra-territoriale (cfr. doc. 368, pag 3, e doc. 365, pag. 3).

340. In merito al possesso dei titoli abilitativi, ELSACOM ha evidenziato che la società dispone di autorizzazioni sin dal 1999. Nel 2001 con Del. dell'AGCOM n. 131/01/CONS, le autorizzazioni sono state adeguate al nuovo regime di licenza. In particolare, si tratta di due licenze di rete (servizi di rete via satellite "feeder link" e servizi di rete via satellite "user link"), e una licenza per la commercializzazione di servizi satellitari al pubblico della durata ciascuna di 15 anni. In virtù di tale ultima licenza, ELSACOM ha ottenuto la titolarità di 10 milioni di numeri contraddistinti dal codice 310UUUUUUU, ossia rientranti nelle numerazioni in decade "3" assegnate dall'Autorità di settore alle comunicazioni mobili e personali con del. n. 6/00/CIR (articolo 6, comma 2) e non con del. 9/03/CIR (articolo 28, comma 2).

A parere della società, in nessun modo il titolo abilitativo di cui dispone può ritenersi limitato alla sola tecnologia satellitare. Più precisamente, "la circostanza che Elsacom possa offrire servizi mobili GSM sarebbe confermata dai tre seguenti elementi:

- è titolare di licenze per comunicazioni mobili e personali e di numerazione in decade '3';

- tutti e tre i gestori hanno concesso il roaming sulle loro reti a Elsacom consapevoli del fatto che opera con un country code nazionale;

- è membro della GSM Association" (cfr. doc. 361, pag. 3).

341. WIND ha affermato che, a suo parere, "la delibera n. 9/03/CIR ha abrogato la Del. n. 6/00/CIR e che, pertanto, l'utilizzo delle numerazioni di ELSACOM deve essere considerato nel quadro della disciplina attualmente in vigore, con particolare riguardo all'articolo 28 della Del. n. 9/03/CIR" (cfr. doc. 365, pag. 4).

342. TIM e WIND hanno sottolineato, inoltre, che le richieste ricevute da ELSACOM non possono essere considerate richieste di negoziazione di un nuovo contratto di *roaming* nazionale, in quanto la società si sarebbe limitata a richiedere una revisione al ribasso delle condizioni economiche contenute nei contratti di *roaming* internazionale già in essere. Di conseguenza, la scelta degli operatori mobili di non accogliere tali richieste non potrebbe rappresentare, in alcun modo, un rifiuto a concedere l'accesso alle proprie reti, volto a precludere l'ingresso nel mercato al dettaglio dei servizi mobili GSM. (cfr. doc. 368, pp. 2 e 3, e doc. 365, pag 2).

343. Secondo TIM, non può accogliersi l'obiezione che i termini della richiesta di ELSACOM fossero chiaramente evidenziati nella memoria predisposta per consultazione pubblica indetta dall'AGCom relativamente al mercato dell'accesso (mercato 15); tale documento, infatti, risulta comunque successivo alla richiesta di ELSACOM, datata aprile 2005 (cfr. doc. 368, pag. 3); in ogni caso, WIND non condivide l'interpretazione ivi fornita, sostenendo al contrario che quanto affermato in detta memoria, ovvero che la richiesta di revisione delle tariffe di *roaming* rappresentava una "implicita conversione al roaming nazionale", sia una conferma del fatto che ciò non risultava esplicitato nelle missive inviate da ELSACOM (doc. 365, pag. 2, e doc. 401, pag. 4).

344. TIM e WIND sono concordi nel rilevare che sussiste una differenza tra il servizio di *roaming* nazionale ed internazionale in termini di impegno delle reti, con conseguente innalzamento dei costi per l'operatore di rete mobile, che giustificerebbe un più elevato prezzo per la seconda tipologia di servizio.

In primo luogo, mentre nel caso del *roaming* nazionale, la copertura offerta ai clienti dell'operatore ospite è concordata con l'operatore stesso e può essere limitata ad una parte del territorio nazionale, nel caso di *roaming* internazionale, il gestore offre ai clienti dell'operatore ospite una copertura geografica pari all'intero territorio nazionale e ciò comporterebbe maggiori oneri legati al dimensionamento dell'infrastruttura radio e di quella di accesso.

In secondo luogo, la chiamata originata in *roaming* nazionale sulla rete del gestore ospitante viene consegnata al più vicino MSC (*Mobile Switching Center*) dell'operatore ospitato, che provvede al transito e alla terminazione della stessa (sulla base di accordi di interconnessione); nel caso, invece, del *roaming* internazionale, la telefonata è gestita interamente – originazione, transito e terminazione - dalla rete del gestore ospitante, comportando dei costi aggiuntivi (doc. 368, pag. 3; doc. 365, pag. 6).

345. In merito alle differenze in termini tecnici tra le due tipologie di *roaming*, ELSACOM ha evidenziato in audizione che nell'ambito dei servizi di *roaming* è necessario distinguere tra "segnalazione" e "traffico".

¹⁵⁵ [TIM è stata audita il 27 febbraio 2006 (doc. 368), VODAFONE in data 20 febbraio 2006 (doc. 363) e WIND in data 24 febbraio 2006 (doc. 365).]

La "segnalazione" non differisce sostanzialmente nelle due tipologie di *roaming* nazionale o internazionale, non comportando nel secondo caso costi aggiuntivi significativi¹⁵⁶. Diversamente, con riferimento al "traffico", ovvero al servizio di raccolta, instradamento e terminazione della chiamata su una rete diversa da quella del gestore dell'utente che la effettua, la differenza tra le due tipologie di *roaming* deriva dalla circostanza che nel *roaming* internazionale la chiamata ha un costo aggiuntivo derivante dal transito su tratte internazionali, come evidenziato dal fatto che i *country code* di origine e destinazione della chiamata sono differenti.

"Nel caso di utilizzo da parte dei clienti di ELSACOM della funzione di roaming GSM offerta da TIM, VODAFONE e WIND, tuttavia, le chiamate si svolgono interamente all'interno del territorio nazionale; infatti tanto l'origine che la destinazione della chiamata sono identificati con il country code nazionale (+39). Pertanto, nel caso di Elsacom, l'impegno di rete e i costi sottostanti la fornitura del servizio di roaming non possono che ricondursi a quelli relativi ad un normale contratto di roaming nazionale. Infine, Elsacom è dotata di un proprio sistema di billing per la gestione dei processi di fatturazione verso i propri clienti ..." (cfr. doc. 361, pag. 2)

346. Nessuno degli operatori, ai quali è stata formulata richiesta esplicita di indicare i costi relativi a ciascuna componente di rete impegnata nell'erogazione del servizio di *roaming* internazionale, è stato in grado di fornire una risposta (cfr. doc. 405, pag. 1; doc. 365, pag. 6; doc. 410, pag. 2).

347. Per concludere, gli operatori di rete mobile hanno affermato che la mancata accettazione delle richieste di ELSACOM di rinegoziare le tariffe di *roaming* a ribasso è dipesa dalla sostanziale assenza di interesse a contrarre.

TIM ha precisato che la società "non ha ritenuto che tale richiesta presentasse un qualsivoglia interesse commerciale", alla luce dell'esiguità del fatturato generato dai clienti ELSACOM per l'utilizzo di servizi di *roaming* sulla rete di TIM, pari nel 2005 a circa [omissis] e in considerazione del fatto che Globalstar era inserita nella procedura fallimentare statunitense, cd. di "Chapter 11" (cfr. doc. 368, pag. 2 e doc. 405, pag. 8).

WIND, infine, ha dichiarato che il rapporto di *roaming* bilaterale con ELSACOM si configura come un rapporto sinallagmatico, per la cui modifica è contrattualmente richiesto un reciproco interesse, a meno di non ipotizzare, a carico di WIND, un obbligo a contrarre (cfr. doc. 365, pag. 4).

c) Sulle trattative in corso e sugli accordi conclusi

348. Su richiesta della Direzione, i gestori hanno comunicato le nuove richieste di accesso pervenute in pendenza di procedimento e le trattative in corso.

349. TIM ha dichiarato che, nel corso del 2005, l'unica richiesta di accesso pervenuta alla propria rete "che presenta[va] le caratteristiche necessarie per essere valutata..." era quella di [omissis]. TIM ha inoltre sottolineato che [omissis] aveva reiterato la propria richiesta di accesso, e che ad essa era seguito un incontro con TIM conclusosi con un accordo preliminare di "riservatezza" sulle informazioni scambiate. TIM ha avuto anche un incontro con [omissis] nel mese di novembre (su istanza di quest'ultima) avente ad oggetto, tra l'altro, un accordo [omissis] di servizi mobili di TIM (cfr. doc. 286, pag. 5).

