

A500A - VODAFONE-SMS INFORMATIVI AZIENDALI

Provvedimento n. 26901

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 13 dicembre 2017;

SENTITO il Relatore Professor Michele Ainis;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287, e successive modifiche;

VISTA la legge 6 febbraio 1996, n. 52, come modificata dalla legge 21 dicembre 1999, n. 526, e, in particolare, l'articolo 54;

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

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

VISTO il Regolamento n. 1/2003 del Consiglio europeo del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato istitutivo della Comunità Europea (oggi articoli 101 e 102 del TFUE);

VISTO il proprio provvedimento n. 26232 adottato in data 9 novembre 2016, con cui è stata avviata un'istruttoria nei confronti di Vodafone Italia S.p.A. per accertare l'esistenza di una possibile violazione dell'articolo 102 del TFUE;

VISTE le istanze di partecipazione al procedimento presentate, rispettivamente, in data 23 novembre 2016 dalla società SMS Italia S.r.l., 5 dicembre 2016 dalla società A-Tono S.r.l., 12 dicembre 2016 da BT Italia S.p.A., 13 dicembre 2016 da Catapush S.r.l., 19 dicembre 2016 dalle società Digitel Mobile S.r.l., H3G S.p.A., Wind Telecomunicazioni S.p.A. e Fastweb S.p.A. ai sensi dell'articolo 7, comma 1, lettera b), del D.P.R. n. 217/98;

VISTA la propria delibera n. 26512 del 30 marzo 2017, con la quale è stato disposto il rigetto degli impegni presentati da Vodafone Italia S.p.A. in considerazione della sussistenza di un interesse dell'Autorità a procedere all'accertamento dell'infrazione e dell'inidoneità degli impegni prospettati a far venire meno i profili anticoncorrenziali;

VISTA la comunicazione delle risultanze istruttorie, inviata alle parti del procedimento in data 28 luglio 2017;

VISTO il proprio provvedimento n. 26715 del 2 agosto 2017 con cui è stato prorogato il termine di conclusione del procedimento, originariamente previsto per il 30 novembre 2017, al 31 dicembre 2017;

VISTE le memorie finali presentate da Vodafone Italia S.p.A., BT Italia S.p.A., Digitel Mobile S.r.l., e Ubiquity S.r.l.;

SENTITI in audizione finale, in data 3 ottobre 2017, i rappresentanti delle società Vodafone Italia S.p.A., Digitel Mobile S.r.l., Ubiquity S.r.l. e Wind Tre S.p.A.;

VISTO il parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni pervenuto in data 11 dicembre 2017;

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LA PARTE

1. Vodafone Italia S.p.A. (nel seguito, "Vodafone" o "Vodafone Italia") è una società attiva nell'erogazione di servizi di comunicazione fissa e mobile che appartiene al gruppo internazionale Vodafone Group PLC. Nell'esercizio concluso il 31 marzo 2017, Vodafone Italia ha realizzato ricavi consolidati pari circa a 6,6 miliardi di Euro.

II. IL SEGNALANTE E I TERZI INTERVENIENTI

2. Ubiquity S.r.l. ("Ubiquity"), parte del procedimento in qualità di soggetto segnalante, è un operatore di comunicazione elettronica attivo nell'erogazione di servizi di messaggistica integrata principalmente destinati alla grande clientela aziendale.

3. A-Tono S.r.l. ("A-Tono") è una società che fornisce diversi servizi, tra i quali i servizi di comunicazione elettronica, di pagamento in mobilità e di sviluppo di prodotti digitali.

4. BT Italia S.p.A. ("BT Italia") è un operatore di comunicazioni elettroniche, facente parte del gruppo BT Group plc, attivo nella fornitura di servizi di telefonia fissa e mobile.

5. Catapush S.r.l. ("Catapush") è una società attiva nello sviluppo ed erogazione di servizi elettronici di notifica *push* mediante applicazioni mobili.

6. Digitel Mobile S.r.l. ("Digitel") è un operatore di comunicazioni elettroniche attivo nell'erogazione di servizi SMS *application-to-person* (A2P).

7. Fastweb S.p.A. ("Fastweb") è un operatore di telecomunicazioni fisse e mobili destinate sia alla clientela residenziale che alla clientela affari.

8. SMS Italia S.r.l. ("SMS Italia" o "SMS.it") è un operatore di comunicazione elettronica attivo nella fornitura di servizi di messaggistica A2P. La società è stata il primo SMS *provider* a livello globale con l'erogazione di un servizio di notifica *email* in modalità *push* mediante SMS.

9. Wind Tre S.p.A. ("Wind Tre") è un operatore di comunicazioni fisse e mobili nato dalla fusione per incorporazione di Wind Telecomunicazioni S.p.A. ("Wind") in H3G S.p.A. ("H3G") del 31 dicembre 2016.

III. L'ATTIVITÀ ISTRUTTORIA

10. In data 13 aprile 2016 è pervenuta una segnalazione della società Ubiquity riguardante presunte condotte abusive ad opera della società Vodafone Italia nel mercato a monte della terminazione SMS su propria rete con effetti escludenti sul mercato a valle dei servizi SMS informativi aziendali (SMS *bulk* o SMS A2P). Le condotte segnalate consistevano nella discriminazione interno-esterna di Vodafone Italia per ciò che concerne le condizioni economiche del servizio di terminazione SMS e, in particolare, nella pratica di *margin squeeze* consistente nella compressione del differenziale tra prezzi all'ingrosso e al dettaglio praticati da Vodafone e nella conseguente non replicabilità, considerando le tariffe all'ingrosso di terminazione SMS da Vodafone, delle offerte al dettaglio applicate da quest'ultima.

11. In data 9 novembre 2016, l'Autorità ha deliberato, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, l'avvio nei confronti di Vodafone Italia del procedimento istruttorio in oggetto, volto a verificare l'esistenza di una possibile violazione dell'articolo 102 del TFUE consistente in una strategia escludente di compressione dei margini. In particolare, considerando i prezzi praticati da Vodafone nel mercato a valle degli SMS *bulk* e le tariffe all'ingrosso applicate dalla stessa società ai propri concorrenti nel mercato a monte, nonché gli altri costi di erogazione del servizio (ad esempio, terminazione SMS sulle rimanenti reti mobili, costi commerciali, costi di gestione dei database), sembrava emergere la presenza di margini negativi per i concorrenti di Vodafone Italia altrettanto efficienti a quest'ultima, che non permetterebbero loro di operare in modo redditizio su base duratura sul mercato a valle degli SMS *bulk*.

12. In data 16 novembre 2016, si sono svolte le ispezioni presso le sedi di Vodafone Italia site in Roma e Milano. A seguito dell'avvio del procedimento hanno richiesto la partecipazione al procedimento le società SMS Italia (23 novembre 2016), A-Tono (5 dicembre 2016), BT Italia (12 dicembre 2016), Catapush (13 dicembre 2016), Digitel Mobile (19 dicembre 2016), Fastweb (19 dicembre 2016) e le società Wind Telecomunicazioni S.p.A. e H3G S.p.A. (19 dicembre 2016). Tutte le società istanti sono state ammesse a partecipare al procedimento e hanno avuto accesso al fascicolo istruttorio.

13. Vodafone Italia ha effettuato l'accesso al fascicolo nelle date del 27 gennaio 2017, 28 febbraio 2017, 15 giugno 2017, 28 luglio 2017, 29 settembre 2017 e 4 ottobre 2017. La società, inoltre, è stata sentita in audizione nelle date del 3 febbraio 2017, 10 febbraio 2017 e 23 giugno 2017. Nel corso del procedimento è stato garantito il contraddittorio con Vodafone Italia, anche con la concessione di diverse proroghe ai termini previsti per la predisposizione delle istanze di riservatezza, per le osservazioni in merito all'esito della valutazione delle riservatezze, per la predisposizione delle versioni non confidenziali dei documenti acquisiti, per la presentazione degli impegni ex articolo 14-ter della legge n. 287/90, per la risposta alle richieste di informazioni rivolte alla società nonché della data dell'audizione finale e del termine della fase di acquisizione degli elementi probatori.

14. In data 24 febbraio 2017, a seguito della proroga del termine inizialmente previsto per il 16 febbraio, Vodafone Italia ha presentato impegni ai sensi dell'articolo 14-ter della legge 10 ottobre 1990, n. 287. Nell'adunanza del 30 marzo 2017, l'Autorità ha deliberato di non procedere alla pubblicazione degli impegni, disponendone il rigetto.

15. Nel corso del procedimento sono state sentite in audizione le società Catapush (10 maggio 2017), BT Italia (23 maggio 2017), A-Tono (23 maggio 2017), SMS Italia (24 maggio 2017), Wind Tre (29 maggio 2017), Infobip S.r.l. (6 giugno 2017), Digitel Mobile (8 giugno 2017), Ubiquity (7 giugno 2017). Inoltre, sono state inviate alcune richieste di informazioni a grandi clienti aziendali dei servizi SMS *bulk*, nello specifico: Cedacri S.p.A., Creval Sistemi e Servizi S.c.p.a., Istituto Centrale delle Banche Popolari Italiane S.p.A., ICCREA Banca S.p.A., Unicredit S.p.A. e Conbipel S.p.A.

16. In data 28 luglio 2017 è stata inviata la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie alle parti del procedimento. Le memorie finali sono state presentate da Vodafone, BT Italia, Digitel Mobile e Ubiquity in data 28 settembre 2017. Infine, in data 3 ottobre 2017 si è tenuta l'Audizione finale innanzi al Collegio a cui hanno partecipato le società Vodafone, Digitel Mobile, Ubiquity e Wind Tre.

IV. LE RISULTANZE ISTRUTTORIE

IV.1 I servizi di invio massivo degli SMS

17. Il presente procedimento riguarda i servizi di invio massivo degli SMS (SMS *bulk*) e, in generale, la filiera verticale dei servizi che permettono l'invio e la consegna del messaggio. Come rilevato nel provvedimento di avvio del procedimento, lo *Short Message Service* (SMS) è un servizio di telecomunicazione che consente d'inviare un messaggio con una dimensione fissa di 140 byte¹. I servizi SMS sono distinguibili in:

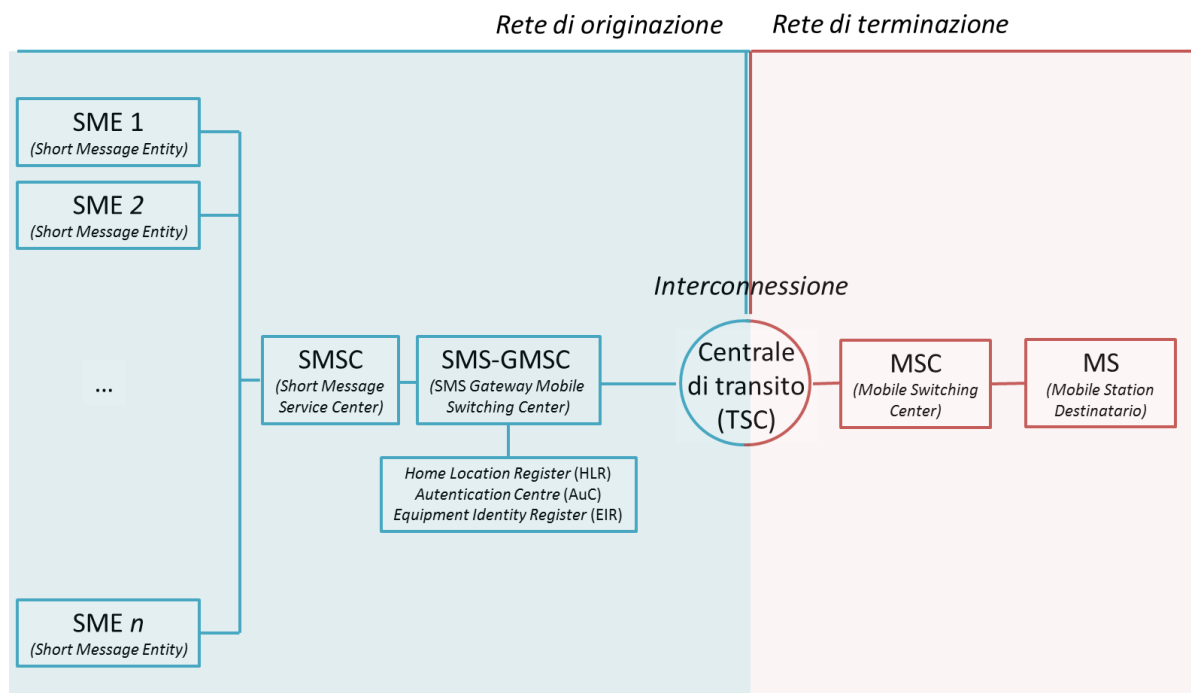
(i) SMS P2P – *Person to Person*, inviati da un utente di rete mobile o fissa a un altro utente di rete mobile;

¹ [Cfr. IC39 – Indagine conoscitiva riguardante le condizioni di mercato e concorrenziali attuali e prospettive dei servizi SMS (*Short Message Service*), MMS (*Multimedia Messaging Service*) e dei servizi dati in mobilità (*SDM*) e Delibera AGCOM n. 185/13/CONS – Mercato dei servizi di terminazione sms su singole reti mobili: definizione del mercato rilevante, identificazione delle imprese aventi significativo potere di mercato ed eventuale imposizione di obblighi regolamentari.]

- (ii) SMS A2P – *Application to Person*, inviati da un'applicazione a un utente di rete mobile;
- (iii) SMS P2A – *Person to Application*, inviati da un utente di rete fissa o mobile a un'applicazione;
- (iv) SMS CB – *Cell Broadcast*, inviati da una cella radio a tutti gli utenti di rete mobile che si trovano sotto la sua copertura.

18. Dal punto di vista tecnico, gli SMS sono un servizio standardizzato che consente l'inoltro da un soggetto originatore di uno *Short Message* (SM) destinato ad un utente di rete mobile². L'Architettura del servizio SMS è mostrata in Figura 1.

Figura 1– Architettura SMS³



19. L'architettura SMS prevede che un messaggio di testo venga inviato da una SME (*Short Message Entity*, quale un telefono cellulare o un'applicazione) e trasmesso all'operatore di originazione, cioè l'operatore di comunicazione che cura l'invio di SMS. Quest'ultimo interroga i database necessari all'individuazione della risorsa di destinazione e procede all'instradamento del messaggio. Nel caso in cui il destinatario del messaggio SMS si trovi in una rete differente, l'operatore di comunicazione della rete di destinazione prenderà in carico il messaggio e ne curerà la terminazione, vale a dire la consegna al destinatario.

20. In particolare, l'operatore di originazione, cioè l'operatore di comunicazione infrastrutturato che cura l'invio dell'SMS, prende in carico il messaggio nel proprio SMS-C (*Short Message Service Center*), che si occupa della memorizzazione e della consegna del messaggio, e lo instrada al SMS-GMSC (*SMS Gateway Mobile Switching Center*) che effettua l'instradamento (commutazione) delle informazioni anche interrogando alcuni database che consentono di identificare il percorso da compiere (HLR, AuC, EIR, MNP DB)⁴. Una volta identificato che la risorsa di destinazione si trova in una rete di un altro operatore, il SMS-GMSC instrada le informazioni verso la rete dell'operatore di destinazione che effettuerà la terminazione del messaggio all'utente finale, fino a raggiungere il MSC (*Mobile Switching Center*) in cui si attesta il dispositivo mobile ricevente (MS – *Mobile Station*).

² [Cfr. European Telecommunications Standards Institute (ETSI), *Digital cellular telecommunications system (Phase 2+); Technical realization of the Short Message Service (SMS) Point-to-Point (PP) (GSM 03.40)*.
http://www.etsi.org/deliver/etsi_gts/03/0340/05.03.00_60/gsm03_0340v050300p.pdf]

³ [Elaborazione grafica su specifiche ETSI/GSM 03.40.]

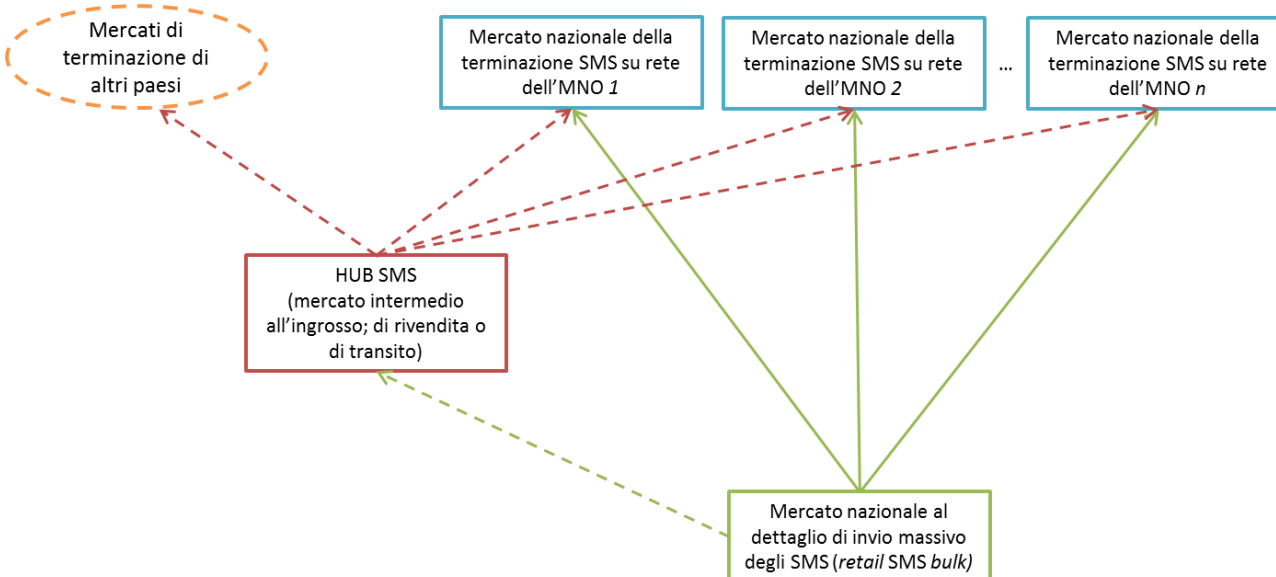
⁴ [Tra queste si annovera l'Home Location Register (HLR), l'Authentication Centre (AuC), l'Equipment Identity Register (EIR) e il Mobile Number Portability Database (MNP DB). SMS-GMSC è un normale nodo di commutazione, che svolge funzioni di commutazione e segnalazione a supporto di tutti i terminali mobili che si trovano nell'area geografica servita, denominata area MSC. L'Home Location Register è un database in cui il gestore della rete memorizza i dati dei propri utenti, sia relativi al contratto che alla localizzazione del terminale ai fini dell'instradamento delle chiamate/SMS verso altri MSC nella cui area si trova il dispositivo mobile. Tra i dati memorizzati vi sono quelli relative al MSC utilizzato di recente dall'utente (e quindi alla posizione dell'utente) e lo stato di disponibilità dell'utenza mobile (cfr. European Telecommunications Standards Institute (ETSI), *Digital cellular telecommunications system (Phase 2+); Technical realization of the Short Message Service (SMS) Point-to-Point (PP) (GSM 03.40)*. Il Visitor Location Register contiene informazioni temporanee relative ai terminali mobili allocati in una determinata area MSC. Quando un terminale entra nell'area coperta da un nuovo MSC, i dati relativi al dispositivo mobile MS sono inseriti nel VLR associato al nuovo MSC. Allo stesso tempo, l'indirizzo del VLR viene annotato nel record del HLR relativo al dispositivo mobile. Nell'Authentication Centre sono memorizzate le informazioni per l'identificazione e autenticazione del dispositivo mobile. Nell'Equipment Identity Register sono memorizzati i codici IMEI.]

21. Al fine di procedere alla consegna del messaggio, pertanto, è necessario effettuare una interconnessione con la rete dell'operatore di destinazione (MNO e *full MVNO*⁵). È possibile individuare, quindi, due livelli della catena verticale: nel livello a monte si ritrovano i servizi all'ingrosso di consegna del messaggio (terminazione), che sono erogati dagli operatori mobili di destinazione, mentre a valle tali *input* sono utilizzati per fornire il servizio di invio massivo degli SMS.

22. L'operatore di destinazione offre, quindi, il servizio all'ingrosso di consegna del messaggio SMS, denominato servizio all'ingrosso di terminazione SMS sulla propria rete. Ai fini del presente procedimento, come si vedrà nel seguito, è possibile individuare tanti mercati all'ingrosso di terminazione SMS quante sono le reti mobili degli operatori MNO e *full MVNO*⁶.

23. Dal punto di vista della struttura della filiera verticale riguardante i servizi SMS, è possibile distinguere diversi livelli che rilevano al fine dell'erogazione del servizio (Figura 2).

Figura 2 – Filiera verticale dei servizi SMS A2P



24. Il primo livello, a monte, consiste nei mercati all'ingrosso di terminazione degli SMS su singola rete, ognuno per ciascuna rete degli operatori mobili di destinazione, la cui dimensione geografica coincide con l'estensione della rete dell'operatore di destinazione (nel caso di specie, nazionale).

25. A valle della filiera, si ritrova il mercato nazionale al dettaglio dell'invio massivo di SMS (*retail SMS bulk*) che consiste nei servizi di originazione e invio di SMS di un elevato numero di messaggi di testo da parte della clientela aziendale degli operatori che erogano tali servizi. Gli operatori in tale mercato necessitano di una connessione con ciascuna delle reti di terminazione.

26. Ad un livello intermedio, è possibile osservare la presenza di alcuni operatori attivi come intermediari tra gli MNO (che offrono la terminazione) e gli operatori che originano (inviano) SMS (ad esempio, gli operatori SMS *bulk*). Tale livello della filiera consiste in un mercato secondario, nel seguito anche definito come mercato della rivendita o mercato del transito.

27. I servizi prestati in tale livello consistono nell'intermediazione tra un operatore acquirente della terminazione e l'MNO che l'effettua. Tale livello, pertanto, costituisce un mercato secondario di rivendita della terminazione⁷. Si deve precisare che la consegna del messaggio è effettuata dall'operatore di terminazione (MNO); infatti, gli operatori del mercato secondario (transito o rivendita) necessitano comunque di essere collegati all'operatore di terminazione (MNO).

⁵ [Gli MNO sono gli operatori mobili infrastrutturati (in Italia: TIM, Vodafone, Wind, H3G). I full MVNO sono operatori mobili che, benché non possiedano una licenza per l'utilizzo delle risorse radio, possiedono e/o controllano degli elementi di rete essenziali alla gestione dei servizi di comunicazione verso i propri clienti.]

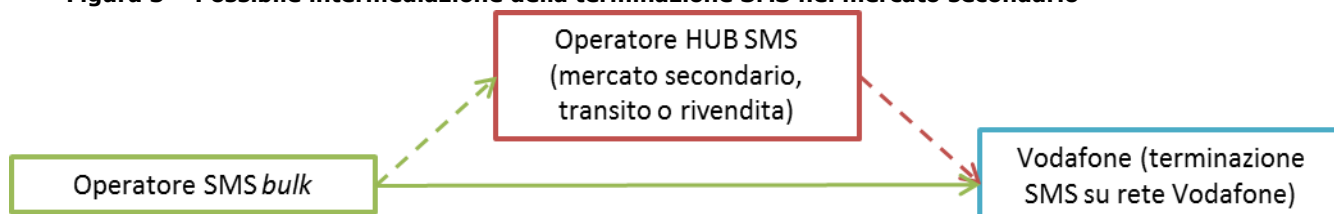
⁶ [Per maggiore chiarezza nell'esposizione, nel prosieguo si farà riferimento esclusivamente alle reti degli MNO, restando ferma, tuttavia, la circostanza che anche i full MVNO hanno la possibilità di controllare la propria rete di terminazione SMS.]

⁷ [Sul punto, SMS Italia riferisce che "L'operatore di rete mobile di destinazione è l'unico operatore in grado di consegnare il messaggio a un determinato utente della sua rete e pertanto il servizio di terminazione non è sostituibile con nessun altro servizio all'ingrosso. Ciò che si può verificare è solo eventualmente l'intermediazione di uno o più soggetti, in modo del tutto speculare a quanto avviene nel mercato di terminazione delle chiamate su singole reti mobili." (cit. doc. 108). Secondo la GSM Association il servizio di SMS Hubbing è un servizio di transito e terminazione degli SMS ("SMS Hubbing Service" means the SMS Transit Service and the SMS Termination, Service" cfr. Agreement for International SMS Hubbing Services 7.0 12 March 2012.).]

28. Gli operatori attivi nella rivendita (operatori di HUB SMS), svolgono il collegamento (transito), tra operatori che originano (inviano) SMS (ad esempio, operatori SMS *bulk*) e operatori di comunicazione che effettuano la terminazione. Gli HUB SMS sono collegati con gli MNO (nazionali e/o internazionali) e offrono il servizio di instradamento dell'SMS per il tramite dell'operatore che gestisce l'HUB.

29. In particolare, come è possibile osservare in Figura 3, gli operatori del mercato secondario (anche definiti di transito o rivendita) necessitano sempre di un collegamento e di un accordo contrattuale con l'operatore di terminazione (nel caso di specie, Vodafone)⁸.

Figura 3 – Possibile intermediazione della terminazione SMS nel mercato secondario



30. Gli operatori del mercato secondario costituiscono, quindi, un passaggio intermedio che viene utilizzato solitamente quando⁹: i) non è conveniente effettuare una connessione diretta con l'operatore di terminazione in quanto il numero di SMS non giustificerebbe l'investimento (ad esempio, nei casi di terminazione internazionale) o ii) non è disponibile una connessione diretta (come nel caso del servizio di *backup* da attivare quando la connessione diretta è temporaneamente non disponibile). Gli HUB SMS sono utilizzati spesso in ambito internazionale per collegare operatori minori e locali con reti di terminazione di altri Paesi¹⁰. I servizi di transito/HUB SMS sono erogati da operatori quali: Vodafone Carrier Services (VCS)¹¹, Telefonica SMS HUB¹², Telecom Italia Sparkle S.p.A.¹³ e CLX Communications Ltd. A differenza della terminazione SMS (che riguarda la consegna finale del messaggio), tali operatori offrono un servizio di transito nazionale e internazionale¹⁴ che permette con un solo contratto di collegarsi con le reti dei diversi MNO che effettueranno la terminazione SMS. Tali operatori di SMS HUB/Transit, pertanto, da un lato stipulano i contratti di interconnessione diretta con i singoli MNO per la terminazione del messaggio e dall'altro offrono a chi volesse inviare SMS il servizio di instradamento internazionale che consente la consegna intermediata dei messaggi.

31. È necessario rimarcare che anche gli operatori che effettuano il transito (SMS HUB) hanno la necessità di interconnettersi con i singoli MNO che effettuano la terminazione SMS; gli MNO (o *full* MVNO), come si vedrà nel seguito, sono gli unici soggetti che possono effettuare la consegna del messaggio ai propri clienti finali.

32. Infine, si osserva che esistono ulteriori metodi di invio di SMS comunemente definiti rotte grigie (*grey route*). Con tale termine si ricomprendono una serie di metodi che consistono nell'accesso non autorizzato alla rete di

⁸ [Sul punto, ad esempio, si vedano i documenti istruttori 102, 107, 108, 110, 123, 137]

⁹ [Cfr. doc. 107, 123.]

¹⁰ [Cfr. doc. 107, 123. Sul punto, si veda la decisione della Commissione Europea del 29 maggio 2013, caso COMP/M.6690 - Syniverse/MACH, par. 153: "With respect to SMS hub services, it appears that there are significant differences between national and international routing of SMS. This entails in particular the fact that, in the EEA, national routing of SMS, unlike international routing of SMS, does usually not rely on SMS hub services"]

¹¹ [Sul punto occorre rilevare la divisione funzionale presente nel gruppo Vodafone Group. In particolare, le singole divisioni nazionali si occupano dei mercati locali, mentre Vodafone Carrier Services ha la responsabilità commerciale riguardante il mercato internazionale. In particolare, il prodotto Vodafone Messaging Hub di VCS è destinato alla clientela che ha necessità di raggiungere un numero elevato di mercati nazionali, mediante un singolo contratto, che permette l'accesso alle singole reti di terminazione del gruppo Vodafone nonché alle reti a cui il gruppo Vodafone è connesso (cfr. doc. 131). Sul punto si veda anche la risposta alla richiesta di informazioni di Vodafone Italia (cfr. doc. 146), nonché il documento ISP.660.]

¹² [In particolare, Telefonica descrive il proprio SMS HUB come un servizio che permette agli operatori di raggiungere un collegamento globale per l'invio e la ricezione di SMS, evitando negoziazioni bilaterali con differenti MNO nel mondo ("The SMS Hub P2P service allows operators to achieve global coverage for sending and receiving short messages almost immediately, reducing operating costs and avoiding the costly negotiation of bilateral agreements with different carriers worldwide." cfr. Pagina di presentazione dell'SMS HUB di Telefonica: <https://www.business-solutions.telefonica.com/en/wholesale/services/mobile/sms-hub-p2p/>, cit., consultato il 15 giugno 2017)]

¹³ [Cfr. doc. 123. Sul punto, si veda anche la descrizione del servizio SMS Transit sul sito web della società: "With a single IP connection, Sparkle customers (SMS Providers and Enterprises) can deliver and receive SMS with all GSM and CDMA mobile operators globally as well as with their end-users, without having direct connection with each one of them." Cfr. <http://www.tisparkle.com/default.aspx?idPage=2103>, cit. (consultato il 15 giugno 2017).]

¹⁴ [Si veda in proposito la Decisione della Commissione Europea del 4 settembre 2012, caso COMP/M.6314 - Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV in cui, benché la definizione del mercato rilevante sia mantenuta aperta, la Commissione ritiene preliminarmente che il possibile mercato al dettaglio degli SMS bulk abbia dimensione nazionale mentre il possibile mercato degli SMS bulk wholesale, nel presente documento definito SMS HUB per ragioni di convenienza espositiva, abbia un'estensione più ampia di quella nazionale (cfr. par. 232-235 della Decisione).]

terminazione (segnalazione SS7) degli MNO¹⁵, nell'utilizzo di dispositivi denominati SIM box¹⁶, che consentono di utilizzare le schede SIM destinate agli utenti *consumer* per l'invio massivo di SMS, e nel *tromboning*¹⁷, che consiste in un fenomeno di triangolazione del traffico su reti estere che coglie le opportunità di arbitraggio sulle tariffe internazionali. Come si vedrà nel seguito, tali metodi di invio di SMS comportano l'accesso non autorizzato alle reti di terminazione o alla violazione delle clausole contrattuali dei piani tariffari *consumer* e non costituiscono un'alternativa valida alla terminazione SMS.

IV.II I mercati rilevanti

33. Ai fini del presente procedimento, in ragione delle condotte in esame e delle caratteristiche analizzate in precedenza, i mercati rilevanti analizzati saranno: a) *il mercato all'ingrosso di terminazione SMS su rete mobile di Vodafone Italia* e b) *il mercato dei servizi al dettaglio di invio massivo di SMS (retail SMS bulk)*.

a) Il mercato all'ingrosso di terminazione SMS su rete mobile di Vodafone Italia

34. La terminazione SMS è un servizio all'ingrosso di consegna del messaggio ad un determinato cliente, offerto dall'operatore di comunicazioni mobili di destinazione. In particolare, i servizi di terminazione SMS sono resi quando un SMS è originato in una rete ed è destinato ad un utente di una rete differente. In questo caso, l'operatore mobile di destinazione fornisce il servizio di consegna finale al proprio utente di telefonia mobile che è destinatario del messaggio. Il servizio di terminazione SMS permette l'interconnessione tra diverse reti di comunicazione elettronica. Per far sì che il messaggio venga consegnato, l'operatore di originazione del messaggio deve acquisire i servizi all'ingrosso di terminazione SMS da parte dell'MNO di destinazione.

35. Da un punto di vista tecnico, si osserva un'assenza di sostituibilità dal lato dell'offerta per quanto riguarda la terminazione (consegna) del messaggio sulla rete di destinazione. Infatti, non esistono servizi all'ingrosso sostituibili con il servizio di terminazione SMS, poiché *"l'operatore di destinazione è l'unico operatore in grado di consegnare il messaggio a un determinato utente della sua rete e pertanto il servizio di terminazione SMS da esso offerto non può essere sostituito con nessun altro servizio all'ingrosso"* ¹⁸.

36. Inoltre, il principio di tariffazione denominato *Calling Party Pays* (CPP) – in base al quale il soggetto che invia il messaggio e paga la tariffa di terminazione è differente dal soggetto destinatario del messaggio che sceglie l'operatore mobile sulla cui rete avviene la terminazione – implica che un operatore che vuole fornire ad un proprio cliente il servizio di invio SMS deve disporre necessariamente del servizio di terminazione sulla rete del destinatario¹⁹.

37. Ne consegue che, al fine di individuare il mercato rilevante dal punto di vista merceologico, si deve definire un mercato della terminazione SMS per ciascuna rete mobile degli operatori infrastrutturati (MNO) e dei *full MVNO*. In particolare, ai fini del presente procedimento, si ritiene di dover individuare dal punto di vista merceologico il mercato rilevante della terminazione SMS su rete mobile di Vodafone Italia.

38. Le risultanze istruttorie hanno permesso di confermare che l'operatore di destinazione sia l'unico soggetto in grado di svolgere il servizio di consegna (terminazione) SMS ai propri clienti mobili²⁰.

39. Gli operatori interpellati²¹ condividono la definizione di un mercato rilevante a monte dei servizi di terminazione all'ingrosso di SMS su singola rete mobile e, nel caso di specie, su rete mobile di Vodafone Italia. In particolare, analogamente alla terminazione vocale su singola rete, l'operatore di destinazione è l'unico in grado di consegnare il messaggio alla propria base clienti, non esistendo metodi alternativi validi a tale scopo.

40. Gli operatori che offrono il transito/intermediazione (HUB, mercato secondario) costituiscono solo un passaggio intermedio, in quanto è sempre l'MNO che effettua la terminazione del messaggio. Per tale motivo, gli operatori del mercato secondario hanno comunque la necessità di stipulare un contratto di interconnessione con l'operatore di terminazione (Vodafone) che disciplinerà le condizioni economiche tecniche di erogazione del servizio. Come si vedrà nel prosieguo, quindi, gli operatori nel mercato secondario non costituiscono un vincolo concorrenziale sul prezzo della terminazione applicato dagli MNO poiché non sono in grado, a meno di incorrere in una perdita, di offrire su base duratura un prezzo inferiore a quello applicato dall'MNO (nel caso di specie, Vodafone) per la terminazione degli SMS.

41. I documenti interni di Vodafone Italia offrono conferma della definizione del mercato della terminazione SMS su rete Vodafone. In una presentazione interna della società, infatti, Vodafone individua e definisce i distinti mercati i)

¹⁵ [Cfr. doc. 110, 122, 123.]

¹⁶ [Le SIM box sono dei dispositivi che consentono di utilizzare le schede SIM con piani telefonici "tutto compreso" (ad esempio, SMS illimitati) destinati all'utenza domestica per l'invio massivo di SMS. Sul punto ex multis si veda il doc. 122.]

¹⁷ [Cfr. doc. 106. Si veda, inoltre, il Provvedimento AGCM n. 17131 del 3 agosto 2007, caso A357 – Tele 2/Tim-Vodafone-Wind.]

¹⁸ [Cfr. Delibera AGCOM n. 185/13/CONS – Mercato dei servizi di terminazione sms su singole reti mobili: definizione del mercato rilevante, identificazione delle imprese aventi significativo potere di mercato ed eventuale imposizione di obblighi regolamentari, cit.]

¹⁹ [Cfr. doc. 108.]

²⁰ [Su questo punto si veda anche la Delibera AGCOM n. 185/13/CONS: "Dal lato dell'offerta si osserva che, in seguito a un aumento modesto, significativo e non transitorio del prezzo del servizio di terminazione SMS su rete mobile, nessun operatore può entrare nel mercato e offrire un servizio di terminazione equivalente a quello offerto dall'operatore di destinazione (ossia consegnare il messaggio all'utente dell'operatore di destinazione). Quest'ultimo è, infatti, l'unico in grado di consegnare il messaggio a un determinato utente della sua rete. Pertanto, il servizio di terminazione SMS non è sostituibile con nessun altro servizio neanche dal lato dell'offerta".]

²¹ [Cfr. doc. 106, 108, 110, 120, 123, 215, 216.]

della terminazione vocale su rete fissa Vodafone, ii) della terminazione vocale su rete mobile Vodafone e, per quel che rileva ai fini del presente procedimento, iii) della terminazione SMS su rete mobile Vodafone Italia²². Nel medesimo documento, la stessa Vodafone riconosce la presenza di una posizione di "dominanza sui mercati della terminazione"²³. In una ulteriore comunicazione interna di Vodafone, in cui la società conferma la circostanza di controllare la terminazione SMS, si legge: "Ubiquity non controllando la terminazione su una rete mobile non ha ns stessa posizione di mercato e dunque non incorr[e] in rischi di abusi"²⁴.

42. Dal punto di vista geografico, la dimensione del mercato di terminazione è da identificare con l'estensione della rete dell'operatore mobile. Pertanto, alla luce del fatto che la rete mobile di Vodafone Italia ha estensione nazionale e che le condizioni contrattuali sono omogenee nell'intero territorio italiano, si ritiene che dal punto di vista geografico il mercato rilevante abbia estensione nazionale.

43. Pertanto, parallelamente alla definizione operata ai mercati della terminazione voce su singola rete²⁵ e dei precedenti regolamentari in tema di terminazione SMS²⁶, si definisce il mercato della terminazione SMS su singola rete e, nel caso di specie, su rete Vodafone Italia, che consiste, dal punto di vista merceologico, nei servizi all'ingrosso di consegna (terminazione) del messaggio agli utenti destinatari della rete di Vodafone Italia. La dimensione geografica del mercato coincide con l'estensione della rete mobile di Vodafone Italia, ed è quindi nazionale. In tale mercato, Vodafone Italia è l'unico soggetto a svolgere l'attività di consegna degli SMS ai propri clienti.

b) Il mercato al dettaglio dei servizi di invio massivo di SMS (retail SMS bulk)

44. I servizi di invio al dettaglio di SMS massivi (*retail SMS bulk*) permettono l'invio di un elevato numero di messaggi di testo da parte della clientela aziendale degli operatori che erogano tali servizi, come ad esempio banche e grandi imprese, ai rispettivi utenti-destinatari, sulla base di un indirizzario fornito dalle stesse imprese²⁷.

45. Il servizio al dettaglio di invio massivo di SMS consiste nella presa in carico del messaggio inviato dal mittente e l'instradamento fino al punto iniziale della rete dell'operatore mobile di destinazione. Una volta raggiunto tale punto di interconnessione con la rete dell'operazione di destinazione, quest'ultimo provvederà alla terminazione del messaggio.

46. I servizi al dettaglio di invio massivo di SMS sono distinguibili da altri servizi di messaggistica attiva²⁸. L'invio massivo di SMS avviene mediante l'utilizzo di *database* delle imprese clienti dell'operatore di SMS *bulk*, le quali hanno la necessità di veicolare i messaggi a un insieme di utenti-destinatari, principalmente al fine di informarli. Una tipica applicazione di tale servizio sono gli avvisi bancari antifrode. In questo contesto, gli SMS offrono un sistema standardizzato adottato da tutti i fornitori di telecomunicazioni mobili e disponibile su qualsiasi telefono mobile.

47. Le evidenze emerse nel corso del procedimento permettono di confermare che, dal punto di vista del prodotto, si deve definire un distinto mercato rilevante dei servizi di invio massivo degli SMS rispetto ad altri sistemi di messaggistica attiva²⁹. Gli SMS, infatti, rappresentano un sistema di comunicazione *standard*, che consente altresì una *reportistica* dettagliata sullo stato di consegna del messaggio.

48. In relazione ai servizi A2P, gli SMS sono caratterizzati dalla possibilità di: (i) raggiungere chiunque disponga di un telefono cellulare senza distinzione del sistema operativo utilizzato o dalla presenza di funzionalità avanzate; (ii) consegnare il messaggio senza necessità di una connessione dati; (iii) ottenere una reportistica aggiornata; (iv) garantire un tasso di consegna particolarmente elevato.

49. Diversi soggetti interpellati nel corso del procedimento³⁰, infatti, hanno posto l'accento sul fatto che gli SMS rappresentano un sistema standardizzato e non chiuso di consegna; un servizio disponibile su tutti i terminali mobili e con capacità di consegna che prescindono dalla connessione mobile dati del destinatario; un sistema che riesce a garantire un tasso di consegna prossimo al 100%, nonché di immediata visibilità per i destinatari. Per ciò che concerne gli altri servizi di messaggistica per dispositivi mobili, alcuni soggetti hanno evidenziato che attualmente i principali servizi di messaggistica interpersonale (P2P) per dispositivi mobili, in particolar modo Whatsapp e lo *standard* RCS

²² [Cfr. doc. ISP.995, presentazione denominata "GUIDELINES PER REPLICABILITA' v3.pptx" allegata alla email. Si veda, inoltre, il doc. ISP.104.]

²³ [Cfr. doc. ISP.995 e. ISP.104.]

²⁴ [Cfr. doc. ISP.25, ISP.1004.]

²⁵ [Si veda, ex multis, Decisione della Commissione Europea dell'1 settembre 2016, caso COMP/M.7758 – Hutchison 3G Italy / Wind / JV; Provvedimento AGCM n. 17131 del 3 agosto 2007, caso A357 – Tele 2/Tim-Vodafone-Wind.]

²⁶ [Cfr. Delibera AGCOM n. 185/13/CONS, da ultimo confermato anche dalla Delibera AGCOM n. 178/17/CONS dell'11 aprile 2017.]