Nell'audizione del 27 febbraio 2006, TIM ha comunicato di aver avviato nuove trattative per l'accesso alla propria rete in qualità di MVNO/ESP (cfr. doc. 368, pag. 4). In particolare, il gestore ha dichiarato che era in corso la definizione con COOP di un accordo che, [omissis]. [omissis] e [omissis] avevano invece formulato ipotesi alternative di *partnership* che prevedevano o l'offerta del solo servizio [omissis] o l'offerta di tutti i servizi mobili in qualità di ESP o MVNO. TIM si era dichiarata disponibile ad una serie di incontri per opportuni approfondimenti (cfr. doc. 405, pp. 9 e 10).

Con riferimento specifico alla trattativa con COOP, TIM comunicava, con lettera pervenuta il 12 luglio 2006, [omissis] (cfr. doc. 476, pp. 1-3).

350. In merito alla trattativa di TIM con FASTWEB, e alla disponibilità mostrata dal gestore, la società FASTWEB ha segnalato di aver inoltrato a TIM, in data 27 gennaio 2006, una dettagliata richiesta di accesso alla rete mobile in qualità di ESP o di MVNO per l'offerta di servizi integrati di servizi di telefonia fissa e mobile. A fronte di tale richiesta, tuttavia, TIM non solo non avrebbe provveduto a fornire una propria offerta commerciale di servizi all'ingrosso, ma non avrebbe neanche dato alcun riscontro alla proposta negoziale (cfr. doc. 411, pag. 2).

In sede di audizione finale, TIM ha precisato che le richieste di FASTWEB [omissis] (cfr. doc. 843, intervento di TIM, sessione riservata).

351. Le società [omissis] e [omissis], nel giugno 2005, formulavano richieste di accesso a WIND come MVNO/ESP. Tale operatore ha fornito, a titolo esemplificativo, la lettera di [omissis] nella quale la società, dopo un dettagliato elenco dei possibili servizi da offrire e delle modalità alternative di accesso alla rete del gestore, chiedeva un incontro con WIND. Il gestore a sua volta evidenziava, con lettera del 22 giugno 2005, la necessità di ottenere informazioni aggiuntive alla luce "della numerosità e complessità dei temi elencati", concordando innanzitutto sull'opportunità di definire un accordo preliminare volto a tutelare la segretezza delle informazioni scambiate. A tale proposta, tuttavia, la richiedente non dava alcun seguito (situazione analoga si sarebbe verificata per [omissis]) (cfr. doc. 317, p. 4, all. 2, pag. 5).

WIND ha dichiarato di avere avuto rapporti negoziali anche con [omissis] e [omissis]. In particolare, dalla documentazione fornita da WIND si evince che la trattativa con [omissis] risale al giugno del 2005, periodo in cui quest'ultima ha sottoposto all'attenzione di WIND un *business case*, poi rivisto sulla base di informazioni specifiche sul mercato italiano fornite dalla stessa WIND. [omissis] produceva successivamente un documento relativo a diverse

¹⁵⁶ [La "segnalazione" è il rapporto che si instaura tra due operatori quando la SIM di un utente del primo operatore lascia l'HLR (Home Location Register) dell'MNO proprietario per entrare nel VLR (Visitor Location Register) del MNO ospitante, consentendo alla SIM di essere riconosciuta e quindi di poter effettuare traffico in roaming.]

ipotesi di *partnership* e alle modalità di calcolo dei costi *wholesale* del servizio. Tuttavia, dal settembre 2005, le parti non hanno più avuto contatti.

Con riferimento a [omissis], quest'ultima, con lettera del 4 dicembre 2005, chiedeva formalmente accesso alla rete di WIND al fine di offrire servizi integrati fisso-mobile. WIND ha affermato che vi è stato un primo incontro per verificare l'esistenza delle condizioni tecniche ed economiche per una possibile collaborazione commerciale; la trattativa sarebbe in corso di svolgimento (cfr. *ivi*, pag. 5, e relativi allegati 4 e 5; doc. 401, pag. 7).

Infine, WIND, nella seconda audizione del 24 febbraio 2006, ha indicato di aver ricevuto una proposta da parte della società [omissis] volta ad avviare un negoziato finalizzato alla conclusione di un accordo di MVNO. Vi sarebbe stato un primo incontro il 15 settembre 2005 e, [omissis], dopo un periodo di tempo richiesto per elaborare una proposta più precisa, avrebbe ripreso contatto con WIND per fissare un nuovo incontro (doc. 365, pag. 7; doc. 401, pag. 7).

352. Il 6 giugno 2007 è pervenuta una comunicazione di WIND riguardante recenti iniziative negoziali intraprese con operatori non infrastrutturati per l'accesso alla propria rete mobile. In particolare, WIND [omissis] (cfr. doc. 840).

353. Il 30 agosto 2006, TIM ha inviato copia del contratto definitivo stipulato il 26 luglio 2006 con la società COOP per l'accesso di quest'ultima alla rete TIM, ratificato dal CDA di TIM il 15 settembre 2006. La specificazione delle modalità di implementazione dell'offerta di servizi mobili da parte di COOP è stata rimandata ad un contratto applicativo, stipulato da TIM e COOP in data 13 dicembre 2006 e comunicato all'Autorità il 20 dicembre 2006. La commercializzazione dei servizi di telefonia mobile da parte di COOP è iniziata il 4 giugno 2007 (cfr. doc. 580).

354. Nel corso dell'audizione finale del 6 giugno 2007, TIM ha reso noto di aver intrapreso delle negoziazioni anche con la società TISCALI per realizzare un accordo di accesso alla propria rete (cfr. doc. 843, intervento di TIM, sessione riservata).

Tali negoziazioni hanno portato alla stipula di un accordo preliminare, del quale TIM ha fornito copia in data 27 luglio 2007, contenente *"gli elementi minimi ed essenziali che disciplineranno il rapporto tra Tiscali [omissis] e Telecom Italia in merito alla commercializzazione da parte di Tiscali e con il proprio brand [omissis] di servizi radiomobili sviluppati attraverso le infrastrutture di Telecom Italia e con il supporto gestionale di quest'ultima"*.

In base a tale accordo, TISCALI potrà fornire servizi voce e dati, e potrà sviluppare in totale autonomia servizi derivanti dall'integrazione dei suddetti servizi con i propri servizi di rete fissa nonché VAS mobili, gestendo autonomamente la clientela e determinando in modo indipendente la propria politica commerciale e tariffaria. Inoltre, *"Telecom Italia riserverà ai clienti di Tiscali [omissis] i blocchi di numerazioni [omissis] necessari a soddisfare le esigenze di Tiscali"* (cfr. doc. 849, artt. 1-3).

Anche WIND, in data 2 agosto 2007, ha inviato copia di una "Lettera d'intenti" stipulata dalla stessa con una primaria Società italiana - quotata in borsa - che gestisce un'importante infrastruttura e che intende fare ingresso nei mercati delle comunicazioni distribuendo i servizi di telefonia mobile di WIND, mediante la propria rete, su tutto il territorio nazionale. La "Lettera d'intenti" disciplina gli elementi essenziali di una *partnership* commerciale tra WIND e tale Società relativamente all'offerta di servizi di comunicazione mobile di seconda e terza generazione, fonia e dati, disponibili sulla rete della stessa WIND (cfr. doc. 851 e doc. 852).

L'Autorità ha valutato favorevolmente le suddette iniziative di TELECOM Italia e WIND ed i risultati fino ad ora raggiunti.

d) Sull'impegno presentato da VODAFONE

355. TIM e WIND hanno posto in dubbio che l'Autorità, avendo ritenuto di accogliere gli impegni presentati solo da una delle imprese nei cui confronti si procedeva, potesse proseguire il procedimento nei confronti delle altre. Si è sostenuto che l'Autorità dovesse piuttosto interrompere la procedura anche per queste ultime, indipendentemente dal fatto che non avevano proposto alcun impegno rilevante ai sensi dell'articolo 14-*ter* della legge n. 287/90.

356. Le ragioni del dubbio riposano essenzialmente sulla considerazione che la procedura prevista dall'articolo 14-*ter* citato, mutuata dal diritto comunitario, ritoverebbe la sua *ratio* di fondo in ragioni di economia procedimentale, da un lato, e di pronta modifica della situazione di mercato, dall'altro.

Se, quindi, l'Autorità ha ritenuto gli impegni della società VODAFONE "idonei", allora il problema concorrenziale ipotizzato nell'atto di avvio dovrebbe essere considerato risolto *tout court* e non avrebbe senso continuare l'intera procedura, che si risolverebbe in un aggravio che l'istituto in questione vuole evitare. Tale esito sarebbe imposto, nel caso di specie, anche dalla peculiarità della fattispecie oggetto di istruttoria - un abuso di posizione dominante collettiva - dove sia la dominanza che l'abuso risulterebbero dal parallelo comportamento dei tre MNO implicati, consistente nel sistematico rifiuto di accesso alla propria rete mobile opposto ad altri operatori che lo chiedevano per poter offrire servizi in concorrenza con quelli dei predetti gestori. Secondo questa impostazione, l'abuso e la stessa dominanza collettiva sono configurabili solo se tutte e tre le imprese simmetricamente e contestualmente rifiutano l'accesso: se anche solo una devia da tale comportamento, l'intera fattispecie verrebbe meno (cfr. doc. 787 e doc. 788).