²⁷ [Si veda in proposito la Decisione della Commissione Europea del 4 settembre 2012, caso COMP/M.6314 – Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV secondo cui "Retail bulk SMS is a service that enables businesses (such as retailers or financial institutions) to send high volumes of text messages to their customers (provided that these have opted in to receive such messages on their mobile handsets). It can be used for sending marketing messages but is currently mainly used for general customer communications. For example a bank might use a retail bulk SMS service to send mini-bank statements or fraud alerts to its customers.".]

²⁸ [Cfr. Decisione della Commissione Europea del 4 settembre 2012, caso COMP/M.6314 – Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV.]

²⁹ [Cfr. doc. 102, 106, 108, 110, 120, 123.]

³⁰ [Cfr. doc. 102, 108, 120, 123.]

(*Rich Communication Services*), non sono disponibili commercialmente per il servizio di messaggistica A2P, potendo allo stato rappresentare solo un'evoluzione prospettica del servizio³¹.

50. Per tali motivi emerge che, a differenza dei messaggi interpersonali (P2P), per le comunicazioni A2P informative non vi è sostituibilità degli SMS rispetto agli altri sistemi di messaggistica, almeno fino ad oggi. Ciò in relazione alle caratteristiche anzidette, che definiscono gli SMS come un servizio universalmente disponibile agli utenti³² e in grado di assicurare un livello di affidabilità nella consegna e nella lettura. Rispetto alla messaggistica interpersonale (P2P), in cui gli utenti fanno ampio uso di applicazioni differenti basati su protocollo Internet (IP), gli SMS massivi (A2P) svolgono una funzione d'uso differente e mostrano una sostituibilità limitata con altri servizi di messaggistica e di notifica³³. L'analisi delle richieste di offerta della grande clientela affari permette di concludere che per le esigenze di comunicazione massiva A2P vengono richiesti gli SMS senza alcuna considerazione di servizi di messaggistica alternativi³⁴.

51. Il differente grado di sostituibilità tra SMS e servizi alternativi di messaggistica per dispositivi mobili che si rileva a seconda che si parli di SMS interpersonali (P2P) ed SMS massivi (A2P) è confermato anche dall'andamento dei volumi degli SMS A2P rispetto a quelli P2P³⁵. Infatti, con riguardo ai volumi di SMS inviati in Italia mentre si osserva una riduzione generalizzata del volume di SMS originati in Italia, con una variazione negativa del -28,5% nel 2015³⁶ rispetto all'anno precedente, il numero di SMS A2P mostra un tasso di crescita positivo, pari al 13% tra il 2014 e il 2015³⁷ e il 9,7% tra il 2015 e il 2016³⁸. Il dato relativo ai volumi, pertanto, mostra un differente e pressoché assente grado di sostituzione tra SMS e altri servizi di messaggistica nel mercato dell'invio massivo di SMS rispetto a quello riscontrato per gli SMS interpersonali.

52. Il medesimo andamento è confermato dall'analisi dei volumi degli SMS operata da Vodafone Italia, che a fronte di una riduzione del numero totale di SMS terminati (P2P e A2P) su rete Vodafone dall'anno fiscale 2014/15 all'anno fiscale 2016/17 del [25-35%]³⁹, mostrano un aumento superiore al [35-50%] dei volumi di SMS *bulk* acquistati dai clienti finali⁴⁰.

53. Dal punto di vista della definizione geografica del mercato rilevante, si ritiene che il mercato al dettaglio dell'invio massivo di SMS (SMS *bulk*) abbia dimensione nazionale.

54. Analogamente ad altri servizi di comunicazione fissa e mobile, l'attività di erogazione degli SMS *bulk* è svolta secondo regimi normativo-regolamentari specificamente nazionali, quali la titolarità di un'autorizzazione generale ai sensi dell'articolo 25 Decreto Legislativo n. 259/2003 (Codice delle Comunicazioni Elettroniche) e la normativa in tema di numerazioni per il servizio di SMS non a sovrapprezzo (decade 43)⁴¹ e di *alias*⁴². Oltre alle necessarie autorizzazioni

³¹ [Cfr. doc. 102, 110, 120.]

³² [Nel caso di invio massivo di SMS, il mittente dovrebbe essere in grado di conoscere la presenza di servizi di messaggistica alternativi installati e funzionanti per ogni destinatario. Al contrario, gli SMS permettono di raggiungere qualsiasi utente che riceva il segnale di rete. Su questo punto, AGCOM osserva che "gli SMS inviati da imprese, enti pubblici e privati, etc., per finalità informative appartengono a un mercato diverso da quello degli SMS interpersonali. Come osservato, infatti, dagli operatori, i due servizi assolvono funzioni d'uso differenti, tali da renderli non sostituibili". Inoltre, "il mittente del messaggio informativo (SMS A2P o SMS push) non è in grado di conoscere se e quale applicazione di instant messaging il destinatario avrà installato sul suo dispositivo. Per tale ragione, anche a seguito di una variazione dei prezzi relativi, il mittente di un SMS push continuerà a utilizzare l'SMS, al punto da rendere profittevole l'incremento di prezzo" cfr. Delibera AGCOM n. 185/13/CONS cit.]

³³ [Vale ricordare che la Commissione ha rilevato che l'offerta di SMS *bulk* sia generalmente distinguibile da altre forme di messaggistica con finalità di marketing. Ciò che rileva, infatti, è l'utilizzo di SMS per la comunicazione diretta (a scopo informativo o di assistenza) tra le aziende ed i propri clienti che hanno richiesto tale servizio informativo (secondo un meccanismo di opt-in). Tale tipologia di messaggi deve distinguersi da forme di messaggistica a scopo pubblicitario (active marketing messaging) che comporta funzioni maggiori (quali l'elaborazione dei dati per l'individuazione del target pubblicitario) e che si fonda su una pluralità di possibili modi di raggiungere il target pubblicitario (quali email e notifiche push promozionali, intelligent SMS). In questo senso, il mercato dell'active marketing messaging si pone a valle del mercato degli SMS *bulk*. Decisione della Commissione Europea del 4 settembre 2012, caso COMP/M.6314 – Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV.]

³⁴ [Cfr. doc. 90, 92, 98, 100, ISP.475, ISP.919.]

³⁵ [Ad esempio, secondo SMS Italia, "l'andamento dei volumi dei due mercati costituisce una conferma chiarissima della distinzione del mercato degli SMS di messaggistica aziendale dal resto della messaggistica, atteso che mentre il mercato in parola vede volumi in crescita, quello della messaggistica person to person da mobile a mobile ha subito, e continua a subire, una forte erosione di volumi da parte di altre forme di messaggistica" cit. doc. 108.]

³⁶ [Cfr. AGCOM, Relazione annuale 2016 sull'attività svolta e sui programmi di lavoro. Nel 2014 gli SMS originati in Italia erano circa 47 miliardi di unità (Rapporto sulla filiera delle Telecomunicazioni in Italia - edizione 2015, Politecnico di Milano), mentre il volume di SMS per l'anno 2015 è di circa 33 miliardi di unità.]

³⁷ [Cfr. Politecnico di Milano, Osservatorio Mobile B2c Strategy, Mobile B2C Strategy: Lo stato di adozione in Italia, Ricerca 2015-2016.]

³⁸ [Cfr. Politecnico di Milano, Mobile: think out of the box, anno 2017.]

³⁹ [Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.]

⁴⁰ [Cfr. doc. 142.]

⁴¹ [Cfr. Delibera AGCOM n. 52/12/CIR Adozione del nuovo piano di numerazione nel settore delle telecomunicazioni e disciplina attuativa, che modifica ed integra il piano di numerazione di cui alla delibera n. 26/08/CIR e s.m.i.; Delibera AGCOM n. 8/15/CIR Adozione del nuovo Piano di numerazione nel settore delle telecomunicazioni e disciplina attuativa, che modifica ed integra il piano di numerazione di cui alla delibera n. 52/12/CIR.]

nazionali, è necessario effettuare investimenti specifici in infrastrutture nel Paese in cui si opera, come ad esempio le interconnessioni dirette⁴³.

55. Inoltre, si osserva che la domanda di SMS *bulk* riguarda in prevalenza clienti italiani o clienti con l'esigenza di inviare SMS a destinatari italiani⁴⁴. La maggior parte dei contratti conclusi con imprese o enti pubblici per servizi al dettaglio di SMS *bulk* ha ad oggetto la fornitura sul territorio italiano⁴⁵. Solo in alcuni casi si riscontra un'offerta per alcune direttrici estere, che è connessa tuttavia alla specificità del cliente italiano che chiede oltre all'invio di SMS in Italia anche un servizio aggiuntivo di invio in altri Paesi europei⁴⁶. Inoltre, si osserva che in ciascun ambito nazionale prevalgono condizioni economiche differenti⁴⁷.

c) Le caratteristiche del mercato dei servizi al dettaglio di invio massivo di SMS (retail SMS bulk)

56. Come indicato *supra*, i servizi al dettaglio di invio massivo di SMS consentono ai clienti aziendali di inviare dei messaggi di testo, contenenti ad esempio informazioni e notifiche, agli utenti destinatari individuati dagli stessi. Nel mercato dei servizi al dettaglio di invio massivo di SMS, pertanto, viene effettuata l'originazione del messaggio di testo che viene instradato, per poi giungere all'operatore mobile di destinazione che ne effettua la consegna (terminazione).

57. Per quanto riguarda la dimensione del mercato, il numero di SMS massivi (SMS *bulk* A2P) inviati nel 2015 è stato pari a 2,917 miliardi di unità⁴⁸, mentre nel 2016 è stato pari a 3,2 miliardi di SMS⁴⁹. Si stima, considerando i prezzi al dettaglio⁵⁰, che la dimensione totale del mercato in valore sia compresa tra 80-130 milioni di euro.

58. La divisione *retail* di Vodafone, nell'anno fiscale 2016/17 conclusosi a marzo, ha venduto [1.000.000.000 – 1.100.000.000] SMS *on-net* e *off-net*⁵¹, pari al [30-45%] del totale di SMS massivi inviati in Italia nel 2016. Ubiquity nell'anno 2016 ha originato [400-500] milioni di SMS *bulk* A2P, pari al [15-30%] del totale di SMS massivi inviati in Italia nel 2016⁵².

59. Gli operatori che effettuano questo tipo di servizio possono essere distinti in tre differenti categorie⁵³:

a) Gli operatori mobili (MNO), sono soggetti verticalmente integrati presenti sia nel mercato (a valle) dei servizi *retail SMS bulk* che nel mercato (a monte) dei servizi all'ingrosso di terminazione SMS sulla propria rete. Gli MNO sono Vodafone, TIM e Wind Tre;

b) Gli operatori di comunicazione (nel seguito, "OLO" o "Operatori D43" o "Operatori in decade 43") sono operatori infrastrutturati⁵⁴, titolari di autorizzazione per la fornitura di servizi telefonici accessibili al pubblico⁵⁵, dispongono di

⁴² [Delibera AGCOM n. 131/14/CIR Proroga dei termini di scadenza e modifica delle norme di cui alla delibera n. 42/13/CIR recante "Norme per la sperimentazione di indicatori alfanumerici per l'identificazione del soggetto chiamante negli SMS/MMS impiegati per servizi di messaggistica aziendale", come modificata dalla delibera n. 50/14/CIR.]

⁴³ [Cfr. doc. 123. Digitel Mobile osserva che "anche i soggetti esteri entrati nel mercato italiano, siano essi operatori di rete con interworking (Compatel) che altri aggregatori hanno aperto filiali italiane, in quanto sarebbe complesso non localizzarsi in Italia per acquisire clienti italiani, anche ai fini della gestione amministrativo-tecnica del rapporto contrattuale. Inoltre, i titoli abilitativi per l'esercizio delle attività oggetto di istruttoria, nonché le norme regolamentari, sono nazionali." (cit. doc. 122). Si vedano anche i doc. 215, 216.]

⁴⁴ [Sul punto, SMS Italia osserva che oltre il 90% dei clienti sono soggetti italiani che richiedono SMS solo verso le direttrici nazionali. La restante parte dei clienti è comunque rappresentata da soggetti italiani che richiedono SMS anche verso le direttrici estere, oltre alle nazionali, o di clienti esteri che chiedono SMS verso le direttrici nazionali. Cfr. doc. 108. Le medesime considerazioni sono espresse da Infobip (cfr. doc. 120) e da Ubiquity (cfr. doc. 123). Secondo Ubiquity, infatti, "le imprese attive nel mercato in questione sono essenzialmente nazionali (seppur facenti parti di gruppi attivi a livello internazionale), mentre l'attività di società estere (intese come società aventi sedi all'estero e fornitrici del servizio di SMS *bulk* retail in Italia) è del tutto marginale e, comunque, deve conformarsi al quadro regolamentare nazionale (vedi *infra*); la gran parte (se non quasi totalità) dei contratti conclusi con imprese o enti pubblici ha ad oggetto la fornitura di servizi retail di SMS *bulk* sul territorio italiano; gli obblighi regolamentari sono stabiliti a livello nazionale da norme di legge e da delibere dell'Agcom, ad esempio per quanto riguarda i limiti e le condizioni di utilizzo delle numerazioni, le modalità di registrazione e uso degli *alias*, le autorizzazioni generali di cui gli operatori devono disporre; da un punto di vista tecnico, le imprese che forniscono servizi di SMS *bulk* devono conformarsi alle modalità di interconnessione stabilite direttamente dagli MNO nazionali che, peraltro, talvolta incontrano delle differenze tra un operatore e l'altro." (cit. doc. PI.4). Digitel Mobile osserva che: "anche i soggetti esteri entrati nel mercato italiano, siano essi operatori di rete con interworking (Compatel) che altri aggregatori hanno aperto filiali italiane, in quanto sarebbe complesso non localizzarsi in Italia per acquisire clienti italiani, anche ai fini della gestione amministrativo-tecnica del rapporto contrattuale. Inoltre, i titoli abilitativi per l'esercizio delle attività oggetto di istruttoria, nonché le norme regolamentari, sono nazionali." (cit. doc. 122).]

⁴⁵ [Cfr. doc. 90, 98, 100, 127, ISP.475, ISP.919.]

⁴⁶ [Cfr. doc. 92 e 94.]

⁴⁷ [Cfr. doc. 92 e 94. Peraltro, anche la suddivisione funzionale all'interno di Vodafone Group plc discussa in precedenza ricalca la differenza tra mercati nazionali ed internazionali. Infatti, all'interno del gruppo Vodafone le funzioni di vendita dei clienti nazionali sono attribuite alle divisioni nazionali (Vodafone Italia, Vodafone UK, ecc.), mentre Vodafone Carrier Services (VCS) definisce le politiche di prezzo per i clienti internazionali (cfr. doc. ISP.660, 146).]

⁴⁸ [Cfr. Politecnico di Milano, Osservatorio Mobile B2c Strategy, Mobile B2C Strategy: Lo stato di adozione in Italia, Ricerca 2015-2016.]

⁴⁹ [Cfr. doc. 142, 146.]

⁵⁰ [Le forbici di prezzo utilizzate alla base della stima del valore del mercato sono comprese tra 2,5 e 4,0 € cent/SMS.]

⁵¹ [Cfr. doc. 142, 146.]

⁵² [Cfr. doc. 145.]

⁵³ [Sul punto si vedano i documenti n. 106, 110, 122, 123.]

un centro servizi SMS-C e di risorse di numerazione⁵⁶. Tra gli operatori infrastrutturati vi sono Ubiquity, A-Tono, SMS Italia, Digitel Mobile⁵⁷, Compatel, Agile Telecom e Vola;

c) Gli aggregatori (nel seguito "aggregatori"), soggetti dotati di un grado di infrastrutturazione inferiore che acquistano il traffico dagli operatori precedentemente indicati (MNO e Operatori D43) e lo rivendono. Tali soggetti non sono dotati di un SMS-C e di numerazioni proprie⁵⁸ e solitamente hanno la funzione di associare gruppi di piccoli clienti⁵⁹.

60. Gli MNO sono operatori che offrono servizi al dettaglio di comunicazione mobile e quindi dispongono di una base clienti a cui possono essere recapitati messaggi SMS, tali soggetti possono quindi effettuare la terminazione SMS ai propri clienti. Gli Operatori D43/OLO sono operatori di comunicazione specializzati nella fornitura di servizio di invio massivo che dispongono degli apparati di rete (come un centro servizi SMS-C e i *gateway* SMS) che permettono l'instradamento degli SMS e la consegna al punto di interconnessione con gli MNO che effettueranno la terminazione. Gli aggregatori, infine, sono soggetti meno infrastrutturati che offrono i servizi utilizzando gli apparati di rete di altri operatori (MNO o Operatori D43), operando come rivenditori dei servizi tecnologici di questi ultimi.

61. In considerazione del grado di integrazione verticale, pertanto, è possibile individuare una diversificazione degli operatori del mercato degli SMS *bulk*. Come è possibile osservare nella Figura 4 *infra*, Vodafone, in qualità di MNO dotato di una propria rete, è presente sia sul mercato a monte dei servizi all'ingrosso di terminazione SMS su propria rete che sul mercato a valle dei servizi al dettaglio di invio massivo di SMS. Nel mercato a monte, Vodafone offre agli Operatori D43 il servizio all'ingrosso di consegna (terminazione) degli SMS destinati ai propri utenti; nel mercato a valle, offre il servizio al dettaglio di invio massivo degli SMS *bulk*. Oltre ad operatori infrastrutturati quali MNO e Operatori D43, vi sono anche gli aggregatori che acquistano da questi ultimi gli SMS verso tutte le direttrici (verso tutte le reti mobili) e lo rivendono⁶⁰.

62. Sul punto, si precisa che le offerte nel mercato a valle riguardano SMS destinati ad un insieme di utenti che utilizzano diversi gestori. Pertanto, come evincibile in Figura 4, anche gli operatori mobili (MNO) hanno la necessità di interconnettersi con le reti degli altri operatori (e quindi di acquistare la terminazione verso le altre reti) al fine di operare nel mercato a valle⁶¹. Come si vedrà *infra*, quindi, un MNO ha la possibilità di controllare la terminazione SMS sulla propria rete (c.d. traffico *on-net*), mentre considererà come un costo esogeno (stabilito in via contrattuale) la terminazione verso le reti degli altri MNO (c.d. traffico *off-net*).

63. Inoltre, gli aggregatori non dispongono di alcune risorse di rete (come ad esempio l'SMS-C e le proprie numerazioni) e quindi acquistano e rivendono gli SMS *bulk*, generalmente verso tutte le destinazioni, dagli MNO o alternativamente dagli Operatori D43. Gli aggregatori presentano, quindi, un livello di infrastrutturazione inferiore

⁵⁴ [Sul punto, Digitel Mobile afferma che i "soggetti che operano con SMS interworking, a differenza degli aggregatori, detengono un'infrastruttura che opera con una terminazione diretta sulla rete dell'operatore destinatario. Gli OLO, quindi, hanno un SMS-C che comunica direttamente con la rete di segnalazione e non passa per gli SMS-C di altri operatori. Ciò implica una gestione più diretta e completa della consegna dell'SMS, con un grado di autonomia tecnologica e controllo del processo di consegna maggiore. Ad esempio, tale autonomia tecnologica si concretizza nella possibilità di scegliere se ricevere le notifiche di avvenuta ricezione, di stabilire il periodo di tempo per la reiterazione degli SMS nel caso di mancata consegna, il reindirizzamento (rerouting) del messaggio in certi casi (roaming, problemi di rete), la gestione diretta dei problemi di rete (ad esempio, blocco numerazione) che altrimenti sarebbero affidate all'operatore titolare dell'SMS-C e della numerazione. Tale qualità tecnica si riflette sicuramente nel livello qualitativo del servizio offerto ai clienti, in termini di certezza della consegna, e nella possibilità di offrire migliori SLA." (cit. doc. 122). Ubiquity osserva che "per avere un SMS-C è necessaria un'autorizzazione da OLO secondo il Codice delle Comunicazioni Elettroniche" (cit. doc. 123). Si vedano anche i documenti n. 106, 107, 110.]

⁵⁵ [Cfr. articolo 25 del d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259 recante il "Codice delle Comunicazioni Elettroniche". Si veda, inoltre, l'allegato n. 10 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche che distingue le seguenti tipologie di autorizzazione generale alla fornitura di servizi e reti di comunicazione elettronica: a) fornitura di reti pubbliche di comunicazioni; b) fornitura di servizio telefonico accessibile al pubblico; c) fornitura del servizio di comunicazioni mobili e personali; d) fornitura di servizi di rete o di comunicazione elettronica via satellite; e) altri soggetti che forniscono servizi di comunicazione elettronica.]

⁵⁶ [Cfr. Delibere AGCOM n. 52/12/CIR recante "Adozione del nuovo piano di numerazione nel settore delle telecomunicazioni e disciplina attuativa, che modifica ed integra il piano di numerazione di cui alla delibera n. 26/08/CIR e s.m.i.", n. 42/13/CIR recante "Norme per la sperimentazione di indicatori alfanumerici per l'identificazione del soggetto chiamante negli SMS/MMS impiegati per servizi di messaggistica aziendale", n. 55/14/CIR recante Integrazione al "Piano di numerazione nel settore delle telecomunicazioni e disciplina attuativa" di cui alla delibera n. 52/12/CIR - definizione di comunicazione telefonica a tariffa di base.]

⁵⁷ [Sul punto, si precisa che Digitel Mobile sta ultimando il suo percorso di infrastrutturazione.]

⁵⁸ [Sul punto, Vodafone Italia riconosce che : "Ubiquity, per l'offerta SMS non a sovrapprezzo su proprie numerazioni 43x, si configura come un OPERATORE e non come un "reseller" di SMS, applicando condizioni commerciali ad ICBPI che sono figlie degli accordi che ha stipulato con ciascun operatore mobile" (cit. ISP.957). Analogamente, Ubiquity riferisce che "un aggregatore è solitamente un cliente retail che associa piccoli clienti (ad esempio piccole aziende) per acquisire SMS bulk tramite un prodotto semplice e standardizzato. Un aggregatore, a differenza di un operatore della comunicazione elettronica, non ha un SMS-C" (cit. doc. 123). SMS Italia osserva che i rivenditori "non sono operatori della comunicazione autorizzati" (cit. doc. 108). Del medesimo avviso è Wind Tre, che riferisce che gli aggregatori "non sono operatori di comunicazione e operano come meri rivenditori di pacchetti SMS acquistati dalle divisioni commerciali" (cit. doc. 110).]

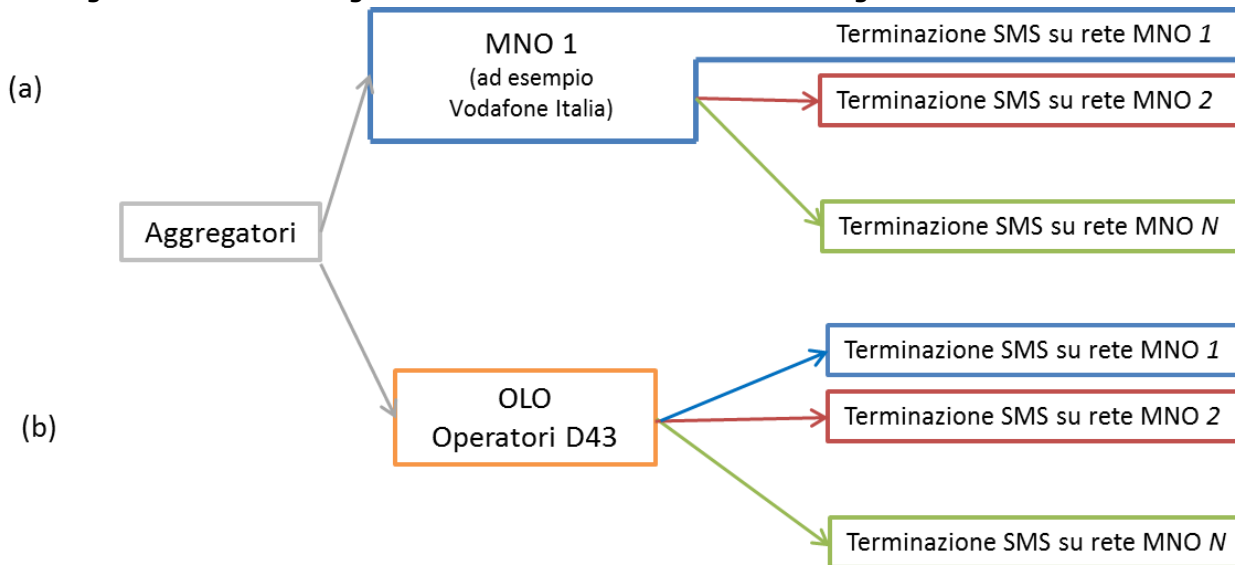
⁵⁹ [Cfr. doc. 123.]

⁶⁰ [Cfr. doc. 107.]

⁶¹ [Sul punto, ad esempio, Infobip evidenzia che "all'ingrosso, ogni MNO è l'unico a poter terminare gli SMS nella propria rete; mentre per i messaggi destinati alle reti degli altri operatori mobili tali SMS sono terminati esclusivamente da questi ultimi. Ciò vuol dire che nel mercato a valle degli SMS, gli MNO hanno come costo endogeno gli SMS verso la propria rete, mentre il costo degli SMS off-net è legato agli accordi di interconnessione con gli altri operatori." (cit. doc. 120).]

rispetto agli Operatori D43 e si qualificano prettamente come rivenditori del traffico SMS *bulk* acquistato da questi ultimi (Operatori D43) o dagli MNO⁶².

Figura 4 – Grado di integrazione verticale nella filiera verticale degli SMS Informativi aziendali



IV.III Le evidenze in merito alle condotte di Vodafone Italia

64. Nel seguito viene fornita una ricostruzione delle evidenze acquisite nel corso del procedimento in merito alle condotte di Vodafone Italia. In primo luogo, saranno analizzate le evidenze relative alle offerte della divisione *retail* di Vodafone Italia destinate a grandi clienti affari e aggregatori. Successivamente, si procederà con la trattazione delle evidenze relative alla struttura dei costi di erogazione del servizio al dettaglio di invio massivo di SMS A2P, vale a dire i servizi resi nel mercato a valle precedentemente individuato, e le condizioni commerciali praticate all'ingrosso (nel mercato a monte della terminazione SMS) da Vodafone Italia ai concorrenti nel mercato a valle. Tali elementi relativi ai costi, quindi, porteranno a definire la soglia critica di costo dei servizi al dettaglio di invio massivo di SMS per un concorrente nel mercato a valle altrettanto efficiente rispetto a Vodafone Italia.

a) Le offerte della divisione retail di Vodafone Italia

a.1) Le offerte destinate alla grande clientela affari

65. Le evidenze relative alle offerte di Vodafone Italia di servizi al dettaglio di invio massivo di SMS, denominato dalla stessa Vodafone come servizio di messaggistica aziendale mobile (MAM), sono molteplici. In particolare, le offerte della divisione *retail* sono indirizzate alla grande clientela affari, che rappresenta la parte maggioritaria dei volumi sviluppati dagli operatori di SMS *bulk*⁶³.

66. Tali offerte saranno analizzate brevemente nel seguito. Qualora non sia specificato, il prezzo indicato è relativo agli SMS inviati e non agli SMS consegnati; come si vedrà in tema di analisi dei costi del servizio, infatti, tale informazione è essenziale per l'analisi della marginalità dell'offerta.

67. Una prima evidenza riguardante i servizi al dettaglio di SMS *bulk* consiste nel contratto stipulato tra Vodafone Italia e Leading Luxury Group S.r.l. (titolare dei marchi profumerie Limoni e La Gardenia). In particolare, in data 28 settembre 2015 le due società hanno sottoscritto un *addendum* contrattuale all'accordo quadro di rete fissa nel quale si conviene che Vodafone fornirà "gli sms da inviare alla customer base LLG al prezzo di [2,6 – 2,9]€cent e fornire la piattaforma per l'invio degli stessi dettagli come da contratto inviato con nessun impegno in termini di volumi, il tutto con l'azzeramento dei costi riferiti all'attivazione e al canone d'uso dell'interfaccia. Vodafone avrà l'esclusiva come fornitore/partner per l'invio degli SMS"⁶⁴. Inoltre, da una email interna del 20 ottobre 2016 emerge la presenza di ulteriori sconti sull'offerta: "L'anno scorso al momento della stipula del contratto di Limoni ci eravamo accordati per un bonus di [0 – 500]K⁶⁵ al raggiungimento di [0 – 2,5] Milioni SMS. A distanza di un anno hanno consistentemente superato questa soglia tutti i mesi, tanto da generare un riaccredito di €[0 – 500]K. Possiamo chiederti autorizzazione

⁶² [Cfr. 107, 110. Sul punto, Infobip dichiara di non disporre "di risorse di rete quali SMS-C e numerazioni del tipo indicato. Infobip utilizza le risorse di rete di altri operatori di comunicazione per le prestazioni dei propri servizi" (cfr. doc. 134).]

⁶³ [Sul punto, ad esempio, Vodafone afferma che i primi cinque clienti retail pesano intorno al [30-60%] del fatturato dei clienti e il [60-90%] del traffico in volume (cfr. doc. 146). Inoltre, Ubiquity osserva che i primi 5 clienti rappresentano il 60-90% del traffico in volume (cfr. doc. 123).]

⁶⁴ [Cfr. doc. ISP.475.]

⁶⁵ [Con K sono indicate le migliaia.]

ad attivare un Volume bonus loyalty su una sim in modo da limitare i riaccrediti a quanto in eccedenza oltre i €[0 – 500]K all'anno?"⁶⁶.

68. Una ulteriore evidenza contrattuale riguarda l'accordo quadro stipulato con Credito Valtellinese⁶⁷ in data 8 gennaio 2016 che prevede una tariffa di [2,9 – 3,2] € cent/SMS per il servizio di invio massivo di SMS. Tuttavia, una proposta integrativa recante la medesima data prevede l'applicazione di uno sconto di [0,0 – 0,5] € cent/SMS nel caso si raggiungesse una soglia di [0-30] milioni di SMS/anno⁶⁸, con un prezzo netto di [2,6 – 2,9] € cent/SMS. In merito a tale sconto, il cliente ha dichiarato che non è stata raggiunta la soglia di SMS inviati necessaria ad attivare lo sconto, precisando che Vodafone non ha sostituito i precedenti fornitori di SMS⁶⁹.

69. L'Istituto Centrale delle Banche Popolari (ICBPI) ha avviato nel gennaio 2016 una selezione dei fornitori per diversi servizi di comunicazione (SMS *bulk*, SMS a sovrapprezzo, Numeri Verdi, fonia mobile)⁷⁰. Il servizio di invio massivo di SMS riguardava circa 98.000.000 SMS/anno destinati agli utenti italiani e ulteriori 271.000 SMS/anno verso destinazioni internazionali⁷¹. Tra i soggetti che hanno risposto alla richiesta di offerta vi erano, oltre a Vodafone Italia, Wind, TIM, Ubiquity, Fastweb, Actalis S.p.A., BT Italia, A-Tono, Di.gi. International S.p.A., SAP Italia S.p.A. e Netsize⁷².

70. Nella gara ICBPI, Vodafone Italia ha presentato una prima offerta nominalmente pari a [2,9 – 3,2] € cent per SMS inviato, indicando separatamente che per ogni singolo SMS inviato sarebbe stato applicato uno sconto pari a [0,0 – 0,5] € cent/SMS⁷³. La tariffa al netto dello sconto era quindi pari a [2,3 – 2,6] centesimi di Euro per SMS inviati. Vodafone, tuttavia, non ha presentato alcuna offerta nella seconda fase di rilancio, rinunciando a proseguire la propria partecipazione alla gara in data 18 febbraio 2016⁷⁴. La commessa è stata aggiudicata ad Ubiquity⁷⁵.

71. Alcuni documenti interni di Vodafone Italia fanno emergere la presenza di un'offerta a Cedacri S.p.A., soggetto attivo nella fornitura di servizi di *outsourcing* per il settore bancario, formulata tra la fine del 2015 e i primi mesi del 2016⁷⁶. In particolare, il cliente ha prodotto due lettere di offerta di Vodafone datate 21 dicembre 2015⁷⁷. Nella prima si offrivano [60 – 90] milioni di SMS da consumarsi entro il 31 marzo 2017 ad un prezzo di [0 – 10] milioni di euro (prezzo nominale [2,9 – 3,2] € cent/SMS). Nella *side letter* recante la medesima data, Vodafone offriva [0 – 30] milioni di SMS senza costi aggiuntivi da utilizzare entro il 31 marzo 2017 (con riduzione del prezzo effettivo a [2,6 – 2,9] € cent/SMS. Inoltre, sempre nella medesima lettera di accompagnamento si offrivano ulteriori [30-60] milioni di SMS al corrispettivo di [0 – 10] milioni di euro, con altri [0 – 30] milioni di SMS gratuiti da consumare entro il 31 marzo 2017. Il prezzo netto per il totale di [90 – 120] milioni di SMS è pari a [2,6 – 2,9] € cent/SMS.

72. In merito al cliente Cedacri, che viene gestito da Ubiquity per conto di Fastweb, è stato riferito che a partire dagli ultimi mesi del 2015, Ubiquity ha ricevuto numerose richieste da parte di Fastweb di abbassare il prezzo offerto per il cliente. Tali richieste, secondo quanto riferito da Ubiquity, erano frutto di pressioni commerciali esercitate su Fastweb da Cedacri, che sosteneva di aver ricevuto offerte più basse per la terminazione SMS da parte di altri fornitori. A seguito di tali pressioni, Ubiquity ha ribassato, nel marzo 2016, il prezzo degli SMS offerto al cliente Cedacri⁷⁸.

73. Il 5 aprile 2016, Banca ICCREA S.p.A. ("ICCREA"), per il tramite della società BCC Solutions S.p.A. facente parte del gruppo, ha avviato una fase di selezione del fornitore per il servizio di messaggistica aziendale⁷⁹. L'offerta di Vodafone, presentata il 30 giugno 2016, è pari a [2,6 – 2,9] € cent/SMS e, per volumi superiori a 35 milioni di SMS, [2,6 – 2,9] € cent/SMS. La commessa è stata infine aggiudicata a TIM.

⁶⁶ [Cfr. doc. ISP.477.]

⁶⁷ [Cfr. doc. ISP.919. Il contratto è stato stipulato con la società Creval Sistemi e Servizi Società Consortile per Azioni.]

⁶⁸ [Cfr. doc. ISP.935.]

⁶⁹ [Cfr. doc. 100.]

⁷⁰ [Cfr. doc. 91, all. 2. Si precisa che i soggetti invitati a partecipare potevano presentare offerta anche solo per alcuni dei servizi individuati nelle richieste di offerta.]

⁷¹ [Gli SMS nazionali costituivano quindi il 99,72% della richiesta del cliente.]

⁷² [Cfr. doc. 91, all. 5]

⁷³ [Cfr. doc. 91, all. 3. In particolare, nell'offerta di Vodafone si legge "For every single sent SMS a discount equal to € [0,0 – 0,5 cent.] will be applied". Si veda anche il doc. ISP.944 in cui si discute su come effettuare gli accrediti a ICBPI utilizzando canali di fatturazione già attivi ("Questo rappresenta solo una parte del giro d'affari che Vodafone sviluppa con Istituto e potrebbe essere una soluzione per la gestione dei riaccrediti").]

⁷⁴ [Cfr. ISP.28. In particolare, Vodafone riferisce che "il bando di gara richiedeva rilanci sui prezzi che Vodafone non ha ritenuto compatibili con la continuazione della partecipazione alla gara" (cfr. doc. 146).]

⁷⁵ [Cfr. doc. 91, PI.1. La gara è stata organizzata da ICBPI per Cartasi. Sul punto, Ubiquity ha informato – nella prima segnalazione del 13 aprile 2016 – che: omissis] (cfr. doc. PI.1).]

⁷⁶ [In particolare, in una email del 10 febbraio 2016 si afferma di "veicolare la chiusura ad uno [2,6 – 2,9 € cent] su [30-60] milioni come offerta "best&final" da chiudere alla presentazione dell'offerta [...] Non si allontana dallo [2,6 – 2,9 € cent] già presentato ed almeno ci farebbe chiudere un [0 – 2,5] milioni di MAM a febbraio (stando fermi di certo non chiudiamo)." (cit. doc. ISP.947). Si veda, inoltre, il documento ISP.943 recante un'offerta di febbraio 2016.]

⁷⁷ [Cfr. doc. 90.]

⁷⁸ [Cfr. allegato n. 1 al documento n. 139.]

⁷⁹ [Cfr. doc. 98.]

74. Tra il giugno e l'ottobre 2016, Unicredit ha svolto un processo di selezione del fornitore per il servizio di invio massivo SMS⁸⁰. La fornitura verso Unicredit aveva ad oggetto una stima di 155 milioni di SMS verso l'Italia e circa 12,6 milioni di SMS verso l'estero (principalmente Austria e Germania)⁸¹. Per la componente nazionale, Vodafone ha offerto [2,6 – 2,9] € cent per SMS consegnato. Il totale del corrispettivo (c.d. TCO – *total cost of ownership*⁸²) per il servizio (compresi gli SMS all'estero e i corrispettivi per i rilegamenti di rete, esclusi i servizi opzionali), è pari a [10 – 50] milioni di Euro⁸³. Vodafone ha anche presentato una lettera di sconto⁸⁴, datata 13 ottobre 2016, in cui si impegna a riconoscere un bonus commerciale a partire da aprile 2017 ed entro il 2020 pari a [0-500.000] Euro ogni [0 – 10] milioni di Euro di fatturato, fino ad un importo massimo del bonus pari [1.000.000 – 1.500.000] Euro. Considerando il bonus⁸⁵, il corrispettivo totale è pari a [10 – 50] milioni di Euro. La gara è stata aggiudicata a TIM.

75. In merito alla lettera di sconto predisposta da Vodafone, in una email interna della società si legge: *"Usciti da poco da Unicredit dove ho incontrato CPO UBIS e suo team. Feedback: 1) siamo posizionati 4 al momento su TCO totale 2) come da punto 1 guardano cifra totale (e non solo prezzo unitario) e questo significa evidentemente che hanno ricevuto lettere "integrative" da alcuni provider [...] 5) dopo mia ampia spiegazione sui vincoli regolatori, replicabilità ecc ecc, mi hanno chiaramente (nuovamente) detto che sono disposti a qualsiasi tipo di soluzione, ma che la gara "dobbiamo vincerla". Questo significa che sono aperti a tecnicismi commerciali a piacere ma il TCO deve essere vincente"*⁸⁶ (sottolineatura aggiunta).

76. In tale documento, pertanto, Vodafone riconosce la presenza di vincoli di replicabilità dell'offerta per i concorrenti altrettanto efficienti, vagliando la carta del "tecnicismo commerciale" per ridurre il corrispettivo dell'offerta⁸⁷.

a.2) Le offerte destinate agli aggregatori

77. Ulteriori evidenze acquisite nel corso dell'ispezione riguardano le offerte della divisione *retail* di Vodafone Italia indirizzate ad alcuni aggregatori per il traffico *on-net* e *off-net*. Tali evidenze sono analizzate nel seguito.

78. In una email interna del maggio 2015, relativa al cliente RD Com, società attiva nella pianificazione di attività di *mobile marketing* attraverso l'invio di campagne SMS ed email⁸⁸, si legge *"il cliente paga [2,6 – 2,9 € cent] ad sms (prezzo al netto degli sconti a volume e dei loyalty bonus a volume)"*⁸⁹. Una ulteriore offerta per il periodo da giugno 2015 a maggio 2016, prevede *"[120 – 150 milioni] di sms inviati a fronte di un corrispettivo di [0 – 10] MIO Euro (IVA 22% inclusa)"*⁹⁰, vale a dire [0 – 10] milioni di Euro al netto di IVA. Inoltre, una lettera di accompagnamento (c.d. *side letter*) del medesimo giorno con oggetto *"Integrazione proposta contrattuale per servizio MAM"*⁹¹ comunica che *"Con riferimento alla ns proposta del 11/05/2015, vi confermiamo che, all'esaurimento del "bulk" di [120 – 150 milioni] SMS, Vodafone metterà a disposizione un ulteriore bulk di [0 – 30 milioni] SMS senza nessun ulteriore addebito. Il bulk aggiuntivo dovrà essere consumato entro il 30 Giugno 2016"*. Il prezzo unitario dell'offerta è quindi pari a [2,3 – 2,6] € cent/SMS⁹². Un'ulteriore offerta commerciale del 26 febbraio 2016 prevede l'erogazione di un ulteriore bonus di [0 – 30] milioni di SMS destinati a clienti Vodafone senza alcun costo aggiuntivo⁹³. Il prezzo unitario applicato è quindi pari a [2,0 – 2,3] € cent/SMS.

⁸⁰ [Cfr. doc. 92, 93, 94.]

⁸¹ [Cfr. doc. 92. Era inoltre prevista una fornitura opzionale di SMS verso l'estero nel caso in cui fosse stato richiesto da altre banche del gruppo Unicredit.]

⁸² [Il TCO - Total Cost of Ownership è un approccio sviluppato per calcolare tutti i costi del ciclo di vita di un'apparecchiatura informatica IT, per l'acquisto, l'installazione, la gestione e la manutenzione. L'analisi TCO deve quindi tener conto di (i) costi per l'acquisto dei componenti hardware o software; (ii) costi per lo sviluppo di personalizzazione degli applicativi; (iii) costi operativi; (iv) costi legati alla dismissione del sistema.]

⁸³ [Cfr. doc. 94, in particolare si veda l'allegato n. 36.]

⁸⁴ [Cfr. doc. 93. Si vedano, inoltre, i documenti ISP.94, ISP.95, ISP.96, ISP.97, ISP.98, ISP.99, ISP.100, ISP.101 che recano le bozze della lettera di sconto indirizzata al gruppo Unicredit.]

⁸⁵ [Cautelativamente per Vodafone Italia si assume che il bonus non raggiunga il tetto prestabilito.]

⁸⁶ [Cfr. doc. ISP.45.]

⁸⁷ [Inoltre, in alcuni documenti si fa riferimento alla necessità di "non differenziazione on net/ off net: quindi è preferibile proporre un unico rate" cit. doc. ISP.113. Si veda, inoltre, il doc. ISP.1038.]

⁸⁸ [Cfr. <https://www.rdcom.it>,]

⁸⁹ [Cfr. doc. ISP.407.]

⁹⁰ [Cfr. doc. ISP.910.]

⁹¹ [Cfr. doc. ISP.909.]

⁹² [Tale valore si ricava dividendo l'importo di [0 – 10] milioni di Euro per il totale di [150 – 180] milioni di SMS. Si veda, inoltre, il doc. ISP.414.]

⁹³ [Cfr. doc. ISP.948 e, in particolare, offerta allegata alla email. Nel suddetto documento si legge: "Attualmente il cliente ha sottoscritto con noi bulk di [150 – 180] mln di sms/anno pari a [0 – 10] mln di euro/anno (tariffa [2,3 – 2,6 e cent]/sms). [...] Il cliente non ci chiede di rimodulare il canone del bulk, ci chiede di poterci affidare [0 – 30] mln di sms on top sui [150 – 180] mln previsti mantenendo ferma la spesa che deve sostenere.".]

79. La proposta commerciale del 9 luglio 2015 destinata ad Infobip⁹⁴, con validità dall'1 settembre 2015 al 31 marzo 2016 (con possibilità di utilizzare gli SMS residui fino al 30 aprile 2016), prevede l'offerta di [60.000.000 – 90.000.000] SMS verso tutte le direttrici nazionali al prezzo di [0-10] milioni di € (tariffa per inviato). Separatamente, a compensazione dei messaggi non inviati, viene indicata l'offerta di un ulteriore pacchetto di [0 – 30.000.000] SMS senza costi aggiuntivi, per un totale di [60 – 90] milioni di SMS. Il prezzo unitario risultante è quindi [2,3 – 2,6] € cent per SMS inviato.

80. Una successiva proposta commerciale dell'1 maggio 2016⁹⁵ destinata a Infobip, prevede l'erogazione di [60 – 90] milioni di SMS (tariffazione su inviato⁹⁶) da utilizzare per un termine massimo di nove mesi, ad un prezzo di [0-10] milioni di Euro. Inoltre, Vodafone, con una lettera di accompagnamento recante la medesima data⁹⁷, riconosceva ulteriori [0 – 30] milioni di SMS senza alcun costo aggiuntivo. La tariffa unitaria risultante è quindi [2,0 – 2,3] € cent/SMS, tale tariffa è rimasta vigente fino all'8 gennaio 2017⁹⁸.

81. In una email interna di Vodafone Italia è stata ritrovata una bozza di proposta commerciale⁹⁹ destinata a Mobyt, un aggregatore, valida nel periodo marzo 2015 – dicembre 2015, prevede l'erogazione di [60 – 90] milioni SMS (verso tutte le direttrici) ad un prezzo di [0 – 10] milioni di €. Nella lettera di accompagnamento allegata alla medesima email, si offre un ulteriore *bulk* di [0 – 30] milioni di SMS, senza alcun ulteriore addebito. Il prezzo unitario, per il totale degli SMS, è quindi [2,3 – 2,6] € cent/SMS.

82. Inoltre, in ispezione sono state acquisite una ulteriore proposta commerciale e una *side letter*, entrambe datate 25 novembre 2015, indirizzate a Mobyt¹⁰⁰ che prevedono il medesimo meccanismo di erogazione di un *bulk* di SMS con parallelo accredito gratuito di ulteriori quantità di SMS. Il prezzo unitario, per il totale di [420 – 450] milioni di SMS, è quindi [1,5 – 2,0] € cent/SMS.

83. Ulteriori evidenze relative alle proposte di offerta delle divisioni *retail* di Vodafone acquisite in ispezione riguardano una bozza di offerta commerciale del luglio 2015 destinata a Technacy S.r.l., una società che eroga servizi informatici tra i quali un portale di invio SMS, con durata di 2 anni al prezzo di [2,6 – 2,9] € cent/SMS¹⁰¹. Inoltre, sono state acquisite una proposta commerciale e la correlata lettera integrativa del 12 maggio 2016¹⁰², destinata a Network S.r.l. (MailUP S.p.A., attivo nell' invio di SMS e nell'email marketing) relative ad un *bulk* di SMS destinati esclusivamente ai clienti Vodafone con un tasso massimo di *off-net* pari al [5 – 15%], il cui prezzo per l'intero volume degli SMS da consumare entro il 30 luglio 2017 è pari a [2,3 – 2,6] € cent/SMS.

84. Analizzando il traffico ed i ricavi aggregati (Figura 5 *infra*), emerge che la tariffa media associata a tutta la *customer base* è compresa tra [2,6 – 2,9] (calcolo *year-to-date*) e [2,6 – 2,9] (media mensile) € cent/SMS. Andando a considerare i clienti più grandi della divisione *retail* (indicato come "Bulk" in Figura 5), la tariffa media diviene circa [2,3 – 2,6] € cent/SMS.

Figura 5 – Presentazione relativa alla *customer base* MAM¹⁰³

⁹⁴ [Cfr. doc. ISP.932, ISP.933 e allegato A del documento n. 134. Si veda, inoltre, la medesima offerta predisposta in bozza dalla divisione Corporate Sales North West della società, cfr. ISP.620.]

⁹⁵ [Cfr. doc. ISP.928, ISP.934 e allegato B del documento n. 134.]

⁹⁶ [La proposta commerciale prevedeva che il traffico di Infobip verso rete Vodafone dovesse essere almeno il 28%.]

⁹⁷ [Cfr. doc. ISP.927, ISP.931 e allegato B1 del documento n. 134.]

⁹⁸ [La tariffa applicata per tale periodo è confermata anche dalla ulteriore lettera del gennaio 2017, successiva all'avvio del presente procedimento, in cui Vodafone informa che le condizioni varieranno a partire dal 9 gennaio 2017 e saranno pari a [2,9 – 3,2] € cent/SMS inviato, mentre a saldo dell'extra consumo per il precedente periodo (pari a [0 – 30] milioni di SMS) saranno fatturati [inferiore a 1 milione] Euro, che corrispondono alla tariffa unitaria di [2,0 – 2,3] € cent/SMS. Cfr. allegato C del documento n. 134]

⁹⁹ [Cfr. doc. ISP.301.]

¹⁰⁰ [Per la proposta commerciale si vedano i documenti ISP.24, ISP.71, ISP.915, ISP.1003; mentre, per la lettera avente ad oggetto "Integrazione proposta contrattuale per servizio MAM" si veda il documento ISP.1005.]

¹⁰¹ [Cfr. doc. ISP.796.]

¹⁰² [Cfr. doc. ISP.131.]

¹⁰³ [Cfr. doc. ISP.22.]

MAM Customer Base overview

TOTAL CB	Avg. Month	YTD (last 12M. May15-April16)
# Customers		[600-700]
Vol. SMS (Mio)	[60-90]	[900-1.200]
SRR (Mio €)	[0-10]	[20-30%]
Marginality		[20-25%]
o/w BULK	Avg. Month	YTD (last 12M. May15-April16)
# Customers		[0-25]
Vol. SMS (Mio)	[60-90]	[750-780]
SRR (Mio €)	[0-10]	[10-20]
Marginality		[10-15%]

[20-25%] product marginality assuming [5-10%] of undelivered sms
 • Bulk represents [70-75%] of MAM revenues generated by [0-5%] of customers



C4

a.3) Le modalità commerciali adottate

85. Quanto alle modalità commerciali adottate dalla divisione *retail* di Vodafone Italia (comuni ai clienti aziendali e agli aggregatori), Vodafone Italia fa sovente ricorso all'utilizzo di lettere di sconto ("*side letter*"); che consentono l'applicazione di una tariffa nominalmente alta a fronte di corrispettivi realmente richiesti inferiori. Si richiamano le numerose lettere analizzate *supra* in merito alle singole offerte¹⁰⁴.

86. In generale, la copiosa documentazione acquisita in ispezione presso le sedi di Vodafone Italia conferma il sovente ricorso a meccanismi di scontistica mediante riaccrediti, *loyalty bonus* e *side letters*. In una serie di email interne di Vodafone Italia¹⁰⁵ tali sconti sono erogati mediante il riaccredito su altri servizi (nel caso specifico, traffico voce). In particolare, alle ore 8.54 del 15 luglio 2016 un dipendente di Vodafone scrive "Ale, non riusciamo ad uscire a [2,9 - 3,2] come richiesto da tgt price? Dammi una mano per favore, è' possibile che in area non riesca a chiudere un'opportunità MAM dallo scorso anno? Grazie"; in risposta alle ore 9.03 un altro dipendente scrive "Ci si arriva ruaccreditando [riaccreditando]?"; continuando lo scambio di email tra i due, alle ore 9.10 "S[i] ale. Su [0 - 500]k di acv + [0 - 500]k di acv legato alla mam significa riaccreditare [0 - 500]k. Possiamo attivare due bonus loyalty sulle sim voce che erogano lo sconto in fattura al 12esimo mese." e alle ore 9.10 "Ok l'accendiamo ?" e, infine, alle ore 9.12 "Si. L'importante è che la tariffa formale sulla carta sia [3,2 - 3,5]/[3,2 - 3,5]"¹⁰⁶.

87. Infatti, i dipendenti della divisione commerciale discutono, già a giugno 2014, sulla possibilità di attivare delle voci di sconto necessarie alla gestione automatica della fatturazione, quali "il vecchio *"Bonus Loyalty Corporate"* (SNCODE 5660) che partiva tutti I mesi invece che una volta all'anno. È un servizio che su MAM ci permetterebbe di portarci a casa trattative da [0-500] €/mese e domani ci può servire per conquistare il cliente più grosso in assoluto. Questo servizio infatti ci evita riaccrediti con importi consistenti."¹⁰⁷ Tale voce di *bonus* viene ad esempio utilizzata per il cliente RD COM nel febbraio 2015¹⁰⁸. In altri casi, sempre al fine di evitare il riaccredito manuale, Vodafone sviluppa dei *loyalty bonus* specifici per il cliente¹⁰⁹.

¹⁰⁴ [Cfr. paragrafi a.1) Le offerte destinate alla grande clientela affari e a.2) Le offerte destinate agli aggregatori, pagina 18 e seguenti.]

¹⁰⁵ [Cfr. doc. ISP.119.]

¹⁰⁶ [Cfr. doc. ISP.119. In tema di sconti a volume e loyalty bonus si vedano anche i documenti ISP.377, ISP.403, ISP.411, ISP.644, ISP.647, ISP.163]

¹⁰⁷ [Cfr. ISP.682.]

¹⁰⁸ [Cfr. ISP.403.]

¹⁰⁹ [Cfr. ISP.163.]

b) La struttura dei costi di Vodafone Italia

88. L'analisi della struttura dei costi associata all'erogazione dei servizi *retail* di SMS *bulk* è necessaria al fine di comprendere se vi sia una compressione dei margini per un concorrente nel mercato a valle altrettanto efficiente rispetto a Vodafone.

89. In primo luogo, si osserva che il servizio di invio massivo di SMS consiste nell'invio di messaggi ad un insieme di destinatari che non hanno la medesima utenza mobile; i destinatari, infatti, potrebbero appartenere alla rete di Vodafone Italia o alla rete di altri operatori mobili (AOM). Un operatore che effettua il servizio SMS *bulk*, pertanto, considererà i prezzi di terminazione su ciascuna destinazione (rete mobile del destinatario) e la percentuale di traffico destinato a ciascuna rete¹¹⁰.

90. Un operatore mobile come Vodafone Italia, verticalmente integrato, considererà come elemento endogeno la terminazione SMS verso la propria rete; mentre saranno considerati costi esogeni i prezzi di terminazione che la stessa Vodafone Italia paga per terminare il messaggio verso altre reti degli altri operatori mobili¹¹¹. Vodafone Italia, coerentemente con quanto indicato *supra*, distingue il c.d. traffico *on-net*, cioè destinato alla propria rete, dal traffico *off-net*, destinato alle reti di altri operatori (in alcuni casi suddiviso in *off-net* nazionale e internazionale)¹¹².

91. Ciò comporta che, al fine di considerare la struttura dei costi, è necessario valorizzare, in primo luogo, le tariffe di interconnessione pagate da Vodafone Italia per il traffico *off-net* e, in secondo luogo, le percentuali di traffico per ciascuna direttrice di traffico, sia *on-net* che *off-net*¹¹³.

92. In relazione alle tariffe di terminazione pagate da Vodafone Italia per inviare i messaggi *off-net*, la Tabella 1 nel seguito riassume le tariffe pagate da Vodafone per terminare i messaggi nelle reti altrui, che sono utilizzate come costo per l'erogazione di servizi di SMS *bulk*.

Tabella 1 – Evoluzione dei costi di terminazione SMS pagati da Vodafone Italia per gli SMS verso altri operatori mobili (€ cent/SMS)¹¹⁴

tariffa vigente dal	[omissis]	[omissis]	[omissis]	[omissis]	[omissis]	[omissis]	[omissis]
TIM ¹¹⁵ [Telecom Italia S.p.A.]	[3,8 – 4,1]	[3,8 – 4,1]	[3,8 – 4,1]	[3,5 – 3,8]	[3,2 – 3,5]	[3,2 – 3,5]	[3,2 – 3,5]
H3G	[3,8 – 4,1]	[2,9 – 3,2]	[2,9 – 3,2]	[2,9 – 3,2]	[2,9 – 3,2]	[2,9 – 3,2]	[2,9 – 3,2]
Wind	[3,8 – 4,1]	[3,8 – 4,1]	[3,2 – 3,5]	[3,2 – 3,5]	[3,2 – 3,5]	[3,2 – 3,5]	[3,2 – 3,5]
Fastweb							[2,9 – 3,2]
Noverca	[3,8 – 4,1]	[3,8 – 4,1]	[3,8 – 4,1]	[3,8 – 4,1]	[3,8 – 4,1]	[3,8 – 4,1]	[3,8 – 4,1]
Poste Mobile						[2,9 – 3,2]	[2,9 – 3,2]

¹¹⁰ [Sul punto, Vodafone afferma che "per la predisposizione di un servizio al dettaglio di invio massivo di SMS, nella maggior parte dei casi l'unico costo diretto variabile sostenuto è la terminazione su tutte le reti degli operatori infrastrutturati" (cfr. doc. 146). Ad esempio, Ubiquity riferisce che "I rapporti tra l'SP (nel caso di specie, Ubiquity) e ciascuno degli MNO sono disciplinati da separati accordi che stabiliscono, tra l'altro, le condizioni tecniche ed economiche per la fornitura del servizio wholesale di terminazione SMS da parte degli MNO. In sostanza, gli accordi di terminazione SMS tra SP e MNO fissano il prezzo wholesale in base al quale gli SP come Ubiquity possono poi determinare i propri prezzi retail della fornitura di servizi SMS informativi aziendali. Infatti, il prezzo di terminazione SMS è sostanzialmente l'unico costo variabile per la fornitura di SMS informativi aziendali. [...] Va evidenziato che qualsiasi operatore attivo come SP attraverso l'utilizzo del servizio di terminazione SMS sostiene un costo wholesale costituito dalla media dei valori di terminazione SMS applicati dagli MNO in proporzione ai volumi di traffico di ciascun MNO. Infatti, le imprese e gli enti pubblici che utilizzano servizi di SMS informativi aziendali richiedono l'applicazione di un prezzo unitario per gli SMS verso tutti gli MNO e, quindi, l'operatore SP stabilirà necessariamente il proprio prezzo retail sulla base dei valori di terminazione SMS wholesale applicati da ciascun MNO (tenendo in considerazione la media tra essi, in proporzione ai volumi di traffico)." (cit. doc. PI.1).]

¹¹¹ [Sul punto, Infobip osserva che "all'ingrosso, ogni MNO è l'unico a poter terminare gli SMS nella propria rete; mentre per i messaggi destinati alle reti degli altri operatori mobili tali SMS sono terminati esclusivamente da questi ultimi. Ciò vuol dire che nel mercato a valle degli SMS, gli MNO hanno come costo endogeno gli SMS verso la propria rete, mentre il costo degli SMS off-net è legato agli accordi di interconnessione con gli altri operatori." (cit. doc. 120).]

¹¹² [Cfr. doc. ISP.7; ISP.124; ISP.136.]

¹¹³ [Sul punto, un documento di Vodafone Italia riporta "Distribuzione SMS tra operatori nazionali e internazionali. Perché la nostra base costi è, ovviamente diversa, in funzione dei costi di terminazione." Cfr. doc. ISP.952.]

¹¹⁴ [Cfr. Contratti di interconnessione SMS con: Telecom Italia S.p.A. (doc. ISP.976, ISP.977, ISP.978); Wind Telecomunicazioni S.p.A. (doc. ISP.984, ISP.985, ISP.986; ISP.987); H3G S.p.A. (doc. ISP.966; ISP.967; ISP.968); Fastweb S.p.A. (doc. ISP.965); Noverca S.r.l. (doc. ISP.974); Poste Mobile (doc. ISP.975). Si vedano, inoltre, i documenti ISP.104, ISP.995 e ISP.1043.]

93. I documenti acquisiti presso la sede di Vodafone, fanno riferimento ai costi verso altre reti (*off-net*), sia valorizzando le singole direttrici di destinazione (cioè considerando ogni singola rete), che mediante la valorizzazione di un costo definito "*blended*", vale a dire una prezzo unico di riferimento per l'*off-net* nazionale che consiste in una media dei costi *off-net* verso le reti di TIM, Wind e H3G e quelle degli altri *full MVNO*.

94. Ai fini della definizione dei costi del servizio di SMS *bulk*, la valorizzazione per singola direttrice di traffico o il costo unico (*blended*) per la direttrice *off-net* sono equivalenti; il c.d. costo "*blended*" per l'*off-net* è infatti il risultato della media, ponderata per le percentuali di traffico delle tariffe di terminazione pagate da Vodafone ai differenti operatori mobili che costituiscono le direttrici *off-net*¹¹⁶.

95. I documenti di Vodafone Italia relativi alla struttura dei costi fanno alternativamente riferimento alle singole direttrici di traffico (come ad esempio in alcuni documenti della direzione regolamentare che spiegano i valori di riferimento ai fini dell'offerta commerciale¹¹⁷), o in alcuni casi al costo "*blended*" – pari a [3,2 – 3,5] centesimi di Euro per SMS¹¹⁸ – che costituisce un valore sintetico di più agevole utilizzo.

96. La valorizzazione dei costi verso reti *off-net* è confermata da numerosi documenti preparatori delle offerte, analizzati nel prosieguo, che utilizzano tali valori ai fini della valutazione della convenienza economica dell'offerta.

97. Una prima evidenza che conferma la valorizzazione dei costi *off-net* pari a [3,2 – 3,5] centesimi di Euro per SMS, consiste in un foglio di calcolo elaborato ai fini della predisposizione dell'offerta a banca ICCREA¹¹⁹. In particolare, in tale foglio di calcolo, i costi per l'*off-net* sono pari al valore *blended* di [3,2 – 3,5] € cent/SMS moltiplicato per la percentuale di traffico *off-net* (valorizzata al [70-75%]) e per il numero di SMS previsti dal cliente. La metodologia di calcolo dei costi operata da Vodafone Italia, quindi, è la medesima di quella utilizzata dagli altri operatori di SMS *bulk*¹²⁰, con l'eccezione che la terminazione verso la propria rete (*on-net*) è una variabile su cui Vodafone può esercitare il proprio controllo.

98. Si specifica che, per la sola gara Unicredit, i documenti ispettivi fanno emergere l'utilizzo da parte di Vodafone di Infobip per l'*off-net* nazionale e internazionale, nonché per la fornitura della piattaforma tecnologica. In questo caso, la tariffa *off-net blended* pagata da Vodafone (quindi il costo *off-net*) è inferiore al valore di [3,2 – 3,5] € cent/SMS. Tale aspetto sarà analizzato nel seguito, in seno alla discussione delle evidenze relative ai costi della specifica gara¹²¹.

99. Un ulteriore elemento rilevante ai fini della struttura dei costi è la percentuale di traffico per ciascuna direttrice. Tale dato, infatti, serve a calcolare quanti SMS sono destinati a ciascuna rete (Vodafone, AOM e, in alcuni casi, singoli Paesi esteri) e, poiché le tariffe di terminazione per ciascuna destinazione sono differenti, a definire il costo totale del servizio.

100. Nel caso di specie, poiché il traffico di SMS ricevuti è collegato al numero di utenti finali che sono serviti da un determinato operatore mobile, il numero di schede SIM detenute da ciascun operatore, rappresentano una buona approssimazione delle percentuali di traffico per ciascuna direttrice. Nel dicembre 2016 le quote di mercato in volume, calcolate tenendo in considerazione il numero di SIM, sono mostrate nella Tabella 2.

Tabella 2 – Distribuzione delle SIM tra le varie direttrici nazionali¹²²

		SIM Totali		SIM Residenziali	
<i>on-net</i>	Vodafone	29,4%	-	27,1%	
<i>off-net</i>	TIM	30,2%	42,8%	25,6%	35,1%

¹¹⁶ [Considerando, ad esempio, i dati AGCOM, Osservatorio delle Comunicazioni n. 1/2017, relative alle quote di mercato in volume degli operatori mobili (numero di SIM nel dicembre 2016: Vodafone 29,4%, TIM 30,2%; Wind 22,1%, H3G 11,0%, Poste Mobile 3,7% e altri MVNO 3,6%), si ottiene che TIM, Wind e H3G rappresentano rispettivamente il 42,8%, 31,3% e 15,6% dell'*off-net* per Vodafone (Poste Mobile e gli altri *full MVNO* sono rispettivamente il 5,2% e 5,1% dell'*off-net*). Considerando, quindi, le tariffe di terminazione pagate da Vodafone per ciascuna direttrice *off-net* (cfr. Tabella 1) si ottiene un valore *blended* di [3,2 – 3,5] centesimi di Euro/SMS. Il medesimo risultato si ottiene considerando le sole SIM residenziali (nel dicembre 2016: Vodafone 27,1%, TIM 25,6%; Wind 25,5%, H3G 12,9%, Poste Mobile 4,4% e altri MVNO 4,5%) che corrispondono in termini di traffico *off-net* per Vodafone al 35,1% (TIM), 35,0% (Wind) e 17,7% (H3G), dell'*off-net* per Vodafone (Poste Mobile e gli altri *full MVNO* sono rispettivamente il 6% (Poste Mobile) e 6,2% (altri MVNO). In particolare, [omissis].]

¹¹⁷ [Cfr. doc. ISP.104 e ISP.995. Si veda, inoltre, il doc. ISP.1043.]

¹¹⁸ [Cfr. doc. ISP.1043 ("I servizi di terminazione SMS si riferiscono a sms di tipo A2P (application to people) e P2P (people to people) e hanno un costo medio [3,2 – 3,5] Euro/Cent per SMS").]

¹¹⁹ [Cfr. doc. ISP.132, Cartella denominata "Base Costi Complex Deals" presente nel foglio di calcolo denominato "PL 5 9 11_MAM ICCREA_Versione per Sign Off.xlsx" allegato alla email.]

¹²⁰ [Si vedano, ad esempio, i documenti PI.1, relativi alla struttura dei costi di Ubiquity, e 120, riguardante le osservazioni di Infobip. Sul punto, i documenti di Vodafone confermano che il costo dei servizi di invio massivo di SMS è legato "al costo medio di interconnessione pesato sulla quota di mercato degli operatori" (cit. doc. ISP.955).]

¹²¹ [Cfr. doc. ISP.109.]

¹²² [Cfr. AGCOM, Osservatorio delle Comunicazioni n. 1/2017.]

Wind	22,1%	31,3%	25,5%	35,0%
H3G	11,0%	15,6%	12,9%	17,7%
Poste Mobile	3,7%	5,2%	4,4%	6,0%
Altri MVNO	3,6%	5,1%	4,5%	6,2%
Tot. <i>off-net</i>	70,6%	100,0%	72,9%	100,0%

101. Utilizzando i dati relativi alla distribuzione delle schede SIM in Italia, si ha una stima del traffico *off-net* di Vodafone compreso tra il 70% ed il 73% del traffico totale nazionale (*on-net* compreso tra il 27% ed il 30% circa del traffico). Tali valori sono coerenti con le stime del traffico *on-net* e *off-net* effettuate da Vodafone. In particolare, la società stima, nei propri documenti, un traffico *on-net* (da cui si desume il traffico *off-net* per differenza) di circa il [25-30%]¹²³.

102. Ulteriore elemento necessario ai fini della definizione della struttura dei costi riguarda la tipologia di tariffazione, vale a dire se il prezzo viene pagato per SMS inviato o per SMS consegnato. Non tutti i messaggi inviati, infatti, raggiungono il destinatario (in questo senso, si parla del c.d. tasso di “*undelivered*”¹²⁴). L’analisi degli accordi di interconnessione tra Vodafone e gli AOM¹²⁵, evidenzia come a livello *wholesale* Vodafone paghi solamente gli SMS *off-net* effettivamente consegnati (terminati)¹²⁶. Al contrario, le offerte *retail* sono, salvo alcune eccezioni¹²⁷, fatturate ai clienti di Vodafone Italia sulla base degli SMS inviati (sebbene non tutti i messaggi inviati raggiungano il destinatario)¹²⁸.

103. Secondo quanto emerso nel corso del procedimento, il tasso di SMS non consegnati dipende dalla qualità degli elenchi di utenti da contattare¹²⁹. Solitamente il tasso di SMS *undelivered* è circa il 5-10%, ma nel caso di clienti bancari o di notifiche comunicate dal cliente, il tasso di SMS non consegnati è solitamente inferiore al 5%¹³⁰. La documentazione acquisita presso Vodafone Italia conferma che il tasso di SMS non consegnati si attesta intorno al 5-10%¹³¹ e che, attraverso la verifica dei numeri presenti nelle liste di invio, è possibile ottenere un tasso di consegna maggiore (e, di conseguenza, ridurre il tasso *undelivered*)¹³².

104. I costi di terminazione rappresentano i costi variabili di produzione degli SMS. Tuttavia, l’erogazione del servizio di SMS *bulk* è soggetto anche ad ulteriori costi fissi relativi all’erogazione del servizio al dettaglio di invio massivo di SMS, che includono: i) l’eventuale utilizzo di soluzioni tecnologiche *ad hoc* (come nel caso delle gare Unicredit e

¹²³ [In particolare, nel documento ISP.113, la percentuale di traffico *on-net* e *off-net* sono rispettivamente il [25%-30%] e il [65-70%]. Si vedano anche i documenti ISP.77 e ISP.1038, che riportano i medesimi valori, nonché le stime di traffico utilizzate per la predisposizione dell’offerta a ICCREA (cfr. doc. ISP.132, Cartella denominata “Base Costi Complex Deals” presente nel foglio di calcolo denominato “PL 5 9 11_MAM ICCREA_Versione per Sign Off.xlsx” allegato alla email). Nei documenti ISP.7, ISP.124 e ISP.136, si riporta una stima del traffico *on-net* pari al [25%-30%]. La medesima stima si ritrova nei documenti preparatori alla predisposizione di un’offerta al gruppo COIN nel settembre 2014 (cfr. doc. ISP.562).]

¹²⁴ [Sul punto, ad esempio, si vedano i documenti di Vodafone ISP.7, ISP.124, ISP.136, ISP.132, nonché i documenti PI.4 e 107.]

¹²⁵ [Cfr. Contratti di interconnessione SMS con: Telecom Italia S.p.A. (doc. ISP.976, ISP.977, ISP.978); Wind Telecomunicazioni S.p.A. (doc. ISP.984, ISP.985, ISP.986; ISP.987); H3G S.p.A. (doc. ISP.966; ISP.967; ISP.968); Fastweb S.p.A. (doc. ISP.965); Noverca S.r.l. (doc. ISP.974); Poste Mobile (doc. ISP.975).]

¹²⁶ [Si precisa che anche gli operatori di SMS *bulk* con contratto di interconnessione pagano a Vodafone esclusivamente gli SMS terminati (consegnati) e non tutti gli SMS inviati; si vedano ad esempio i contratti di interconnessione tra Vodafone Italia e Agile Telecom (doc. ISP.1012), A-Tono (ISP.1018), SMS Italia (ISP.1023).]

¹²⁷ [Ad esempio, la gara Unicredit svolta tra giugno ed ottobre 2016 (cfr. doc. 92, all. 5, si vedano, inoltre, i documenti ISP.7, ISP.124, ISP.136).]

¹²⁸ [Vodafone afferma che “il prezzo applicato ai clienti *retail* e agli aggregatori è normalmente relativo agli SMS inviati, ferma restando la possibilità per le parti di definire pattuizioni diverse” (cfr. doc. 146). Sul punto, si veda il documento ISP.1005 del maggio 2016 di Vodafone Italia, in cui si legge: “Punto di attenzione è che il nostro sistema di tariffazione e quindi i contratti fanno riferimento agli sms inviati e non a quelli effettivamente consegnati. Ciò si traduce in un delta del 10%”. Dello stesso tenore è uno scambio di email interno a Vodafone Italia nel maggio 2016, in cui si legge “Sul [5-10%] *undelivered* abbiamo qualche evidenza?” e in risposta “il [5-10%] è il risultato di un’analisi puntuale di rete su tutta la CB.” (cit. doc. ISP.22). Si veda anche il doc. ISP.948.]

¹²⁹ [Cfr. doc. 107.]

¹³⁰ [Cfr. doc. 107.]

¹³¹ [Sul punto, ad esempio, nel documento ISP.948 si legge “la percentuale del numero di sms non consegnati è statisticamente pari a un [5-10%] ca.”.]

¹³² [Cfr. Nei documenti ISP.7, ISP.124 e ISP.136, relativi alla gara Unicredit, si legge: “[5-10%] di *undelivered* spaccato in: [0-5%] numero non esistente, [0-5%] altra causa di errore. Grazie alla nuova piattaforma riusciremo a eliminare il [0-5%] dell’errore da numero sbagliato. L’*undelivered* considerato è quindi il [0-5%]”. Peraltro, anche gli Operatori D43 interpellati confermano che il tasso di SMS *undelivered* è circa il 5-10% (cfr. doc. 107).]

ICCREA)¹³³; ii) i costi relativi al rilegamento tra i sistemi informativi del cliente e quelli dell'operatore di SMS *bulk*¹³⁴; iii) il costo connesso alla numerazione; iv) i costi commerciali¹³⁵, di fatturazione e *customer care*¹³⁶; v) aggiornamento e sviluppo della piattaforma¹³⁷.

c) Le tariffe di terminazione SMS applicate agli Operatori D43 e le soluzioni tecniche di rilegamento

105. Ulteriore elemento necessario ad analizzare le condotte di Vodafone Italia riguarda le tariffe all'ingrosso di terminazione SMS su rete Vodafone, applicate dalla stessa ai concorrenti nel mercato a valle.

106. Nel corso delle attività ispettive presso la divisione *wholesale* di Vodafone Italia sono stati rinvenuti diversi contratti firmati con gli operatori in decade 43 e, in particolare, con Agile Telecom S.p.A. ("Agile Telecom")¹³⁸, A-tono¹³⁹, Compatel Ltd ("Compatel")¹⁴⁰, SMS Italia¹⁴¹, Ubiquity¹⁴² e Vola S.p.A. ("Vola")¹⁴³. Tali contratti disciplinano le condizioni tecniche ed economiche relative alla fornitura di servizi SMS-MT¹⁴⁴ non a sovrapprezzo con la quale viene fornito il servizio di accesso e interconnessione agli operatori in decade 43, titolari di autorizzazione per la fornitura del servizio telefonico accessibile al pubblico e/o servizi di messaggistica aziendale e servizi di comunicazione telefonica VoIP¹⁴⁵.

107. Per ciò che concerne le condizioni economiche, i contratti prevedono una tariffa di terminazione per SMS consegnato. I contratti acquisiti presentano condizioni economiche eterogenee applicate agli Operatori D43 per l'interconnessione SMS; le tariffe attualmente applicate, infatti, variano da [2,3 – 2,6] a [2,9 – 3,2] € cent/SMS. Inoltre, solo per alcuni OLO, tali tariffe sono condizionate al raggiungimento di una quantità minima di traffico SMS. In Tabella 3 *infra* sono indicate le tariffe di terminazione applicate dalla divisione *wholesale* di Vodafone Italia.

Tabella 3 – Tariffe di terminazione SMS su rete Vodafone applicate agli Operatori D43 concorrenti nel mercato a valle (€ cent/SMS)¹⁴⁶

tariffa applicata dal	[omissis]	[omissis]	[omissis]	[omissis]	[omissis]	[omissis]	[omissis]	[omissis]	[omissis]
Agile Telecom							[2,6 – 2,9]	[2,6 – 2,9]	[2,6 – 2,9]
Atono	[2,9 – 3,2]	[2,9 – 3,2]	[2,9 – 3,2]	[2,9 – 3,2]	[2,9 – 3,2]	[2,9 – 3,2]	[2,9 – 3,2]	[2,9 – 3,2]	[2,9 – 3,2] ¹⁴⁷ [A-Tono ha dichiarato di fornirsi da Vodafone Carrier Services che applica una tariffa di [2,6 – 2,9] centesimi/SM S.]

¹³³ [Vodafone afferma che in taluni casi la predisposizione di un'offerta retail può richiedere la personalizzazione ad hoc della piattaforma informatica (Cfr. doc. 146). Per la gara Unicredit del 2016, si vedano, ad esempio, i documenti ISP.7; ISP.124; ISP.136 in cui si fa riferimento ai costi per l'utilizzo di servizi resi da un fornitore esterno valorizzati in un prezzo per singolo SMS. Inoltre, nei medesimi documenti si fa riferimento ad un costo una tantum per l'ammodernamento dei sistemi di fatturazione. Le medesime voci di costo sono presenti nel prospetto denominato "Profit & Loss" o "P&L", cfr. documento "PL Unicredit_III round.xlsx" allegato alle email ISP.7, ISP.124, ISP.136. Si vedano, sul medesimo punto, i doc. ISP.80, ISP.81. In merito all'offerta ICCREA banca si veda il documento ISP.12.]

¹³⁴ [Cfr. doc. PI.4. Digital Mobile, sul punto, elenca i costi legati allo sviluppo e aggiornamento degli apparati, delle piattaforme e delle soluzioni tecnologiche e l'affitto di collegamenti fisici (CDN) Cfr. doc. 215.]

¹³⁵ [Cfr. doc. PI.4, 108.]

¹³⁶ [Cfr. doc. 146, 215.]

¹³⁷ [Cfr. doc. 146, 215.]

¹³⁸ [Cfr. doc. ISP.1012, ISP.1017.]

¹³⁹ [Cfr. doc. ISP.1018.]

¹⁴⁰ [Cfr. doc. ISP.1019, ISP.1020.]

¹⁴¹ [Cfr. doc. ISP.1022, ISP.1023, ISP.1024.]

¹⁴² [Cfr. doc. ISP.1025, PI.5.]

¹⁴³ [Cfr. doc. ISP.1036, ISP.1037, ISP.1032.]

¹⁴⁴ [Per SMS-MT si intendono i messaggi inviati dalle numerazioni dell'operatore a Vodafone Italia.]

¹⁴⁵ [Cfr. ex multis articoli 3 e 4 dei contratti di Agile Telecom (ISP.1017), A-Tono (ISP.1018), SMS Italia (ISP.1022).]

¹⁴⁶ [Cfr. doc. ISP.1007.]

Compatel				[2,9 – 3,2]	[2,9 – 3,2]	[2,9 – 3,2]	[2,6 – 2,9]	[2,6 – 2,9]
SMS Italia		[2,6 – 2,9]	[2,6 – 2,9]	[2,6 – 2,9]	[2,3 – 2,6]	[2,3 – 2,6]	[2,3 – 2,6]	[2,3 – 2,6]
Ubiquity	[2,9 – 3,2]	[2,9 – 3,2]	[2,9 – 3,2]	[2,3 – 2,6]	[2,3 – 2,6]	[2,3 – 2,6]	[2,3 – 2,6]	[2,3 – 2,6]
Vola								[2,6 – 2,9]

108. Inoltre, nel corso del procedimento è emerso che le condizioni tecniche di interconnessione riservate agli Operatori D43, in particolare il protocollo di interconnessione utilizzato, sono differenti rispetto a quelle utilizzate tra Vodafone e gli altri MNO. Infatti, mentre Vodafone e gli altri MNO utilizzano il protocollo di interconnessione SS7 per la terminazione SMS reciproca, per gli operatori D43, Vodafone ha previsto l'utilizzo della piattaforma MAM, la medesima utilizzata per i clienti finali¹⁴⁸.

109. Secondo A-Tono e Ubiquity tale scelta tecnologica comporta tassi di *delivery* inferiori¹⁴⁹. In particolare, secondo i dati forniti da Ubiquity, relativi al mese di aprile 2017, Ubiquity rileva che solo il [25-50%] del traffico trasmesso viene elaborato entro un secondo, rispetto al [75-100%] degli altri operatori che utilizzando il protocollo SS7¹⁵⁰. Digitel Mobile, inoltre, afferma che l'utilizzo della piattaforma MAM comporta tassi di consegna inferiori rispetto a quelli garantiti dall'utilizzo del protocollo SS7¹⁵¹. Secondo i dati forniti dalla stessa Vodafone, il tempo medio di consegna del messaggio al primo tentativo utilizzando la piattaforma MAM è superiore al [10-15%] rispetto al tempo medio di consegna registrato con il protocollo SS7¹⁵².

110. Ciò comporta la necessità di utilizzare collegamenti paralleli di *back-up* – che hanno un costo superiore rispetto alla terminazione SMS di Vodafone – nonché la possibilità di incorrere in penali per mancato rispetto degli SLA¹⁵³, con l'effetto di aumentare artificialmente il costo di invio degli SMS agli utenti Vodafone¹⁵⁴.

d) La soglia critica per un concorrente nel mercato a valle altrettanto efficiente di Vodafone Italia e le condizioni economiche riservate alla divisione interna

111. Le risultanze istruttorie analizzate in precedenza riguardano, da un lato, la struttura dei costi di erogazione del servizio di invio massivo di SMS e, dall'altro, una panoramica delle offerte commerciali predisposte dalla divisione *retail* di Vodafone Italia. Occorre, in ultima istanza, analizzare le evidenze in merito al valore dei costi sicuramente necessari per l'erogazione dei servizi al dettaglio di invio massivo di SMS, vale a dire il livello dei costi diretti di interconnessione sostenuti per l'erogazione del servizio. La soglia critica deve essere intesa come il valore minimo dei prezzi al dettaglio che consentono di coprire i costi di più diretta imputazione, vale a dire i costi di trasmissione del singolo messaggio (costi di interconnessione o costi di terminazione).

112. Gli elementi utilizzati rispecchiano i costi incrementali di breve periodo e un prezzo inferiore alla soglia critica qui definita produce sicuramente una perdita, poiché non si riuscirebbe a coprire neanche i costi variabili per l'invio dei singoli SMS¹⁵⁵ rappresentati dai costi di interconnessione. Pertanto, la soglia critica è un valore estremamente cautelativo per la Parte che considera esclusivamente i costi di più diretta e immediata imputazione al fine di verificare la redditività del prezzo al dettaglio offerto e non considera gli ulteriori costi connessi all'erogazione del servizio (quali i costi fissi e i costi commerciali) che influiscono, negativamente, sulla redditività di un'offerta. Nella presente sezione saranno altresì esaminate le evidenze relative alle condizioni all'ingrosso che Vodafone Italia applica alla propria divisione interna.

¹⁴⁸ [Cfr. doc. 107, 108, 123, 137.]

¹⁴⁹ [Cfr. doc. 107, 123.]

¹⁵⁰ [Cfr. doc. 139, all. 3. Inoltre, secondo Ubiquity "il protocollo SS7 garantisce la consegna all'utente finale in un massimo di 40-50 millesimi di secondo; tramite la MAM di Vodafone i tempi di presa in carico (senza fornire l'informazione sull'effettiva consegna alla SIM dell'utente finale, diversamente da SS7) variano da un minimo di 600 millesimi di secondo fino ad anche 400.000 millesimi di secondo, specie nei casi di importanti picchi di traffico" (cfr. doc. 228).]

¹⁵¹ [Cfr. doc. 215.]

¹⁵² [Cfr. doc. 214. In particolare, il tempo medio di consegna al primo tentativo è pari a [omissis] millisecondi con il protocollo SS7 e [omissis] millisecondi attraverso la piattaforma MAM di Vodafone.]

¹⁵³ [Gli SLA (Service Level Agreement) sono strumenti contrattuali attraverso i quali si definiscono le metriche di servizio (es. qualità di servizio) che devono essere rispettate dal fornitore nei confronti dei propri clienti.]

¹⁵⁴ [Cfr. doc. 123, doc. 139, all. 3. Sul punto, si vedano i documenti ISP.12 e ISP.132, nei quali si confronta la piattaforma di Vodafone con la piattaforma precedentemente fornita da Ubiquity a ICCREA, nella quale si evince che la piattaforma MAM di Vodafone ha una disponibilità del [95-100%] contro il [95-100%] della precedente soluzione (che è anche lo standard richiesto da ICCREA nella nuova gara); per tale motivo Vodafone ritiene di inserire nel prospetto dei costi anche una percentuale del [0-5%] del valore del contratto a titolo di penali.]

¹⁵⁵ [Cfr. Comunicazione della Commissione – Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti (2009/C 45/02).]

113. Ai fini della definizione della struttura dei costi, vanno quindi considerati: i costi di instradamento verso le direttrici *off-net* pagati da Vodafone Italia (pari a $[3,2 - 3,5]$ centesimi di Euro per SMS consegnato), la percentuale di traffico *off-net* (compreso tra il $[65-70\%]$ e il $[70-75\%]$ degli SMS) e un tasso di SMS non consegnati che (in via cautelativa per la parte) è assunto pari al $[5-10\%]$ ¹⁵⁶. Ai fini dell'analisi del concorrente altrettanto efficiente, inoltre, è necessario valorizzare la tariffa di terminazione su rete Vodafone Italia, che quest'ultima applica ai concorrenti presenti nel mercato a valle. Come visto in precedenza¹⁵⁷, Vodafone applica agli Operatori D43 tariffe che variano da $[2,3 - 2,6]$ a $[2,9 - 3,2]$ € cent/SMS.