357. A ciò, si aggiunge che, procedendo nei confronti soltanto di TIM e WIND e, dunque, giungendo eventualmente all'accertamento della fattispecie abusiva ipotizzata esclusivamente nei loro confronti, si avrebbe una statuizione implicita o un accertamento implicito anche nei confronti di chi ha presentato l'impegno che è stato reso obbligatorio, ai sensi dell'articolo 14-*ter*. Tale esito, a dire delle parti, sarebbe in contrasto con la disciplina dell'istituto in questione che, nel caso in cui si ritenga di accettare gli impegni, imporrebbe di non procedere ad alcun accertamento nei confronti di chi quell'impegno ha presentato (cfr. doc. 787 e doc. 788).

XI. VALUTAZIONI GIURIDICHE IN MERITO AI COMPORTAMENTI DI TIM E WIND NEL MERCATO DELL'ACCESSO ALLE RETI MOBILI

358. Nel provvedimento di avvio dell'istruttoria si ipotizzava la sussistenza di una posizione di dominanza congiunta di TIM e WIND, unitamente a VODAFONE, nel mercato dei servizi all'ingrosso di accesso alle infrastrutture di rete mobile, con incentivi da parte dei tre gestori a perseguire strategie industriali comuni, volte a garantire stabilmente elevati margini di profittabilità.

A fronte del mancato accesso di operatori alternativi alle reti dei tre gestori, veniva, pertanto, ipotizzato un abuso di posizione dominante collettiva.

359. In data 28 luglio 2006, verificate nei limiti della loro non manifesta infondatezza le proposte formulate dagli Uffici in relazione agli elementi allora acquisiti, il Collegio autorizzava, ai sensi dell'articolo 14 del D.P.R. n. 217/98, l'invio della Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, con le quali veniva, fra l'altro, contestata a TIM, WIND e VODAFONE la dominanza congiunta nel mercato dell'accesso.

Il 6 giugno 2007, decorso il termine infraprocedimentale per l'acquisizione degli elementi probatori, le imprese parti del procedimento e gli altri enti interessati sono stati sentiti in audizione dinanzi al Collegio.

360. Il complesso degli elementi acquisiti, nonché le argomentazioni svolte dalle parti per tutta la durata del procedimento, in special modo in vista e nel corso dell'audizione finale innanzi al Collegio, non consentono di concludere nel senso di ritenere pienamente assolto, nel caso di specie, l'onere di provare l'esistenza di una dominanza congiunta dei tre operatori mobili nel mercato dell'accesso alle infrastrutture di rete.

361. Innanzitutto, relativamente al mercato *wholesale* dei servizi di accesso alle reti mobili, pur essendo le reti dei tre operatori sostanzialmente omogenee in termini di copertura di territorio e popolazione nazionali, nonché in termini di standard tecnologici, esse sono caratterizzate da strutture di costo differenziate.

Segnatamente, la rete di WIND dispone di più spettro nella banda a 1800 MHz rispetto alle reti di TIM e VODAFONE, che sono invece sviluppate per la maggior parte sulla base di frequenze a 900 MHz (cfr. tab. 3, supra in sez. IV, 2, b).

La minor penetrazione del segnale e la minore estensione delle celle a 1800 MHz si riflettono sui costi di rete, che sono per WIND più elevati del 10-13% rispetto a quelli dei due preesistenti gestori TIM e VODAFONE.

La diversa dotazione frequenziale degli operatori, determinando diversi costi di rete, può dunque avere delle implicazioni di natura tecnica ed economica tali da ridurre e/o eliminare gli eventuali incentivi a tenere comportamenti tacitamente collusivi.

362. Secondo quanto indicato dalla Commissione, laddove - come nel caso di specie - gli MNO siano tutte imprese verticalmente integrate e dunque il mercato a monte esista sostanzialmente in autoproduzione, l'analisi delle condizioni concorrenziali esistenti nel mercato a monte può utilmente tener conto anche della struttura e delle caratteristiche del mercato a valle.

Sotto tale profilo, anche l'esame del mercato *retail* dei servizi finali di comunicazione mobile, come già quello del mercato a monte, ha messo in luce una serie di circostanze non pienamente compatibili con l'ipotesi della sussistenza di una dominanza congiunta nel mercato a monte dei servizi di accesso alle reti mobili.

Si è evidenziata anzitutto una certa disomogeneità delle quote di mercato degli operatori ed una loro differenziata evoluzione nel tempo.

In particolare, come confermato dai dati relativi al 2006, WIND è rimasta, ancora in tale anno, notevolmente distante dai primi due operatori, registrando infatti una quota del 15% circa in termini di ricavi, corrispondente a poco più di un terzo della quota dell'operatore maggiore - TIM - ed inferiore di circa 20 punti percentuali a quella di VODAFONE.

Di poco più elevata è la quota di WIND nel 2006 in termini di utenti, stimata nel 18% circa, raggiunta solo a seguito di una strategia di penetrazione volta ad ampliare la *customer base*, che raggiunge il massimo della sua efficacia nel 2005 (cfr. tab. 2, supra in sez. IV, 1).

363. Infine, gli indici di redditività degli operatori mostrano una tendenza crescente per WIND, il cui margine EBITDA, che raggiunge il valore massimo nel 2005 (27%), rimane comunque significativamente più contenuto di quelli di TIM e Vodafone, che nello stesso anno superano il 50%. Anche i valori del margine ARPU, che rappresenta un indicatore del valore assoluto dei prezzi, sono elevati e pressappoco allineati per TIM e VODAFONE, mentre più ridotti per WIND, che evidenzia una flessione più marcata nel biennio 2005-2006 (cfr. supra in sez. IV, 1).

L'analisi di tali dati e del loro andamento nel tempo non consente dunque di ravvisare una stabile simmetria tra le posizioni di mercato dei gestori mobili tale da poter agevolare il raggiungimento di un coordinamento tacito.

364. Il complesso dei predetti elementi, alcuni dei quali hanno trovato piena conferma nella parte finale del procedimento, non consente quindi di concludere pienamente nel senso di una effettiva e stabile convergenza delle politiche commerciali dei tre gestori.

Da ultimo, non può escludersi che la competitività delle strategie commerciali dei tre MNO sia stata anche accentuata dalla crescita del quarto operatore H3G, il quale, registra una crescita della propria quota in termini di ricavi dallo 0,55%, nel 2003, al 9,26%, nel 2006, e in termini di utenti dallo 0,60%, nel 2003, all'8,80%, nel 2006 (cfr. tab. 2, supra in sez. IV, 1).

Anche la struttura e le caratteristiche del mercato a valle appaiono dunque incoerenti con la sussistenza di una posizione dominante collettiva nel mercato *wholesale*.

365. Peraltro, deve prendersi atto dell'evoluzione subita dal mercato all'ingrosso dei servizi di accesso negli ultimi anni.

Le negoziazioni da tempo intraprese dagli MNO per aprire concretamente ed effettivamente il mercato, che hanno visto i tre MNO contendersi le relative controparti contrattuali e che in alcuni casi sono andate a buon fine, hanno contribuito

ad una evoluzione in senso pro-concorrenziale dello stesso, alla luce della quale appare ancora meno credibile che siano integrati gli estremi di una dominanza congiunta.

366. Come noto, pur potendo l'accertamento di una posizione dominante collettiva prescindere dalla verifica di legami strutturali, accordi o vincoli giuridici tra le imprese, e basarsi unicamente su una valutazione economica della struttura di mercato¹⁵⁷, di fatto la prassi della Commissione e la giurisprudenza comunitaria hanno applicato l'articolo 82 del Trattato CE ad ipotesi di dominanza congiunta solo ove fossero stati riscontrati legami strutturali fra le imprese, tali da farle apparire sul mercato come un'unica entità collettiva¹⁵⁸. Invero, ove siano assenti tali legami strutturali, l'accertamento di una posizione dominante congiunta richiede che sia assolto un onere probatorio più rigoroso, essendo necessaria l'acquisizione di univoche evidenze relative ad una stabile convergenza delle politiche commerciali delle imprese, con conseguente significativa alterazione del contesto concorrenziale.

367. In conclusione, la complessiva analisi del mercato all'ingrosso dell'accesso alle infrastrutture di rete, unitamente a quella del contiguo mercato *retail* dei servizi di comunicazione mobile, non consente di confermare l'ipotesi, prospettata in sede di avvio di istruttoria, della sussistenza di una posizione dominante collettiva degli MNO nel mercato dell'accesso. L'impossibilità di considerare provata la fattispecie ipotizzata di posizione dominante collettiva, per le ragioni ora dette, naturalmente non significa che questi mercati non siano stati caratterizzati, prima dell'intervento dell'Autorità, da quelle oggettive criticità concorrenziali che la presente procedura ha evidenziato e che si sono sostanziate, in particolare, nell'assenza di operatori virtuali alternativi ai titolari delle reti mobili in grado di fornire servizi ai clienti finali in concorrenza con quelli offerti dai primi.

XII. L'ISTITUTO DELLA DECISIONE A SEGUITO DI IMPEGNI E IL SUO RAPPORTO CON LA PROCEDURA ORDINARIA DI ACCERTAMENTO DELL'ILLECITO

368. Alla luce delle obiezioni sollevate da TIM e WIND in merito alle conseguenze dell'accettazione, da parte dell'Autorità, dell'impegno presentato da VODAFONE sulla procedura ordinaria di accertamento dell'illecito a carico dei soggetti che non hanno presentato impegni (cfr. supra, sez. X, 2, d), e tenuto conto della novità delle questioni originate dalla presente procedura, si osserva quanto segue.

369. L'articolo 14-ter della legge n. 287/90 stabilisce che: "...l'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese...".

Circa la questione posta dalle Parti, deve rilevarsi che l'ordinamento comunitario, cui la norma rinvia, non fornisce alcuna specifica indicazione, dovendosi pertanto guardare alla disciplina nazionale.

370. Quest'ultima ha disciplinato l'istituto, delineando una fase incidentale nel corso della procedura formalmente avviata ai sensi dell'articolo 12 della legge n. 287/90, come dimostra testualmente l'articolo 14-ter ("*Entro tre mesi dall'apertura dell'istruttoria per l'accertamento della violazione degli articoli 2 e 3 della presente legge o degli articoli 81 o 82 del Trattato CE, le imprese possono presentare impegni...*") e come risulta evidente dalla stessa collocazione della disposizione nell'articolo della legge n. 287/90: dopo l'articolo 12 che descrive l'avvio e prima dell'articolo 15 che disciplina la chiusura dell'istruttoria.

L'ordinaria procedura di accertamento, disciplinata dal combinato disposto degli articoli 12, 14 e 15, si conclude, meglio, deve concludersi con l'accertamento dell'esistenza delle infrazioni ipotizzate nell'atto di avvio e, se l'accertamento è positivo, con l'adozione dei conseguenti provvedimenti: diffida e sanzione. Una volta avviato il procedimento, l'Autorità non ha alcuna discrezionalità in merito alla sua conclusione: il procedimento deve giungere all'accertamento dell'ipotesi accusatoria. Gli articoli citati delineano una sequenza logica, cronologica e giuridica tra atto di avvio, svolgimento dell'istruttoria e sua conclusione, che ha un esito necessitato: l'accertamento (articolo 15: "*Se a seguito dell'istruttoria di cui all'articolo 14, l'Autorità ravvisa infrazioni...*"). L'Autorità non avrebbe altro modo che chiudere il procedimento con l'accertamento per svincolarsi dal dovere di provvedere. Tale realtà normativa ha trovato un coerente e puntuale riscontro nella prassi da sempre seguita dall'Autorità.

In questo quadro, l'articolo 14-ter introduce quindi un istituto con forte valenza derogatoria, nel momento in cui disciplina l'unico modo per chiudere l'istruttoria, una volta che sia stata aperta, senza che si proceda all'accertamento dell'ipotesi oggetto di avvio. Trattandosi di una deroga all'ordinaria procedura, il suo ambito di applicazione dovrà necessariamente essere interpretato restrittivamente.

371. Nei suoi tratti di struttura l'istituto è così configurato. Vi sono due presupposti formali che consentono all'Autorità di adottare la decisione di accettazione: che sia stato adottato un provvedimento di avvio di istruttoria e che una delle imprese nei cui confronti l'istruttoria è stata avviata presenti gli impegni. Se si verificano questi due presupposti, l'Autorità può adottare una decisione di accoglimento, qualora valuti gli impegni "*idonei*" per "*far venir meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria*".

La decisione di accettazione degli impegni è adottata nei confronti di chi ha proposto l'impegno. E ciò si evince da una piana lettura che tenga conto del significato proprio delle parole, secondo la connessione di esse, come impone il canone interpretativo espresso dall'articolo 12 c.c. La connessione, in questo caso, è inequivocabile. Le proposizioni: "*... le imprese possono presentare impegni ... L'Autorità valutata l'idoneità di tali impegni può ... renderli obbligatori per le imprese*" (articolo 14-ter) non possono che significare che la decisione che rende obbligatori gli impegni ha come

¹⁵⁷ [Corte di Giustizia, 16 marzo 2000, cause riunite C-395/96P e C-396/96P, *Compagnie maritimes belges*, punto 45; Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, punto 46; Direttiva n. 2002/21/CEE, considerando 26; Linee Diretrici per l'analisi del mercato (2002/C 265/03), punto 94.]

¹⁵⁸ [Corte di Giustizia, 16 marzo 2000, cause riunite C-395/96P e C-396/96P, *Compagnie maritimes belges*, cit.; Tribunale I grado, 7 ottobre 1999, *Irish Sugar*; Tribunale di I grado, 26 gennaio 2005, causa T-193/02, *Laurent Piau*.]

destinatari le imprese che li hanno presentati. Ma ciò comporta necessariamente che gli effetti di preclusione all'accertamento, che scaturiscono da questa decisione come effetti naturali imposti dalla legge, non possono che valere esclusivamente nei confronti dell'impresa che ha presentato gli impegni, che sono stati accettati. Quest'interpretazione è del resto coerente con l'esigenza, già segnalata, di limitare l'ambito degli effetti della decisione di accettazione di impegni che è, giova ribadire, derogatoria rispetto alla ordinaria procedura di accertamento.

372. Si deve ancora osservare che i presupposti formali per l'emanazione di questa decisione la rendono essenzialmente diversa dalla decisione finale di accertamento e, oltre a ciò, rendono tale procedimento incidentale del tutto autonomo dalla procedura ordinaria di accertamento e dai suoi esiti.

L'adozione di una decisione ai sensi dell'articolo14-*ter* si basa essenzialmente sull'offerta di impegni da parte del privato. Questi, dunque, in tal senso dispone della procedura stessa, tanto che se ritirasse la sua offerta prima della decisione dell'Autorità, la procedura non potrebbe più aver corso.

Tutt'affatto diversa è la decisione di accertamento finale in esito alla ordinaria procedura di accertamento. In questo caso, il procedimento non è disponibile, anzi, dominato dall'officialità e, per quanto già detto, deve concludersi con una decisione di accertamento.

La differenza si mantiene radicale poi sul piano dei contenuti sostanziali della decisione dell'Autorità e della relativa disciplina.

La decisione ai sensi dell'art14-*ter* presuppone la mera prefigurazione di un'ipotesi di violazione della normativa di concorrenza. L'atto di avvio dell'istruttoria infatti può basarsi su ragionevoli supposizioni dell'esistenza di una violazione alle regole di concorrenza. L'oggetto dell'atto di avvio può quindi riguardare una serie di elementi che *prima facie*, indipendentemente dall'accertamento istruttorio che non è ancora stato svolto, sollevano preoccupazioni concorrenziali. E', dunque, un oggetto assai più indefinito ed ampio dell'oggetto della pronuncia di accertamento. All'Autorità non incombe alcun onere probatorio, essa dovrà limitarsi a valutare l' "*idoneità*" degli impegni, cioè la loro capacità sul piano tecnico effettuale di risolvere il problema delineato nell'atto di avvio.

Assai diversa è la situazione nella procedura di accertamento ordinaria. In quest'ultima, incombe sull'Autorità (articolo 2 del Regolamento 1/03, che è però espressione di un principio generale immanente agli ordinamenti dello Stato di diritto) l'onere di dimostrare l'avvenuta realizzazione di un illecito *antitrust*. Ciò comporta che l'Autorità deve dimostrare in modo convincente, al di là di ragionevoli dubbi, che risultano integrati tutti gli elementi delle varie fattispecie antitrust, così come puntualmente delineati dall'ingente messe di precedenti giurisprudenziali. La mancanza anche di un solo elemento, ritenuto costitutivo dalla giurisprudenza consolidata, impedisce di accertare la positiva realizzazione dell'illecito. Ecco allora che l'oggetto dell'accertamento si sostanzia nella verifica se i fatti accertati in istruttoria possano essere sussunti nelle fattispecie di illecito, come dettagliatamente delineate dalla giurisprudenza.