114. Nella Tabella 4 *infra*, viene mostrato la soglia critica dei costi, considerando esclusivamente i costi di terminazione, per un concorrente nel mercato a valle altrettanto efficiente di Vodafone Italia. In particolare, come evidenziato *supra*, Vodafone Italia paga $[3,2 - 3,5]$ € cent/SMS per i messaggi destinati alle altre reti mobili (*off-net*). La soglia critica è calcolata cautelativamente ipotizzando che Vodafone Italia paghi, per la terminazione SMS sulla propria rete, la minor tariffa applicata dalla stessa ai concorrenti nel mercato a valle¹⁵⁸.

115. La soglia critica per SMS terminato rappresenta il prezzo minimo di un SMS *bulk* effettivamente consegnato. La soglia critica per SMS inviato, invece, tiene conto del fatto che una percentuale (generalmente compresa tra il 5% ed il 10%) viene inviata ma non consegnata.

Tabella 4 – Soglia critica per un concorrente nel mercato a valle altrettanto efficiente a Vodafone Italia (as efficient competitor) considerando solo i costi di terminazione¹⁵⁹

	% traffico	costo as efficient (su terminato)
on-net	$[25-35\%]$	$[2,3 - 2,6]$ € cent/SMS
off-net	$[65-75\%]$	$[3,2 - 3,5]$ € cent/SMS
	soglia critica per SMS terminato	$[2,9 - 3,2]$ € cent
	soglia critica per SMS inviato (% non consegnato 10%)	$[2,6 - 2,9]$ € cent
	soglia critica per SMS inviato (% non consegnato 5%)	$[2,9 - 3,2]$ € cent

116. Un concorrente nel mercato a valle altrettanto efficiente rispetto a Vodafone Italia, pertanto, considerando solamente i costi di interconnessione (ed escludendo tutti gli altri costi), subirebbe una perdita:

- se il prezzo per SMS consegnato¹⁶⁰ fosse inferiore a $[2,9 - 3,2]$ € cent/SMS;
- se il prezzo per SMS inviato fosse inferiore a $[2,6 - 2,9]$ € cent (nell'ipotesi più cautelativa che considera un tasso di non consegnato pari al 10% e una quota di *off-net* pari al $[65-70\%]$).

117. È opportuno ricordare che tale soglia critica è un valore cautelativo in quanto non considera gli ulteriori costi di erogazione del servizio al dettaglio (ad esempio, costi di aggiornamento e adeguamento della piattaforma informatica, di rilegamento tra i sistemi informativi del cliente e quelli dell'operatore di SMS *bulk*; costo connesso alla numerazione; costi commerciali, fatturazione e *customer care*). Infatti, se tali costi venissero sommati ai costi utilizzati nella soglia critica sarebbero necessari maggiori ricavi per la loro copertura e, pertanto, l'eventuale perdita legata all'offerta *retail* sarebbe accentuata.

118. Tali analisi sono confermate da svariate evidenze acquisite in ispezione riguardanti le analisi economiche preparatorie alle diverse offerte della divisione *retail*. In particolare, per ciò che riguarda l'offerta formulata ad Unicredit, Vodafone ha predisposto il foglio di calcolo che viene mostrato di seguito (Figura 6), sia nella visualizzazione ordinaria che nella visualizzazione formule¹⁶¹.

119. In primo luogo, si osserva che la percentuale di traffico *on-net* utilizzato ai fini del calcolo è pari al $[25-30\%]$. Come detto in precedenza, il prezzo per la gara Unicredit era valorizzato su SMS consegnato, pertanto ai fini della

¹⁵⁶ [Si veda il paragrafo b) La struttura dei costi di Vodafone Italia, pag. 25 e seguenti.]

¹⁵⁷ [Cfr. paragrafo c) Le tariffe di terminazione SMS applicate agli Operatori D43 e le soluzioni tecniche di rilegamento.]

¹⁵⁸ [Si rimanda all'allegato 1 per la metodologia di calcolo.]

¹⁵⁹ [Il costo per SMS terminato è calcolato moltiplicando il costo per ogni direttrice (*on-net* e *off-net*) per la relativa percentuale di traffico per direttrice. Il costo per SMS inviato riduce il costo degli SMS per la percentuale di SMS che non vengono consegnati e (quindi) pagati. Maggiore è il tasso di non consegnato, minore è il costo per SMS inviato. Si veda l'Allegato 1 per ulteriori informazioni in merito alla metodologia di calcolo.]

¹⁶⁰ [Come per quanto riguarda il servizio richiesto da Unicredit.]

¹⁶¹ [La visualizzazione formule è una funzione di Microsoft Excel che permette di visualizzare le formule di calcolo utilizzate per ottenere un determinato valore.]

fatturazione dei messaggi nazionali ed internazionali, Vodafone ha calcolato il numero di SMS effettivamente consegnati (celle C4 e C8 in Figura 6) considerando un tasso di SMS *undelivered* pari al [0-5%].

120. Quanto ai costi per la direttrice *on-net*, Vodafone valorizza la terminazione su rete propria (*on-net*) con un valore pari a [0,0 – 0,5] centesimi di Euro per SMS. A tale valore viene sommata la fee pagata a Infobip per alcuni servizi resi dalla stessa¹⁶², per un totale di [0,0 – 0,5] € cent per gli SMS *on-net*¹⁶³. Per gli SMS *off-net* Vodafone ha utilizzato il medesimo fornitore Infobip, con un prezzo che include una fee per medesimi servizi aggiuntivi valorizzati per la componente *on-net*.

121. Pertanto, considerando le condizioni economiche che Vodafone applica alla propria divisione interna relative al costo di terminazione *on-net*, il costo unitario per SMS nazionale è pari a [2,0 – 2,3] € cent/SMS. Tuttavia, se si considerasse la più bassa tariffa di terminazione *on-net* che Vodafone applica agli operatori in decade 43 (pari a [2,3 – 2,6]) invece che le condizioni che la stessa applica alla propria divisione interna, il costo di erogazione del servizio di invio SMS nazionale diverrebbe pari a [2,6 – 2,9] € cent per SMS consegnato¹⁶⁴. Valorizzando appositamente la componente di terminazione su rete Vodafone applicata ai concorrenti nel mercato a valle, quindi, il costo unitario per singolo SMS nazionale è superiore al prezzo di vendita.

122. Analogamente, inserendo il prezzo di terminazione su rete Vodafone pagato dagli operatori in decade 43 nella cella per il calcolo del costo annuale¹⁶⁵, si ottiene un costo totale dell'intera commessa pari a [0-10.000.000] Euro ed un margine di [inferiore a zero], pari al [-0 – 5%].

123. Pertanto, non solo il costo per singolo SMS nazionale è superiore al prezzo di offerta, ma anche considerando gli ulteriori ricavi derivanti dalla componente internazionale e i costi fissi si ottiene un margine negativo. Peraltro, tale margine negativo non considera l'ulteriore sconto proposto ad Unicredit mediante *side letter* del 13 ottobre 2016¹⁶⁶. Si precisa, inoltre, che i margini negativi dell'offerta sono ottenuti anche considerando la circostanza che Vodafone ha utilizzato Infobip per la componente *off-net* nazionale ed internazionale.

Figura 6 – Prospetto elaborato da Vodafone Italia per la gara Unicredit¹⁶⁷, visualizzazione [omissis]

124. Ulteriori evidenze documentali riguardo la struttura dei costi di Vodafone e le condizioni riservate alla divisione interna sono presenti nei documenti di predisposizione dell'offerta ad ICCREA¹⁶⁸.

125. In particolare, anche per il servizio destinato a banca ICCREA, il foglio di calcolo relativo ai costi valorizza esclusivamente i costi di terminazione *off-net*, mentre le condizioni economiche riservate alla divisione interna per ciò che concerne la terminazione sulla rete Vodafone (*on-net*) sono pari a [0,0 – 0,5] centesimi di Euro per SMS¹⁶⁹ (v. Figura 7 *infra*). Analogamente a quanto fatto *supra*, inserendo la tariffa di terminazione all'ingrosso (*on-net*) che Vodafone applica ai propri concorrenti (operatori D43) ed escludendo gli altri costi diretti dell'offerta presenti nel prospetto, la soglia critica di costo è pari a [2,9 – 3,2] € cent/SMS¹⁷⁰.

¹⁶² [Cfr. doc. ISP.7; ISP.124, 146. In tali documenti, infatti, si legge: "Fee Fornitore su sms nazionale: [0,0 – 0,5] euro/sms su 155M euro sms nazionali (considerati solo per la quota di SMS Nazionali On Net) • Costo di terminazione medio su Off Net (71%): [2,9 – 3,0] centesimi di] euro/sms costo blended esportato da fornitore che valorizza già la fee Nazionale. Lo scenario prevede infatti l'invio degli sms Off Net tramite fornitore.". In particolare, Vodafone riferisce che Infobip è stata ingaggiata per soddisfare l'esigenza di rispondere a determinati requisiti tecnici del bando mediante l'erogazione di diversi servizi informatici e l'acquisto della terminazione *off-net* (cfr. doc. 146).]

¹⁶³ [In particolare, nella cella C14 è possibile osservare che gli SMS *on-net* sono il risultato del numero totale di SMS (cella C4) moltiplicati per la percentuale di *on-net* (cella C5). La valorizzazione della componente *on-net* è quindi il prezzo di [0,0 – 0,5] € cent (nel foglio di calcolo [0,0 – 0,5] euro) moltiplicato per C4 e per C5. La componente *off-net*, nella medesima formula, è ricavata moltiplicando il prezzo definito da Infobip ([2,9 – 3,0] centesimi di] euro) moltiplicato per il numero totale di SMS (cella C4) e la percentuale di *off-net* (vale a dire 1 meno la percentuale di *on-net*, pertanto 1-C5). Il tutto è diviso per il numero di SMS nazionali al fine di trovare il costo unitario. La medesima valorizzazione della terminazione *on-net* da parte di Vodafone è presente nella cella C17 che riporta il costo totale e non il costo unitario.]

¹⁶⁴ [In particolare la formula nella cella C14 del suddetto foglio di calcolo diviene: [omissis].]

¹⁶⁵ [In particolare la formula nella cella C17 del suddetto foglio di calcolo diviene: [omissis].]

¹⁶⁶ [Cfr. doc. 93. In particolare, il bonus commerciale previsto era pari a [0-500.000] Euro ogni [0 – 10] milioni di Euro di fatturato, fino ad un importo massimo di [1.000.000 – 1.500.000] Euro.]

¹⁶⁷ [Cfr. Allegato "PL Unicredit_III round.xlsx" alle seguenti email: doc. ISP.7; ISP.124; . Si vedano, inoltre, ISP.81.]

¹⁶⁸ [Cfr. doc. ISP.132 In particolare, il foglio di calcolo denominato "PL 5 9 11_MAM ICCREA_Versione per Sign Off.xlsx" allegato alla email. Si vedano inoltre, i documenti ISP.12, ISP.29, ISP.141.]

¹⁶⁹ [Cfr. Cella H14 della cartella denominata "Base Costi Complex Deals" presente nel foglio di calcolo denominato "PL 5 9 11_MAM ICCREA_Versione per Sign Off.xlsx" allegato alla email doc. ISP.132.]

¹⁷⁰ [Tale valore considera il [0 – 5%] di SMS *undelivered*, come da stime della Parte presenti nel medesimo foglio di calcolo.]

126. Di conseguenza, il costo totale per l'erogazione di una stima di 25 milioni di SMS¹⁷¹ che tiene conto anche della più bassa tariffa di terminazione *on-net* che Vodafone applica agli operatori in decade 43 diviene [*inferiore a 1 milione di*] Euro/anno (rispetto ai [*inferiore a 1 milione di*] Euro/anno valorizzato dalla divisione interna), a fronte di un corrispettivo richiesto a ICCREA pari a [*inferiore a 1 milione di*] Euro/anno¹⁷². Un operatore altrettanto efficiente che acquisisce nel mercato a monte la terminazione SMS su rete Vodafone Italia da quest'ultima realizzerebbe una perdita, pari alla differenza tra ricavi ([*inferiore a 1 milione di*] Euro/anno) e costi (solo costi diretti di interconnessione pari a [*inferiore a 1 milione di*] Euro/anno). Tale valore non tiene conto degli ulteriori costi dell'offerta, né consegue che se essi venissero considerati il margine negativo sarebbe accresciuto¹⁷³.

127. Si precisa che il prezzo offerto è inferiore alla soglia critica considerando una percentuale di non consegnato (*undelivered*) del [0-5%], che è la percentuale individuata da Vodafone per la specifica gara, come indicato nello stesso foglio di calcolo della società Vodafone¹⁷⁴.

Figura 7 – Estratto foglio di calcolo per l'offerta a ICRREA Banca (visualizzazione formule, evidenziazione aggiunta)¹⁷⁵

[omissis]

128. Ulteriore conferma in merito alla circostanza che Vodafone applica alla propria divisione interna un costo di terminazione sulla propria rete pari a [0,0 – 0,5] € cent/SMS è rinvenibile in una serie di documenti recanti la presentazione dei dati finanziari mensili (Figura 8 *infra*). In tali presentazioni il costo unitario per singolo SMS è compreso tra un valore di [0,0 – 0,5] centesimi di Euro per SMS quando l'*on-net* è quasi il [95 – 100%]¹⁷⁶ a [2,0 – 2,3] € cent/SMS quando l'*on-net* è circa il [25 – 30%]. Considerando il costo medio di invio verso direttrici *off-net* ([3,2 – 3,5] € cent/SMS), tali costi unitari sono compatibili solo con l'applicazione alla propria divisione interna di un costo di terminazione sulla propria rete pari a [0,0 – 0,5] centesimi di Euro per SMS.

Figura 8 – Presentazione relativa ai risultati commerciali mensili (giugno 2016)¹⁷⁷

[omissis]

e) Ulteriori evidenze acquisite

129. In diversi documenti interni, Vodafone riconosce di avere *"la dominanza nei mercati della terminazione: [...] degli SMS sulla rete mobile (il mercato non è regolamentato e i rates stabiliti tramite contratti commerciali)"*¹⁷⁸ e pertanto riconosce un vincolo consistente nel fatto che Vodafone *"non deve: discriminare, in termini di rates applicati, tra se stesso e i suoi concorrenti nella fornitura dei servizi di terminazione delle chiamate vocali e di SMS su propria rete mobile e dei servizi di terminazione delle chiamate vocali su propria rete fissa; andare sottocosto nelle offerte che includono uno o più servizi summenzionati"* (ovvero l'offerta deve avere Prezzo offerta – costo offerta ≥ 0 per garantire che nella sua complessità sia replicabile senza andare sotto-costi sulle direttrici su cui abbiamo la dominanza)¹⁷⁹ (sottolineatura aggiunta). Medesima considerazione relativa alla posizione dominante e alla responsabilità che ne discende, si ritrova in una comunicazione interna del maggio 2016, in cui si legge che *"Ubiquity non controllando la terminazione su una rete mobile non ha la stessa posizione di mercato e dunque non incorr[e] in rischi di abusi"*¹⁸⁰.

¹⁷¹ [Denominato "costi totali al netto dell'undelivered" nelle celle G17 e H17 della cartella "Base Costi Complex Deals" presente nel foglio di calcolo denominato "PL 5 9 11_MAM ICCREA_Versione per Sign Off.xlsx". Tale valore corrisponde ai costi diretti "Interconnessione MAM" foglio di calcolo (celle C11, E11, F11, H11) della cartella "P&L_Complex Deals" del medesimo foglio di calcolo.]

¹⁷² [Il corrispettivo annuo è calcolato moltiplicando il volume di SMS per la tariffa offerta da Vodafone (pari a [2,6 – 2,9] € cent/SMS). Cfr. paragrafo a) Le offerte della divisione retail di Vodafone Italia, pagina 18 e seguenti.]

¹⁷³ [In particolare, inserendo il costo "as efficient" nel foglio di calcolo, come precedentemente indicato, il risultato del prospetto "P&L_Complex Deals" diviene negativo (con un margine del [-10 – 15%]). Si precisa che tale prospetto considera una tariffa unitaria di [2,6 – 2,9] € cent/SMS (leggermente inferiore a quella effettivamente offerta, pari a [2,6 – 2,9] € cent/SMS). Tuttavia, utilizzando la tariffa effettivamente offerta si ottiene comunque un margine negativo.]

¹⁷⁴ [Cfr. doc. ISP.132, Cartella denominata "Base Costi Complex Deals" presente nel foglio di calcolo denominato "PL 5 9 11_MAM ICCREA_Versione per Sign Off.xlsx" allegato alla email. Difatti, nel caso di alcuni clienti i tassi di SMS non consegnati sono inferiori al 10%; ad esempio, per la gara Unicredit Vodafone considera un tasso di undelivered del [0-5%] (cfr. doc. ISP.7, ISP.124 e ISP.136).]

¹⁷⁵ [Cfr. doc. ISP.132, Cartella denominata "Base Costi Complex Deals" presente nel foglio di calcolo denominato "PL 5 9 11_MAM ICCREA_Versione per Sign Off.xlsx" allegato alla email.]

¹⁷⁶ [Nel caso di Archynet il traffico off-net è pari al [0 – 5%], quindi gli SMS inviati verso Vodafone sono il [95 – 100%].]

¹⁷⁷ [Cfr. doc. ISP.19, ISP.57. Si vedano, inoltre, i documenti ISP.58, ISP.59, ISP.61.]

¹⁷⁸ [Cfr. doc. ISP.995, pag. 3 della presentazione denominata "GUIDELINES PER REPLICABILITA' v3.pptx" allegata alla email. Si veda, inoltre, il doc. ISP.104.]

¹⁷⁹ [Cit. doc. ISP.995, pag. 3 della presentazione denominata "GUIDELINES PER REPLICABILITA' v3.pptx" allegata alla email. Si veda, inoltre, il doc. ISP.104.]

¹⁸⁰ [Cfr. doc. ISP.25, ISP.1004.]

130. Il divieto di discriminazione interno-esterna è ricordato in un ulteriore documento del novembre 2016, riguardante una richiesta di informazioni predisposta dall'azienda di trasporti torinese GTT in seno ad una gara per la fornitura di servizi di telecomunicazione. In tale documento, i dipendenti di Vodafone affermano che *"per quanto riguarda l'on net suggerisco di allegare la delibera conclusiva dell'analisi di mercato della terminazione SMS che pur non prevedendo un obbligo di orientamento al costo, stabilisce un principio di non discriminazione interna esterna."*¹⁸¹.

131. Alcuni documenti acquisiti in ispezione, infatti, fanno emergere la consapevolezza di Vodafone Italia riguardo alla presenza di offerte *retail* della società tali da comportare criticità. In particolare, in una email interna del 27 luglio 2015¹⁸², si legge: *"Ciao cari, stiamo ricevendo molteplici segnalazioni da parte degli operatori che sono disponibili prezzi di terminazione SMS su rete Vodafone inferiori ai prezzi loro forniti che, a loro detta, impediscono la competitività. In particolare segnalano che vengono venduti ai clienti Vodafone a [2,6 - 2,9] €/SMS per arrivare a [2,6 - 2,9] €/SMS al raggiungimento di determinati volumi [...] Come sapete è importante rimanere su questi livelli per non essere "bucati" da altre direttrici da un lato, e per non creare situazioni controverse con i rivenditori per comportamento anticompetitivo dall'altro. Ubiquity ed SMS Italia, in particolare, hanno riavviato la negoziazione chiedendo una riduzione del valore SMS da loro corrisposto. [...] Dubito che il fenomeno sia dovuto a trasformazione di traffico con SIM-box perché Giorgio le avrebbe sicuramente intercettate per tempo. Incontro SMS Italia mercoledì mattina per cui è necessario un vostro riscontro entro domani 28 luglio."* In risposta alla medesima email, si legge *"Ciao cari, mi ha appena contattato il direttore regolamentare Ubiquity per lamentare la presenza di "un offerta della tua società al cliente Limoni Profumerie per [0 - 30] mln di SMS, durata di un anno, a [2,6 - 2,9] eurocent verso tutti gli operatori italiani, quindi per la gestione del traffico on e off net."* Mi ha anche detto di essere *"a conoscenza di alcuni soggetti, italiani e stranieri, autorizzati e non, che sostengono di avere una vostra offerta retail per terminare a condizioni quantomeno identiche ai prezzi di cui sopra, sempre in modalità on-Net e off net sul mercato italiano."* La richiesta di rinegoziazione dei prezzi di terminazione di SMS Italia ha lo stesso tono."¹⁸³.

132. Inoltre, in una email interna alla società del 25 marzo 2016, si legge: *"Quasi tutti gli operatori nel settore SMS Bulk A2P (Vodafone Carrier Service, SMS Italia, Agile, A-ono, Ubiquity e Compatel) lamentano con forza la presenza di offerte retail aggressive che asseriscono essere inferiori a [2,3 - 2,6] €/SMS ON-NET ed OFF-NET. Vengo oramai contattato telefonicamente e via mail quotidianamente da uno o dall'altro fino alla mail di cinque minuti fa ricevuta da Ubiquity in cui dichiarano che "stanno danneggiando in maniera significativa l'attività di Ubiquity, vista la nostra impossibilità di replicare i prezzi che state applicando."* Ritengo importante allinearci e agire compatti in quanto occorre chiedere, contratti alla mano, il ritiro di eventuali offerte che non siano in linea con le nostre indicazioni."¹⁸⁴.

133. Pertanto, tra il 20 e 25 maggio 2016, l'ufficio regolamentare di Vodafone svolge alcuni approfondimenti in merito all'offerta fatta a Moby¹⁸⁵. In particolare, il 23 maggio 2016, l'ufficio regolamentare acquisisce la proposta commerciale del 25 novembre 2015 predisposta dalla divisione *retail* e indirizzata a Moby¹⁸⁶, con un corrispettivo di [2,9 - 3,2] € cent/SMS on-net/off-net, e si afferma che *"l'offerta allegata va bene, Facciamoci assicurare che non ci sono side letter con cui vengono offerti ulteriori SMS bulk (rispetto a quelli a contratto) senza alcun addebito per il cliente"*¹⁸⁷. Il medesimo giorno l'ufficio regolamentare riceve anche la *side letter* descritta in precedenza, che fa scendere il prezzo a [1,5 - 2,0] € cent/SMS cent/SMS¹⁸⁸. A seguito di ciò l'ufficio regolamentare invia una email alla divisione *retail*, affermando che *"Questa integrazione cambia completamente lo scenario. Suggerisco immediata rinegoziazione/ritiro. In merito ad Ubiquity non controllando la terminazione su una rete mobile non ha ns stessa posizione di mercato e dunque non incorr[e] in rischi di abusi."*¹⁸⁹.

134. Successivamente, il 6 aprile 2016, in una email interna, si legge *"Offerte Vodafone per gli SMS corporate D4 Marilisa ribadirà a Manlio [omissis] l'obbligo della replicabilità delle nostre offerte ricordando la nostra base di costo pari a [2,9 - 3,2]€/SMS e conseguentemente il ritiro dell'offerta Moby"*¹⁹⁰.

135. In merito agli operatori in decade 43, in una email dell'ottobre 2013, Vodafone effettua delle considerazioni in merito al livello di efficienza di Ubiquity. In particolare, a commento di un'offerta fatta da quest'ultima e indirizzata a ICBPI, si legge: *"Ubiquity è assegnataria di numerazioni in decade 43x in veste di Operatore SP, ed ha raggiunto*

¹⁸¹ [Cfr. doc. ISP.72. Sul punto si precisa che nella Delibera n. 185/13/CONS, l'AGCOM ha ritenuto di condividere l'esigenza di verificare "che i prezzi dei servizi di terminazione SMS rispondano a criteri di obiettività, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità".]

¹⁸² [Cfr. doc. ISP.654, ISP.1040,]

¹⁸³ [Cfr. doc. ISP.654.]

¹⁸⁴ [Cfr. doc. ISP.997.]

¹⁸⁵ [Cfr. doc. ISP.1003, ISP.1004.]

¹⁸⁶ [Cfr. doc. ISP.1003.]

¹⁸⁷ [Cfr. doc. ISP.1003.]

¹⁸⁸ [Cfr. doc. ISP.1005.]

¹⁸⁹ [Cit. doc. ISP.1004, ISP.25.]

¹⁹⁰ [Cit. doc. ISP.1000. Si veda, inoltre, il doc. ISP.1041.]

*accordi separati con Vodafone e con gli altri operatori mobili per l'invio di messaggistica bulk [...] Il prodotto "MAM retail" è soggetto ai costi di terminazione verso altre reti, secondo quanto definito tra Vodafone e gli operatori Mobili. Questo è il motivo principale per cui Ubiquity può oggi essere maggiormente competitiva rispetto a Vodafone, a meno di non far scendere il costo della terminazione degli SMS tra Vodafone e altri operatori mobili."*¹⁹¹ (sottolineatura aggiunta).

136. In tale documento interno, quindi, Vodafone ritiene che Ubiquity possa essere maggiormente competitiva rispetto al prodotto *retail* di Vodafone (MAM *retail*) in virtù del fatto che è un operatore infrastrutturato (*SP – service provider*) e ha raggiunto accordi separati di interconnessione con altri operatori. Al contrario, Vodafone con il suo prodotto *retail* non potrebbe essere altrettanto competitiva a meno di non far scendere i costi sostenuti da Vodafone per la terminazione degli SMS verso le reti degli altri operatori mobili.

V. LE ARGOMENTAZIONI DELLE PARTI

V.I Le argomentazioni di Vodafone Italia

a) La definizione dei mercati rilevanti e la posizione dominante

137. Vodafone ritiene che la filiera dei servizi di invio massivo di SMS non assuma una conformazione prettamente verticale, ma al contrario presenta relazioni commerciali di natura bidirezionale tra i soggetti che vi operano¹⁹². In particolare, il servizio che consente la terminazione SMS potrebbe essere acquistato alternativamente da Vodafone o dagli aggregatori. Pertanto, gli Operatori D43 potrebbero acquisire un servizio di terminazione verso utenti mobili Vodafone sia da quest'ultima, che da altri MNO (Tim, Wind, MNO e *full-MVNO*) che da altri aggregatori ad un prezzo estremamente ridotto rispetto al prezzo praticato da Vodafone.

138. Gli aggregatori, infatti, *"grazie al ricorso al mercato internazionale o a situazioni di spare capacity generate da alcune modalità contrattuali (e.g. take or pay), sono in grado di offrire prezzi estremamente competitivi"*.¹⁹³ Con tali contratti, infatti, gli operatori all'ingrosso acquistano un certo quantitativo di SMS e, in prossimità della scadenza del contratto, sono incentivati a vendere al prezzo più basso poiché sarebbero comunque costretti a pagare l'intero quantitativo¹⁹⁴.

139. Infatti, oltre alle connessioni di tipo diretto, gli SMS potrebbero essere acquisiti attraverso le c.d. *grey route*. In particolare, il traffico SMS potrebbe utilizzare delle rotte di interconnessione tra operatori che non sono disciplinate da accordi di interconnessione (c.d. *AA19 roaming agreement*) e caratterizzate *"da un bilanciamento tra il traffico in uscita e il traffico in entrata. Proprio in virtù di questo bilanciamento, gli operatori mobili, a livello internazionale, sono soliti applicare tariffe molto basse o nulle per la terminazione di questi messaggi dato che, in ogni caso, i ricavi per la terminazione del traffico in entrata tendono ad essere bilanciati dai costi per la terminazione del traffico in uscita."*¹⁹⁵

140. Secondo Vodafone¹⁹⁶, le *grey route* forniscono un'opportunità di acquistare i servizi che consentono la terminazione ad un prezzo significativamente più basso di quello praticato dagli operatori mobili per l'interconnessione diretta alla propria rete e sono un'alternativa valida ad esse.

141. Il mercato rilevante a monte, pertanto, non dovrebbe essere quello della terminazione su rete Vodafone ma quello più ampio dei servizi che consentono la consegna sulle reti di tutti gli MNO/*full-MVNO*, con una dimensione geografica sovranazionale. Tali servizi sarebbero indistintamente offerti da MNO, Operatori D43 e aggregatori¹⁹⁷. Vodafone ritiene che tali soggetti costituiscano tutti una valida alternativa ai servizi di terminazione di Vodafone. Tali conclusioni sarebbero anche raggiunte dalla Commissione Europea nella concentrazione COMP/M.6314 – *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV*¹⁹⁸.

142. Vodafone sostiene che, benché dal lato tecnico essa sia l'unico soggetto in grado di effettuare l'operazione di consegna del messaggio sui dispositivi mobili degli utenti della propria rete, non è possibile affermare che Vodafone sia l'unica impresa in grado di offrire su un piano commerciale servizi che consentono la terminazione del messaggio sulla propria rete. L'operazione tecnica di terminazione non coincide con la vendita del servizio rilevante e di fatto i clienti nel mercato a monte potrebbero ottenere il servizio di consegna sulla rete di Vodafone da fonti alternative rappresentate da altri MNO e dagli aggregatori.

¹⁹¹ [Cfr. doc. ISP.956.]

¹⁹² [Cfr. doc. 214.]

¹⁹³ [Cfr. doc. 214. Gli accordi di *take or pay* sono formule contrattuali che prevedono la vendita di un volume prefissato di SMS A2P ad un prezzo flat. Tali accordi prevedono il pagamento dell'importo pattuito anche nel caso in cui l'operatore non sia in grado di vendere il volume di SMS prefissato.]

¹⁹⁴ [Cfr. doc. 137.]

¹⁹⁵ [Cfr. doc. 214.]

¹⁹⁶ [Cfr. doc. 146, 214.]

¹⁹⁷ [Cfr. doc. 146, 214, 228.]

¹⁹⁸ [Decisione della Commissione Europea del 4 settembre 2012, Caso COMP/M.6314 – *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV*.]

143. Pertanto, Vodafone non ritiene di essere monopolista nel mercato a monte e di non essere in grado di incidere sulle condizioni di offerta del servizio di terminazione degli SMS sulla propria rete. Ciò sarebbe ad esempio dimostrato dal fatto che il prezzo di terminazione applicato ad Ubiquity è pari a $[2,3 - 2,6]$ € cent/SMS rispetto al prezzo di *interworking* (in media $[3,2 - 3,5]$ € cent/SMS). Inoltre, le evidenze documentali interne non avrebbero alcuna valenza probatoria, in quanto tali indicazioni sarebbero prettamente prudenziali¹⁹⁹. A sostegno delle tesi suesposte, Vodafone ha prodotto alcuni listini di aggregatori (Netfun, Skebby e Lleida). Inoltre, la possibilità di potersi rifornire da fornitori alternativi, sarebbe evincibile dall'analisi degli SMS gestiti da Ubiquity, secondo i quali la stessa utilizzerebbe in maniera estremamente elevata il mercato secondario, e dal fatto che Vodafone si è servito di un tale soggetto per l'acquisizione della terminazione *off-net* (Infobip) nella gara Unicredit.

144. Inoltre, Vodafone ritiene che le proprie condotte non possano avere natura abusiva in quanto il *margin squeeze* non è possibile con la specifica struttura dei mercati oggetto del procedimento, *"tale per cui Vodafone, anche ad ipotizzarne la dominanza nel mercato "a monte", attraverso il proprio potere di mercato non può unilateralmente influenzare l'andamento delle dinamiche di mercato del mercato "a valle"*²⁰⁰. Infatti, la quota di mercato di Vodafone Italia, per volumi di linee mobili, è compresa tra il 26% ed il 29% nel biennio 2015-2016, la restante parte delle linee mobili è suddivisa tra gli altri operatori verticalmente integrati (MNO e MVNO). Quindi per una quota di SMS compresa tra il 71% ed il 74%, Vodafone deve comprare terminazione SMS verso reti di altri operatori, sostenendone i relativi costi.

145. Vodafone sottolinea la circostanza che la società controlla meno di un terzo degli input rilevanti di terminazione, incidendo solo su una quota modesta dei costi sostenuti per l'acquisizione delle risorse di terminazione da parte degli operatori attivi nel mercato a valle. Poiché gli SMS sono destinati ai cellulari dei diversi operatori mobili in proporzione alle loro quote di mercato espresse in numero di SIM, un operatore non integrato deve procurarsi il servizio all'ingrosso su rete Vodafone per il 26%-29% degli SMS venduti e la restante terminazione per le altre reti mobili. Quindi la terminazione SMS di Vodafone incide per meno di un terzo sui costi degli operatori concorrenti²⁰¹. Infatti, il caso in esame si discosterebbe dai precedenti poiché non vi è un'integrazione piena, ma vi sono diversi mercati di terminazione SMS, uno per ciascuna rete degli operatori mobili.

146. Pertanto, Vodafone ritiene che la propria condotta *"è assolutamente inidonea a precludere in via unilaterale lo sviluppo della concorrenza nel mercato a valle. Ed è altresì evidente quanto tale condotta sia lontana dalle fattispecie di margin squeeze individuate nei precedenti europei e nazionali"*²⁰², posto che un incremento dei prezzi del servizio venduto nel mercato a monte si tradurrebbe in un incremento di modestissima entità dei costi dei rivali rispetto all'insieme dei costi sostenuti per operare in detto mercato a valle.

147. A sostegno della propria tesi, Vodafone afferma che la presenza di condotte escludenti non spiegherebbe la posizione minoritaria detenuta da Vodafone nel mercato a valle e nemmeno l'aumento dei ricavi e dei profitti di Ubiquity nel 2015 e 2016 rispetto agli anni precedenti²⁰³. Secondo Vodafone, quindi, si deve escludere che, alla luce del controllo limitato degli *input* e della modesta posizione nel mercato a valle, le proprie condotte possano ledere la concorrenza nel mercato a valle.

b) L'analisi di replicabilità

148. Quanto all'analisi di replicabilità svolta, Vodafone ritiene che non sia corretta l'inquadramento degli *aggregatori* come clienti *retail* di Vodafone e ciò condizionerebbe in maniera rilevante l'analisi di replicabilità. Gli aggregatori sono concorrenti nel mercato a valle degli Operatori D43 rispetto alla clientela finale, che non è necessariamente un piccolo cliente²⁰⁴.

149. Secondo Vodafone, inquadrando gli aggregatori come clienti *wholesale* e non *retail*, l'analisi dei prezzi medesima la tesi di non replicabilità. Infatti, guardando le tariffe media *wholesale* (per Operatori D43 e Aggregatori) e *retail* (restanti clienti della divisione *retail*) emergerebbe che ai clienti *retail* è applicata una tariffa media superiore a quella applicata all'ingrosso²⁰⁵. In particolare, secondo Vodafone il prezzo medio applicato per il servizio di terminazione all'ingrosso è $[2,0 - 2,3]$ € cent/SMS, mentre il prezzo medio al dettaglio è pari a *[maggiore di 4,1]* € cent/SMS, lasciando ampi margini per i concorrenti non verticalmente integrati²⁰⁶. Secondo Vodafone, infatti, la verifica della compressione dei margini deve essere fatta considerando la media delle tariffe e non le singole offerte, in

¹⁹⁹ [Cfr. doc. 214.]

²⁰⁰ [Cfr. doc. 146.]

²⁰¹ [Cfr. doc. 146, 214.]

²⁰² [Cfr. doc. 146.]

²⁰³ [Cfr. doc. 137, 142, 146.]

²⁰⁴ [Cfr. doc. 137, 142, 146, 214, 228.]

²⁰⁵ [Cfr. doc. 137, 142, 146.]

²⁰⁶ [Cfr. doc. 146, 214.]

quanto tale approccio permette di verificare che la compressione dei margini non sia sporadica²⁰⁷. Inoltre, guardando alle singole offerte *retail*, Vodafone non è riuscita ad aggiudicarsi molte delle commesse analizzate.

150. Vodafone, inoltre, ritiene non condivisibile l'affermazione secondo cui la terminazione SMS su propria rete è valorizzata ad un prezzo pari a $[0,0 - 0,5]$ € cent/SMS. La società sostiene, infatti, che essa opera una valutazione del costo opportunità; tale valutazione consiste nel confrontare *i)* i margini che Vodafone otterrebbe nel caso in cui vendesse il servizio di invio massivo di SMS ai clienti finali con *ii)* i margini che sarebbero ottenuti dal lato *wholesale* relativo agli SMS che verrebbero terminati dagli altri operatori che hanno acquisito il cliente²⁰⁸. Tale valutazione di costo opportunità sarebbe equivalente ad avere una valorizzazione interna della tariffa di terminazione.

151. Vodafone sostiene che il test di replicabilità da svolgere debba essere differente rispetto a quello implementato, poiché Vodafone è integrato verticalmente solo uno dei mercati di terminazione (sulla propria rete), che è differente dal caso tipico in cui è presente un unico soggetto in posizione dominante. Vodafone, pertanto, potrebbe acquisire la terminazione SMS verso altre reti ad un prezzo superiore rispetto a quello con cui gli Operatori D43 acquisiscono la terminazione SMS per le reti diverse da quella di Vodafone Italia. Data tale differenza tra i costi sostenuti da Vodafone rispetto agli altri operatori, l'applicazione del test del concorrente altrettanto efficiente avrebbe l'effetto di vincolare Vodafone all'applicazione di un prezzo superiore.

152. Inoltre, benché il test di replicabilità adottato mutui quello adottato dalla divisione *retail* di Vodafone per la verifica della convenienza delle offerte, Vodafone ritiene che esso non possa essere preso in considerazione come modello ai fini dell'accertamento dell'illecito *antitrust* in quanto tali metodologie sarebbero puramente prudenziali²⁰⁹.

153. Secondo Vodafone, quindi, il test corretto dovrebbe confrontare il prezzo al dettaglio applicato da Vodafone esclusivamente con il prezzo all'ingrosso applicata ai propri concorrenti per la terminazione SMS su rete Vodafone, incrementato da un eventuale *mark-up* a copertura di altri eventuali costi specifici. Qualora tali prezzi non fossero idonei a permettere ai concorrenti non integrati di replicare le offerte di Vodafone, ciò sarebbe dovuto, secondo Vodafone, ai prezzi di terminazione SMS verso le altre reti e ciò non potrebbe essere imputato a Vodafone²¹⁰.

c) Le condizioni tecniche di rilegamento con gli Operatori D43

154. Vodafone Italia riferisce che la terminazione in senso stretto è fatta esclusivamente con gli altri MNO e i *full MVNO*, poiché tutti gli altri soggetti utilizzano la medesima piattaforma di Messaggistica Aziendale Mobile (MAM), la medesima utilizzata per i clienti finali. Vodafone, infatti, ritiene che la piattaforma MAM riesca a soddisfare la richiesta di servizi di invio massivo di SMS degli operatori in D43 anche alla luce dell'equivalenza tra il protocollo SS7 e il protocollo MAM ai fini dell'invio massivo di SMS. Infatti, per la componente A2P, Vodafone ritiene che non siano state approvate specifiche di interconnessione per i servizi di messaggistica massiva²¹¹.

155. In merito all'utilizzo anche da parte degli Operatori D43 della piattaforma MAM, Vodafone afferma che tale piattaforma è connessa all'SMS-C della stessa, fornendo una soluzione *"funzionalmente equivalente, oltre che più efficiente dal punto di vista gestionale, rispetto ad una connessione che avvenga per mezzo del protocollo SS7"*²¹². In particolare, secondo quanto indicato nella relazione tecnica fornita da Vodafone²¹³, l'architettura implementata dalla stessa permette ai clienti al dettaglio e all'ingrosso di connettersi con l'SMS-C tramite un unico punto di accesso (*gateway* MAM) che è, a sua volta, direttamente connesso alla rete SMS-C di Vodafone Italia, utilizzando un protocollo SMPP.

156. Tale protocollo, *"sebbene in ambito reti mobili sia riconosciuto negli standard ETSI/3GPP il protocollo SS7/MAP come soluzione tecnica di trasporto dei messaggi SMS in ambito Person to Person (P2P) [...] è divenuto nel tempo uno standard de facto, consolidandosi e diffondendosi come protocollo in uso per questa tipologia di messaggistica SMS"*

²¹⁴. Grazie a tale protocollo è più facile stabilire una connessione e integrazione dei sistemi, soprattutto nel caso di SMS P2A (cioè *person-to-application*), non essendo, ad oggi, stato definito, a livello di specifiche di interconnessione, uno standard di interoperabilità diverso per tale tipologia di servizi di messaggistica, come invece avvenuto per gli SMS P2P.

157. Infatti, in caso di comunicazione SMPP, sia l'invio che la ricezione del messaggio avvengono sulla stessa "linea" di comunicazione tra Vodafone Italia e Operatore D43; mentre nel caso di utilizzo di SS7 sarebbe necessario avere una

²⁰⁷ [Cfr. doc. 214.]

²⁰⁸ [Tale condizione verrebbe valutata dalla seguente formula:

Dove è il prezzo retail degli SMS su on-net ed off-net, è il costo per la terminazione di SMS verso reti diverse da Vodafone, è il costo opportunità di terminare sulla propria rete (inteso come prezzo pagato da un altro operatore a Vodafone nel caso in cui Vodafone non si aggiudica il cliente finale) e sono i volumi off-net ed on-net degli SMS.]

²⁰⁹ [Cfr. doc. 214.]

²¹⁰ [Cfr. doc. 214.]

²¹¹ [Cfr. doc. 137.]

²¹² [Cfr. doc. 146.]

²¹³ [Cfr. doc. 146, doc. 1.A.]

²¹⁴ [Cfr. doc. 146.]

connessione in SS7 per gli SMS A2P e un canale differente per la comunicazione P2A. Pertanto, non vi sarebbero tangibili vantaggi della gestione di SMS A2P utilizzando i protocolli SS7, posto che tale gestione comporterebbe una maggior complessità di interconnessione.