Tali diverse discipline danno luogo alle diverse *ratio* delle due procedure. Quella di cui all'articolo14-*ter*, mira a risolvere un problema di concorrenza, del tutto indipendentemente dall'accertamento puntuale di una violazione delle regole di concorrenza, valorizzando il consenso dei privati, che giuridicamente hanno la disponibilità della stessa. Invece, la procedura ordinaria di accertamento è volta appunto a verificare se si è storicamente realizzata una violazione delle regole di concorrenza; è dominata dall'iniziativa d'ufficio, soggiace all'onere della prova e, in caso di accertamento positivo, ha come esito un provvedimento precettivo che impone una diffida e, nei casi gravi, anche una sanzione.

Da questa realtà deriva la logica conseguenza che i due procedimenti, legati solo nel momento iniziale nel senso visto, sono in realtà guidati da regole procedurali e sostanziali diverse e, dunque, ben possono avere esiti di fatto diversi.

373. Alla luce di tale ricostruzione dell'istituto e del rapporto con la procedura ordinaria si possono chiarire le questioni all'inizio individuate.

La regola per cui l'effetto preclusivo all'accertamento vale solo nei confronti di chi l'impegno ha presentato, non sembra possa essere scalfita nel caso di procedure plurisoggettive, quando una sola impresa si sia attivata.

Tale esito è imposto dal fatto che, come sopra illustrato, la decisione di cui all'articolo14-*ter* ha destinatari individuati e, introducendo una deroga all'ordinaria procedura di accertamento, l'ambito di estensione dei suoi effetti deve essere interpretato restrittivamente, circoscrivendone la portata appunto a coloro che sono formalmente i diretti destinatari della decisione. Nei confronti delle altre imprese, che non possono avvalersi di un titolo simile, permane invece integro il dovere dell'Autorità di concludere la procedura con l'accertamento.

Simile soluzione è coerente poi con il principio della necessaria valutazione individuale delle condotte delle singole imprese coinvolte nella procedura, principio tipico in tema di illecito amministrativo, che questa Autorità è tenuta ad applicare atteso il richiamo alla legge n. 689/81 contenuto nell'articolo 31 della legge n. 287/90.

Ad accogliere le tesi proposte in corso di istruttoria, si avrebbe l'effetto, contrastante con il principio testé richiamato, che si gioverebbe dell'immunità garantita dalla decisione ai sensi dell'articolo14-*ter* anche chi non ha ritenuto di offrire alcun impegno e che, per giunta a differenza dell'impresa i cui impegni sono stati accolti, resterebbe del tutto libero da qualsiasi obbligo. Si produrrebbe in definitiva un effetto di immunità dall'accertamento dell'illecito anche in capo a chi non ha posto in essere il comportamento che la legge esige come presupposto di quell'unica decisione che l'immunità può determinare.

Infine, non convince la tesi, pure sostenuta in istruttoria, per quale data la peculiarità della fattispecie in questione – abuso di posizione dominante collettiva – il comportamento virtuoso di una sola delle imprese farebbe radicalmente venir meno il problema concorrenziale e dunque non vi sarebbe più ragione per procedere oltre.

Anche a volere accedere a tale impostazione, sarebbe del tutto trascurato il fatto che comunque resterebbe da chiarire se il comportamento delle imprese fino al momento in cui l'unica impresa virtuosa si è attivata, abbia potuto integrare

gli estremi dell'abuso contestato e perciò, non foss'altro per la necessità di verificare l'ipotesi accusatoria relativa a ciò che storicamente è accaduto, il procedimento di accertamento si deve concludere.

374. In definitiva, per le ragioni illustrate, l'Autorità ritiene che il procedimento ed il relativo provvedimento ex articolo 14-ter ed il procedimento ordinario di accertamento ed i relativi provvedimenti finali non siano necessariamente interdipendenti, essendo tali procedimenti ed i relativi provvedimenti denotati da caratteristiche sostanzialmente diverse nel senso visto. Le due sequenze procedurali sono anche assolutamente distinte sul piano cronologico, concludendosi per prima quella che, in base alla propria disciplina, può essere considerata matura per la decisione. Ne deriva che i rispettivi esiti concreti non possono essere messi in relazione.

Nel caso di una procedura iniziata nei confronti di più soggetti per una stessa ipotesi di violazione delle regole di concorrenza, gli effetti tipici del provvedimento di cui all'articolo 14-ter, come ricavabili dalla disciplina nazionale, da un lato, e la necessità di operare una valutazione individualizzata del comportamento delle imprese, dall'altro, impongono di scindere la posizione dell'impresa che ha presentato gli impegni, da quella delle altre, che sono rimaste inerti. Questa necessaria scissione, impone all'Autorità di proseguire l'accertamento ordinario nei confronti delle imprese rimaste inerti, non sussistendo nei loro confronti alcun valido titolo giuridico per giustificare l'interruzione della procedura la cui conclusione per l'Autorità, come chiarito, è doverosa.

Ciò è quello che risulta dall'interpretazione del complessivo quadro giuridico.

In ogni caso la soluzione qui respinta comporta sul piano degli effetti concreti alcune conseguenze negative che l'Autorità non può consentire, senza venire meno alla sua missione di cura amministrativa dell'interesse generale alla concorrenza.

Ammettere in generale la possibilità per le parti di una procedura plurisoggettiva, come quella nella specie, di potersi rendere immuni sulla base dell'impegno di uno solo, si presterebbe a facili strumentalizzazioni da parte delle imprese coinvolte, che potrebbero colludere tra loro per ripartirsi vantaggi e svantaggi di una simile procedura ed eventualmente continuare l'attività illecita dietro lo schermo della decisione che tutti renderebbe immuni. La soluzione che, invece, si ritiene di adottare elimina questi rischi di strumentalizzazione, definendo un trattamento procedurale e sostanziale strettamente connesso all'effettivo comportamento di ciascuno.

Accedere a tali tesi poi depotenzierebbe gravemente l'effetto dissuasivo della procedura ordinaria di accertamento antitrust, che con l'impegno di uno solo verrebbe meno anche nei confronti degli altri, che sono rimasti del tutto inerti.

Infine, si avrebbe una tutela diminuita, proprio perché si escluderebbe in radice qualsiasi possibilità di adottare statuizioni vincolanti nei confronti delle imprese rimaste inerti, che rimarrebbero, come detto, del tutto libere.

Si tratta di esiti che l'Autorità non può consentire e che ne rafforzano il convincimento, già raggiunto sulla base dell'interpretazione letterale delle norme sopra argomentata.

XIII. L'APPLICABILITÀ DELL'ART. 82 DEL TRATTATO CE

375. I comportamenti posti in essere da TIM e WIND investono mercati nazionali, quali quelli della terminazione delle chiamate sulla rete di ciascuno dei due gestori, che costituiscono di per sé una parte sostanziale del mercato comune, considerato anche che l'Italia è il secondo Stato membro dell'UE in termini di utenti (dopo la Germania) e il terzo in termini di penetrazione dei servizi di comunicazione mobile (dopo il Lussemburgo e la Lituania)¹⁵⁹. I comportamenti accertati sono idonei, quindi, a pregiudicare il commercio tra gli Stati membri della Comunità europea, in quanto producono effetti nei confronti sia di fornitori italiani sia di quei fornitori stranieri che desiderino offrire servizi di comunicazione elettronica a clienti italiani.

376. Nel caso in esame, più precisamente, numerosi elementi inducono a ritenere che i comportamenti di TIM e WIND, come sopra ampiamente descritti, abbiano un impatto sensibile sul commercio tra Stati membri.

Innanzitutto, in Italia, i due gestori sono individualmente dominanti nei rispettivi mercati nazionali della terminazione sulla propria rete¹⁶⁰.

Inoltre, i comportamenti oggetto di istruttoria per loro stessa natura appaiono avere un impatto immediato sugli scambi intracomunitari, poiché riguardano discriminazioni singolarmente poste in essere da ciascuno dei due gestori, consistenti nell'offerta alle proprie divisioni commerciali di servizi all'ingrosso di terminazione sulla propria rete a condizioni tecniche e/o economiche più favorevoli di quelle praticate agli operatori alternativi, così da rendere a questi ultimi più onerosa la predisposizione di offerte *retail* in concorrenza con i gestori medesimi¹⁶¹.

Infine, le stesse imprese potenzialmente o effettivamente interessate dai fatti denunciati sono operatori attivi, direttamente o indirettamente, nell'offerta di servizi di telecomunicazione non solo a livello nazionale, ma anche a livello europeo - come, ad esempio, i gruppi TELECOM, TELE2, COLT e BT.

¹⁵⁹ [Cfr. l'XI rapporto della Commissione europea sui mercati e sulla regolamentazione delle comunicazioni elettroniche europee del 20 febbraio 2006, già cit., pag. 20 e segg. (SEC(2006)193).]

¹⁶⁰ [Con riguardo alle pratiche di abuso escludente, quali quelle oggetto della presente analisi, la Comunicazione sottolinea peraltro come taluni comportamenti siano per loro stessa natura, ove posti in essere da un operatore dominante, *prima facie* idonei a pregiudicare il commercio transfrontaliero (cfr. i punti 73 e segg.). Più precisamente, se l'impresa è dominante sulla totalità di uno Stato membro, come nel caso di TIM e WIND, "...normalmente il commercio tra Stati membri è suscettibile di essere pregiudicato" (cfr. punto 93, che rinvia ai casi Michelin e Rennet).]