158. Inoltre, Vodafone ritiene che non si possa parlare di discriminazione tecnica, poiché *"la discriminazione interno/esterna sussiste solo se Vodafone utilizza per i propri clienti finali una piattaforma diversa e qualitativamente superiore a quella concessa agli Operatori D43. Nel caso di specie, Vodafone utilizza la piattaforma MAM per i propri clienti finali e offre agli Operatori D43 l'utilizzo della stessa piattaforma"*²¹⁵.

159. Le valutazioni sull'inferiorità delle prestazioni tecniche della piattaforma MAM rispetto alla connessione tramite SS7 sarebbero quindi infondate, infatti, Ubiquity riuscirebbe a garantire prestazioni superiori alla Piattaforma MAM e ciò sarebbe incompatibile con la presenza di discriminazione tecnica. Le analisi effettuate da Ubiquity sarebbero inadeguate poiché rapportate ad un solo mese (aprile 2017), mentre un'analisi effettuata da Vodafone (per il periodo tra il 7 settembre e il 20 settembre 2017) ha riscontrato che i tempi di consegna degli SMS attraverso la piattaforma MAM e il protocollo SS7 risultano pressoché uguali: *"il tempo medio di consegna del messaggio al primo tentativo (first delivery attempt) è pari [omissis] secondi per il protocollo SS7 e [omissis] secondi per la piattaforma MAM. Si tratta di una discrepanza infinitesimale (300 millesimi di secondo)"*²¹⁶. I tassi di consegna sarebbero equivalenti tra le due piattaforme e pari circa all'[85-90%]. Infine, Vodafone che i costi di *backup* e le penali per la violazione degli SLA sarebbero indefiniti, mentre il protocollo SS7 comporta investimenti maggiori rispetto a quelli necessari per operare tramite la piattaforma MAM.

d) Il programma di compliance antitrust e la quantificazione della sanzione

160. In data 10 luglio 2017²¹⁷, è pervenuta una comunicazione di Vodafone Italia in cui si illustra il programma di *compliance* della società, le principali attività svolte nell'ultimo anno in relazione a tale programma, nonché le misure integrative introdotte successivamente all'avvio del procedimento. I contenuti del programma di *compliance* sono ulteriormente descritti da Vodafone nella memoria finale²¹⁸.

161. Il programma di *compliance* di Vodafone, la cui prima versione è del 29 novembre 2012, è stato articolato in macro aree di attività e, in particolare: i) *governance*, che consiste nella valutazione del rischio e nella predisposizione di campagne di informazione e comunicazione ai dipendenti; ii) *top down commitment*, che consiste nella trasmissione di una comunicazione a tutta la popolazione aziendale, un seminario *web* (*webinar*) e un questionario *on-line*; iii) *tailored training*, vale a dire la predisposizione di attività formative su misura e destinata ai gruppi di lavoro ad "alto rischio" e il controllo della partecipazione; iv) *on-line training*, consistente nella predisposizione di un corso *on-line* disponibile a tutti i dipendenti e nel monitoraggio della partecipazione a tali corsi; v) *communication*, che consiste nella comunicazione aziendale periodica ed un *webinar* dell'Amministratore Delegato; vi) *specialist support*, vale a dire un servizio di consulenza specialistica sui temi *antitrust*; vii) *specialist support relationship*, che consiste nella predisposizione di riunioni con i *manager* per discutere di nuovi progetti/strategie che possono avere impatti di natura concorrenziale; viii) e ix) *investigation management*, che consistono in procedure di gestione delle ispezioni effettuate dagli organi di vigilanza; x) *record keeping*, vale a dire un sistema di tracciabilità delle precedenti attività.

162. Vodafone ha operato una nuova valutazione dei rischi e adottato ulteriori iniziative a seguito dell'avvio del presente procedimento. In particolare, Vodafone ha intensificato le attività formative, fino a coprire il 95,6% della popolazione aziendale "a rischio" e ha rafforzato il team Regulatory & Competition Affairs. In secondo luogo, Vodafone ha aggiornato il *Competition Compliance Plan*, approvando e rendendo esecutive alcune integrazioni. Tali integrazioni consistono nel rafforzamento degli strumenti di prevenzione generale delle violazioni del diritto della concorrenza e nella creazione di un focus sul tema del *margin squeeze* e sull'area delle offerte di SMS *bulk*, identificata come area a particolare rischio²¹⁹.

e) Sui criteri di definizione della sanzione

163. In merito all'importo base, Vodafone non ritiene che l'importo base della sanzione debba essere riferito al fatturato *wholesale* e *retail* per i servizi A2P. Infatti, Vodafone non ritiene pertinente al richiamo del caso *Slovak Telecom* in tema di *margin squeeze*²²⁰, che aveva ad oggetto anche un rifiuto di fornire l'accesso. Al contrario,

²¹⁵ [Cfr. doc. 214.]

²¹⁶ [Cfr. doc. 214.]

²¹⁷ [Cfr. doc. 148.]

²¹⁸ [Cfr. doc. 214.]

²¹⁹ [In questo senso, la nuova procedura prevede una formazione specifica sul *margin squeeze*, quale comportamento vietato dal diritto della concorrenza; la formalizzazione di un processo di approvazione delle offerte *retail* di Vodafone per il mercato degli SMS *bulk* A2P e la costituzione di un apposito archivio dei contratti rivolti a tale mercato, per agevolare la verifica del rispetto delle regole; un sistema di sanzioni disciplinari, e di disincentivi economici, per chi viola le regole della concorrenza, e l'attribuzione di specifica rilevanza alla compliance alle regole della concorrenza nelle valutazioni individuali dei dipendenti, un sistema di reportistica al Top Management e di aggiornamento periodico del programma di compliance.]

²²⁰ [Decisione della Commissione del 15 ottobre 2014 nel caso COMP/39.523, *Slovak Telekom*]

Vodafone osserva che nel caso A428 – *Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia*²²¹, l'importo base della sanzione è stato calcolato prendendo ad esclusivo riferimento il fatturato realizzato nel mercato al dettaglio. Vodafone ritiene che, in ogni caso, l'infrazione non potrebbe essere qualificata come grave in quanto non rientrando tra le violazioni del diritto della concorrenza per "oggetto"; tale elemento dovrebbe essere valutato, secondo la società, sia nella determinazione dell'importo base che ai fini di determinare l'applicabilità della c.d. *entry fee*.

164. Infine, Vodafone ritiene che le condizioni per l'applicabilità dell'attenuante prevista ai sensi del punto 23 (circostanze attenuanti) della delibera AGCM del 22 ottobre 2014, n.25152 recanti le Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90. Vodafone, infatti, ritiene che il programma di *compliance* sia adeguato e completo, con una formazione generale e diffusa ai propri dipendenti. Inoltre, Vodafone ha intensificato le proprie attività formative e aggiornato il proprio piano di *compliance*, prevedendo *[omissis]*.

165. Secondo Vodafone, la circostanza che il programma di *compliance* di Vodafone non sia meritevole di positiva valutazione poiché non ha di fatto impedito la condotta in oggetto sarebbe contraddittoria, in quanto la riduzione della sanzione comporta necessariamente che vi sia un illecito da sanzionare. Inoltre, Vodafone ritiene che il maggior accento alle ipotesi di intesa rispetto che all'abuso non costituirebbe una ragione valida per negare la concessione dell'attenuante, in quanto tale maggiore enfasi è legata alla storia e alle caratteristiche del mercato.

166. Vodafone, inoltre, ritiene che non possa essere applicata l'aggravante in relazione alle indicazioni rese ai dipendenti in tema di ispezione degli organi di vigilanza, in quanto essa "conteneva semplicemente l'indicazione al personale di fornire, in caso di ispezione, solo i documenti e le informazioni richieste"²²² e ciò sarebbe confermato dal fatto che i verbali di ispezione presso le sedi di Vodafone constatano la collaborazione prestata. Inoltre, Vodafone ha provveduto ad implementare prontamente (*[omissis]*) il nuovo programma di *compliance* che, secondo la società, deve reputarsi pienamente conforme alla *best practice* nazionali.

167. Infine, Vodafone ritiene che l'eventuale applicazione dell'incremento (fino al 50%) ai sensi del punto 25 ai fini di proporzionalità e deterrenza sarebbe iniqua poiché questa, secondo Vodafone, dovrebbe essere applicata solo in casi eccezionali.

V.II Le argomentazioni dei terzi intervenienti

a) Il mercato rilevante

168. I terzi intervenienti, in relazione alla definizione del mercato rilevante e della posizione di dominanza di Vodafone Italia, hanno osservato che gli MNO sono gli unici soggetti a poter consegnare l'SMS ai propri clienti. Secondo tali soggetti, quello che può avvenire è l'intermediazione (cioè la rivendita) dell'SMS o la presenza di fenomeni delle c.d. *grey route* (o rotte grigie)²²³.

169. Quanto alla pratica della rivendita, i soggetti terzi sottolineano che i rivenditori hanno comunque necessità di stipulare un contratto con Vodafone per la terminazione SMS sulle reti della stessa, qualificandosi come rivenditori e non potendo, a meno di incorrere in perdite, offrire un prezzo inferiore a quello applicato da Vodafone alle stesse²²⁴. La presenza di contratti *take or pay*, a detta di Digitel Mobile, non possono costituire un vincolo competitivo duraturo, "dal momento che l'utilizzo continuativo di questi contratti determinerebbe margini costantemente negativi per i rivenditori che ne facciano ricorso"²²⁵. Secondo Ubiquity, infatti, i contratti *take or pay* sono contratti *spot* che creano variazioni transitorie e imprevedibili per cui la presenza di una eventuale riduzione del prezzo sarebbe "incerta nell'an, poiché dipende dall'effettiva presenza di SMS invenduti, e nel quomodo poiché sia la frequenza temporale che la durata delle offerte sottocosto, nonché la quantità di SMS messi sul mercato, è del tutto incerta e imprevedibile"²²⁶.

170. In relazione ai fenomeni delle c.d. *grey route* (o rotte grigie)²²⁷, delle *SIM box*²²⁸ e del *tromboning*²²⁹ sono, da un lato, contrastabili e controllabili dagli MNO e, dall'altro, non possono essere utilizzati per un'offerta con adeguati livelli di qualità. Secondo Ubiquity, il c.d. "mercato grigio" non rappresenta ad oggi una reale alternativa per

²²¹ [Cfr. Provvedimento dell'Autorità del 24339 del 9 maggio 2013, caso A428 *Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia*.]

²²² [Cfr. doc. 214.]

²²³ [Cfr. doc. 106, 107, 108, 110, 122, 123.]

²²⁴ [Cfr. 122, 123, 215, 228.]

²²⁵ [Cfr. doc. 215.]

²²⁶ [Cfr. doc. 216.]

²²⁷ [Cfr. doc. 122, 123. Digitel Mobile afferma che le rotte grigie siano un fenomeno di accesso non autorizzato alla rete di segnalazione SS7 da parte di soggetti che solitamente sono localizzati in alcuni Paesi al di fuori del territorio nazionale (ad esempio, Russia e India, cfr. doc. 122). Secondo Ubiquity, con tale termine si indica generalmente un'attività fraudolenta che consente in alcuni casi di poter terminare i messaggi "bucando" le reti degli MNO, ad esempio con *SIM box* o accessi fraudolenti (cfr. doc. 123).]

²²⁸ [Le *SIM box* sono dei dispositivi che consentono di utilizzare le schede SIM con piani telefonici "tutto compreso" (ad esempio, SMS illimitati) destinati all'utenza domestica per l'invio massivo di SMS. Sul punto *ex multis* si veda il doc. 122.]

²²⁹ [Cfr. doc. 106. Il *tromboning* è un fenomeno di triangolazione del traffico su reti estere che coglie le opportunità di arbitraggio sulle tariffe internazionali (cfr. Provvedimento n. 17131 del 3 agosto 2007, caso A357 – *Tele 2/Tim-Vodafone-Wind*).]

l'acquisizione dei servizi di terminazione SMS poiché i diversi MNO si sono adeguatamente attrezzati per evitare che le proprie reti vengano 'bucate'"²³⁰.

171. Quanto alla possibilità che gli MNO contrastino le rotte grigie, secondo A-Tono, *"tali fenomeni erano maggiormente diffusi in passato, in quanto gli MNO sono attualmente strutturati per bloccarli"*²³¹. Anche Digitel Mobile ritiene che gli MNO possano proteggersi mediante l'utilizzo di *firewall* in grado di bloccare tale traffico non autorizzato; inoltre, anche nel caso di *SIM box* alcuni operatori (Wind e Vodafone) hanno implementato *"metodi di home routing in grado di verificare il traffico anomalo e bloccarlo"*²³². Wind Tre conferma che *"sono stati utilizzati dei metodi di contrasto (firewall) una volta che il fenomeno è divenuto rilevante. In generale, dati i costi legati alle metodologie antifrode, gli MNO non intervengono fino a quando il fenomeno non è rilevante. Una volta divenuto rilevante, come in passato per le SIM box, si implementano dei metodi di blocco. Proprio per le SIM box, ad esempio, il dipartimento antifrode mette a punto degli algoritmi in grado di segnalare il traffico anomalo, via via più sofisticato per rispondere anche alle evoluzioni dei metodi fraudolenti."*²³³. Dello stesso avviso sono BT Italia e Ubiquity²³⁴.

172. Al contempo, SMS Italia pone l'accento sulle violazioni normative regolamentari connesse alle c.d. rotte grigie, come ad esempio l'alterazione fraudolenta dell'identificativo numerico (CLI), nonché sulla presenza di strumenti idonei a bloccare tale traffico²³⁵. Parimenti, Ubiquity non ritiene che le *grey route* possano essere una valida alternativa alla connessione diretta, in relazione al fatto che tali strumenti costituiscono dei metodi fraudolenti che possono essere intercettati e bloccati in tempi molto rapidi²³⁶.

173. Peraltro, Ubiquity sottolinea che Vodafone e altri operatori di comunicazione (Telecom Italia, Telecom Italia Sparkle, Wind, H3G, Vodafone, BT Italia, Intermatica) fanno parte del Comitato Interoperatore Antifrode (CTA), vale a dire di un gruppo di lavoro autonomo degli operatori istituito formalmente l'8 settembre 2010 ai sensi dell'articolo 6 della Delibera AGCOM n. 418/07/CONS²³⁷ il cui compito *"consiste in "individuare e sviluppare strumenti idonei di monitoraggio di eventi fraudolenti e nel controllo dell'integrità delle proprie reti, nello stabilire le modalità e i protocolli di cooperazione, le procedure di intervento rapido e le scadenze entro cui gli operatori debbono porre in essere le iniziative e gli sviluppi necessari"*²³⁸; all'interno di tale comitato vi è anche un gruppo di lavoro relativo alle frodi *"sul traffico internazionale, con specifico riferimento a quelle messe in atto per eludere i costi di terminazione (le cosiddette interconnect bypass fraud)"*²³⁹. Ubiquity, inoltre, pone l'accento sui documenti interni di Vodafone che confermano la presenza di meccanismi di blocco delle rotte grigie e la conseguente non rilevanza del fenomeno²⁴⁰.

174. In tema di livelli di qualità, BT Italia ha osservato che *"nel caso di tromboning/SIM box non è possibile assicurare delle caratteristiche degli SMS che sono necessarie per i clienti, quali alias, alto livello di affidabilità nella consegna e ricevuta di consegna. Inoltre, i prezzi per tali SMS sono estremamente volatili e non permettono di costruire un'offerta per un periodo di 12-24 mesi. Tali rotte infatti possono essere bloccate dagli MNO."*²⁴¹. Dello stesso avviso è A-Tono che ritiene che tali rotte siano connotate *"da un bassissimo livello qualitativo, che non sono conformi con standard come quelli delle banche o assicurazioni. Potrebbero trovare applicazione solo in alcuni applicazioni di marketing"*²⁴².

175. Digitel Mobile, inoltre, pone l'accento sull'impossibilità che tali strumenti assicurino la continuità del servizio, non potendo essere *"nemmeno lontanamente paragonabili e sostituibili con connessioni dirette di SMS bulk, soprattutto con clienti come grandi e medie imprese"*²⁴³ in quanto è necessario rispettare i livelli di servizio pattuiti (SLA), la cui violazione comporta l'applicazione di penali. La connessione diretta, secondo Digitel Mobile, è pertanto l'unico

²³⁰ [Cfr. doc. 216.]

²³¹ [Cfr. doc. 107.]

²³² [Cfr. doc. 122.]

²³³ [Cfr. doc. 110.]

²³⁴ [Secondo la società SMS Italia "tali fenomeni sono perfettamente contrastabili dagli operatori, che li mantengono sino al momento in cui è per loro conveniente. Gli operatori di comunicazione verticalmente integrati hanno proceduto ad arginare il fenomeno delle SIM box soltanto una volta verificato che dalla riduzione dei volumi vi era per loro un effettivo guadagno" (cit. doc. 106). Ubiquity riferisce che gli MNO hanno implementato metodi di contrasto al fenomeno, come ad esempio i firewall, per bloccare il traffico non autorizzato (cfr. doc. 123).]

²³⁵ [Cfr. doc. 108. Si veda, inoltre, il doc. 117.]

²³⁶ [Cfr. doc. 123.]

²³⁷ [Cfr. doc. 228. Si precisa che Ubiquity fa erroneamente riferimento alla Delibera AGCOM n. 418/08/CONS e non alla delibera n. 418/07/CONS.]

²³⁸ [Cfr. doc. 228]

²³⁹ [Cfr. doc. 228]

²⁴⁰ [Cfr. doc. 216, 228.]

²⁴¹ [Cfr. doc. 106.]

²⁴² [Cfr. doc. 107.]

²⁴³ [Cfr. doc. 122.]

strumento che assicura la necessaria qualità in termini di tasso di consegna e velocità di trasmissione²⁴⁴. Ubiquity riferisce che l'utilizzo di tali strumenti non garantisce alcuna qualità in termini di tempi di ricezione, percentuale di SMS effettivamente ricevuti e non permette di avere il *delivery status report* (DSR) e di *alias*²⁴⁵.

176. Infine, Digitel Mobile ritiene che l'analisi della concentrazione COMP/M.6314 – *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV*²⁴⁶ conferma la correttezza della ricostruzione dei mercati rilevanti così come operata nella comunicazione delle risultanze istruttorie, poiché nel mercato SMS *bulk retail* sono stati ricompresi "solamente i soggetti attivi nella rivendita di SMS, e non anche gli MNO che invece forniscono servizi di interconnessione SMS. Ciò vuol dire che, in quel procedimento, i servizi di rivendita di SMS *bulk wholesale* e i servizi di terminazione SMS sono stati considerati appartenenti a distinti mercati rilevanti del prodotto"²⁴⁷

b) Le condotte di Vodafone Italia

177. In merito alle condotte di Vodafone Italia, le parti intervenienti hanno posto l'accento sul tema della discriminazione interno-esterna alla base del *margin squeeze* di Vodafone. In particolare, i soggetti intervenuti hanno evidenziato l'esistenza di due tipologie di soggetti destinatari delle offerte della divisione *retail* di Vodafone Italia: i clienti finali (grandi imprese) e gli aggregatori. In entrambe le tipologie di offerta emergerebbe la discriminazione interno-esterna e la conseguente presenza di *margin squeeze* che non permetterebbe ad un concorrente altrettanto efficiente di replicare le offerte fatte dalle divisioni *retail* di Vodafone Italia. Inoltre, alcuni soggetti hanno evidenziato la necessità di verificare la presenza di motivazioni alla base delle specifiche offerte destinate agli aggregatori, che non sarebbero replicabili dagli operatori infrastrutturati (OLO/Operatori D43).

178. In particolare, BT Italia evidenzia un duplice aspetto che riguarda le offerte della divisione *retail* riferite ai clienti finali e le offerte della stessa divisione destinate agli aggregatori (non OLO). Secondo la società, infatti, "la discriminazione interna-esterna si concretizza nella condotta di *margin squeeze* vera e propria che riguarda le offerte fatte ai clienti finali", tuttavia, "è necessario considerare il trattamento diverso tra operatori, che può essere parte della struttura dell'illecito stesso"²⁴⁸. A parere di SMS Italia, le condotte di Vodafone si sostanziano in una discriminazione tra divisione interna e concorrenti esterni che pregiudica la capacità competitiva di questi ultimi, che non sono messi in grado di predisporre prezzi al dettaglio altrettanto convenienti in virtù del prezzo di terminazione inferiore riconosciuto da Vodafone alle proprie divisioni interne²⁴⁹.

179. In merito alle offerte della divisione *retail* di Vodafone, A-Tono sottolinea "che le condotte non riguardano solo operatori *retail* come le banche o assicurazione, ma anche *large account* che prima erano riforniti da A-Tono, come Moby e RD COM."²⁵⁰. Secondo la stessa società, quindi, tale condotta ha l'effetto di escludere dal mercato gli Operatori D43 che hanno investito per infrastrutturarsi, facendo leva sulla propria posizione di mercato sottraendo i clienti "tra i quali vi sono aggregatori internazionali quali Nexmo, CLX, Silverstreet e Beep Send, Moby e RD COM"²⁵¹. Wind Tre ritiene che le condotte di Vodafone siano riconducibili ad un aspetto di discriminazione interna-esterna riguardante la terminazione SMS, sottolineando la necessità di approfondire gli aspetti relativi ad alcune offerte destinate a talune tipologie di soggetti e al loro legame di stabilità con Vodafone²⁵².

180. SMS Italia pone l'accento sul prezzo praticato dalla divisione *retail* di Vodafone per gli SMS sia *off-net* che *on-net* e sull'impossibilità che questo sia replicabile da un concorrente altrettanto efficiente di Vodafone Italia, poiché inferiore alle tariffe di terminazione di ogni direttrice e degli ulteriori costi di erogazione del servizio (rilegamenti, costi commerciali)²⁵³. Al contempo, SMS Italia ritiene che le offerte predisposte dalla divisione *retail* agli aggregatori, che presentano un prezzo unico *off-net* e *on-net*, facciano emergere un tema di discriminazione interno-esterna che è alla base del *margin squeeze*, "in quanto permette alla divisione *retail* di predisporre tariffe che non sono replicabili ad un concorrente altrettanto efficiente, in quanto addirittura inferiori al costo di terminazione applicato all'ingrosso"²⁵⁴. Dello stesso avviso è Ubiquity, la quale rileva che il prezzo fatto dalla divisione *retail* di Vodafone comporta una discriminazione interna-esterna, con una tariffa di terminazione applicata alle divisioni interne inferiore ad 1 centesimo

²⁴⁴ [Cfr. doc. 122.]

²⁴⁵ [Cfr. doc. 123.]

²⁴⁶ [Decisione della Commissione Europea del 4 settembre 2012, Caso COMP/M.6314 – *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV*.]

²⁴⁷ [Cfr. doc. 215.]

²⁴⁸ [Cfr. doc. 106.]

²⁴⁹ [Cfr. doc. 108.]

²⁵⁰ [Cfr. doc. 107.]

²⁵¹ [Cfr. doc. 107.]

²⁵² [Cfr. doc. 110.]

²⁵³ [Cfr. doc. 108.]

²⁵⁴ [Cfr. doc. 108. Sul punto, inoltre, SMS Italia ritiene che, atteso il confronto tra tariffe *retail* (sia residenziali che non residenziali) degli SMS e tariffe *wholesale* della terminazione SMS, si potrebbe configurare un'ipotesi di prezzi eccessivamente gravosi nella terminazione SMS.]

di Euro, e tale da danneggiare i concorrenti sul mercato a valle poiché non replicabile con le tariffe di terminazione applicate da Vodafone ad Ubiquity²⁵⁵.

181. Secondo A-Tono²⁵⁶, le condotte di Vodafone sono basate sull'altissima marginalità degli SMS sulla propria rete. Pertanto, nell'offrire gli SMS verso la propria direttrice (*on-net*) e le direttrici degli altri operatori (*off-net*), offrono un prezzo più basso compensando le perdite nelle direttrici *off-net* con i margini sulla propria direttrice. In questo modo, Vodafone applica *"alla propria divisione interna un prezzo di terminazione on-net estremamente inferiore rispetto a quello che fanno pagare agli OLO. La marginalità relativa alla propria direttrice, considerata la quota di mercato del 30% circa, riesce a compensare le perdite sulle direttrici off-net. Naturalmente è necessaria una market share minima per rendere questa strategia redditizia, ad esempio, la quota di utenti della sola H3G (pre-fusione) non sarebbe stata sufficiente"*²⁵⁷. Ubiquity, sul punto, sostiene che, il soggetto verticalmente integrato procede alla valorizzazione della propria terminazione (*on-net*) *"ad un prezzo di poco superiore allo zero. Tale meccanismo consente dunque di compensare le perdite derivanti dal traffico off-net riducendo gli introiti derivanti dalla terminazione sulla propria rete"*²⁵⁸

182. In merito alle offerte della divisione *retail* destinate agli aggregatori, Ubiquity pone l'accento sulla differente infrastrutturazione degli operatori D43 (OLO) rispetto agli aggregatori e sul fatto che Vodafone *"ha per scelta strategica quella di operare anche utilizzando questi attori piccoli come un prolungamento della propria divisione commerciale, si tratta di una strategia commerciale che utilizza i rivenditori come tramite per raggiungere i clienti"* Ubiquity sottolinea che la posizione di Vodafone nei confronti degli aggregatori è coerente con la strategia che consiste in *"unilaterali politiche di abbassamento o innalzamento dei prezzi, proprio per escludere dal mercato gli operatori che hanno affrontato maggiori investimenti"*²⁵⁹; tali soggetti sarebbero ricondotti alla categoria di clienti *retail* (in termini di allocazione della gestione tra le divisioni interne, di modalità contrattuali, di utilizzo delle risorse di numerazione e di rete di Vodafone) alla luce della loro minore incidenza concorrenziale degli aggregatori rispetto agli Operatori D43 e del *"pieno controllo commerciale e tecnologico di Vodafone nei confronti dei c.d. aggregatori"*²⁶⁰.

183. Quanto alle modalità commerciali utilizzate da Vodafone, BT Italia evidenzia che nella *"documentazione raccolta in sede ispettiva si fa riferimento alla presenza di loyalty bonus e sconti esclusiva che sono vietati ad operatori dominanti"*²⁶¹. A tal proposito BT Italia ritiene che l'intento escludente di Vodafone sarebbe testimoniato dal fatto che la scontistica è stata applicata a favore dei clienti aziendali, determinanti per la ridefinizione delle economie di scala, e dal fatto che tali sconti sono praticati solo a taluni clienti, strategici *"per l'eliminazione di alcuni operatori concorrenti dai mercati a valle della fornitura di SMS bulk"*²⁶². Digitel Mobile ritiene che le condotte descritte abbiano avuto *"un'estensione particolarmente ampia sul mercato, determinando effetti competitivi nei confronti degli Operatori D43 sia in termini di clienti sottratti a causa delle offerte retail in questione, che di riduzione significativa della capacità di acquisire nuova clientela"*²⁶³

184. A-Tono, al contempo, osserva che spesso non vengono effettuati sconti direttamente sul prezzo degli SMS ma questi vengono riconosciuti mediante dei *bonus* diversi ai clienti, sia sotto forma di *side letters* che come riaccrediti riguardanti altri servizi (come SIM dati, *backhauling*, ecc.) che sono difficilmente riconducibili al servizio SMS²⁶⁴. Ubiquity ricostruisce le modalità commerciali utilizzate (*bonus loyalty* e *side letter*) che consistono nella *"sistematica concessione di sconti tramite i quali il prezzo nominale accordato ad un determinato soggetto viene ridotto sensibilmente, con l'effetto di rendere tale offerta non replicabile"*²⁶⁵.

185. Inoltre, alcuni soggetti hanno posto l'accento sulla documentazione riguardante le interlocuzioni tra le direzioni *wholesale* e *retail* di Vodafone Italia, in cui si riscontra una dialettica in tema di discriminazione e al suo divieto²⁶⁶.

186. Ubiquity, al contempo, analizza l'assetto organizzativo di Vodafone Italia e la commistione tra divisioni *wholesale* e *retail*. Secondo la stessa società, dai documenti ispettivi emerge l'esistenza di un flusso informativo scambiato tra

²⁵⁵ [Ubiquity, in particolare, riferisce che, considerando il costo di terminazione sostenuto da Vodafone verso reti *off-net*, quest'ultima abbia "valorizzato internamente la propria tariffa di terminazione ad un prezzo di poco superiore allo zero. Pertanto, mentre Vodafone applica ad Ubiquity una tariffa di terminazione pari a 2,5 € cent/SMS, essa applica alla propria divisione *retail* una tariffa di terminazione implicita che dovrebbe essere inferiore ad 1 centesimo di Euro" cfr. doc. 123.]

²⁵⁶ [Cfr. doc. 107.]

²⁵⁷ [Cfr. doc. 107.]

²⁵⁸ [Cfr. doc. 216.]

²⁵⁹ [Cfr. doc. 216.]

²⁶⁰ [Cfr. doc. 2016. Si veda anche il doc. 228, all. 3A/3B.]

²⁶¹ [Cfr. doc. 106.]

²⁶² [Cfr. doc. 213.]

²⁶³ [Cfr. doc. 215.]

²⁶⁴ [Cfr. doc. 107.]

²⁶⁵ [Cfr. doc. 216.]

²⁶⁶ [Cfr. doc. 106.]

divisioni *wholesale* e *retail* relativo alle condizioni di interconnessione applicate alla società, alle doglianze della stessa in merito all'impossibilità di partecipare ad alcune gare. Secondo Ubiquity, le "segnalazioni circa le anomalie dei comportamenti commerciali della divisione retail, quindi, venivano trasferite puntualmente a questa e perfino ai singoli agenti commerciali dalla divisione di Vodafone che avrebbe dovuto garantire la correttezza del rapporto wholesale."²⁶⁷

c) Le condizioni tecniche di interconnessione

187. Alcuni soggetti hanno evidenziato che, mentre tutti gli altri MNO utilizzano il protocollo di interconnessione SS7, Vodafone Italia ha permesso l'accesso alla propria rete solo mediante la propria piattaforma di Messaggistica Aziendale Mobile (MAM), utilizzata anche per i clienti finali²⁶⁸.

188. In particolare, A-Tono ha rilevato che il protocollo SS7 è un protocollo a basso livello di rete che, sebbene comporti investimenti maggiori, permette il dialogo tra SMS-C ed elementi di rete della terminazione. Al contrario, la soluzione adottata da Vodafone consiste in una comunicazione di tipo virtuale, che non garantisce il medesimo tasso di consegna²⁶⁹. Digitel Mobile ha rappresentato che, benché fosse stato richiesto a Vodafone di implementare una interconnessione con protocollo SS7 già nel febbraio 2016²⁷⁰, quest'ultima ha privilegiato l'interconnessione SMS attraverso la propria piattaforma MAM; Vodafone è quindi l'unico MNO a non aver implementato con gli Operatori D43 una connessione di tipo SS7²⁷¹.

189. Ubiquity riferisce che Vodafone ha imposto un protocollo proprietario e non standard (MAM) differente rispetto all'interconnessione SS7 utilizzata da tutti gli altri operatori. Secondo la stessa, la piattaforma MAM è meno efficiente rispetto all'interconnessione SS7, che è utilizzata dalla stessa Vodafone per comunicare con gli altri MNO. A detta di Ubiquity, tale scelta tecnica è penalizzante per i concorrenti di Vodafone nel mercato a valle, in quanto a fronte di un maggior tasso di disservizio Ubiquity è costretta ad utilizzare dei servizi di *back-up* ad un costo superiore a quello della terminazione di Vodafone²⁷².

190. Sul punto, Ubiquity ha riferito che la soluzione tecnica di Vodafone comporta una qualità del servizio inferiore rispetto a quella degli altri MNO, in termini della disponibilità dei collegamenti e dei tempi di attraversamento del SMS. Ad esempio, nel mese di aprile 2017, Ubiquity rileva che solo il [25-50%] del traffico trasmesso viene elaborato entro un secondo, rispetto al [75-100%] degli altri operatori. Inoltre, *"l'assenza dell'interconnessione SS7 rende impossibile risalire ad alcune informazioni sulle cause della mancata consegna dei singoli messaggi all'utente finale, in quanto non è possibile tramite una MAM interrogare il sistema HLR (Home Location Register) dell'operatore, ossia un data base che memorizza i dati relativi alle numerazioni"*²⁷³. Tali problematiche tecniche, pertanto, hanno un risvolto economico per quanto riguarda la terminazione SMS su rete Vodafone, in quanto spesso è necessario utilizzare servizi di *backup* con conseguente aggravio dei costi necessari per la consegna di un SMS ad un cliente Vodafone e inoltre espone gli Operatori D43 al rischio di applicazione delle penali per mancato rispetto degli SLA relative ai tempi di attraversamento²⁷⁴.

191. Dello stesso avviso è Digitel Mobile che ritiene che la scelta tecnologica di Vodafone determini una qualità del servizio significativamente inferiore rispetto all'utilizzo dell'interconnessione fisica SS7. Digitel osserva che i servizi di terminazione attraverso MAM sono sensibilmente meno performanti, soprattutto in termini di percentuale di consegna degli SMS inviati, in confronto ai livelli di consegna dell'interconnessione SS7 (prossimi al 100%), ai livelli di continuità e stabilità del servizio, del ridotto tasso di ridotto *throughput*²⁷⁵ della piattaforma MAM, insufficiente a garantire una immediata consegna degli SMS da essa offerto. Tale minore tasso di consegna degli SMS, secondo Digitel Mobile è, in alcuni casi, inferiore rispetto ai requisiti minimi di consegna previsti negli accordi stipulati con i clienti. Ne consegue la possibile applicazione di penali e di canali di *back-up*²⁷⁶.

192. Inoltre, Digitel Mobile osserva che il protocollo SMPP (alla base della piattaforma MAM) è utilizzato diffusamente per la gestione dell'invio di SMS *bulk* dei clienti finali (a livello *retail*), ma non già per l'interconnessione SMS con gli Operatori D43. Infatti, le connessioni dirette tra gli Operatori D43 e gli MNO sono ormai quasi tutte basate sullo

²⁶⁷ [Cfr. doc. 123. Si veda anche il doc. 216.]

²⁶⁸ [Cfr. doc. 107, 108, 123, 215, 216, 228.]

²⁶⁹ [Cfr. doc. 107.]

²⁷⁰ [Cfr. doc. ISP.999, 215.]

²⁷¹ [Cfr. doc. 215.]

²⁷² [Cfr. doc. 123. Ubiquity riferisce che "tali servizi di back-up, infatti, consistono in altri aggregatori che hanno diverse interconnessioni con la rete di Vodafone, cosicché quando il collegamento Ubiquity-Vodafone sperimenta un disservizio è possibile trovare un collegamento parallelo che con molta probabilità non sperimenta contemporaneamente il medesimo disservizio. La scelta tecnica di Vodafone, quindi, ha l'effetto di aumentare artificiosamente il costo di terminazione verso Vodafone, in quanto spesso è necessario utilizzare tali collegamenti di backup con conseguente aggravio di costi."]

²⁷³ [Cfr. doc. 139, all. 3.]

²⁷⁴ [Cfr. doc. 123.]

²⁷⁵ [Il throughput indica la quantità di dati trasmessi in una unità di tempo.]

²⁷⁶ [Cfr. doc. 215]

standard SS7²⁷⁷. Ubiquity ricorda che gli altri MNO italiani hanno prontamente implementato la soluzione SS7 dopo la richiesta della stessa²⁷⁸.

VI. VALUTAZIONI

VI.1 I mercati rilevanti

193. L'analisi degli elementi acquisiti nel corso del procedimento permette di distinguere i seguenti mercati rilevanti di dimensione geografica nazionale:

- il mercato della terminazione SMS su rete mobile Vodafone Italia, che consiste nel servizio di consegna del messaggio SMS ai propri utenti di rete mobile;
- il mercato al dettaglio dei servizi di invio massivo di SMS (*retail SMS bulk*), che consiste nel servizio di invio (originazione) di un elevato numero di messaggi di testo da parte della clientela aziendale degli operatori che erogano tali servizi, ai rispettivi utenti-destinatari, sulla base di un indirizzario fornito dalle stesse imprese.

194. Per quanto riguarda il **mercato nazionale della terminazione SMS su rete mobile Vodafone** si ritiene che l'operatore mobile sia l'unico soggetto ad essere in grado di effettuare la terminazione del messaggio alla propria base utenti. Le evidenze discusse in precedenza, infatti, permettono di definire – parimenti a quanto avviene per la terminazione vocale²⁷⁹ e coerentemente con la definizione dei mercati da un punto di vista regolamentare²⁸⁰ – un mercato rilevante per ciascun operatore che offre il servizio di terminazione SMS.

195. Da un lato, infatti, si osserva l'assenza di sostituibilità dal lato dell'offerta per il servizio di consegna dell'SMS agli utenti di una determinata rete mobile, che può essere effettuata solamente dall'operatore mobile di destinazione.

196. Occorre chiarire due circostanze in ordine ai metodi alternativi che sarebbero asseritamente sostituibili al servizio di terminazione SMS erogato da Vodafone per la consegna del messaggio ai propri clienti: mercato secondario e rotte grigie.

197. Il mercato secondario (di transito o intermediazione), come descritto *supra*, consiste nell'acquisto degli SMS da Vodafone e nella conseguente rivendita. I rivenditori stessi necessitano comunque di un accordo di terminazione con Vodafone, ne consegue che le condizioni economiche da essi applicate derivano dall'originario contratto di interconnessione con Vodafone. Infatti, la necessità tecnica di coinvolgere Vodafone per il servizio di consegna degli SMS agli utenti della propria rete si traduce nella necessità che si stipuli un accordo contrattuale di interconnessione che, almeno in ultima istanza, abbia come parte Vodafone Italia.

198. Ne consegue che i soggetti interessati all'invio di un SMS ad un utente di un determinato operatore mobile (Vodafone) devono disporre necessariamente del servizio di terminazione fornito dalla stessa Vodafone; ciò che si può verificare è solo eventualmente l'intermediazione (tramite un operatore che effettua il transito/HUB) di uno o più soggetti, che non sono in grado, come si vedrà nella trattazione della posizione dominante, di costituire un vincolo concorrenziale per l'operatore di destinazione in quanto sarà sempre l'MNO ad effettuare la terminazione del messaggio.

199. Ulteriore punto riguarda i metodi di invio che rientrano nelle c.d. *grey route* o "rotte grigie". Tali metodi non permettono l'invio di SMS in modo affidabile e su base duratura poiché gli MNO possono adottare, e hanno adottato, metodi di contrasto a tali fenomeni. Tali rotte, pertanto, possono essere chiuse con nessun preavviso, con la possibile perdita di tutti i messaggi inviati²⁸¹.

200. Infatti, gli operatori mobili e, nel caso specifico Vodafone, hanno adottato metodi di contrasto del fenomeno delle rotte grigie. Vodafone, ad esempio adotta un *firewall* al fine di intercettare e bloccare il fenomeno; già nel luglio 2014, quindi, Vodafone afferma in uno scambio di *email* interno che non vi sono volumi rilevanti di SMS terminati tramite rotte grigie o in altri modi fraudolenti e che vi sono stati alcuni casi nel passato ma sono attualmente sotto controllo: "Greyroute/SIM-Box Fraud/GT fake ...: we're not aware of big volumes of SMS terminated under grey route or in other fraudulent way. There were a few cases in the past but they are now under control".²⁸²

²⁷⁷ [Cfr. 215. Si vedano anche i doc. 107, 123, 216, 228.]

²⁷⁸ [Cfr. doc. 216.]

²⁷⁹ [Si veda, ex multis, Decisione della Commissione Europea dell'1 settembre 2016, Caso COMP/M.7758 – Hutchison 3G Italy / Wind / JV; Provvedimento AGCM n. 17131 del 3 agosto 2007, caso A357 – Tele 2/Tim-Vodafone-Wind.]

²⁸⁰ [Cfr. Delibera AGCOM n. 185/13/CONS.]

²⁸¹ [Si vedano i documenti 110, 122, 123, 215, 216, 228.]

²⁸² [Sul punto, si vedano alcuni documenti interni di Vodafone Italia che fanno riferimento all'applicazione di firewall. In particolare, in una email interna di Vodafone del luglio 2014 si legge: "Greyroute / SIM-Box Fraud / GT fake ...: we're not aware of big volumes of SMS terminated under grey route or in other fraudulent way. There were a few cases in the past but they are now under control. It would help to receive rules and policies applied to your firewall in order to allow us to double-check the discrepancies with the ours and, based on this, to provide an estimate. Otherwise we are not able to confirm your assumptions (this also for A2P) " (cit. doc. ISP.880, ISP.881). Dello stesso tenore è una email del settembre 2014: "There is a web based reporting tool, named [omissis], that provides a variety of reports on the traffic. This tool also enables the identification of grey routes for A2P traffic." (cit. doc. ISP.559). In merito al fenomeno delle SIM box in una email del luglio 2015 si legge "Dubito che il fenomeno sia dovuto a trasformazione di traffico con SIM-box perché Giorgio le avrebbe sicuramente intercettate per tempo" (cit. doc. ISP.1042). Nell'allegato alla medesima email del luglio

201. Va al riguardo ricordato che, Vodafone presiede il Comitato Interoperatore Antifrode²⁸³, che ha uno specifico gruppo relativo alle frodi internazionali che si occupa di terminazione. Peraltro, i contratti di interconnessione tra Vodafone e gli MNO, i full-MVNO e gli Operatori D43 prescrivono un impegno a rispettare le procedure antifrode²⁸⁴. La procedura antifrode prevede la collaborazione nel caso di anomalie nel traffico tra le quali vi è *[omissis]*²⁸⁵.

202. La stessa documentazione prodotta da Vodafone nella memoria finale conferma che la presenza di filtri e *firewall* permette di bloccare le c.d. *grey route*²⁸⁶ e che esistono ragioni commerciali che impongono l'utilizzo di una connessione diretta per la terminazione SMS²⁸⁷. Infatti, l'ampia descrizione del funzionamento delle *grey route* operata da Vodafone nella memoria finale, si basa su un esempio in cui l'operatore di terminazione non ha impiegato un *firewall*²⁸⁸. Peraltro, altri esempi forniti dalla stessa Vodafone permettono di apprezzare i limiti di qualità: ad esempio Netfun Italia, pone un limite massimo di 288 mila SMS annuali²⁸⁹ che è inadeguato sia rispetto alle richieste dei clienti *retail* (che hanno un fabbisogno di milioni di SMS l'anno²⁹⁰), che rispetto ai volumi degli Operatori D43²⁹¹.