¹⁶¹ [La Commissione europea nel recente caso contro Deutsche Telekom ha osservato come "...[l]e condizioni per l'accesso alle infrastrutture di telecomunicazione e ai servizi all'ingrosso degli operatori delle reti che occupano una posizione dominante... su mercati nazionali geograficamente definiti e il cui accesso era precluso [dall'esistenza di riserve di legge-n.d.r.], pregiudicano di solito gli scambi tra stati membri, poiché i servizi forniti attraverso le reti di telecomunicazioni possono essere commercializzati all'interno della Comunità e le condizioni per l'accesso all'infrastruttura e ai servizi all'ingrosso determinano la capacità dei concorrenti, che hanno bisogno di questo accesso per offrire i propri servizi..." (cfr. par. 184), in GUCE del 14 ottobre 2003 L 263/9.]

XIV. IL PARERE FORMULATO DALL'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI

1. LE VALUTAZIONI ESPRESSE DALL'AGCOM

377. In data 3 luglio 2007 è stato inviato all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni lo schema di provvedimento di chiusura del presente procedimento, ai fini dell'emanazione del relativo parere.

378. Nella propria delibera, pervenuta in data 23 luglio 2007, l'AGCom, dopo aver riassunto l'analisi condotta dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ha espresso il proprio parere nei termini di seguito esposti.

379. L'AGCom condivide, in primo luogo, la definizione dei mercati dei servizi all'ingrosso di terminazione su singole reti mobili e la posizione di dominanza in essi detenuta dai rispettivi gestori, nella fattispecie TIM e WIND.

Inoltre, in merito ai comportamenti contestati, l'Autorità di settore, da un lato, "concorda sulla possibilità che tali comportamenti integrino un abuso di posizione dominante alla luce della dottrina e della giurisprudenza antitrust"; dall'altro, evidenzia il quadro normativo nazionale e comunitario sottostante la valutazione dei medesimi comportamenti sotto il profilo regolamentare, richiamando sia l'articolo 7 della Del. n. 3/06/CONS, che impone obblighi di trasparenza e non discriminazione "con riferimento all'applicazione delle medesime condizioni economiche e tecniche agli operatori terzi, alle società controllate, collegate ed alle proprie divisioni commerciali operanti nei mercati a valle che acquistano servizi di terminazione", sia l'articolo 9, che detta le relative modalità attuative. In tal senso, l'AGCom si impegna ad un'attività di vigilanza "particolarmente accurata" in relazione ad alcune recenti offerte alla grande clientela affari da parte degli MNO indicate dall'AGCM nello schema di provvedimento.

380. Sempre sotto il profilo regolamentare dell'attività di vigilanza in materia di prezzi dei servizi offerti alla clientela finale, l'AGCom rammenta che nessun obbligo è previsto in capo ai gestori mobili nell'offerta di servizi fisso-mobile alla clientela affari, essendo Telecom Italia l'unico soggetto in possesso di un significativo potere di mercato nei mercati di rete fissa. L'Autorità di settore evidenzia, quindi, la diversa posizione di WIND nella telefonia mobile, rispetto a TIM e VODAFONE, sia in termini di quota di mercato che di risorse frequenziali (in particolare con riferimento alle frequenze a 900 MHz).

381. In tale contesto, in relazione alla possibilità che gli operatori mobili applichino prezzi finali che non riflettono correttamente i sottostanti costi, fino ad essere, in alcuni casi, inferiori alla sola tariffa di terminazione, l'AGCom fa proprio un recente documento dell'ERG¹⁶² (*The European Regulators Group for electronic communications networks and services*) che, nell'esaminare l'efficacia dei rimedi adottabili nei confronti delle politiche di discriminazione del prezzo, sostiene, tra le altre cose, che gli operatori mobili possono "pratica[re] a se stessi le medesime tariffe di terminazione praticate a terzi, in tal modo registrando una perdita (o un margine più ridotto) sul mercato finale delle chiamate vocali on net. ... in assenza di una posizione dominante nel mercato al dettaglio, questo comportamento non contrasta con nessuna regola". In altri termini, si sostiene la possibilità, per i soli gestori che non detengono una posizione di dominanza nell'offerta di servizi al dettaglio, di praticare tariffe di terminazione inferiori a quelle regolamentate, purchè le condizioni praticate alle proprie divisioni commerciali e ai terzi siano le medesime.

382. In relazione poi alle condizioni concorrenziali e alle condotte dei gestori nel mercato dell'accesso alle reti mobili, l'AGCom evidenzia che le conclusioni cui giunge l'AGCM a chiusura del procedimento istruttorio in merito all'assenza di elementi sufficienti a provare la sussistenza di una PDC in capo a TIM, VODAFONE e WIND "trovano un sostanziale riscontro nelle posizioni espresse – in passato [cfr. in particolare la Del. 46/06/CONS] – da questa Autorità ... [che] non ha riscontrato, a quella data, la presenza di operatori in posizione dominante singola o collettiva nel mercato dell'accesso congiunto alle reti mobili...".

Più precisamente, se l'Autorità di settore conviene con la valutazione espressa da questa Autorità relativamente all'impossibilità di confermare l'ipotesi espressa in sede di avvio di istruttoria, tuttavia evidenzia come, nonostante le recenti dinamiche del mercato abbiano portato alla conclusione di accordi per l'offerta di servizi di telefonia mobile da parte di operatori sprovvisti di risorse radio, sussistano ancora delle criticità "tenuto conto anche dei processi di integrazione fisso-mobile".

383. In tal senso, secondo l'AGCom, il recente avvio della nuova analisi di mercato relativa al c.d. mercato 15 assume "una dimensione prospettica", che tiene conto dell'evoluzione di medio periodo sia delle variabili di carattere tecnologico che delle dinamiche di mercato e concorrenziali, "distinguendosi dall'accertamento svolto dall'AGCM in relazione a circostanze che riguardano comportamenti passati e – necessariamente – si basano su dati cosuntivi e non di natura prospettica".

384. In ogni caso, l'AGCom "concorda pienamente con la valutazione espressa dall'AGCM, laddove, pur non ritenendo di 'confermare l'ipotesi, prospettata in sede di avvio di istruttoria, della sussistenza di una posizione dominante collettiva degli MNO nel mercato dell'accesso', osserva tuttavia che ciò 'non significa che questi mercati non siano stati caratterizzati, prima dell'intervento dell'Autorità, da quelle oggettive criticità concorrenziali che la presente procedura ha evidenziato".

2. CONSIDERAZIONI IN MERITO ALLE VALUTAZIONI DELL'AGCOM

385. Per quanto attiene all'analisi condotta dall'AGCom, si evidenzia come questa sia complessivamente concorde con le valutazioni effettuate da questa Autorità in relazione ai comportamenti posti in essere da TIM e WIND nei rispettivi mercati della terminazione, sia con riferimento alla definizione dei mercati rilevanti sia per quanto concerne la

¹⁶² [*Revised ERG Common Position on the approach to appropriate remedies in the ECNS regulatory framework*, maggio 2006.]

circostanza che i comportamenti contestati costituiscano abusi di posizione dominante secondo la dottrina e la giurisprudenza antitrust.

386. Anche sotto il profilo strettamente regolamentare, peraltro, le considerazioni espresse dall'AGCom appaiono del tutto compatibili con quelle espresse dall'AGCM. Il richiamo, in particolare all'articolo 7 della Del. 3/06/CONS, che riprende quanto già affermato nell'Art. 47 del Codice, evidenzia l'esigenza, non solo concorrenziale ma anche regolamentare, di garantire agli operatori terzi la possibilità di una competizione piena nell'offerta dei servizi *retail*, esigenza che può essere realizzata solo attraverso l'imposizione di un obbligo di non discriminazione interno – esterno. Nella stessa direzione appare muoversi il recente documento dell'ERG, richiamato dall'AGCom nel proprio parere, laddove si ribadisce la necessità che i gestori mobili praticino a se stessi e ai terzi le medesime condizioni economiche nell'offerta di servizi di terminazione sulle proprie reti, prevedendo anche la possibilità, per gli operatori non in posizione dominante nei mercati a valle, che le suddette condizioni economiche siano tali da determinare un margine più ridotto (o addirittura una perdita) nel mercato finale delle chiamate *on net*, e che siano cioè inferiori a quelle regolamentate – purchè però il menzionato principio di non discriminazione sia rispettato.

387. Infine, le considerazioni dell'AGCom in merito alla differente posizione di WIND rispetto a quella di TIM appaiono in linea con quelle dell'AGCM, sia in termini di qualità delle risorse frequenziali che di quote nei mercati *retail*.