203. L'ulteriore esempio illustrato da Vodafone, riferibile all'operatore Skebby²⁹², rende evidente che, escludendo le offerte in modalità *best effort* (che non assicurano la qualità necessaria per il servizio di invio massivo di SMS²⁹³), i prezzi sono ampiamente sopra la soglia critica per un concorrente altrettanto efficiente: in particolare, connessioni con i requisiti di qualità necessari vengono venduti da Skebby ad un prezzo a partire da 5,1 € cent/SMS (che è estremamente superiore alla soglia critica di [2,6 – 2,9] € cent/SMS inviato calcolata per Vodafone).

204. Pertanto, le ampie evidenze agli atti permettono di escludere che vi sia un mercato che consiste nei servizi di consegna verso tutte le reti mobili, dove operano MNO, aggregatori e operatori delle *grey route*. Difatti, i rivenditori dei mercati secondari devono comunque stipulare un contratto di interconnessione (terminazione) con Vodafone per effettuare la connessione e devono quindi pagare comunque il prezzo di terminazione alla stessa. Mentre, la possibilità di bloccare il traffico delle c.d. *grey route* impedisce a tali metodi di invio di essere un'alternativa tecnicamente e qualitativamente affidabile per l'invio massivo di SMS.

205. Quanto alla citata decisione COMP/M.6314 – *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV*²⁹⁴, si osserva che la Commissione Europea ha lasciato aperta la definizione del mercato dal punto di vista del prodotto e, in

2015 (allegato denominato "Status update su abuso SMS internazionali e nazionali" al documento ISP.1042), Vodafone riassume le azioni intraprese dall'unità antifrodi e le regole automatiche di rilevazione del traffico ai fini antifrode.]

283 [Cfr. doc. 228, all. 3A/3B.]

284 [Cfr. contratti di interconnessione con: Fastweb (ISP.965), H3G (ISP.966), Noverca (ISP.974), Poste Mobile (ISP.975), Telecom Italia (ISP.976), Wind Telecomunicazioni (ISP.985), Agitel Telecom (ISP.1013, ISP.1017), A-Tono (ISP.1018), Compatel (ISP.1019), SMS Italia (ISP.1022), Ubiquity (PI.5, all. 2 e 2-bis), Vola (ISP.1033, ISP.1036).]

285 [Cfr., ex multis, doc. ISP.974, annesso E; ISP.975, all. F;]

286 [Cfr. doc. 214, all. 4: "La differenza è che se gli operatori non hanno un filtro, allora il traffico trova strade alternative per arrivare agli utenti mobili degli operatori, bypassando le tariffe di terminazione degli operatori. [...] E la soluzione è in filtro [...] Ergo: un operatore senza filtro è un operatore che non può monetizzare gli SMS A2P" ("The difference is that if the operators do not have a filter, then traffic find alternative paths to the Operators subscribers, bypassing the Operator's termination rate. If the Operator doesn't have a filter (or isn't properly maintaining it), the market price is typically fractions of cents. At this cost, SPAM is profitable and can happen. Massive volumes of spam annoy the recipients, give the A2P service a bad name and gives no revenue to the Operators. A2P providers do earn a bit, but it's a lot better for the industry as a whole if the SPAM market was killed. And the solution is a filter. The filter needs not to look at content - the key point is that all messages which A2P content (typically alpha SenderId) should not come via the mutual forgiveness signalling relations between roaming partners. This is the key source of "grey route" traffic. Ergo: An operator without a working filter is an operator who cannot monetize A2P SMS, and also expose it's customers for massive volumes of SPAM.".)]

287 [Cfr. doc. 214, all. 3: "I prodotti transazionali dovrebbero (almeno come punto di inizio) essere basati sull'accesso a connessioni dirette, e con connessioni dirette intendo sia tecnicamente dirette che assicurate da un contratto. Ciò significa che può solo contenere connessioni dirette SS7 verso la parte ricevente, o connessioni ad un SMSC che effettua l'invio. Ed è necessario che ci siano dei contratti sottostanti che assicurino di avere la stabilità del prezzo e la consistenza della qualità" ("The transactional enterprise product should (at least as a starting point) be based on access to direct connections, and with direct I mean both technically direct and backed by an agreement. This means that it can only contain direct SS7 to the receiving party, or connections to an SMSC that does the delivery. And there needs to be backing agreements to ensure that you have price stability and consistent quality").]

288 [Cfr. doc. 214, figura 2. In particolare, come osservato da Ubiquity (cfr. doc. 228, all. 3A/3B), il documento riguarda richiamato da Vodafone e prodotto da MEF evidenzia invece i danni in termini finanziari, di qualità del servizio e reputazionali delle *grey route* che sono dovute a mancanza di accordi di terminazione e di assenza di *firewall*.]

289 [Cfr. doc. 214, figura 3.]

290 [Si consideri a mero titolo di esempio che le offerte di Vodafone analizzate in precedenza riguardavano: un totale di totale di [90 – 120] milioni di SMS annui Cedacri S.p.A (cfr. doc. 90); superiori a [0 – 2,5] milioni SMS al mese ([0-10] milioni di SMS anno) per Leading Luxury Group S.r.l. (cfr. doc. ISP.477); pari a 98 milioni di SMS/anno per ICBPI (cfr. doc. 91), pari a 155 milioni di SMS annuali per Unicredit (cfr. doc. 92, 93, 94).]

291 [Ad esempio, Ubiquity nell'anno 2016 ha originato [400-500] milioni di SMS (cfr. doc. 145).]

292 [Cfr. doc. 214, Figura 4.]

293 [In particolare, la modalità *best effort* è connotata dall'assenza di garanzia di consegna, i cui tassi possono essere tra il 75-80%, da possibili ritardi di ricezione, mittente non è personalizzabile (*alias*), non è disponibile un rapporto di consegna. Cfr. doc. 214, all. 3A/3B; Si vedano anche i doc. 108, 122, 123.]

294 [Decisione della Commissione Europea del 4 settembre 2012, Caso COMP/M.6314 – *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV*.]

particolare, se vi possa essere un mercato all'ingrosso di SMS *bulk* distinto dal mercato al dettaglio di SMS *bulk*²⁹⁵, di dimensione geografica nazionale²⁹⁶. Tale mercato sarebbe comunque distinto dalla terminazione SMS, infatti, la Commissione Europea individua due elementi della filiera: i) l'invio del messaggio dal mittente alla rete di destinazione ("home network"), che è effettuato dall'operatore di SMS Bulk; e ii) la "trasmissione dall'home network al dispositivo mobile del destinatario"²⁹⁷. Ebbene, tale ultimo elemento della filiera non è altro che la terminazione SMS, vale a dire quel servizio che, permettendo di raggiungere il cliente finale, come analizzato in precedenza, può essere effettuato esclusivamente dall'operatore di terminazione (Vodafone). In tal senso, mentre la Commissione ha lasciato aperta la definizione del mercato rilevante e, in particolare, se esista un mercato degli SMS *bulk* all'ingrosso diverso dal mercato degli SMS *bulk* al dettaglio, la stessa ha confermato la presenza di un servizio erogato esclusivamente dall'operatore di terminazione (indicato come "home network"), che consiste appunto nella terminazione SMS su propria rete.

206. Peraltro, la definizione del mercato della terminazione SMS è condivisa da tutti i soggetti interpellati, tra cui vi è un MNO (Wind Tre) e un aggregatore (Infobip)²⁹⁸.

207. Infine, la documentazione interna della stessa Vodafone conferma il perimetro del mercato rilevante della terminazione SMS su rete Vodafone²⁹⁹. Sul punto, si osserva che non possono essere accolte le argomentazioni di Vodafone in merito al fatto che la documentazione interna ha carattere prudenziale. Infatti, l'utilizzo di tale documentazione va intesa nel senso di completamento del quadro di elementi istruttori analizzati e della conferma della valenza dell'analisi di tali elementi ai fini della correttezza della definizione del mercato rilevante operata.

208. In merito al mercato nazionale al dettaglio dei servizi di invio massivo di SMS (*retail SMS bulk*) si è osservato che – a dispetto di quanto accade per gli SMS interpersonali (P2P) – al momento non esistono canali alternativi validi alla messaggistica SMS. Ciò è confermato dalle evidenze discusse in precedenza³⁰⁰. In primo luogo, l'SMS è un servizio *standard*, interoperabile e disponibile in tutti i dispositivi cellulari mobili a prescindere dalle caratteristiche del dispositivo (sistema operativo, caratteristiche tecnologiche) e del piano tariffario utilizzato; caratteristiche non riscontrabili per nessun altro servizio di messaggistica.

209. In secondo luogo, l'andamento crescente del traffico A2P, che mostra un *trend* contrario rispetto agli SMS P2P, porta a concludere che per il traffico A2P non vi sia il medesimo grado di sostituibilità tra SMS e altri servizi di messaggistica rispetto a quello mostrato per gli SMS P2P. Inoltre, si è osservato che, allo stato, la domanda di servizi di notifica riguarda l'SMS e non interessa altri servizi di messaggistica/notifica. Peraltro, alcuni dei servizi – quali Whatsapp e RCS (*Rich Communication Services*) – non sono stati disponibili ai fini della messaggistica A2P nel periodo di analisi delle condotte.

210. Dal punto di vista della definizione geografica del mercato, si ritiene che esso abbia estensione nazionale in considerazione delle caratteristiche normativo-regolamentari di ciascun Paese; della necessità di procedere ad investimenti specifici nelle aree nazionali in cui si eroga il servizio; della circostanza che tali servizi sono resi quasi totalmente a favore di clienti italiani o con l'esigenza di inviare SMS a destinatari italiani. Inoltre, si è osservato che in ciascun ambito nazionale prevalgono condizioni economiche differenti.

VI.II La posizione dominante di Vodafone sul mercato della terminazione di SMS su rete mobile Vodafone Italia

211. Come osservato in precedenza, l'operatore di destinazione è l'unico soggetto a poter tecnicamente consegnare (terminare) gli SMS agli utenti della propria rete. Quindi l'MNO di terminazione detiene la totalità della quota di mercato di SMS terminati sulla propria rete. Le risultanze istruttorie confermano che ogni MNO detiene una posizione dominante nel mercato della terminazione degli SMS sulla propria rete, riconoscendo che questo è l'unico a poter effettuare la consegna dei messaggi SMS agli utenti della propria rete³⁰¹.

²⁹⁵ [Cfr. par. 190 della Decisione della Commissione Europea del 4 settembre 2012, Caso COMP/M.6314 – Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV.]

²⁹⁶ [Sul punto, si veda anche la decisione della Commissione Europea del 29 maggio 2013, caso COMP/M.6690 - Syniverse/MACH, par. 153: "With respect to SMS hub services, it appears that there are significant differences between national and international routing of SMS. This entails in particular the fact that, in the EEA, national routing of SMS, unlike international routing of SMS, does usually not rely on SMS hub services".]

²⁹⁷ [Decisione della Commissione Europea del 4 settembre 2012, Caso COMP/M.6314 – Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV, par. 184: "The service consists of two main elements: firstly, conveyance of the message from the sender (the JV Co or an aggregator) to the mobile network to which the intended recipient has subscribed (the home network) and secondly, conveyance by the home network to the recipient's mobile handset."]

²⁹⁸ [Cfr. doc. 106, 108, 110, 120, 123, 213, 215, 216, 228.]

²⁹⁹ [Cfr. doc. ISP.104, ISP.995.]

³⁰⁰ [Cfr. Paragrafo b) Il mercato al dettaglio dei servizi di invio massivo di SMS (*retail SMS bulk*), pagina 11 e seguenti.]

³⁰¹ [Su questo punto, ad esempio, SMS Italia afferma che "l'operatore di rete mobile di destinazione è l'unico operatore in grado di consegnare il messaggio a un determinato utente della sua rete" (cit. doc. 108), dello stesso avviso sono Ubiquity ("l'MNO di destinazione che è l'unico a poter effettuare la terminazione del messaggio all'utente", cit. doc. 123); Infobip ("ogni MNO è l'unico a poter terminare gli SMS nella propria rete", cit. doc. 120). Si vedano, inoltre, i documenti 106 e 110.]

212. Vodafone, dunque, è in grado "di agire in maniera significativamente indipendente rispetto ai suoi concorrenti, ai suoi clienti e, in ultima analisi, ai consumatori"³⁰² nell'erogazione dei servizi di terminazione SMS sulla propria rete. Tecnicamente, come descritto in precedenza, Vodafone è l'unico soggetto in grado di terminare (consegnare) gli SMS ai propri clienti; da tale capacità tecnica deriva, inoltre, la capacità di imporre unilateralmente i prezzi e le condizioni tecniche di interconnessione.

213. Tale conclusione non è influenzata dall'esistenza delle c.d. *grey route*. Esso, come descritto in precedenza, non costituisce un'alternativa qualitativamente e tecnicamente valida alla terminazione diretta; tali circostanze sono corroborate dalle evidenze relative ai meccanismi tecnici di filtro del traffico c.d. *grey*, tra le quali evidenze vi sono quelle precedentemente citate relative alla stessa Vodafone³⁰³.

214. In secondo luogo, è necessario verificare se il mercato secondario possa costituire un vincolo concorrenziale efficace per i prezzi di terminazione di Vodafone e, in particolare, chiedersi se esistano fonti alternative di approvvigionamento su cui la domanda si può spostare a seguito di un aumento significativo e non transitorio della tariffa di terminazione SMS di Vodafone. Le evidenze permettono di escludere tale circostanza, infatti, benché esistano dei soggetti che operano nella rivendita degli SMS (mercato secondario, di transito, di intermediazione, HUB SMS), tali soggetti comunque acquisteranno gli SMS da Vodafone Italia; ne consegue che un aumento della tariffa di terminazione SMS si riverbererà a valle sui rivenditori.

215. Tali operatori del mercato secondario, infatti, non possono – a meno di incorrere in una perdita – rivendere ad un prezzo inferiore rispetto a quello al quale hanno acquistato la terminazione da Vodafone. La presenza di contratti c.d. *take or pay*, inoltre, non determina un vincolo concorrenziale duraturo per la terminazione SMS su singola rete, posto che tali contratti consistono nell'acquisto di una quantità predeterminata di SMS ad un prezzo fisso di una quantità predeterminata di SMS che devono essere venduti entro una determinata scadenza, pena l'inutilizzabilità degli stessi.

216. Infatti, anche ammettendo che la presenza di tali contratti *take or pay* possa comportare che, all'approcciarsi della scadenza del periodo di validità del pacchetto di SMS, possano essere venduti SMS ad un prezzo inferiore della terminazione applicata dall'operatore mobile, si deve osservare che, in primo luogo, tali circostanze sono frutto della scelta commerciale dell'operatore di terminazione che ha predisposto dei contratti *take or pay* e le condizioni di cessione nel mercato secondario derivano sempre da tali scelte commerciali fatte dall'operatore di terminazione.

217. In secondo luogo, la presenza di uno scostamento dei prezzi dovuto alla scadenza di un contratto *take or pay* è per definizione temporaneo, avendo luogo all'approcciarsi della scadenza del suddetto contratto. Un operatore economico razionale, inoltre, cercherebbe comunque di ottimizzare la vendita di SMS in modo tale da evitare che vi siano degli SMS non utilizzati alla scadenza del contratto *take or pay*, riducendo quindi anche le probabilità che ciò avvenga. Ne consegue che nel mercato secondario la vendita di SMS sottocosto sarebbe un fenomeno limitato e transitorio, tale da non poter costituire un vincolo concorrenziale duraturo nel mercato. Peraltro, tali fluttuazioni sarebbero comunque create da una scelta concorrenziale dell'operatore di terminazione SMS (nel caso di specie, Vodafone). Ne consegue che il mercato della rivendita non costituisce un vincolo concorrenziale duraturo sui prezzi alla terminazione SMS effettuata da Vodafone Italia.

218. Le considerazioni appena svolte sono, peraltro, confermate dalla documentazione agli atti. In particolare, in una email interna di Vodafone Italia del 29 luglio 2016 si legge: "*Ciao Caterina, Come ti dicevo, sul mercato sms si sta rilevando un innalzamento del prezzo medio sull'offerta ai clienti finali da parte degli aggregatori e dei loro resellers. Questo dopo l'azione di Vodafone di alzare i prezzi di vendita ai big (Moby, RdCom su tutti). Ovviamente gli aggregatori hanno subito riflesso sul mercato un prezzo più alto per minimizzare da subito le perdite*"³⁰⁴. Da questa email emerge chiaramente che, in primo luogo, i rivenditori non sono in grado di costituire un vincolo competitivo in quanto non possono rivendere la terminazione SMS ad un prezzo inferiore a quello di Vodafone senza incorrere in perdite; inoltre, l'innalzamento dei prezzi da parte di Vodafone Italia ha la capacità di incidere sui prezzi di rivendita degli SMS.

219. Non si ritiene, quindi, che i soggetti che operano come rivenditori nel mercato secondario, siano in grado di rappresentare una disciplina concorrenziale tale da limitare la posizione dominante di Vodafone Italia. Sul punto, per rispondere alle argomentazioni di Vodafone, il fatto che con il mercato della rivendita degli SMS vi siano altri soggetti a cui rivolgersi non implica che, da un punto di vista di definizione della posizione dominante, tali soggetti riescano a creare una disciplina concorrenziale, vale a dire a limitare il potere di mercato, nei confronti di Vodafone Italia; infatti i soggetti che effettuano la rivendita dovranno comunque acquistare la terminazione SMS da Vodafone.

220. Peraltro, la posizione dominante di Vodafone Italia incide anche sulle condizioni tecniche di terminazione SMS e non solo su quelle economiche. Infatti, come descritto in precedenza, gli Operatori D43 che hanno richiesto un

³⁰² [Cfr. Comunicazione della Commissione – Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti (2009/C 45/02).]

³⁰³ [In merito alle evidenze riferibili a Vodafone, si vedano i documenti ISP.559, ISP.880, ISP.88, ISP.1042. Si vedano anche i documenti: 108, 110, 120, 122, 123, 214 all. 3A/3B.]

³⁰⁴ [Cfr. doc. ISP.21.]

rilegamento tramite protocollo SS7 sono soggette alla scelta unilaterale di Vodafone, non potendo effettuare la terminazione SMS su rete Vodafone con tale protocollo mediante un operatore alternativo³⁰⁵.

221. Ad ulteriore conferma delle considerazioni suesposte, si riportano le valutazioni interne di Vodafone Italia, che riconosce la propria posizione dominante detenuta nel mercato della terminazione SMS sulla propria rete mobile. In particolare, in una presentazione del giugno 2016, preparata dalla funzione regolamentare e destinata ad alcuni dipendenti della divisione *retail*³⁰⁶, si legge che *"VF ha la dominanza nei mercati della terminazione: [...] degli SMS sulla rete mobile (il mercato non è regolamentato e i rates stabiliti tramite contratti commerciali)"*³⁰⁷. Medesima considerazione relativa alla posizione dominante e alla responsabilità che ad essa connessa, si ritrova in una comunicazione interna del maggio 2016, in cui si legge che *"Ubiquity non controllando la terminazione su una rete mobile non ha ns stessa posizione di mercato e dunque non incorr[e] in rischi di abusi"*³⁰⁸. Sul punto, si ribadisce che l'utilizzo di tale documentazione va intesa nel senso di completamento del quadro di elementi istruttori analizzati e della conferma della valenza dell'analisi di tali elementi ai fini della definizione della posizione dominante.

222. In relazione alla difesa di Vodafone che consiste nel ritenere che Infobip fosse in grado di fornire un prezzo per il traffico *off-net* (verso gli altri operatori mobili) inferiore a quello pagato dalla stessa, si osserva – rimandando ad una più approfondita analisi della vicenda in occasione della valutazione delle condotte – che Infobip ha fornito a Vodafone un prezzo per gli SMS che è superiore alla soglia critica per un concorrente altrettanto efficiente. Inoltre, si deve osservare che – benché il contratto tra Infobip e Vodafone relativo all'offerta Unicredit prevedesse che Infobip non utilizzasse la MAM di Vodafone per lo specifico traffico Unicredit – la stessa Infobip ha acquistato dalla divisione *retail* di Vodafone gli SMS verso tutte le destinazioni di traffico (con una tariffa *on-net* e *off-net* di [2,3 – 2,6] € cent per SMS inviato dall'1 settembre 2015 al 31 marzo 2016 e di [2,0 – 2,3] € cent/SMS dall'1 maggio 2016 all'8 gennaio 2017)³⁰⁹.

223. Per una parte di SMS, quindi, Infobip si rifornisce da Vodafone ad un prezzo non replicabile da un concorrente altrettanto efficiente e inferiore alla propria soglia critica dei costi di interconnessione³¹⁰; tale circostanza è idonea a ridurre il prezzo medio di acquisto degli SMS da parte di Infobip (considerando altre fonti di approvvigionamento). Infobip può quindi rivendere a Vodafone stessa gli SMS *off-net* utilizzando teoricamente rotte più onerose, il cui costo è però compensato dall'acquisto di SMS ad un prezzo non replicabile venduto direttamente da Vodafone. In conclusione, il prezzo offerto da Infobip a Vodafone non costituisce una prova di un'assenza di posizione dominante da parte di Vodafone sul rispettivo mercato della terminazione SMS. Inoltre, nel valutare la *ratio* della scelta di Vodafone di fornirsi di Infobip per una parte del traffico SMS è necessario rimarcare che la stessa Infobip ha dichiarato che la *ratio* di tale scelta era da ravvisarsi nella necessità di *"fornire dei servizi aggiuntivi che non erano disponibili nella piattaforma di Vodafone. Infobip, infatti, lavora in un'ottica di arricchimento dei servizi offerti ai clienti oltre al semplice SMS"*³¹¹.

224. Infine, in merito a quanto sostenuto da Vodafone relativamente all'asserito ricorso da parte di Ubiquity a fornitori alternativi (intermediari) per la consegna di SMS su rete Vodafone (intermediari), si osserva quanto segue. Ubiquity ha fornito nel corso del procedimento i volumi e le percentuali di traffico SMS *bulk* distinto per gli operatori di terminazione SMS e il traffico smistato tramite operatori alternativi³¹². Il traffico terminato utilizzando l'interconnessione con Vodafone è stato pari a [100– 200] milioni di SMS³¹³ nel 2016, pari al [26-28%] del totale degli SMS *bulk*³¹⁴. Tale percentuale di SMS terminati da Ubiquity tramite il rilegamento di Vodafone è quindi in linea con le percentuali di traffico *on-net* analizzate in precedenza, in particolare con la le quote di mercato in volume

³⁰⁵ [Cfr. doc. 107, 122, 123, 215, 216.]

³⁰⁶ [Cfr. doc. ISP.104, ISP.995.]

³⁰⁷ [Cfr. doc. ISP.995, pag. 3 della presentazione denominata "GUIDELINES PER REPLICABILITA' v3.pptx" allegata alla email. Si veda, inoltre, il doc. ISP.104.]

³⁰⁸ [Cfr. doc. ISP.25, ISP.1004.]

³⁰⁹ [Contratto del 9 luglio 2015, cfr. doc. ISP.932, ISP.933, allegato A del documento n. 134, ISP.620. Cfr. doc. ISP.928, ISP.934 e allegato B del documento n. 134. Contratto dell'1 maggio 2016, cfr. ISP.928, ISP.934, allegato B del documento n. 134, ISP.927, ISP.931 e allegato B1 del documento n. 134. Si veda, inoltre, l'allegato C del documento n. 134 e il doc. 141.]

³¹⁰ [In particolare, l'offerta della divisione *retail* di Vodafone ha l'effetto di ridurre il prezzo medio di acquisizione degli SMS da parte di Infobip. Peraltro, in merito alla circostanza che il contratto di Infobip prevedeva che gli SMS sarebbero stati instradati tramite fornitori alternativi a Vodafone si osserva che il contratto in parola prevede una riserva in capo a Vodafone a richiedere l'instradamento mediante MNO tedeschi e austriaci, ma non un obbligo contrattuale (cfr. doc. 146). Sul punto si vedano anche i documenti 134 e 141 in cui Infobip dichiara di approvvigionarsi da Vodafone e Telecom. Le tariffe applicate da Vodafone, inferiori a quelle di Telecom Italia, sono quelle esaminate supra nel paragrafo a) Le offerte della divisione *retail* di Vodafone Italia.]

³¹¹ [Cfr. doc. 120. Si veda anche il doc. 146.]

³¹² [Cfr. doc. 145.]

³¹³ [Cfr. doc. 145. Ubiquity ha inoltre fornito in audizione finale il dettaglio delle fatture da Vodafone Italia a Ubiquity e il numero di SMS terminati da Ubiquity su rete Vodafone che sono fatturati direttamente da Vodafone Italia alle banche clienti di Ubiquity (cfr. doc. 228 all. 3A/3B) che confermano il dato indicato nel corso del procedimento istruttorio (cfr. doc. 145).]

³¹⁴ [Su questo punto, occorre specificare che i dati presenti nei bilanci di Ubiquity includono anche gli SMS premium, anche definiti a sovrapprezzo, che sono SMS con addebito al cliente finale che esulano del perimetro degli SMS A2P, essendo peraltro parte di contratti separati con gli MNO.]

indicate dalla stessa Vodafone nel 2015-2016, pari al 26%-29%³¹⁵. Non vi sono, quindi, discostamenti nelle percentuali di SMS terminati per il tramite di Vodafone Italia che indichino un utilizzo rilevante di fornitori alternativi.

225. Infatti, quanto al ricorso a fornitori alternativi, essi vengono utilizzati da Ubiquity per il [5-10%]³¹⁶ del traffico totale di SMS nel 2016 ai fini della terminazione verso MVNO³¹⁷, reti estere e per il servizio di *back-up*, vale a dire nel caso in cui siano sperimentati disservizi con l'interconnessione diretta con gli MNO. Tali operatori di *back-up*, ad ulteriore dimostrazione che essi non possono costituire un vincolo di prezzo per l'operatore di terminazione, sono più costosi della terminazione SMS verso Vodafone. A fronte di una tariffa di terminazione SMS praticata da Vodafone a Ubiquity pari a [2,3 – 2,6] € cent /SMS, infatti, gli operatori di *back-up* offrono ad Ubiquity un prezzo di [2,6 – 2,9] € cent /SMS e [2,9 – 3,2] € cent /SMS per gli SMS verso rete Vodafone³¹⁸.

226. Peraltro, in merito al ricorso al mercato secondario, va ricordato che Ubiquity ha nel corso del procedimento lamentato la necessità di ricorrere all'utilizzo di canali di *back-up* più costosi poiché l'interconnessione con Vodafone è basata su una piattaforma proprietaria MAM, meno performante del protocollo SS7³¹⁹.

227. Quanto alla asserita assenza di idoneità ad incidere sulle condizioni di offerta del servizio di terminazione SMS, si deve ricordare che il prezzo di terminazione SMS applicato da Vodafone ad Ubiquity è stato concordato in via transattiva dinanzi l'AGCOM a valle di un contenzioso relativo ai prezzi al dettaglio inferiori ai prezzi di terminazione praticati da Vodafone Italia³²⁰. Inoltre, evidenze ispettive agli atti permettono di confermare che tale posizione dominante ha effetti anche nei confronti degli altri MNO (che detengono una posizione dominante sulla terminazione SMS sulla propria rete)³²¹. Ciò ad ulteriore conferma della circostanza che, anche in presenza di diversi mercati della terminazione SMS, uno per ciascun operatore mobile, Vodafone ha la capacità unilaterale di determinare i prezzi di terminazione SMS sulla propria rete.

228. In conclusione, le evidenze acquisite nel corso del procedimento conducono a ritenere che Vodafone Italia detiene una posizione dominante sul mercato della terminazione SMS sulla propria rete mobile.

VI.III Le condotte abusive di Vodafone Italia

229. La documentazione analizzata in precedenza permette di confermare la natura abusiva delle condotte attuate da Vodafone Italia e consistenti nell'applicazione alle proprie divisioni interne di condizioni economiche per la terminazione SMS su rete Vodafone differenti e inferiori rispetto a quelle applicate ai concorrenti nel mercato a valle, in particolare gli operatori in decade 43, e nella conseguente condotta di compressione dei margini.

230. Secondo la prassi e la giurisprudenza comunitaria e nazionale³²², si verifica una compressione dei margini quando la differenza tra i prezzi al dettaglio praticati da un'impresa dominante ai clienti finali ed i prezzi all'ingrosso dalla stessa praticati ai concorrenti, affinché questi possano offrire servizi confrontabili, è negativa o non sufficiente a coprire i costi specifici che gli stessi concorrenti sostengono per erogare i servizi in questione nei mercati a valle.

231. In particolare, il *margin squeeze* "è un illecito di prezzo che può essere commesso solo da un'impresa verticalmente integrata, ossia da un soggetto attivo in più stadi della filiera produttiva, che vende all'ingrosso l'input necessario per la produzione di un determinato bene/servizio finale, competendo poi nel relativo mercato al dettaglio. Si tratta di quei casi in cui il soggetto dominante è, allo stesso tempo, fornitore e concorrente delle altre imprese [...]. L'abuso si verifica quando il differenziale di prezzo tra l'input intermedio [...] e il bene/servizio finale [...] è negativo o così ridotto da non mettere in condizione i concorrenti di poter competere"³²³.

232. In merito alla portata abusiva di tale tipologia di condotta, si osserva che, in tema di compressione dei margini, non è necessario accertare che il prezzo all'ingrosso o i prezzi al dettaglio ai clienti finali siano di per sé abusivi in considerazione del loro carattere, rispettivamente, eccessivo o predatorio³²⁴, in quanto "la violazione antitrust

³¹⁵ [Cfr. doc. 146.]

³¹⁶ [Cfr. doc. 145.]

³¹⁷ [Cfr. doc. 145. Gli MVNO sono Poste Mobile, ERG Mobile, Carrefour One, Lyca Mobile che corrispondono a circa il 2,5% delle quote di mercato in volume (cfr. AGCOM, Osservatorio delle Comunicazioni n. 1/2017, in particolare tutti gli MVNO rappresentano il 3,7% della quota di mercato; Poste Mobile, ERG Mobile e LycaMobile corrispondono al 67,2% degli MVNO. Ne discende che tali MVNO rappresentano circa il 2,5% del volume di SIM nel dicembre 2016).]

³¹⁸ [Cfr. doc. 145.]

³¹⁹ [Cfr. doc. 123, 146, 216, 228 all. 3A/3B.]

³²⁰ [Cfr. doc. 228, all. 3A/3B, PI.4, PI.5.]

³²¹ [Cfr. ISP.577]

³²² [Cfr. Provvedimento dell'Autorità del 24/3/2013 del 9 maggio 2013, caso A428 Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia, confermato dalla sentenza del Consiglio di Stato del 15 maggio 2015 n. 2479; Decisione della Commissione del 15 ottobre 2014 nel caso COMP/39.523, Slovak Telekom; Decisione della Commissione del 4 luglio 2007 nel caso COMP/38.784, Wanadoo Espana v. Telefonica, confermato dalla sentenza della Corte di Giustizia del 10 luglio 2014 causa C-295/12 P. Si veda, inoltre, la decisione della Commissione nel caso COMP/C-1/37451, 37.578. 37.579 Deutsche Telekom confermato dalla sentenza della Corte di Giustizia del 14 ottobre 2010 nel caso C-280/08.]

³²³ [Cfr. Consiglio di Stato, 15 maggio 2015, n. 2479, A428 – Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia.]

³²⁴ [Cfr. sentenza della Corte di Giustizia del 17 febbraio 2011, causa C-52/09 TeliaSonera Sverige, punto 34 e sentenza della Corte di Giustizia del 14 ottobre 2010 nel caso C-280/08 Deutsche Telekom, punti 167 e 183.]

discende da una combinazione di riduzione del prezzo al dettaglio e/o eccessivo prezzo all'ingrosso in misura tale da rendere il margine potenziale lasciato ai concorrenti sul mercato insufficiente a coprire i propri costi specifici che essi devono sostenere per fornire servizi ai clienti finali"³²⁵.

233. Inoltre, la preclusione anticoncorrenziale è di norma presente soltanto quando il comportamento in questione ha già ostacolato o è atto ad ostacolare la concorrenza da parte dei concorrenti che sono considerati tanto efficienti quanto l'impresa dominante, sebbene in talune circostanze anche un comportamento escludente nei confronti di un concorrente meno efficiente può determinare una preclusione anticoncorrenziale³²⁶.

234. Il test del concorrente altrettanto efficiente (*as efficient test*) è la metodologia adottata e riconosciuta nella prassi e giurisprudenza nazionale e comunitaria. In particolare, il test del concorrente altrettanto efficiente è un esercizio teorico che ha l'obiettivo di verificare se un concorrente, almeno efficiente quanto l'impresa dominante, possa, date le condotte di quest'ultima, essere in grado di competere o, al contrario, non sia in grado di permanere profittevolmente nel mercato.

235. Infatti, "nell'ambito della valutazione dell'abusività di una pratica tariffaria che dà luogo alla compressione dei margini, occorre prendere in considerazione, in linea di principio e in via prioritaria, i prezzi e i costi dell'impresa interessata sul mercato delle prestazioni al dettaglio. È soltanto allorché non sia possibile, tenuto conto delle circostanze, fare riferimento a detti prezzi e costi che occorre esaminare quelli dei concorrenti sullo stesso mercato"³²⁷. Tale approccio, infatti, risulta tanto più giustificato in quanto conforme al principio generale della certezza del diritto, considerato che la presa in considerazione dei costi dell'impresa dominante consente a quest'ultima di valutare la legittimità della propria condotta. Infatti, un'impresa dominante, se è pur vero che conosce i propri costi e le proprie tariffe, non conosce, in linea di principio, quelli dei suoi concorrenti³²⁸.

236. Nel caso di compressione dei margini, in particolare, la metodologia del concorrente altrettanto efficiente consiste nel verificare se l'impresa dominante integrata verticalmente sia in grado di operare profittevolmente nel mercato a valle considerando, dal lato dei costi, il prezzo dell'input intermedio che essa stessa cede ai concorrenti nel mercato a valle e gli altri costi che sostiene per l'erogazione del prodotto/servizio e, dal lato dei ricavi, il prezzo del prodotto/servizio ceduto nel mercato a valle³²⁹. Quando il margine tra livello *wholesale* e livello *retail* è negativo, un effetto per la concorrenza è potenzialmente escludente poiché un concorrente altrettanto efficiente rispetto all'impresa dominante sarebbe costretto a vendere in perdita il prodotto/servizio nel mercato a valle³³⁰.

237. La condotta di *margin squeeze*, infatti, rientra nel divieto di cui all'articolo 102 del TFUE nella misura in cui è idonea a compromettere la capacità competitiva di concorrenti almeno altrettanto efficienti rispetto allo stesso operatore dominante. Tali condotte consistono nel porre vincoli di efficienza ulteriori nell'erogazione del prodotto/servizio nel mercato a valle rispetto a quelli dell'impresa dominante, mediante l'artificioso innalzamento dei costi per l'acquisizione degli input intermedi per i concorrenti nel mercato a valle di un'impresa verticalmente integrata. Tali costi ulteriori non saranno sostenuti dall'impresa dominante verticalmente integrata in considerazione delle differenti condizioni economiche praticate alle proprie divisioni interne dall'impresa verticalmente integrata rispetto a quelle applicate ai concorrenti nel mercato a valle (discriminazione interno-esterna). In questo senso, tali

³²⁵ [Cfr. Provvedimento dell'Autorità del 24339 del 9 maggio 2013, caso A428 Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia. Sul punto, si veda anche la Decisione della Commissione del 15 ottobre 2014 nel caso COMP/39.523, Slovak Telekom, par. 824: "The unfairness, within the meaning of Article 102 of the Treaty, of a margin squeeze is linked to its very existence and not to its precise spread. Therefore, it is not necessary to establish that the wholesale prices for input services to operators or the retail prices for services to end users are in themselves abusive on account of their excessive or predatory nature.".]

³²⁶ [Sul punto, si veda la Sentenza della Corte di Giustizia del 6 ottobre 2015 nel caso C-23/14 Post Danmark, paragrafi 59-62.]

³²⁷ [Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 17 febbraio 2011, caso C-52/09 Konkurrenter v TeliaSonera Sverige AB, paragrafi 31-34. Si veda anche la Sentenza della Corte di Giustizia del 14 ottobre 2010 nel caso C-280/08 Deutsche Telekom: "Nella specie, il carattere abusivo delle pratiche tariffarie oggetto della sentenza impugnata risultano parimenti, come emerge dai punti 178 e 183 supra, dai loro effetti preclusivi nei confronti dei concorrenti della ricorrente, ragion per cui correttamente il Tribunale ha affermato, al punto 193 della sentenza impugnata, che la Commissione aveva potuto legittimamente fondare la propria analisi relativa al carattere abusivo delle pratiche tariffarie della ricorrente facendo unicamente riferimento alle tariffe e ai costi della medesima.".]

³²⁸ [Cfr. Sentenza della Corte di Giustizia del 14 ottobre 2010 nel caso C-280/08 Deutsche Telekom, par. 202.]

³²⁹ [Cfr. Decisione della Commissione del 15 ottobre 2014 nel caso COMP/39.523, Slovak Telekom, par. 828: "A margin squeeze can be demonstrated by showing that the dominant company's own downstream arm could not operate profitably on the basis of the wholesale price charged to its downstream competitors and the retail price charged by the downstream arm of the dominant undertaking ("equally efficient competitor" test). Competitors which are able to provide downstream services as efficiently as the dominant firm would this way be foreclosed from the market.".]

Sul punto, la Sentenza della Corte di Giustizia del 14 ottobre 2010 nel caso C-280/08 Deutsche Telekom: "Infatti, come sostanzialmente rilevato dal Tribunale ai punti 187 e 194 della sentenza impugnata, un criterio di tal genere, consentendo di verificare se la ricorrente stessa fosse in grado di offrire i propri servizi al dettaglio agli abbonati senza operare in perdita, qualora fosse stata previamente obbligata a pagare le proprie tariffe all'ingrosso per i servizi di accesso all'anello locale, era idoneo per determinare se le pratiche tariffarie della ricorrente producessero effetti preclusivi nei confronti dei concorrenti per effetto della compressione dei loro margini.".]

³³⁰ [Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 17 febbraio 2011, caso C-52/09 Konkurrenter v TeliaSonera Sverige AB, par. 73. Si veda, inoltre, Decisione della Commissione del 15 ottobre 2014 nel caso COMP/39.523, Slovak Telekom, par. 826.]

condotte appaiono idonee a pregiudicare il livello concorrenziale nel mercato a valle facendo leva sulla posizione dominante nel mercato all'ingrosso³³¹.

a) Il test del concorrente altrettanto efficiente

238. Nelle pagine precedenti sono stati analizzati gli elementi di costo presi alla base del calcolo della soglia critica per un concorrente altrettanto efficiente. Tale livello costituisce un valore di paragone con il prezzo di offerta che consente di comprendere se un'offerta al dettaglio è sicuramente inferiore ai costi di produzione del servizio di invio massivo di SMS.

239. Si osserva che la soglia critica, così come calcolata in precedenza³³², costituisce un livello di prezzo minimo che considera solo i costi di interconnessione (terminazione *on-net* e *off-net*) del servizio, che rappresentano i costi variabili incrementali di breve periodo, mentre non valorizza gli ulteriori costi incrementali (gestione dei collegamenti tra cliente e server, costi commerciali, costi di *back-up*, costi di assistenza commerciale e tecnica) che sono connessi all'erogazione del servizio. Tali costi non saranno analizzati nella presente analisi in quanto anche solo considerando esclusivamente i costi di interconnessione, le offerte della divisione *retail* di Vodafone non permettono margini positivi per un concorrente altrettanto efficiente.

240. Occorre quindi sottolineare la circostanza che la soglia critica è un valore estremamente cautelativo, sotto il quale un'offerta commerciale predisposta da un concorrente nel mercato a valle altrettanto efficiente di Vodafone Italia è sicuramente in perdita; non potendosi escludere, tuttavia, che anche un prezzo superiore a questo livello comporti comunque una compressione dei margini in virtù degli ulteriori costi di erogazione del servizio. Infatti, se venissero considerati gli ulteriori costi di erogazione del servizio sarebbero necessari maggiori ricavi per la loro copertura e, pertanto, l'eventuale perdita legata all'offerta *retail* sarebbe accentuata.

241. La metodologia di calcolo della soglia critica seguita è mutuata dalla documentazione interna di Vodafone Italia (si vedano i prospetti relativi alle gare ICCREA e Unicredit *supra*) e consiste nel calcolare per ciascuna direttrice (ciascuna rete mobile di destinazione) la percentuale di traffico e il costo di interconnessione³³³. La documentazione agli atti analizzata *supra* ha fatto emergere, coerentemente con la quota in volume di SIM detenuta da Vodafone, che le stime interne del traffico *on-net* (verso Vodafone) e *off-net* (verso altri operatori mobili) sia pari rispettivamente al [25-35%] e [65-75%]³³⁴.

242. Quanto al costo di interconnessione per la componente *off-net*, Vodafone utilizza un valore sintetico pari a [3,2 – 3,5] € cent/SMS che riassume il costo di terminazione verso tutte le reti, senza indicare ciascuna singola direttrice di traffico (costo "*blended*")³³⁵. Il valore utilizzato per la componente *off-net* è quindi questo valore sintetico, in modo coerente con la documentazione interna di Vodafone.