388. Anche per quanto concerne le valutazioni riguardanti le condizioni concorrenziali che caratterizzano il mercato dell'accesso alle reti mobili, si rileva una concordanza delle opinioni espresse dalle due Autorità. A detta dell'AGCom, infatti, l'analisi dell'AGCM conferma quanto già evidenziato dall'AGCom nella Del. 46/06/CONS del gennaio 2006, secondo la quale non si rinvergono elementi sufficienti a confermare la presenza di posizioni di dominanza singola o collettiva nel mercato dell'accesso.

L'AGCom, inoltre, concorda con il fatto che, pur non potendosi confermare l'ipotesi prospettata in avvio di istruttoria circa la sussistenza di una dominanza congiunta degli MNO nel mercato dell'accesso, prima dell'intervento dell'Autorità tale mercato fosse obiettivamente caratterizzato da criticità concorrenziali, che giustificavano l'avvio stesso dell'istruttoria.

Nonostante i positivi segnali determinati dall'ingresso nella telefonia mobile di operatori non infrastrutturati, l'AGCom sottolinea, infine, l'esigenza di una vigilanza del mercato dell'accesso particolarmente attenta, alla luce soprattutto della rapida evoluzione del mercato e, in particolare, dei nuovi processi di integrazione fisso-mobile. In tal senso, la nuova analisi del mercato 15 intrapresa dall'AGCom, il cui obiettivo è quello di valutare l'evoluzione di medio periodo delle condizioni concorrenziali congiuntamente all'andamento delle variabili di carattere tecnologico, non appare porsi in contrasto con le valutazioni espresse da questa Autorità.

XV. GRAVITÀ E DURATA DEGLI ABUSI CONTESTATI

389. Alla luce dei principi della giurisprudenza comunitaria e nazionale, ai fini della valutazione della gravità dell'infrazione contestata, occorre tenere conto di una pluralità di elementi, tra i quali, nel caso di specie, la natura delle condotte, l'importanza delle imprese ed il contesto nel quale i comportamenti sono stati posti in essere¹⁶³.

390. Con riferimento alla natura delle condotte, va rilevato che, conformemente all'orientamento nazionale e comunitario, comportamenti aventi finalità escludente, come le discriminazioni di prezzo poste in essere dai due gestori mobili TIM e WIND, ciascuno in posizione dominante nei mercati *wholesale* della terminazione delle chiamate F-M sulle rispettive reti, costituiscono per loro stessa natura violazioni gravi delle norme a tutela della concorrenza¹⁶⁴.

391. Ai sensi dell'articolo 15 della legge n. 287/90, nei casi di infrazioni gravi, l'Autorità dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria. Pertanto, l'obiettiva gravità degli abusi accertati, per loro stessa natura e per la posizione detenuta dai gestori mobili TIM e WIND nei rispettivi mercati in cui le condotte sono state poste in essere, comporta la loro sanzionabilità.

Diversamente da quanto sostenuto dalle Parti, si rileva che la gravità e conseguente sanzionabilità degli abusi realizzati da TIM e WIND è pienamente compatibile con la decisione di accoglimento degli impegni proposti da VODAFONE, stante il fatto che ai sensi dell'articolo 14 *ter* della legge n. 287/90 - conformemente agli orientamenti espressi dalla Commissione¹⁶⁵ ed alla prassi dell'Autorità - l'unico limite di opportunità può essere rappresentato dai cartelli segreti *hardcore*.

392. Ai fini della valutazione della gravità degli abusi, è sufficiente, secondo la consolidata giurisprudenza nazionale e comunitaria, che i comportamenti siano potenzialmente lesivi, ovvero tali da poter restringere la concorrenza, senza che occorra dimostrare "*necessariamente un effetto concreto*"¹⁶⁶.

Nel caso in esame, comunque, gli abusi individualmente posti in essere da TIM e WIND nei mercati della terminazione, oltre ad essere di per sé gravi, hanno prodotto altresì effetti concreti.

393. In particolare, le condotte contestate a TIM e WIND:

¹⁶³ [Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 15 luglio 1970, C-45/69, *Boehringer Mannheim GmbH v. Commission*, punto 53, in *Raccolta 1970*, p. 769; ripresa e precisata nella sentenza 7 giugno 1983, cause riunite C-100-103/80, *Musique Diffusion Française*, in *Raccolta 1983*, p. 1825; e nella sentenza 9 novembre 1983, C-322/81, *Michelin*, in *Raccolta 1983*, p. 3461.]

¹⁶⁴ [Cfr., *ex multis*, sentenza del Consiglio di Stato 25 giugno 2002, n. 4001, *Coca Cola Italia*, *cit.*.]

¹⁶⁵ [Memo 04/217 *Commitment decisions* del 17 settembre 2004.]

¹⁶⁶ [Cfr. la sentenza del Tribunale di primo grado, 30 settembre 2003, T-203/01, *Michelin v. Commissione*, punto 245, *cit.*; da ultimo, anche Tar Lazio, I, n. 10678/2006, *Enel Trade/Clienti idonei*.]

1) hanno ostacolato la rivendita di terminazione a livello *wholesale*, eliminando qualsiasi forma alternativa di approvvigionamento di terminazione all'ingrosso per i propri concorrenti (cfr. sez. VIII, 2, punti: a, *i*, per TIM, e b, *i*, per WIND);

2) hanno impedito agli operatori alternativi di formulare offerte *retail* F-M alla clientela aziendale in concorrenza con quelle dei due gestori.

Le condotte abusive di TELECOM appaiono più gravi di quelle di WIND in quanto poste in essere da un operatore dominante a livello di gruppo non solo nel mercato a monte dell'offerta di servizi di terminazione sulla propria rete, ma anche nel mercato a valle dell'offerta di servizi fisso-mobile all'utenza aziendale, che ha sfruttato questa sua peculiare caratteristica per preservare e/o rafforzare la propria posizione di dominanza. Inoltre, le condotte appaiono avere avuto efficacia piena per tale operatore, la cui quota di mercato, in termini di gruppo, si è mantenuta alta e stabile nel corso del tempo (cfr. sez. VI, 4).

394. In merito alla durata degli abusi di posizione dominante individuale di TIM e WIND nei mercati della terminazione sulle rispettive reti mobili, si ritiene che le condotte di TIM possano essere imputate quale abuso a partire almeno dalla metà del 1999, anno a cui risalgono le offerte contenenti gravi discriminazioni in termini di condizioni tecniche e/o economiche per i servizi di terminazione F-M (cfr. in particolare, doc. 4.3, supra in sez. VIII, 2, a, *i*); per WIND, a partire dalla fine del 2001, quando sono state commercializzate offerte contenenti analoghe discriminazioni (cfr., inter alia, tab 21, supra in sez. VIII, 2, c, *ii*). Entrambi gli abusi risultano tuttora in corso.

395. A riguardo, non può accettarsi l'obiezione di TIM secondo la quale la data di inizio delle condotte dovrebbe farsi risalire alla prima metà del 2004 – periodo in cui sono pervenute anche le denunce di RETEITALY, STARTEL e TWC – quando, a seguito della risoluzione unilaterale dei contratti aziendali utilizzati ai fini della rivendita, sarebbe venuta meno la possibilità per gli operatori alternativi di approvvigionarsi “su piazza” di terminazione ad un prezzo tale da consentire loro di replicare le offerte formulate dagli MNO.

396. In primo luogo, dalla documentazione ispettiva rinvenuta presso TIM risulta che la società ha introdotto, sin dal 1999, un'offerta di fonia fisso-mobile per l'utenza aziendale, basata sul collegamento MSC-PABX, esplicitamente volta a contrastare l'offerta degli altri MNO e degli operatori di rete fissa (cfr. supra sez. VIII, 2, a, *i*).

In secondo luogo, quando nel 2001 EUTELIA veniva a conoscenza della possibilità di accesso alla rete di TIM attraverso circuiti dedicati - due anni dopo la sua introduzione - chiedeva immediatamente di poterne usufruire e, tuttavia, si vedeva opposto un rifiuto (cfr. doc. 49, supra in sez. VIII, 1, b).

In terzo luogo, per ammissione della stessa TIM, i primi contratti aziendali sono stati risolti nel 2002, ed erano quelli stipulati con gli operatori di telefonia fissa attivi nell'offerta di servizi F-M alla clientela affari in diretta concorrenza con TIM, ben prima che venisse definita una linea d'azione volta ad eliminare l'utilizzo delle carte SIM in GSM box (cfr. doc. 748, pag. 136, supra, sez. VIII, 3, d, *ii*).