243. Quanto alla componente di terminazione SMS su rete Vodafone, al fine di applicare la metodologia del concorrente altrettanto efficiente, è stata utilizzata in via cautelativa la più bassa tariffa di terminazione applicata agli operatori in decade 43 (pari a [2,3 – 2,6])³³⁶. Su questo punto, si osserva quindi che per i soggetti che acquisiscono la terminazione SMS da Vodafone ad un prezzo più alto, gli effetti di una condotta di *margin squeeze* sarebbero accentuati, in quanto la soglia critica dei costi sarebbe superiore.

244. Infine, per quanto riguarda le tariffe predisposte per SMS inviato, poiché non tutti i messaggi inviati sono consegnati è necessario valorizzare la percentuale di SMS *undelivered*. Dalla documentazione evidenziata in precedenza³³⁷, emerge che tale tasso è compreso solitamente tra il 5% ed il 10%. Ai fini del calcolo della soglia

³³¹ [Cfr. ex multis Decisione della Commissione del 4 luglio 2007, caso COMP/38.784, Wanadoo Espana v. Telefonica, par. 284: "By engaging in margin squeeze, the dominant undertaking raises its downstream rivals' costs and imposes on the latter additional efficiency constraints that it does not have to incur for the provision of its own downstream services: indeed, while margin squeeze needs not involve a loss for the vertically integrated firm on an end-to-end basis, similarly efficient downstream competitors are obliged to incur losses. Such a conduct is likely to hinder the maintenance of the degree of competition still existing on the downstream market or the growth of that competition."]

³³² [Cfr. paragrafo d) La soglia critica per un concorrente nel mercato a valle altrettanto efficiente di Vodafone Italia e le condizioni economiche, punto 111 e seguenti del presente provvedimento. Si veda inoltre, l'Allegato 1 – Metodologia di calcolo della soglia critica per un concorrente nel mercato a valle altrettanto efficiente di Vodafone Italia (as efficient competitor) considerando solo i costi di terminazione.]

³³³ [Secondo Vodafone "per la predisposizione di un servizio al dettaglio di invio massivo di SMS, nella maggior parte dei casi l'unico costo diretto variabile sostenuto è la terminazione su tutte le reti degli operatori infrastrutturati"(cfr. doc. 146).]

³³⁴ [Cfr. doc. ISP.113, ISP.562, ISP.77, ISP.1038, ISP.132 (Cartella denominata "Base Costi Complex Deals" presente nel foglio di calcolo denominato "PL 5 9 11_MAM ICCREA_Versione per Sign Off.xlsx" allegato alla email). Nei documenti ISP.7, ISP.124 e ISP.136, si riporta una stima del traffico *on-net* pari al [25%-30%], che è meno cautelativa per la Parte. Si veda, inoltre, il paragrafo b) La struttura dei costi di Vodafone Italia.]

³³⁵ [Cfr. doc. ISP.1043, ISP.132 (Cartella denominata "Base Costi Complex Deals" presente nel foglio di calcolo denominato "PL 5 9 11_MAM ICCREA_Versione per Sign Off.xlsx" allegato alla email). Si veda, inoltre, il paragrafo b) La struttura dei costi di Vodafone Italia del presente provvedimento.]

³³⁶ [Si veda, ex multis, il doc. ISP.1007. Si rimanda al paragrafo c) Le tariffe di terminazione SMS applicate agli Operatori D43 e le soluzioni tecniche di rilegamento, pagina 30 e seguenti, e alla Tabella 3.]

³³⁷ [Cfr. doc. ISP.22, ISP.1005, ISP.948. Si vedano anche i doc. 107, ISP.7, ISP.124, ISP.136, ISP.132 e il paragrafo b) La struttura dei costi di Vodafone Italia, del presente provvedimento.]

critica è stato utilizzato un tasso di SMS non consegnati pari al 10%, che rappresenta l'ipotesi più cautelativa per la stessa Vodafone³³⁸.

245. Il costo diretto di interconnessione che un concorrente altrettanto efficiente rispetto a Vodafone sostiene per inviare gli SMS massivi è, pertanto, pari ad un costo:

- per SMS consegnato di [2,9 – 3,2] € cent/SMS;
- per SMS inviato di [2,6 – 2,9] € cent.

246. Una tariffa inferiore a tale livello di costo comporta dei margini sicuramente negativi per un concorrente altrettanto efficiente nel mercato a valle. Tale misura, infatti, riguarda i costi variabili diretti per l'erogazione del servizio di invio massivo di SMS. La presenza di ulteriori costi per l'erogazione del servizio accresce il margine negativo.

247. Si deve rimarcare che la condotta unilaterale su un singolo mercato della terminazione è idonea ad avere effetti preclusivi nel mercato a valle. Diversamente da quanto sostenuto da Vodafone³³⁹, infatti, anche se il costo di terminazione SMS su rete Vodafone sia solo una parte compresa tra il 26% e 29% delle direttrici di destinazione (e quindi del costo), ai fini della compressione dei margini è necessario che la differenza tra costi all'ingrosso e costi al dettaglio sia tale da non permettere un margine positivo.

248. Ai fini della valutazione della sussistenza di una condotta di *margin squeeze* non è infatti necessario che i costi discendano in misura preponderante da *input* forniti dall'impresa in posizione dominante. Infatti, il test del concorrente altrettanto efficiente ha il compito di verificare se vi è un'idoneità dell'impresa dominante a far leva sul prezzo all'ingrosso del proprio *input* fornito nel mercato a monte (terminazione SMS su rete Vodafone) e sul prezzo al dettaglio nel mercato a valle per ridurre la capacità concorrenziale dei propri concorrenti. Tale test, pertanto, ingloba la valutazione dell'incidenza dell'input sul totale dei costi, nella misura in cui si valuta l'idoneità del prezzo all'ingrosso dell'input dell'impresa dominante a determinare margini negativi per un concorrente altrettanto efficiente che pratici i medesimi prezzi al dettaglio di Vodafone. Peraltro, si osserva che Vodafone è in grado di incidere su circa 1/3 dei costi diretti del servizio di invio massivo di SMS, vale a dire una parte rilevante dei costi di erogazione del servizio.³⁴⁰

249. Il test del concorrente altrettanto efficiente, quindi, ha lo scopo di verificare che la differenza tra prezzo a valle e costi all'ingrosso sia maggiore di zero, ciò a prescindere dal verificare se i costi discendano in misura prevalente dagli input forniti dall'impresa dominante. Quando ciò accade, un operatore non verticalmente integrato non è in grado di predisporre in modo economicamente sostenibile un'offerta al dettaglio pari a quella dell'operatore verticalmente integrato. Tale effetto di compressione dei margini prescinde dal peso del costo dell'input sul totale dei costi, in quanto si va a verificare se – considerando il prezzo all'ingrosso e i prezzi al dettaglio dell'impresa verticalmente integrata – un concorrente altrettanto efficiente otterrebbe dei margini negativi e quindi incorrerebbe in una perdita.

250. Peraltro, giova osservare che nella propria prassi applicativa³⁴¹, l'Autorità ha accertato e sanzionato due distinte fattispecie di abuso di posizione dominante che si concretizzavano in due condotte autonome di discriminazione interno-esterna e *margin squeeze* ad opera di Telecom Italia e Wind Telecomunicazioni proprio nei mercati della terminazione voce su i) rete mobile di Telecom Italia e ii) rete mobile di Wind Telecomunicazioni. In tale sede si è accertato che la condotta di *margin squeeze* di un singolo MNO, proprio nel mercato della terminazione (sebbene vocale e non SMS), potesse avere un effetto escludente nei confronti di soggetti non verticalmente integrati³⁴².

251. Oltre ai succitati effetti preclusivi sui concorrenti altrettanto efficienti dell'operatore verticalmente integrato, si deve osservare che la discriminazione interno-esterna legata al *margin squeeze* è potenzialmente idonea a produrre effetti anticoncorrenziali anche nei confronti di concorrenti nel mercato a valle più efficienti rispetto a Vodafone Italia. In quanto tale condotta consiste nel richiedere ai concorrenti nel mercato a valle dei vincoli di efficienza ulteriori rispetto a quelli richiesti alla propria divisione interna, andando a ledere la concorrenza basata sul merito³⁴³.

³³⁸ [Maggiore è il tasso di SMS non consegnati e maggiori saranno gli SMS che non saranno terminati e quindi pagati.]

³³⁹ [Cfr. doc. 146.]

³⁴⁰ [Ad esempio, ipotizzando un aumento della tariffa di terminazione SMS sulla sola rete di Vodafone da 2,6 a 2,8 € cent/SMS (pari ad un aumento del 7,7%), i costi del servizio del dettaglio aumenterebbero di circa il 2,3% e, ceteris paribus, i margini verrebbero ridotti del 2,3%. Ipotizzando che un operatore nel mercato a valle abbia prima di tale variazione un margine (mark up) del 5%, l'aumento tariffario comporterebbe il dimezzamento dei margini.]

³⁴¹ [Provvedimento AGCM n. 17131 del 3 agosto 2007, caso A357 – Tele 2/Tim-Vodafone-Wind.]

³⁴² ["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, [...] non hanno avuto alcuna possibilità di disporre di terminazione a buon prezzo". cfr. Provvedimento AGCM n. 17131 del 3 agosto 2007, caso A357 – Tele 2/Tim-Vodafone-Wind, paragrafo 259.]

³⁴³ [Sul punto si veda, ex multis, la Decisione della Commissione del 4 luglio 2007, caso COMP/38.784, Wanadoo Espana v. Telefonica, par. 284.]

252. Parimenti, è necessario porre l'accento sulla circostanza che le interconnessioni tra gli operatori D43 e Vodafone per la terminazione SMS non sfruttano il protocollo SS7³⁴⁴ bensì la medesima piattaforma (denominata MAM) che Vodafone rende disponibile per i clienti *retail*³⁴⁵. Come osservato da alcuni soggetti, poiché il rilegamento MAM non permette la medesima interazione tra il SMS-C dell'operatore D43 e la rete di terminazione di Vodafone assicurata dal protocollo SS7, gli operatori in decade 43 dovrebbero sostenere un costo maggiore per la terminazione di SMS su rete Vodafone in termini di servizi di *back-up* e di penali per la violazione degli SLA dovuti alle condizioni meno performanti dell'interconnessione con Vodafone rispetto a quella *standard*³⁴⁶.

253. L'utilizzo della piattaforma MAM, pertanto, per il rilegamento all'ingrosso di operatori infrastrutturati, è idonea a incrementare il livello dei costi dei concorrenti nel mercato a valle, andando ad accentuare la discriminazione interno-esterna alla base delle condotte di compressione dei margini.

b) Le offerte della divisione retail di Vodafone Italia verso la grande clientela affari e gli aggregatori

254. Vodafone ha predisposto una serie di offerte commerciali alla grande clientela affari che – considerando anche la tariffa all'ingrosso di terminazione SMS che la stessa Vodafone applica agli Operatori D43 – non consente ad un concorrente altrettanto efficiente di Vodafone Italia di effettuare un'offerta profittevole.

255. A fronte dei costi di più diretta imputazione indicati *supra* – che comunque non computano altri costi connessi all'erogazione del servizio al dettaglio, quali a mero titolo di esempio i costi commerciali, i collegamenti del cliente, il canone di licenza delle numerazioni – Vodafone ha predisposto delle offerte al dettaglio che hanno un prezzo inferiore a tali costi di diretta imputazione.

256. Si ricorda, ad esempio, l'addendum all'accordo quadro stipulato con Leading Luxury Group S.r.l. (profumerie Limoni e La Gardenia) del 28 settembre 2015 con un prezzo di [2,6-2,9] € cent/SMS e la presenza di ulteriori *bonus*³⁴⁷. Tale contratto stabilisce l'esclusiva in capo a Vodafone per tutta la durata dell'accordo quadro, pari a 48 mesi.

257. Pari rilevanza va data all'accordo quadro stipulato con Credito Valtellinese³⁴⁸, in cui il prezzo di [2,6-2,9] € cent/SMS era subordinato all'acquisizione di una soglia minima di SMS. In questo caso, l'istituto bancario ha precisato che lo sconto non è stato applicato poiché non è stata raggiunta la soglia di SMS e non sono stati sostituiti i precedenti fornitori di SMS³⁴⁹. Si osserva, tuttavia, la potenziale offensività dell'offerta commerciale di Vodafone nella misura in cui l'applicazione dello sconto retroattivo che avrebbe generato il *margin squeeze* era connessa ad una quantità di SMS che sarebbe stata direttamente sottratta ad altri fornitori del servizio di invio massivo di SMS, con un effetto preclusivo del cliente nei confronti degli altri fornitori.

258. Le precedenti offerte, infatti, comportano l'applicazione di un prezzo non replicabile da un concorrente altrettanto efficiente mediante la contestuale applicazione di esclusive per un periodo medio-lungo (48 mesi nel caso delle profumerie Limoni e La Gardenia) o subordinando lo sconto retroattivo che comporta una tariffa non replicabile ad una quantità minima che avrebbe comportato la diretta sottrazione della domanda ai concorrenti.

259. Parimenti, l'offerta commerciale, formulata nel dicembre 2015³⁵⁰, destinata a Cedacri S.p.A. (prezzo per SMS al netto degli accrediti proposti pari a [2,6-2,9] € cent/SMS) aveva l'obiettivo di acquisire un cliente di un concorrente. Da quanto emerso, Cedacri non ha dato seguito alla proposta e ha richiesto e ottenuto uno sconto dal precedente fornitore.

260. Una ulteriore serie di evidenze riguarda le offerte proposte in occasione di alcune procedure di selezione avviate da diversi istituti bancari:

- Istituto Centrale delle Banche Popolari (98 milioni di SMS annui³⁵¹), gennaio 2016, in cui Vodafone ha predisposto un'offerta al netto dello sconto pari a [2,3-2,6] centesimi di Euro per SMS inviati, rinunciando successivamente alla partecipazione alla gara³⁵².

- Banca ICCREA (25 milioni di SMS³⁵³), l'offerta di Vodafone del 30 giugno 2016, è pari a [2,6-2,9] € cent/SMS³⁵⁴. Secondo quanto emerge dalla documentazione preparatoria della gara, come analizzato *supra*,

³⁴⁴ [Il protocollo SS7 è utilizzato da Vodafone per l'interconnessione con gli altri MNO ed utilizzato dagli Operatori D43 per il collegamento con gli altri MNO]

³⁴⁵ [Cfr. doc. 137. Si vedano anche i doc. 107, 123.]

³⁴⁶ [Cfr. doc. 107, 123 e doc. 139, all. 3. Sul punto si veda il doc. ISP.132 in cui Vodafone inserisce nel prospetto dei costi del servizio le penali poiché la propria piattaforma MAM non riesce a garantire il medesimo tasso di disponibilità della piattaforma di Ubiquity (fornitore precedente di ICCREA)]

³⁴⁷ [Cfr. doc. ISP.475, ISP.477.]

³⁴⁸ [Cfr. doc. ISP.919.]

³⁴⁹ [Cfr. doc. 100.]

³⁵⁰ [Cfr. doc. ISP.943, ISP.947, 91, 139.]

³⁵¹ [Cfr. doc. 91.]

³⁵² [Cfr. doc. 91, ISP.28. Si osserva che Ubiquity [omissis] (cfr. doc. PI.1).]

³⁵³ [Cfr. doc. ISP.132.]

inserendo la tariffa di terminazione applicata da Vodafone agli operatori in decade 43, l'offerta comporterebbe un margine negativo³⁵⁵.

- Unicredit, selezione svolta tra giugno e ottobre 2016 (155 milioni di SMS nazionali)³⁵⁶, in cui Vodafone ha offerto [2,6 – 2,9] € cent per SMS nazionale consegnato, presentando una ulteriore *side letter* per l'ulteriore riduzione del corrispettivo. Il prezzo offerto è inferiore alla soglia critica precedentemente individuata e, inoltre, la documentazione preparatoria analizzata in precedenza fa emergere un margine negativo per un concorrente altrettanto efficiente anche considerando gli ulteriori ricavi della componente internazionale.

261. Si osserva che i grandi clienti affari rappresentano una parte rilevante del mercato. Ad esempio, la gara Unicredit prevedeva 155 milioni di SMS nazionali pari a circa il 5% del volume degli SMS A2P spediti in Italia nel 2016 e al [15-30%] dei volumi di SMS che la divisione *retail* di Vodafone Italia ha sviluppato nell'anno fiscale 2016/17³⁵⁷, nonché del [30-45%] dei volumi di SMS originati da Ubiquity nel 2016³⁵⁸. Guardando al valore economico dell'offerta di Vodafone della commessa Unicredit³⁵⁹, si osserva che essa corrisponderebbe in valore a circa il 40%-45% del fatturato realizzato da Ubiquity nell'anno 2016³⁶⁰. Analogamente, il cliente Cedacri rappresenta un volume di SMS di circa [90 – 120] milioni di SMS³⁶¹, pari al [5-10%] dei volumi di SMS della divisione *retail* di Vodafone Italia nell'anno fiscale 2016/17 e del [15-30%] del volume di SMS di Ubiquity nel 2016.

262. Infatti, per ciò che concerne la grande clientela affari, si osserva che singoli clienti rappresentano una parte rilevante dei volumi di un operatore di invio massivo degli SMS (Operatore D43). In tal senso, le offerte di Vodafone Italia mirano ad estromettere i concorrenti altrettanto efficiente dal mercato a valle dei servizi di invio massivo di SMS, rendendo più difficile a questi ultimi la penetrazione nel mercato interessato³⁶². Sul punto, si deve osservare che gli Operatori D43 hanno fatturati estremamente ridotti rispetto a quelli degli MNO verticalmente integrati: a fronte di un fatturato di Vodafone Italia di 6,6 miliardi di euro nell'anno fiscale 2016/17, gli Operatori D43 Ubiquity, SMS Italia e A-Tono hanno realizzato nel 2016 ricavi rispettivamente per circa 33,3 milioni, 5,3 milioni e 7 milioni di euro³⁶³.

263. Si richiamano, inoltre, le ulteriori offerte della divisione *retail* indirizzate ad alcuni aggregatori che hanno, mediante una serie di *side letter*, accrediti e bonus, un prezzo inferiore rispetto alla soglia critica dei costi precedentemente individuata³⁶⁴.

c) La strategia escludente di Vodafone Italia

264. Le evidenze agli atti dell'istruttoria permettono di concludere che le condotte di Vodafone Italia hanno l'obiettivo di colpire gli Operatori D43 (anche definito OLO), concorrenti nel mercato al dettaglio di invio massivo degli SMS.

265. Tali soggetti sono operatori che hanno raggiunto un grado di infrastrutturazione pari a quello di un fornitore di servizi di telefonia, mediante la predisposizione di apparati tecnologici (ad esempio, SMS-C e collegamenti CDN) e informatici, l'acquisizione di proprie numerazioni e hanno provveduto all'interconnessione diretta con gli operatori mobili per effettuare la terminazione di SMS. Ad un maggior grado di infrastrutturazione è connessa una maggiore autonomia tecnologica, che ha un effetto sulla qualità e sulla differenziazione del servizio offerto, e la possibilità di determinare le proprie efficienze³⁶⁵. Pertanto, tali soggetti sono quelli che si pongono con maggiore efficacia in diretta concorrenza nei confronti degli MNO.

³⁵⁴ [Cfr. doc. 98.]

³⁵⁵ [Cfr. doc. ISP.132, 98. Sul caso specifico si rimanda alla sezione d) La soglia critica per un concorrente nel mercato a valle altrettanto efficiente di Vodafone Italia e le condizioni economiche. In particolare, il tasso effettivo di undelivered del cliente bancario (come definito da Vodafone) è inferiore all'ipotesi cautelativa del 10%; pertanto, la soglia critica per un concorrente altrettanto efficiente è superiore a quella precedentemente individuata (che è appunto un'ipotesi cautelativa per la parte).]

³⁵⁶ [Cfr. doc. 92, 93, 94, ISP.94, ISP.95, ISP.96, ISP.97, ISP.98, ISP.99, ISP.100, ISP.101.]

³⁵⁷ [I volumi di SMS sviluppati da Vodafone sono presenti nel doc. 142 e nel documento 146.]

³⁵⁸ [I volumi di SMS sviluppati da Ubiquity sono presenti nel doc. 145.]

³⁵⁹ [Cfr. doc. 92, 93, 94. In particolare il valore dell'offerta è pari a [10-50 milioni di] Euro a cui deve essere sottratto il bonus commerciale di [1.000.000 – 1.500.000] Euro (cfr. doc. 94, all. 36). Considerando tale bonus, il corrispettivo totale è pari a [10 – 50] milioni di Euro.]

³⁶⁰ [Il fatturato realizzato da Ubiquity nel 2016 è pari a 33.286.850 € (cfr. Bilancio d'esercizio di Ubiquity del 31 dicembre 2016, depositato presso la Camera di Commercio).]

³⁶¹ [Cfr. doc. 90.]

³⁶² [Sul punto si veda Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 17 febbraio 2011, caso C-52/09 Konkurrenter v TeliaSonera Sverige AB,, paragrafi 64-65.]

³⁶³ [Cfr. Bilancio d'esercizio di Vodafone Italia del 31 marzo 2017, depositato presso la Camera di Commercio; Bilancio d'esercizio di Ubiquity del 31 dicembre 2016, depositato presso la Camera di Commercio; Bilancio d'esercizio di SMS Italia del 31 dicembre 2016, depositato presso la Camera di Commercio e Bilancio d'esercizio di A-Tono del 31 dicembre 2016, depositato presso la Camera di Commercio.]

³⁶⁴ [Cfr. offerte a RD Com (ISP.407, ISP.909,ISP.910, ISP.414, ISP.948), Infobip (ISP.932, ISP.933, ISP.620, ISP.928, ISP.934, ISP.927, ISP.931, 134 allegati A, B e B1), Mobyt (ISP.301, ISP.24, ISP.71, ISP.915, ISP.1003, ISP.1005), Technacy (ISP.796), Network S.r.l. (ISP.131).]

³⁶⁵ [Sul punto, ad esempio, nel 2013 la stessa Vodafone discute sul livello di efficienza degli operatori D43: "Ubiquity è assegnataria di numerazioni in decade 43x in veste di Operatore SP, ed ha raggiunto accordi separati con Vodafone e con gli altri operatori mobili per

266. La strategia di Vodafone, in particolare, consiste nel concedere ai concorrenti infrastrutturati a condizioni meno vantaggiose l'input della terminazione SMS su rete Vodafone rispetto a quelle riservate alle divisioni interne. Tali disparità interne riguardano: da un lato, una tariffa di terminazione SMS su rete Vodafone superiore a quella concessa alla propria divisione interna e tale per cui le offerte commerciali della divisione *retail* non siano replicabili da un concorrente altrettanto efficiente; dall'altro, la fornitura di un rilegamento che sfrutta la medesima piattaforma *retail* (la piattaforma MAM) di Vodafone, con una qualità tecnologica inferiore rispetto all'interconnessione SS7 (utilizzata tra Vodafone e gli altri MNO) e il cui utilizzo comporta un aggravio di costi³⁶⁶ in termini di servizi di *backup* e di penali per violazione degli SLA.

267. In particolare, la strategia escludente è consistita nella presentazione di offerte non replicabili dagli Operatori D43 nel mercato a valle, indirizzate a grandi clienti affari e agli aggregatori. I prezzi non replicabili sono spesso ottenuti mediante *side letter*, *addendum contrattuali* e, in alcuni casi, mediante sconti retroattivi e sono associati ad un'esclusiva medio-lunga.

268. In merito alla qualificazione degli aggregatori è necessario specificare la natura di tali soggetti e i motivi per i quali le offerte della divisione *retail* di Vodafone destinate agli aggregatori sono state considerate ai fini delle qualificazioni delle condotte.

269. Gli aggregatori sono particolari soggetti *wholesale* dotati di un grado di infrastrutturazione minore rispetto agli Operatori D43 e agli MNO, in particolare non dispongono di risorse di numerazione proprie e di un SMS-C. Pertanto, al pari dei soggetti *retail* come i grandi clienti affari, gli aggregatori acquistano SMS *on-net* e *off-net* (e quindi non il servizio di terminazione SMS) dagli MNO e dagli Operatori D43³⁶⁷.

270. Proprio in virtù di ciò, benché gli aggregatori siano stati considerati soggetti operanti nel mercato dei servizi di invio massivo degli SMS, si deve osservare che essi sono potenziali clienti degli Operatori D43 in quanto acquistano gli SMS *on-net* e *off-net* e i servizi di originazione. Gli aggregatori, infatti, utilizzando la numerazione e l'SMS-C degli MNO o degli Operatori D43 e non acquistano i servizi di terminazione SMS ma gli SMS *off-net/on-net*³⁶⁸. A-Tono, infatti, ha affermato che tali soggetti (qualificati come *large account*) erano precedentemente clienti³⁶⁹.

271. Su questo punto, occorre chiarire in risposta a Vodafone Italia che, nell'analisi del mercato rilevante dei servizi di invio massivo di SMS, gli aggregatori sono stati inseriti come operatori attivi nel mercato al dettaglio al pari degli Operatori D43 e degli MNO. Tuttavia, dato il minore grado di infrastrutturazione, gli aggregatori acquistano e rivendono i servizi di invio massivo di SMS degli MNO o degli Operatori D43. Le condotte di Vodafone Italia vanno quindi contestualizzate considerando la peculiarità di tali soggetti, dotati di minore autonomia tecnologica. Quindi, benché siano dei soggetti che rivendono i propri servizi ai clienti finali, Vodafone differenzia a livello strategico-commerciale gli Operatori D43 dagli aggregatori. Quest'ultimi sono assimilati dalla stessa Vodafone, proprio in relazione alla valutazione di tali elementi strategici, ai clienti finali (clienti *retail*), al pari degli altri clienti aziendali. Ciò non è in contraddizione con l'analisi del mercato rilevante, in cui gli aggregatori offrono servizi SMS ai clienti finali al pari degli Operatori D43 e degli MNO, ma è solo un elemento caratterizzante delle condotte di Vodafone Italia di cui si deve tener conto ai fini della valutazione.

272. Tale circostanza deriva semplicemente dalla diversa pressione concorrenziale che un operatore infrastrutturato (Operatore D43) esercita rispetto ad un rivenditore del prodotto finale (aggregatore). In questo senso, le condotte di Vodafone mostrano un chiaro intento escludente nei confronti di quei soggetti che possono esercitare la più alta pressione concorrenziale, vale a dire una concorrenza di tipo infrastrutturale. Su questo punto si ricorda che la discriminazione economica alla base del *margin squeeze* non è l'unico elemento distintivo della condotta di Vodafone Italia, che vede anche una discriminazione tecnica (che ha effetti sui margini) che può colpire solamente i soggetti infrastrutturati (Operatori D43).

273. Non di rado, infatti, le condotte escludenti di un operatore in posizione dominante possono essere destinate solo a quelle aree in cui si esplica una effettiva concorrenza. Ad esempio, in un proprio precedente, l'Autorità ha valutato le condotte di compressione dei margini adottate da Telecom Italia che riguardavano solo le aree in cui gli operatori alternativi avevano sviluppato le proprie infrastrutture (aree ULL) e non, al contrario, la generalità delle aree territoriali dove gli operatori si qualificavano come meri rivenditori³⁷⁰.

l'invio di messaggistica bulk [...] Il prodotto "MAM retail" è soggetto ai costi di terminazione verso altre reti, secondo quanto definito tra Vodafone e gli operatori Mobili. Questo è il motivo principale per cui Ubiquity può oggi essere maggiormente competitiva rispetto a Vodafone, a meno di non far scendere il costo della terminazione degli SMS tra Vodafone e altri operatori mobili." Cfr. doc. ISP.956.]

³⁶⁶ [Sul punto, si richiama quanto osservato da Ubiquity e A-Tono, cfr. doc. 107, 123 e doc. 139, all. 3.]

³⁶⁷ [Sul punto, Infobip specifica di non acquistare terminazione SMS ma di servizi SMS con pacchetti annuali (cfr. doc. 134 e 141).]

³⁶⁸ [Sul punto, si veda ad esempio i doc. 134 e 141 in cui Infobip dichiara di non disporre di risorse di rete e numerazioni e di servirsi di contratti di prestazioni di servizi con Vodafone e Telecom Italia non avendo stipulato "direttamente alcun contratto di interconnessione".]

³⁶⁹ [Cfr. doc. 107.]

³⁷⁰ [Provvedimento dell'Autorità del 24339 del 9 maggio 2013, caso A428 Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia. Sul punto, il Consiglio di Stato ha riconosciuto che esisteva una differenza sostanziale tra le aree aperte alla concorrenza infrastrutturale rispetto alle aree in cui gli operatori si qualificavano esclusivamente come rivenditori del servizio dell'operatore dominante: "vi è una parte contendibile del mercato, diversa dalle aree non aperte al servizio ULL, nella quale gli OLO possono essere rivenditori unicamente dei

274. Nel caso di specie, gli Operatori D43 rispetto agli aggregatori hanno investito in infrastrutture (la rete di originazione, cfr. Figura 1 *infra*, proprie numerazioni³⁷¹) e possono esercitare un grado di concorrenza superiore, anche mediante la differenziazione del proprio servizio (potendo intervenire sui parametri di qualità delle proprie piattaforme tecnologiche e reti di originazione). Si comprende, pertanto, come occorre tenere conto nell'analisi delle condotte di Vodafone la differente qualificazione degli Operatori D43 rispetto agli aggregatori, che sono operatori di comunicazione addetti alla rivendita.

275. La documentazione di Vodafone conferma una segmentazione tra Operatori D43 e aggregatori, che si lega al diverso grado di concorrenza esercitato da tali tipologie di operatori. Infatti, Vodafone assimila a livello strategico-commerciale tali soggetti (gli aggregatori-rivenditori) ai clienti finali. Tale peculiare circostanza va valorizzata ai fini dell'analisi delle condotte di Vodafone. Le offerte agli aggregatori vanno quindi inquadrate nel peculiare assetto concorrenziale della filiera, e nell'intento, perseguito con la condotta in esame, di sottrarre domanda agli Operatori D43, soggetti infrastrutturati. Tale circostanza va valutata tenendo in considerazione il minor grado di incidenza competitiva che gli aggregatori sono in grado di effettuare. La diversa rilevanza strategica tra aggregatori e Operatori D43 è confermata dal posizionamento che la stessa Vodafone riserva agli aggregatori all'interno della propria struttura aziendale e dalle condizioni e modalità contrattuali ad essi applicati, che sono analoghi alla grande clientela affari.

276. Nella documentazione interna di Vodafone, infatti, gli aggregatori sono assimilati ai clienti *retail* ("customer retail"). Sul punto, come è possibile osservare in Figura 9 *infra*, Vodafone suddivide tre categorie di soggetti: gli Operatori D43, gli MNO e i "customer". Gli Operatori D43 sono considerati operatori *wholesale*, in quanto mostrano le caratteristiche di richiedere solo la terminazione *on-net* e hanno una tariffazione per SMS consegnato. Gli MNO costituiscono un'ulteriore categoria di operatori *wholesale* caratterizzati non solo da un flusso di entrata di SMS ma anche di un flusso in uscita di SMS verso le reti mobili degli altri operatori. I "customer" sono clienti *retail* identificati da Vodafone come quei soggetti che acquistano SMS *on-net* e *off-net* e hanno una tariffa per inviato.

277. Gli aggregatori acquistano un servizio di invio massivo di SMS che presenta tutte le caratteristiche dei servizi venduti dalla divisione *retail* alla grande clientela affari, vale a dire comprensivo di numerazione di Vodafone Italia³⁷², che permette la possibilità di inviare sia messaggi *on-net* che *off-net* e con un prezzo per SMS inviato³⁷³. Ne consegue che anche dalla documentazione di Vodafone (Figura 9) emerge con chiarezza che gli aggregatori siano assimilati ai fini strategici ai clienti *retail*³⁷⁴. Difatti, il servizio reso verso tali soggetti non consiste nella mera terminazione SMS sulla rete Vodafone ma anche nel transito del messaggio verso altre reti di operatori mobili, nonché nell'utilizzo delle numerazioni di proprietà di Vodafone Italia.

Figura 9 – Documento di Vodafone Italia che illustra le caratteristiche dei soggetti presenti nella filiera dei servizi di invio massivo di SMS³⁷⁵

servizi di accesso acquisiti da Telecom mediante il servizio WLR (wholesale line rental)." Cfr. sentenza del Consiglio di Stato del 15 maggio 2015 n. 2479, caso A428 Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia.]

³⁷¹ [Sul punto, si osservi ad esempio che gli oneri amministrativi per l'autorizzazione nel caso di fornitura di servizio telefonico accessibile al pubblico sull'intero territorio nazionale (necessaria per avere un SMS-C) è pari 75.500 euro/anno, mentre i diritti amministrativi per le imprese titolari di un'autorizzazione generale per l'offerta al pubblico che non integra i servizi di fonia, comunicazioni mobili, via satellite e reti di comunicazione elettronica il contributo annuo è di 600 euro.]

³⁷² [Ad esempio, si veda la sezione n. 3 del documento ISP.932 e del documento 134, all. A in cui vengono descritte le funzionalità del servizio MAM e in particolare, si legge: "il servizio di Messaggistica Aziendale Mobile offre all'Azienda l'attivazione di un proprio Account su un server Vodafone connesso al sistema di trasmissione degli SMS e l'assegnazione a detto Account di un numero esteso 3424xxxxxx da utilizzare per la ricezione di SMS da cellulari Vodafone e di altri operatori e che sarà indicato come mittente dei messaggi inviati dall'Azienda a cellulari Vodafone e di altri operatori". Si precisa che la numerazione con codice 342 è assegnata a Vodafone Italia come emerge dall'elenco pubblico delle risorse di numerazione assegnate presente nel sito del Ministero dello Sviluppo Economico:

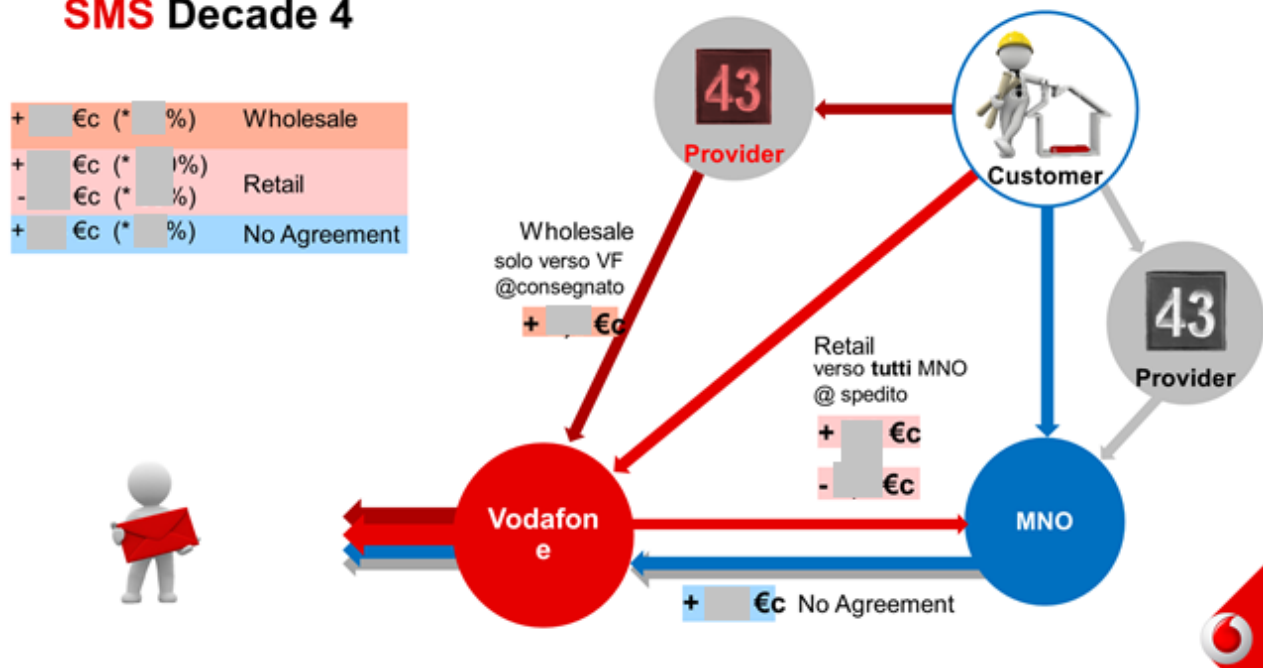
http://www.sviluppoeconomico.gov.it/images/stories/comunicazioni/numerazione/File_assegnati_pubblicati_il_14_06_2017.rar . Si vedano anche i doc. 134, 216, 228.]

³⁷³ [Secondo la documentazione acquisita, le offerte della divisione retail destinate agli aggregatori presentavano un prezzo su SMS spedito e riguardavano tutte le direttrici di traffico e non, al contrario, la sola terminazione su rete Vodafone. Si precisa che, proprio in virtù del fatto che il prezzo SMS è su inviato, venivano talvolta riconosciuti dei bonus aggiuntivi proprio per valorizzare la componente di SMS non consegnato. Sulla tipologia di tariffazione si veda anche il doc. 146.]

³⁷⁴ [Sul punto, si veda il doc. ISP.30 in cui Vodafone afferma "InfoBIP is actually a retail customer so we expect a price review" e ancora nel medesimo documento "In terms of their activity in the marketplace, Infobip are a wholesale customer. [...] I understand that this is not how they are segmented in VF Italy".]

³⁷⁵ [Cfr. doc. ISP.997, presentazione allegata denominata "SMS Interconnection D4.pptx".]

SMS Decade 4



278. Peraltro, proprio Vodafone nella documentazione suindicata (Figura 9) illustra che i clienti *retail* possono rivolgersi alternativamente a Vodafone, agli Operatori D43 o agli altri MNO.

279. Le condotte di Vodafone Italia vanno quindi poste nel contesto di valutazione strategica dei soggetti presenti nella filiera, che qualifica gli Operatori D43 come concorrenti infrastrutturati e gli aggregatori come rivenditori. Gli aggregatori, a differenza degli Operatori D43, non sono valutati come degli effettivi concorrenti dalle divisioni di Vodafone Italia. Sul punto, la documentazione interna conferma che Vodafone Italia considera gli aggregatori al pari dei clienti finali, prescindendo dalle caratteristiche intrinseche di tali soggetti³⁷⁶. Le condotte di Vodafone Italia hanno infatti l'obiettivo di colpire gli Operatori D43, che riescono ad esprimere una concorrenza di tipo infrastrutturale e a poter raggiungere un maggior grado di efficienza³⁷⁷. Mediante tali condotte, Vodafone Italia ha perseguito l'intento di sottrarre quote di domanda agli Operatori D43, riducendo le loro prospettive di crescita e compromettendo potenzialmente la loro redditività. Si ritiene che, pertanto, le condotte in esame debbano essere valutate considerando tale specifica valutazione strategica di Vodafone Italia, che consiste nel non ritenere che gli aggregatori siano dei reali concorrenti della divisione *retail* in virtù della loro attività di mera rivendita.

280. A fronte di offerte della divisione *retail* di Vodafone (destinate a grande clientela affari e aggregatori) comprese tra [1,5 - 2,0] e [2,6 - 2,9] € cent/SMS (in media nell'anno fiscale 2015/16 pari a [2,6 - 2,9] € cent/SMS³⁷⁸) per tutte le destinazioni (vale a dire *on-net/ff-net*), un concorrente altrettanto efficiente di Vodafone sosterebbe un costo di [2,6 - 2,9] € cent per SMS inviato (e [2,9 - 3,2] € cent per SMS consegnato). Tali costi riguardano esclusivamente la componente di interconnessione e rappresentano peraltro un valore estremamente cautelativo per Vodafone in quanto non include gli ulteriori costi per l'erogazione del servizio al dettaglio (ad esempio, rilegamenti, sviluppo e aggiornamento della piattaforma, costi commerciali, assistenza al cliente).

281. Tali offerte, quindi, sono inferiori al costo diretto di interconnessione che un concorrente altrettanto efficiente rispetto a Vodafone sostiene per inviare gli SMS massivi. Tale costo non considera le ulteriori voci necessarie all'erogazione del servizio. Ne consegue che la combinazione tra condizioni all'ingrosso applicate agli Operatori D43 e prezzi al dettaglio della divisione *retail* comportano margini negativi per un concorrente altrettanto efficiente.

282. Le descritte condotte, avendo ad oggetto l'offerta a condizioni che non sarebbero replicabili da un concorrente altrettanto efficiente, sono potenzialmente idonee a precludere la concorrenza determinando una compressione dei

³⁷⁶ [Si veda il doc. ISP.30 in cui Vodafone Italia, in uno scambio di email con Vodafone Global, ribadisce più volte di considerare un aggregatore come un cliente *retail* "InfoBIP is actually a retail customer so we expect a price review" e ancora nel medesimo documento "In terms of their activity in the marketplace, Infobip are a wholesale customer. [...] I understand that this is not how they are segmented in VF Italy".]

³⁷⁷ [Sul punto, si richiamano le considerazioni di Vodafone in merito al livello di efficienza di Ubiquity. In particolare, a commento di un'offerta fatta da quest'ultima e indirizzata a ICBPI, si legge: "Ubiquity è assegnataria di numerazioni in decade 43x in veste di Operatore SP, ed ha raggiunto accordi separati con Vodafone e con gli altri operatori mobili per l'invio di messaggistica bulk [...] Il prodotto "MAM retail" è soggetto ai costi di terminazione verso altre reti, secondo quanto definito tra Vodafone e gli operatori Mobili. Questo è il motivo principale per cui Ubiquity può oggi essere maggiormente competitiva rispetto a Vodafone, a meno di non far scendere il costo della terminazione degli SMS tra Vodafone e altri operatori mobili." cfr. doc. ISP.956.]

³⁷⁸ [Cfr. doc. 146. Si veda anche la Figura 5.]

marginari per i concorrenti nel mercato a valle almeno efficienti quanto Vodafone Italia e, conseguentemente, la compromissione della loro redditività, dunque nel lungo periodo la loro permanenza nel mercato.