397. In merito all'affermazione di TIM secondo la quale le condotte abusive sarebbero terminate nel 2005 con la sostituzione dei contratti di CS “1038” e “*Nonsolomobile*” con i contratti “*Selection TIM*” e “*PABX Direct Link*”, si evidenzia che: *i*) l'abuso ha riguardato non solo tali contratti bensì un'ampia gamma di contratti standard e personalizzati; *ii*) TIM si è limitata ad osservare che non sono state più fatte nuove attivazioni con riferimento alle due sole tipologie di contratti in CS citate, mentre non ha fornito alcuna prova che tutte le altre tipologie di contratto, standard o personalizzate, per le quali è stato rilevato il comportamento discriminatorio, non siano più in vigore.

Inoltre, documentazione depositata agli atti, anche dopo l'invio della comunicazione delle risultanze istruttorie, attesta che le offerte tuttora formulate da TIM e WIND, quanto meno alla grande clientela, presentano prezzi ben inferiori alle tariffe regolamentari della sola interconnessione di terminazione (cfr. sez. VIII, 2, d).

XVI. QUANTIFICAZIONE DELLE SANZIONI

398. In ordine alla quantificazione delle sanzioni, ai sensi dell'articolo 11 della legge n. 689/81, richiamato dall'articolo 31 della legge n. 287/90, devono essere considerate la gravità della violazione, le condizioni economiche, nonché il comportamento delle imprese coinvolte e, in particolare, eventuali iniziative volte a eliminare o attenuare le conseguenze delle violazioni.

Ai fini dell'individuazione dei criteri di quantificazione, occorre tenere presente la Comunicazione della Commissione 98/C 9/03 “Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 15, par. 2 del regolamento n. 17 e dell'articolo 65, par. 5 del trattato CECA”, in considerazione del fatto che la comunicazione degli addebiti è stata notificata alle Parti prima della data di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dei nuovi Orientamenti 2006/C 210/02 (di cui v. punto 38).

399. Relativamente alla gravità delle infrazioni, nel richiamare le considerazioni già svolte, si rileva che gli abusi accertati sono consistiti nell'applicazione, da parte di TIM e WIND, alle proprie divisioni commerciali di condizioni tecniche e/o economiche per la terminazione delle chiamate F-M sulle proprie reti più favorevoli rispetto a quelle praticate ai propri concorrenti.

Tali condotte discriminatorie, poste in essere dai due gestori mobili, titolari anche di licenza per fornire servizi di telefonia su rete fissa, erano volte a escludere i propri concorrenti sia dai mercati all'ingrosso dei servizi di terminazione, sia dal connesso mercato al dettaglio dei servizi di fonia F-M per la clientela *business*.

La gravità degli abusi risulta confermata dal loro impatto concreto sui mercati interessati: ostacolando, infatti, la rivendita di terminazione a livello *wholesale*, TIM e WIND hanno eliminato qualsiasi forma alternativa di approvvigionamento di terminazione all'ingrosso per i propri concorrenti ed hanno così impedito agli operatori alternativi di formulare offerte *retail* F-M alla clientela aziendale in concorrenza con le proprie.

Infine, le infrazioni risultano gravi anche in considerazione della significativa durata, che si protrae sino ad oggi dal 1999, per TIM, e dal 2001, per WIND.

400. La sanzione da irrogare alle imprese, una volta determinata la gravità e durata degli abusi, deve essere quantificata tenendo conto, da un lato, dell'effettiva capacità economica delle imprese di pregiudicare in modo significativo la concorrenza e, dall'altro, della necessità di fissare un importo che abbia una adeguata efficacia deterrente.

Sotto tale profilo, bisogna considerare le diverse caratteristiche degli operatori che hanno posto in essere gli abusi, ed in particolare la specifica preminenza del gruppo TELECOM in tutti i mercati italiani delle comunicazioni¹⁶⁷, tra cui il mercato dei servizi di fonia aziendale F-M (cfr. supra, sez. VI, 4), rispetto alla posizione invece detenuta da WIND che, pur essendo il secondo operatore nel mercato, detiene una quota di gran lunga inferiore a quella del gruppo TELECOM (cfr. supra, sez. VI, 4).

In particolare, nel 2006 la quota di TELECOM nell'offerta dei servizi fisso-mobili aziendali si attesta intorno al 70 %, mentre quella di WIND è pari a circa il 9% e nello stesso anno TELECOM ha realizzato ricavi pari a circa 21,8 miliardi di euro per vendite in Italia, mentre WIND ha realizzato nello stesso anno in Italia un fatturato di circa 4,4, miliardi di euro.

401. Sulla base di quanto esposto e applicando i criteri illustrati, nonché tenuto conto degli Orientamenti della Commissione per il calcolo delle ammende, considerata la gravità e la durata degli abusi accertati, visto il fatturato realizzato da TELECOM Italia S.p.A e WIND Telecomunicazioni S.p.A. nell'ultimo esercizio chiuso, l'importo base della sanzione è fissato nella misura seguente:

per TELECOM Italia S.p.A. in 15 milioni di euro;

per WIND Telecomunicazioni S.p.A. in 2 milioni di euro.

402. Inoltre, il gruppo TELECOM risulta essere già stato destinatario di più provvedimenti accertativi di abusi di posizione dominante¹⁶⁸. Alla luce di tale circostanza si individua un adeguamento dell'importo base.

403. In considerazione dell'adeguamento dell'importo base per TELECOM Italia S.p.A., l'importo finale della sanzione è fissato nella misura seguente:

per TELECOM Italia S.p.A. in 20 milioni di euro;

per WIND Telecomunicazioni S.p.A. in 2 milioni di euro.

CONSIDERATO che, alla luce degli elementi acquisiti nell'intero corso dell'istruttoria, non sussistono elementi sufficienti a considerare integrata una posizione dominante collettiva degli MNO nel mercato all'ingrosso dei servizi di accesso alle infrastrutture di rete mobile.

Tutto ciò premesso e considerato,

DELIBERA

1) che le condotte poste in essere da TELECOM Italia S.p.A. (già TIM S.p.A. e TIM Italia S.p.A.) e WIND Telecomunicazioni S.p.A., configurabili come pratiche discriminatorie nei rispettivi mercati all'ingrosso dei servizi di terminazione sulle proprie reti, e consistenti nell'applicazione alle proprie divisioni commerciali di condizioni tecniche e/o economiche per la terminazione delle chiamate fisso-mobili sulle proprie reti più favorevoli rispetto a quelle praticate ai propri concorrenti, costituiscono distinti abusi di posizione dominante, in violazione dell'articolo 82 del Trattato CE;

2) che TELECOM Italia S.p.A. e WIND Telecomunicazioni S.p.A. pongano immediatamente termine alle condotte di cui alla precedente lettera a), dando comunicazione all'Autorità delle misure adottate per la cessazione delle infrazioni entro 90 giorni dalla notificazione del presente provvedimento;

3) che, in ragione della gravità e durata delle condotte di cui alla precedente lettera a), è applicata una sanzione amministrativa pecuniaria pari a:

- per TELECOM Italia S.p.A., 20 milioni di euro;

- per WIND Telecomunicazioni S.p.A., 2 milioni di euro.

La sanzione amministrativa pecuniaria deve essere pagata entro il termine di novanta giorni dalla notificazione del presente provvedimento con versamento diretto al Concessionario del Servizio della Riscossione oppure mediante delega alla banca o alle Poste Italiane S.p.A., presentando il modello allegato al presente provvedimento, così come previsto dal Decreto Legislativo 9 luglio 1997, n. 237.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore ad un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal

¹⁶⁷ [Come da ultimo accertata dal provvedimento dell'Autorità del 16 novembre 2004, *Comportamenti abusivi di Telecom Italia, confermato dalla recente decisione del Consiglio di Stato, n. 1271/06, entrambi più volte cit..*]

¹⁶⁸ [Cfr. il provv. n. 7978 del 28 gennaio 2000, *AIP/Telecom Italia (caso A255)*, in *Boll. n. 4/00*, il provv. 5428 del 30 ottobre 1997, *ALBACOM/Telecom Italia-Circuiti Dedicati (A 178)*, in *Boll. n. 44/97*; il provv. 9472 del 27 aprile 2001, *Infostrada/Telecom Italia-Tecnologia ADSL (caso A285)*, in *Boll. n. 16-17/01*; il provv. 8481 del 13 luglio 2000, *ALBACOM-Tiscali/Telecom Italia (caso A280)*, in *Boll. n. 28/00*.]; nonché, infine, il caso A351, *Comportamenti abusivi di Telecom Italia, più volte cit..*]

giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo. Dell'avvenuto pagamento deve essere data immediata comunicazione all'Autorità, attraverso l'invio di copia del modello attestante il versamento effettuato.

Il presente provvedimento verrà notificato ai soggetti interessati e successivamente pubblicato ai sensi di legge.

Il presente provvedimento verrà notificato ai soggetti interessati e successivamente pubblicato ai sensi di legge.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 33, comma 1, della legge n. 287/90, entro il termine di sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'articolo 8, comma 2, del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE

Luigi Fiorentino

IL PRESIDENTE

Antonio Catricalà