283. Occorre tener conto che, dato il volume di SMS, uno scostamento di pochi millesimi può avere effetti rilevanti sui costi del servizio di invio massivo di SMS. Infatti, con una gara come quella di Unicredit, una perdita di soli 0,1 € cent su ciascun SMS si traduce in una perdita di 155.000 € annui per una fornitura di un numero di SMS richiesti da un unico cliente.

284. In merito alle offerte alla grande clientela affari, si deve considerare che – data l'incidenza che pochi clienti possono avere sul fatturato di un operatore del mercato a valle³⁷⁹ – le offerte di Vodafone Italia hanno effetti di esclusione potenzialmente rilevanti. In questo senso, le condotte di Vodafone, essendo di tipo selettivo, sono destinate a quei clienti che rappresentano un'importanza strategica per gli Operatori D43 e che sono determinanti ai fini dell'ottenimento della dimensione minima di impresa necessaria per operare nel mercato. Ne consegue che non è necessario osservare i valori medi delle offerte al dettaglio, in quanto una siffatta valutazione si astrarrebbe dal contesto delle condotte adottate, destinate solo ad i clienti più grandi, che rappresentano un target strategico estremamente importante per gli Operatori D43, e non già alla generalità dei clienti.

285. Proprio alla luce dell'importanza di tali clienti sul fatturato e sui volumi degli Operatori D43, si ritiene che le condotte consistenti nell'offerta a tali soggetti siano idonee ad avere effetti preclusivi, andando ad agire su un numero limitato di soggetti che sono in grado di sviluppare un giro d'affari maggioritario per tali operatori.

286. Inoltre – benché non si ritenga necessario considerare i valori medi, poiché si prescinderebbe dalle modalità di implementazione delle condotte abusive, destinate solo a certi clienti – dal lato del prezzo medio di cessione, ottenuto considerando i ricavi e i volumi interamente realizzati dalla divisione *retail* (sia per offerte a clienti finali che per quelle destinate ad aggregatori), il ricavo medio per SMS è pari a [2,6 – 2,9] € cent/SMS nell'anno fiscale 2015/16³⁸⁰, inferiore ai costi di interconnessione diretta per singolo SMS (pari, nell'ipotesi più cautelativa che considera un tasso di non consegnato pari al 10%, a [2,6 – 2,9] € cent per SMS inviato).

287. Su questo punto le argomentazioni di Vodafone Italia non possono essere accettate. In particolare, non si condivide il calcolo da essa operato³⁸¹ che consiste nel trasferimento di parte dei ricavi della divisione *retail* di Vodafone Italia (quella relativa agli aggregatori) tra i ricavi *wholesale* di Vodafone. Come spiegato in precedenza, le condotte di Vodafone Italia hanno l'obiettivo di colpire i soggetti che sono in grado di esprimere una concorrenza di tipo infrastrutturale, vale a dire gli Operatori D43. Vodafone Italia, in altre parole, considera gli aggregatori come soggetti in grado di esercitare una concorrenza limitata³⁸² e tali da essere identificati, ai fini della condotta strategica, al pari dei clienti *retail*.

288. Infatti, i ricavi della divisione *retail* di Vodafone, che predispone offerte verso tutte le direttrici (*on-net* e *off-net*), mostrano la presenza di una discriminazione interna-esterna che consiste nel concedere alla propria divisione *retail* la terminazione SMS sulla rete Vodafone ad un prezzo che permette di formulare offerte non replicabili da un concorrente altrettanto efficiente.

289. L'artificioso trasferimento di parte dei ricavi della divisione *retail* di Vodafone alla divisione *wholesale*, come proposto da Vodafone, corrisponderebbe ad ignorare le specifiche caratteristiche del mercato e delle condotte in esame: tale riallocazione contabile dei ricavi – che peraltro viene proposta *ex post* rispetto alla consolidata collocazione dei ricavi all'interno delle divisioni di Vodafone Italia – ometterebbe di considerare che le condotte di Vodafone Italia hanno l'obiettivo di colpire la concorrenza di tipo infrastrutturale, vale a dire gli Operatori D43. La proposta di Vodafone, quindi, comporterebbe una artificiale riduzione della tariffa media all'ingrosso e, dall'altro, un aumento del prezzo al dettaglio medio³⁸³, peraltro assimilando alle tariffe di terminazione *wholesale*, che sono esclusivamente *on-net* (su rete Vodafone), parte di fatturati *retail* (destinati agli aggregatori) di tipo *on-net/off-net* (su reti di tutti gli MNO) e, di conseguenza, ignorando la presenza di una discriminazione interno-esterna tra la terminazione ceduta alla propria divisione *retail* e quella ceduta ai concorrenti dalla divisione *wholesale*.

290. In merito alle modalità di svolgimento delle condotte, Vodafone ha adottato dei comportamenti volti a celare il più possibile le condizioni economiche realmente applicate tanto agli aggregatori quanto ai clienti finali, mediante la

³⁷⁹ [Sul punto, ad esempio, Vodafone afferma che i primi cinque clienti *retail* pesano intorno al [30-60%] del fatturato dei clienti e il [60-90%] del traffico in volume (cfr. doc. 146) . Inoltre, Ubiquity osserva che i primi 5 clienti rappresentano il 60-90% del traffico in volume (cfr. doc. 123).]

³⁸⁰ [Cfr. doc. 146. Si veda anche la Figura 5.]

³⁸¹ [Cfr. doc. 146, 214.]

³⁸² [Sul punto si richiama un'email interna di Vodafone del luglio 2016 relativa alle dinamiche di prezzo degli aggregatori influenzate dalla stessa Vodafone: "Ciao Caterina, Come ti dicevo, sul mercato sms si sta rilevando un innalzamento del prezzo medio sull'offerta ai clienti finali da parte degli aggregatori e dei loro resellers. Questo dopo l'azione di Vodafone di alzare i prezzi di vendita ai big (Moby, RdCom su tutti). Ovviamente gli aggregatori hanno subito riflesso sul mercato un prezzo più alto per minimizzare da subito le perdite"(cfr. ISP.21).]

³⁸³ [In particolare, la tariffa all'ingrosso media sarebbe ridotta in quanto si inseriscono delle offerte al dettaglio (non replicabili) che comportano prezzi inferiori alla tariffa di terminazione. Mentre il prezzo al dettaglio medio incrementerebbe in quanto non verrebbero considerate parte delle offerte non replicabili. Difatti, sebbene la più bassa tariffa di terminazione applicata agli Operatori D43 da Vodafone sia [2,3 – 2,6] € cent (Cfr., ex multis, doc. ISP.1007) la tariffa media di terminazione SMS che Vodafone sostiene di applicare è pari a [2,0 – 2,3] € cent.]

predisposizione di accorgimenti amministrativi che consentono una minore trasparenza nelle condizioni applicate (*side letters*, attivazione di sconti su altri servizi, anche retroattivi, *bonus* quantità).

291. Va posto l'accento, inoltre, alla documentazione interna di Vodafone in cui emerge la consapevolezza dei rischi concorrenziali legati alla discriminazione interno-esterna. Allo stesso modo, il dipartimento regolamentare di Vodafone si esprime specificatamente sull'obbligo di replicabilità di un'offerta destinata ad un aggregatore³⁸⁴, confermando la conoscenza dell'anomalia comportamentale della divisione *retail* e richiedendo il ritiro dell'offerta.

d) La discriminazione interna-esterna di Vodafone Italia

292. Le offerte della divisione *retail*, che sono state analiticamente analizzate *supra*, permettono di concludere che Vodafone Italia abbia posto in essere delle condotte di discriminazione interno-esterna concedendo ai concorrenti infrastrutturati nel mercato a valle la terminazione SMS su rete Vodafone ad un prezzo superiore a quello concesso alle proprie divisioni interne e tale da non permettere ad un concorrente altrettanto efficiente di poter competere efficacemente sul mercato al dettaglio dell'invio massivo degli SMS, avendo un effetto potenzialmente escludente.

293. In particolare, Vodafone Italia concedeva alla propria divisione interna la terminazione SMS sulla propria rete pari [0,0 – 0,5] € cent/SMS³⁸⁵, mentre le tariffe all'ingrosso applicate agli Operatori D43 sono almeno pari a [2,3 – 2,6] € cent/SMS³⁸⁶. Considerando tali tariffe all'ingrosso e i costi di interconnessione verso altre reti, le offerte al dettaglio della divisione *retail* non sono replicabili da un concorrente efficiente quanto Vodafone che opera nel mercato a valle acquisendo la terminazione SMS su rete Vodafone dalla stessa. Si ricorda, infatti, che la fattispecie di compressione dei margini discende dall'insufficiente differenza tra prezzo al dettaglio e prezzo all'ingrosso che rende il margine potenziale lasciato ai concorrenti sul mercato insufficiente ad operare profittevolmente.

294. Sul punto, non si condivide l'affermazione di Vodafone che tale valorizzazione interna sarebbe comunque compatibile con una valutazione del costo opportunità³⁸⁷, vale a dire raffrontare *i)* i margini che sarebbero ottenuti se essa vendesse il servizio al dettaglio di invio massivo di SMS (nel prosieguo, "margini al dettaglio") con *ii)* i margini che sarebbero ottenuti se Vodafone vendesse esclusivamente la terminazione SMS ai concorrenti nel mercato a valle ("margini all'ingrosso").

295. In primo luogo, si deve osservare che se Vodafone effettuasse un'analisi di sensitività di tale genere otterrebbe il medesimo risultato del test del concorrente altrettanto efficiente svolto nel presente procedimento. Infatti, siccome i margini all'ingrosso (punto *ii* nel paragrafo precedente) sono per definizione i costi del concorrente nel mercato a valle non integrato verticalmente. Tale analisi di sensitività asseritamente svolta da Vodafone, infatti, equivale matematicamente al test della soglia critica applicato nel presente provvedimento; con semplici passaggi algebrici tale analisi di sensitività può essere ricondotta alla formula della soglia critica per un concorrente altrettanto efficiente³⁸⁸.

296. Infatti, tale analisi di sensitività equivarrebbe a verificare se i margini al dettaglio siano superiori ai margini all'ingrosso. Poiché i margini all'ingrosso sono i margini legati alla terminazione SMS pagati dagli altri operatori nel mercato a valle, l'analisi di sensitività asseritamente svolta da Vodafone corrisponderebbe a verificare se i margini al dettaglio coprano i costi all'ingrosso per un operatore altrettanto efficiente. Ciò non accade. A dimostrazione di ciò, l'esempio mostrato da Vodafone e riportato in Figura 10 *infra* è utile a comprendere che la società non effettua alcuna valutazione di costo opportunità e, al contrario, si comprende esattamente la strategia abusiva di Vodafone.

³⁸⁴ ["- Offerte Vodafone per gli SMS corporate D4 Marilisa ribadirà a Manlio [omissis] l'obbligo della replicabilità delle nostre offerte ricordando la nostra base di costo pari a [2,9 – 3,2] €/SMS e conseguentemente il ritiro dell'offerta MobyT" cfr. ISP.1000. Si veda, inoltre, il doc. ISP.1041]

³⁸⁵ [Cfr. Allegato "PL Unicredit_III round.xlsx" alle seguenti email: doc. ISP.7; ISP.124; . Si vedano, inoltre, ISP.81, ISP.132 (foglio di calcolo denominato "PL 5 9 11_MAM ICCREA_Versione per Sign Off.xlsx" allegato alla email), ISP.12, ISP.29, ISP.141.]

³⁸⁶ [Si veda, ex multis, il doc. ISP.1007. Si veda anche la Tabella 3.]

³⁸⁷ [Cfr. doc. 214, par. 135 e ss.]

³⁸⁸ [In particolare, la formula indicata da Vodafone è la seguente:

$$(p_{off-net} - c_{off-net})q_{off-net} + p_{on-net}q_{on-net} > c_{on-net}q_{on-net}$$

La formula può essere riscritta come:

$$p_{off-net}q_{off-net} + p_{on-net}q_{on-net} > c_{off-net}q_{off-net} + c_{on-net}q_{on-net}$$

Poiché il prezzo al dettaglio on-net e off-net è il medesimo:

$$p(q_{off-net} + q_{on-net}) > c_{off-net}q_{off-net} + c_{on-net}q_{on-net}$$

con un ulteriore passaggio algebrico si ha la seguente formula:

$$p > \frac{c_{off-net}q_{off-net} + c_{on-net}q_{on-net}}{q_{off-net} + q_{on-net}}$$

E quindi la formula presentata da Vodafone è equivalente a verificare che:

$$p > c_{off-net}\alpha_{off-net} + c_{on-net}\alpha_{on-net}$$

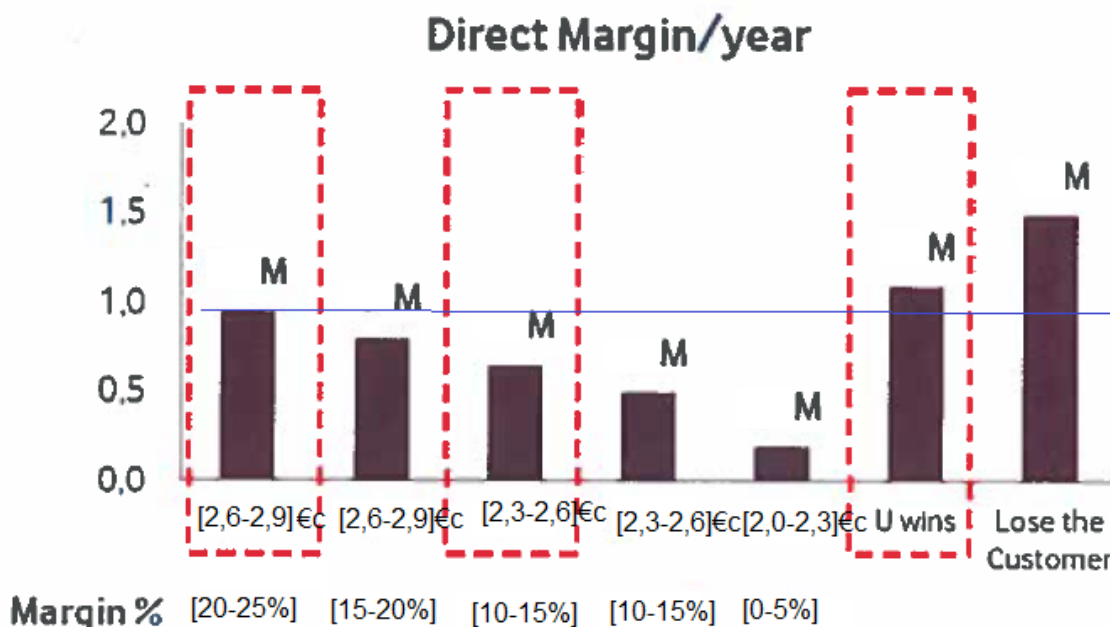
L'analisi di sensitività asseritamente svolta da Vodafone, quindi, corrisponderebbe algebricamente a verificare se il prezzo al dettaglio (p) è superiore alla soglia critica per un concorrente altrettanto efficiente (lato destro della disuguaglianza). Si veda infatti l'Allegato 1 – Metodologia di calcolo della soglia critica per un concorrente nel mercato a valle altrettanto efficiente di Vodafone Italia (as efficient competitor) considerando solo i costi di terminazione e, in particolare, l'equazione [3], dove le quantità percentuali ($\alpha_{off-net}$ e α_{on-net}) sono indicate con α_i . Il test del concorrente altrettanto efficiente ha permesso di verificare che il prezzo al dettaglio è inferiore alla soglia critica per un concorrente altrettanto efficiente. Pertanto, non risulta vero che Vodafone Italia abbia svolto una simile analisi di sensitività.]

297. La Figura 10 mostra una comparazione dei margini tra (rispettivamente da destra verso sinistra) a) cinque ipotesi di prezzo per la gara Unicredit (da [2,6-2,9] € cent/SMS a [2,0-2,3] € cent/SMS), b) l'ipotesi di perdere la gara che viene affidata ad Ubiquity (caso "U wins") e c) l'ipotesi di perdere la gara in favore di un altro soggetto ("lose the customer").

298. Ebbene, i margini ottenibili vincendo la gara al prezzo effettivamente offerto a Unicredit (prima colonna, "margini al dettaglio") sono inferiori ai margini all'ingrosso ottenibili perdendo la gara in favore di Ubiquity. In primo luogo, quindi, Vodafone ha presentato un'offerta che sarebbe non razionale, in quanto perdendo la gara in favore di Ubiquity avrebbe guadagnato di più; ciò significa che non è vero che essa svolge un'analisi di costo opportunità (o analisi di sensitività), in quanto tale analisi avrebbe comportato la presentazione di un'offerta più alta.

299. In secondo luogo, il "margine all'ingrosso" (le ultime due colonne) è per definizione il costo che un concorrente nel mercato a valle deve pagare a Vodafone Italia per la terminazione SMS. Poiché il margine al dettaglio è inferiore ai costi all'ingrosso, un concorrente altrettanto efficiente non sarebbe in grado di operare al prezzo al dettaglio che è stato concretamente proposto da Vodafone a Unicredit. Nel caso di specie i margini al dettaglio di Vodafone (pari a [0-10] milioni di Euro) non sarebbero sufficienti a coprire i costi all'ingrosso che un concorrente nel mercato a valle dovrebbe pagare a Vodafone per la terminazione SMS (pari rispettivamente a [0-10] e [0-10] milioni di Euro nel caso avesse vinto Ubiquity o un altro soggetto nel mercato a valle) ³⁸⁹

Figura 10 – Sensitivity analysis (analisi costo-opportunità) elaborata da Vodafone³⁹⁰



300. Difatti, la Figura 10 *supra* spiega con semplicità la strategia abusiva di Vodafone Italia, che nel caso di specie identifica anche l'Operatore D43 Ubiquity. La *ratio* di scegliere un'offerta a Unicredit pari a [2,6-2,9] € cent/SMS (a cui si deve sottrarre un ulteriore sconto³⁹¹) va ricercata infatti nell'intento escludente della stessa Vodafone.

e) La discriminazione interna-esterna di tipo tecnico e i suoi effetti economici

301. Si deve ricordare, inoltre, che oltre agli effetti preclusivi per i concorrenti altrettanto efficienti, vi sono ulteriori effetti di pregiudizio alla concorrenza basata sul merito. Infatti, la discriminazione interno-esterna e il conseguente *margin squeeze* pongono dei vincoli di efficienza ai concorrenti nel mercato a valle ulteriori rispetto a quelli richiesti alle proprie divisioni interne³⁹².

³⁸⁹ [Cfr. doc. 214, Figura 7. Si veda anche ISP.33.]

³⁹⁰ [Cfr. doc. 214, Figura 7. Si veda anche ISP.33.]

³⁹¹ [Cfr. doc. 92, 93, 94, ISP.94, ISP.95, ISP.96, ISP.97, ISP.98, ISP.99, ISP.100, ISP.101.]

³⁹² [Cfr., ex multis, Decisione della Commissione del 4 luglio 2007, caso COMP/38.784, Wanadoo Espana v. Telefonica, par. 284. Sul punto, si richiamano le considerazioni di Vodafone in merito al livello di efficienza di Ubiquity. In particolare, a commento di un'offerta fatta da quest'ultima e indirizzata a ICBPI, si legge: "Ubiquity è assegnataria di numerazioni in decade 43x in veste di Operatore SP, ed ha raggiunto accordi separati con Vodafone e con gli altri operatori mobili per l'invio di messaggistica bulk [...] Il prodotto "MAM retail" è soggetto ai costi di terminazione verso altre reti, secondo quanto definito tra Vodafone e gli operatori Mobili. Questo è il motivo principale per cui Ubiquity può oggi essere maggiormente competitiva rispetto a Vodafone, a meno di non far scendere il costo della terminazione degli SMS tra Vodafone e altri operatori mobili." cfr. doc. ISP.956 (sottolineatura aggiunta).]

302. In tale contesto occorre osservare che le condotte di Vodafone hanno l'effetto di colpire direttamente i soggetti infrastrutturati, vanificando gli investimenti di questi soggetti che vengono posti in condizione di non poter competere con la stessa Vodafone. Parallelamente alla compressione dei margini dovuta alla differenza tra tariffa all'ingrosso e tariffa al dettaglio, si osserva un ulteriore effetto economico dovuto all'obbligo di utilizzare la piattaforma proprietaria di Vodafone e non il protocollo SS7 utilizzato come standard di interconnessione con gli MNO.

303. Gli Operatori D43, avendo un'infrastruttura di rete (e in particolar modo un SMS-C e numerazioni) sono tecnicamente in grado di utilizzare tale protocollo. Ciò è dimostrato dal fatto che gli Operatori D43 sono connessi con tutti gli operatori mobili ad eccezione di Vodafone con un rilegamento basato su SS7³⁹³.

304. L'utilizzo della piattaforma MAM pertanto comporta maggiori oneri economici (costi di *back-up* e penali per non rispetto degli SLA) che sono idonei ad accentuare l'effetto di compressione dei margini precedentemente analizzato. Tali costi sono connessi a tassi di *delivery* inferiori³⁹⁴ e a tempi di consegna incrementali rispetto al protocollo SS7.

305. In particolare, secondo i dati forniti dalla stessa Vodafone, il tempo medio di consegna del messaggio al primo tentativo utilizzando la piattaforma MAM è superiore al [10-15%] rispetto al tempo medio di consegna registrato con il protocollo SS7³⁹⁵. Ubiquity, inoltre, rileva che nel mese di aprile 2017 solo il [25-50%] del traffico trasmesso viene elaborato entro un secondo, rispetto al [75-100%] degli altri operatori che utilizzando il protocollo SS7³⁹⁶.

306. Quanto alla presenza di una discriminazione tecnica si deve osservare che il centro SMS-C di Vodafone dialoga con gli elementi della propria rete mediante il protocollo SS7³⁹⁷. Quindi non si ritiene fondata l'argomentazione di Vodafone secondo cui non vi sarebbe discriminazione tecnica in quanto agli Operatori D43 viene offerta la medesima piattaforma *retail* MAM offerta ai clienti di Vodafone³⁹⁸; al contrario, per un servizio all'ingrosso, Vodafone offre agli Operatori D43 un rilegamento che è uguale a quello offerto ai clienti al dettaglio. Tale considerazione va letta nel contesto delle condotte suesposte, che hanno l'obiettivo di colpire gli operatori che sono in condizione di esercitare una concorrenza di tipo infrastrutturale.

307. In particolar modo, come confermato dalla relazione tecnica inviata da Vodafone³⁹⁹, la piattaforma MAM comporta necessariamente il passaggio attraverso il centro servizi SMS (SMS-C) di Vodafone. Sebbene il protocollo SS7 sia tecnicamente più complesso da gestire⁴⁰⁰, si osserva che a tale complessità di gestione corrisponde una maggiore autonomia tecnologica tipica di un operatore infrastrutturato⁴⁰¹, che ha un riflesso sui costi degli Operatori D43. Proprio in ragione di tali efficienze sulla struttura dei costi, gli Operatori D43 hanno portato avanti un costoso processo di infrastrutturazione⁴⁰², sviluppando le proprie piattaforme e il proprio SMS-C, i collegamenti fisici e

³⁹³ [Cfr. doc. 107, 122, 123, 139, 215, 216, 228 all. 2, 3A/3B.]

³⁹⁴ [Cfr. doc. 107, 123.]

³⁹⁵ [Cfr. doc. 214. In particolare, il tempo medio di consegna al primo tentativo è pari a [omissis] secondi con il protocollo SS7 e [omissis] secondi attraverso la piattaforma MAM di Vodafone.]

³⁹⁶ [Cfr. doc. 139, all. 3. Inoltre, secondo Ubiquity "il protocollo SS7 garantisce la consegna all'utente finale in un massimo di 40-50 millesimi di secondo; tramite la MAM di Vodafone i tempi di presa in carico (senza fornire l'informazione sull'effettiva consegna alla SIM dell'utente finale, diversamente da SS7) variano da un minimo di 600 millesimi di secondo fino ad anche 400.000 millesimi di secondo, specie nei casi di importanti picchi di traffico" (cfr. doc. 228).]

³⁹⁷ [Infatti, si deve osservare che il SMS-C di Vodafone dialoga con gli elementi della propria rete di segnalazione mediante il protocollo standard SS7; tale protocollo è utilizzato anche con gli altri MNO. Al contrario, il suo utilizzo non è concesso agli Operatori D43, che tuttavia dispongono degli elementi di rete idonei al suo impiego (e, in particolar modo, il SMS-C). La prima differenza riscontrabile tra il protocollo SS7 e la soluzione MAM di Vodafone, infatti, risiede nella assenza di necessità di utilizzo dell'SMS-C di Vodafone, poiché gli Operatori D43 possiedono un proprio SMS-C e possono dialogare con gli elementi di rete direttamente, così avendo un maggior controllo del processo di trasmissione del messaggio. Si conferma, quindi, che la scelta operata da Vodafone di utilizzare per le connessioni con gli Operatori D43 della piattaforma MAM deve essere ricondotta nel medesimo obiettivo di colpire i soggetti infrastrutturati (Operatori D43/OLO) mediante l'offerta di una soluzione tecnica che comporta una minore autonomia tecnologica.]

³⁹⁸ [Cfr. doc. 214.]

³⁹⁹ [Cfr. doc. 146, all. 1.A.]

⁴⁰⁰ [Si veda, ad esempio, il doc. 107, 215.]

⁴⁰¹ [Tale autonomia tecnologica si traduce, ad esempio, in una maggiore velocità di attraversamento del messaggio o nella possibilità di interrogare il database HLR. Cfr. doc. 139 e paragrafo IV.I I servizi di invio massivo degli SMS, del presente provvedimento. In particolare, l'Home Location Register è un database in cui il gestore della rete memorizza i dati dei propri utenti, relativi al contratto che sulla localizzazione del terminale ai fini dell'instradamento delle chiamate/SMS verso altri MSC nella cui area si trova il dispositivo mobile. Tra i dati memorizzati vi sono quelli relativi al MSC utilizzato di recente dall'utente (e quindi alla posizione dell'utente) e lo stato di disponibilità dell'utenza mobile. In particolare, secondo gli standard tecnici (European Telecommunications Standards Institute, Digital cellular telecommunications system (Phase 2+); Technical realization of the Short Message Service (SMS) Point-to-Point (PP)), le informazioni memorizzate nell'HLR sono: il Messages-Waiting-Indication (MWI), che indica se vi sono messaggi da consegnare a seguito di precedenti tentativi non riusciti, Messages-Waiting-Data (MWD), che consiste nella lista di centri servizi (SMS-C) che hanno dei messaggi che attendono di essere consegnati al dispositivo mobile, Mobile-Station-Memory-Capacity-Exceeded-Flag (MCEF), che indica se il mancato recapito è dovuto a problemi di memoria della stazione radiomobile (MS), Mobile-Station-Not-Reachable-Flag (MNRF), che indica se il mancato recapito è dovuto all'impossibilità di raggiungere il dispositivo mobile dalla stazione radio (MS).]

⁴⁰² [A scopo esemplificativo si osserva che per avere un SMS-C è necessario disporre un'autorizzazione per la fornitura a) di reti pubbliche di comunicazioni; b) di servizio telefonico accessibile al pubblico; o c) del servizio di comunicazioni mobili e personali (Cfr. articolo 25 e allegato n. 10 del d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259 recante il "Codice delle Comunicazioni Elettroniche") che comportano oneri amministrativi annuali di almeno 75.500 euro (pari a 75.500 euro per gli operatori di cui al punto b e c e 127.000 euro per gli operatori

instaurando connessioni basate su protocollo SS7 con gli altri MNO diversi da Vodafone. L'utilizzo della MAM, rispetto ai rilegamenti basati su protocollo SS7⁴⁰³, determina un ulteriore ostacolo economico che accentua la compressione dei margini.

308. Quanto alla quantificazione dei costi, come detto in precedenza questi attengono principalmente alle penali⁴⁰⁴ e ai servizi di *back-up*⁴⁰⁵ e sono idonei ad accentuare l'effetto di compressione dei margini precedentemente analizzato, margini che sono già negativi prendendo in considerazione solo i costi di terminazione SMS. Infine, la circostanza che il servizio offerto da Ubiquity abbia un tasso di disponibilità maggiore rispetto a quello di Vodafone (del 99% rispetto al [90-95%] di Vodafone)⁴⁰⁶, non è una prova di assenza di discriminazione tecnica proprio in virtù del fatto che la stessa Ubiquity utilizza, a costi maggiori, un servizio di *back-up* da attivare in caso di disservizi della piattaforma MAM⁴⁰⁷.

f) Il test di replicabilità applicato

309. Quanto al test del concorrente altrettanto efficiente applicato, esso consiste nel calcolare per ciascuna direttrice (ciascuna rete mobile di destinazione) la percentuale di traffico e il costo di interconnessione⁴⁰⁸. Tale test considera esclusivamente i costi variabili di invio degli SMS alle rispettive reti di destinazione.

310. In primo luogo, si rimarca che tale test è estremamente cautelativo, considerando solo i costi incrementali di breve periodo. Non si concorda, infatti, con le affermazioni di Vodafone che i costi di terminazione sarebbero gli unici costi del servizio. A smentire tale affermazione è sufficiente riferirsi alla documentazione interna di Vodafone di preparazione delle offerte che mostra, ad esempio, la necessità di sviluppare soluzioni tecnologiche *ad hoc* (come nel caso delle gare Unicredit e ICCREA)⁴⁰⁹. Tra gli altri costi vi sono quelli relativi al rilegamento tra i sistemi informativi del cliente e quelli dell'operatore di SMS *bulk*; il costo connesso alla numerazione; i costi commerciali, di fatturazione e *customer care*⁴¹⁰.

311. Inoltre, la metodologia di calcolo della soglia critica seguita è fedele a quanto affermato da Vodafone alla risposta alla richiesta di informazioni del 7 luglio 2017⁴¹¹ in cui la stessa afferma che *"per la predisposizione di un servizio al dettaglio di invio massivo di SMS, nella maggior parte dei casi l'unico costo diretto variabile sostenuto è la terminazione su tutte le reti degli operatori infrastrutturati"*. Difatti, il test del concorrente altrettanto efficiente considera esclusivamente i costi di terminazione *on-net* (verso rete Vodafone) e *off-net* (verso altre reti).

312. Peraltro, la metodologia applicata mutua la documentazione interna di Vodafone Italia⁴¹² che consiste nei prospetti c.d. *Profit&Loss* preparatori alla gara. Su questo punto, non si ritiene accoglibile la considerazione che tali documenti siano preparati secondo un criterio precauzionale. In primo luogo, poiché essi sono compilati con funzione di *budget* previsionale della gara, evidenziando i flussi di costo e ricavo del servizio che Vodafone si appresta a vendere. In secondo luogo, come più volte ricordato, le evidenze documentali interne costituiscono un ulteriore elemento che conferma le analisi e le considerazioni svolte in precedenza in merito al test del concorrente altrettanto efficiente.

di cui al punto a), contro il contributo annuale di 600 euro che pagano gli altri operatori di comunicazione elettronica (eccetto quelli che forniscono servizi via satellite).]

⁴⁰³ [Vodafone, inoltre, riconosce che gli altri MNO usano protocolli standard: "Il protocollo MAM e' VF... normalmente gli altri operatori usano protocolli std" cfr. ISP.592.]

⁴⁰⁴ [Ad esempio, il Bando ICCREA prevede che il tempo medio di risposta sia compreso tra [omissis] e [omissis] secondi ed il tempo massimo sia pari a [omissis] e [omissis] secondi, rispettivamente per i periodi di picco e non di picco. (cfr. doc. ISP.98, all. 1 - Applicazioni Monetica Piattaforma Gestione SMS SMS Deliverer - "InvioSMS" - Service Level Agreement, tab. 2.1.5.3). Uno scostamento di 300 millesimi di secondo (0,3 secondi) tra MAM e SS7, valore dichiarato da Vodafone (cfr. doc. 214), può quindi incidere nell'applicazione delle penali per mancato raggiungimento di uno SLA.]

⁴⁰⁵ [Basti pensare che, a fronte di una tariffa di terminazione SMS praticata da Vodafone a Ubiquity pari a [2,3 - 2,6] € cent /SMS, infatti, gli operatori di back-up offrono ad Ubiquity un prezzo di [2,6 - 2,9] € cent /SMS e [2,9 - 3,2] € cent /SMS per gli SMS verso rete Vodafone, con una differenza di [0-0,5]-[0,5-1,0] € cent/SMS.]

⁴⁰⁶ [Cfr. doc. 214.]

⁴⁰⁷ [Cfr. doc. 145, 216.]

⁴⁰⁸ [Secondo Vodafone (cfr. doc. 146).]

⁴⁰⁹ [Vodafone afferma che in taluni casi la predisposizione di un'offerta retail può richiedere la personalizzazione ad hoc della piattaforma informatica (cfr. doc. 146). Per la gara Unicredit del 2016, si vedano, ad esempio, i documenti ISP.7; ISP.124; ISP.136 in cui si fa riferimento ai costi per l'utilizzo di servizi resi da un fornitore esterno valorizzati in un prezzo per singolo SMS. Inoltre, nei medesimi documenti si fa riferimento ad un costo una tantum per l'ammodernamento dei sistemi di fatturazione. Le medesime voci di costo sono presenti nel prospetto denominato "Profit & Loss" o "P&L", cfr. documento "PL Unicredit_III round.xlsx" allegato alle email ISP.7, ISP.124, ISP.136. Si vedano, sul medesimo punto, i doc. ISP.80, ISP.81. In merito all'offerta ICCREA banca si veda il documento ISP.12.]

⁴¹⁰ [Cfr. doc. PI.4, 108, 145, 215]

⁴¹¹ [Cfr. doc. 146.]

⁴¹² [Cfr. doc. ISP.113, ISP.562, ISP.77, ISP.1038, ISP.132 (Cartella denominata "Base Costi Complex Deals" presente nel foglio di calcolo denominato "PL 5 9 11_MAM ICCREA_Versione per Sign Off.xlsx" allegato alla email). Nei documenti ISP.7, ISP.124 e ISP.136, si riporta una stima del traffico on-net pari al [25%-30%], che è meno cautelativa per la Parte. Si veda, inoltre, il paragrafo b) La struttura dei costi di Vodafone Italia, del presente provvedimento.]

313. Inoltre, si ritiene non condivisibile il test alternativo proposto da Vodafone nelle memorie finali⁴¹³, vale a dire confrontare il prezzo al dettaglio applicato da Vodafone con la sola tariffa di terminazione SMS su rete Vodafone. In primo luogo, tale test prescinde dalla reale struttura dei costi del servizio al dettaglio di invio massivo di SMS, così come descritta nelle pagine precedenti e confermata dalla documentazione interna di Vodafone.

314. In secondo luogo, il test alternativo proposto da Vodafone confronta due elementi eterogenei, vale a dire il prezzo al dettaglio degli SMS verso tutte le direttrici, contro la tariffa all'ingrosso verso una sola rete (quella di Vodafone Italia).

315. In terzo luogo, il test come proposto da Vodafone potrebbe portare alla conclusione irragionevole di poter accertare un comportamento abusivo di *margin squeeze* ad opera di un MNO che, sulla base dei costi di produzione del servizio, non ha effettivamente predisposto un'offerta non replicabile. Al contrario, il medesimo test alternativo condurrebbe alla conclusione di non accertamento nel caso l'operatore mobile predisponga l'offerta che determina un *margin squeeze*.⁴¹⁴ Ciò in quanto il test proposto da Vodafone si astrae dalla reale struttura dei costi del servizio di invio massivo di SMS e considera elementi eterogenei.

316. Infine, in merito alle ragioni addotte da Vodafone a sostegno del test da essa proposto, vale a dire la presenza di altri mercati di terminazione SMS verso le reti degli altri MNO, si osserva che nel rapporto tra MNO, a differenza di quello tra Operatori D43 ed MNO, i prezzi sono presi secondo accordi di reciprocità, in cui Vodafone non subisce in modo unilaterale le decisioni degli altri MNO sulla terminazione verso altre reti⁴¹⁵. Poiché la tariffa di terminazione è reciproca, Vodafone Italia, dovrà sì pagare gli SMS destinati agli altri MNO (ad esempio TIM e Wind Tre), ma riceverà anche un traffico in entrata dagli altri MNO. Tale condizione, gli consente di fare leva sulla propria posizione dominante sul mercato di terminazione SMS sulla propria rete, potendo quindi predisporre delle offerte non replicabili per un concorrente altrettanto efficiente. Tale condizione, al contrario, non vale per gli Operatori D43 che non sono integrati verticalmente sul mercato della terminazione SMS e che quindi non possono fare leva su tale mercato.

317. I prezzi al dettaglio di Vodafone, pertanto, non sono frutto di un'esigenza di mantenersi competitiva sul mercato, a vantaggio della concorrenza e dei consumatori. Infatti, le offerte descritte in precedenza, comportando margini negativi per un concorrente altrettanto efficiente, hanno l'effetto potenziale di escludere i concorrenti nel mercato a valle (Operatori D43). La concorrenza sarebbe salvaguardata solo se, a fronte di prezzi più bassi da parte di Vodafone, la stessa procedesse ad abbassare la tariffa all'ingrosso di terminazione SMS sulla propria rete. Ad esempio, mediante l'applicazione ai propri concorrenti nel mercato a valle della tariffa di terminazione SMS su rete Vodafone riservata alla divisione interna.

318. Infatti, non si ritiene che tale circostanza possa esimere l'impresa dominante dalla responsabilità delle proprie condotte ai fini antitrust. Come osservato dal Consiglio di Stato, infatti, *"non è invocabile, in funzione esimente, la teoria della meeting competition defence per giustificare condotte analogamente anticompetitive dirette a sortire effetti pregiudizievolemente escludenti rispetto ai terzi"*⁴¹⁶.

319. In conclusione, non si ritiene che il test alternativo proposto da Vodafone nella memoria finale possa essere accettato in quanto: i) prescinde dalla reale struttura dei costi del servizio di invio massivo di SMS; ii) confronta elementi eterogenei (prezzo al dettaglio verso tutte le reti contro terminazione SMS su una sola rete); iii) la sua applicazione comporta in astratto risultati paradossali; iv) non sarebbe giustificato dalla struttura della filiera e da ragioni di beneficio del consumatore.

VI.IV Conclusioni

320. L'istruttoria ha permesso di concludere che Vodafone Italia, che detiene una posizione dominante sul mercato all'ingrosso della terminazione SMS sulla propria rete, abbia adottato delle condotte di discriminazione interno-esterna di tipo tecnico-economico con conseguente effetto di compressione dei margini per un concorrente altrettanto efficiente nel mercato a valle dei servizi di invio massivo di SMS.

321. In particolare, tali condotte hanno l'obiettivo di escludere gli operatori non integrati verticalmente ed in particolare, gli Operatori D43, che sono operatori infrastrutturati. In tal modo le condotte di Vodafone sono idonee a

⁴¹³ [Cfr. doc. 214.]

⁴¹⁴ [Si supponga che ci siano due soli MNO (Vodafone e MNO2), la tariffa di terminazione di Vodafone per la propria rete sia pari a 5 €/SMS, mentre la tariffa di terminazione SMS verso la rete MNO2 sia pari a 7€/SMS. Il traffico è diviso a metà tra Vodafone e MNO2. Secondo il test del concorrente altrettanto efficiente (senza considerare undelivered), la soglia critica sarebbe pari a 6€/SMS (un operatore nel mercato a valle pagherebbe 5€ per metà del traffico e 7€ per la restante metà). Ciò significa che un prezzo inferiore a 6€ conduce a margini negativi considerando i costi di erogazione del servizio. Immaginiamo che Vodafone pratichi un prezzo al dettaglio di 5,5€/SMS (inferiore ai costi di erogazione del servizio al dettaglio di 6€/SMS) e MNO2 pratichi un prezzo al dettaglio di 6,5€/SMS. Quindi il test del concorrente altrettanto efficiente svolto nel presente provvedimento condurrebbe a definire correttamente che l'offerta al dettaglio di Vodafone, inferiore ai costi di erogazione del servizio, determina un *margin squeeze*, mentre quella di MNO2 no. Il test alternativo proposto da Vodafone invece porterebbe a concludere che Vodafone non sia responsabile della propria offerta in *margin squeeze* (benché il prezzo al dettaglio offerto è pari a 5,5 €/SMS inferiore ai costi del servizio di 6€), mentre si avrebbe un accertamento per MNO2 benché il prezzo offerto sia superiore ai costi di erogazione del servizio.]

⁴¹⁵ [Ciò è provato dalla documentazione interna di Vodafone Italia, in cui emerge che, [omissis].]

⁴¹⁶ [Cfr. Consiglio di Stato, Sentenza n. 2438 del 20 aprile 2011, caso A357 – Tele 2/Tim-Vodafone-Wind.]

vanificare gli investimenti di questi soggetti, che non sono messi in grado di competere, colpendo la concorrenza di tipo infrastrutturale.

322. Quanto agli effetti della condotta, si deve ricordare che secondo gli orientamenti giurisprudenziali in tema di *margin squeeze*⁴¹⁷, l'effetto anticoncorrenziale sul mercato "deve sussistere, ma non deve essere necessariamente concreto, in quanto è sufficiente la dimostrazione di un effetto anticoncorrenziale potenziale idoneo a precludere l'accesso al mercato a concorrenti di efficienza quantomeno pari all'impresa in posizione dominante [...] la circostanza che il risultato perseguito, cioè l'esclusione dei concorrenti, non venga, in definitiva, raggiunto non può certo escludere la qualificazione di abuso ai sensi dell'articolo 102 TFUE"⁴¹⁸.

323. Nello specifico, poiché considerando solo i costi incrementali di breve periodo (e, in particolare, solo i costi di terminazione SMS), un operatore altrettanto efficiente non sarebbe in grado di operare senza incorrere in una perdita, si ritiene che le condotte abbiano un probabile effetto di esclusione. Peraltro, in alcuni casi gli Operatori D43 hanno effettivamente dovuto offrire il servizio in perdita⁴¹⁹. Le condotte in esame hanno, in alcuni casi, ottenuto l'effetto di acquisizione del cliente e, in altri, hanno reso "più difficile la penetrazione di questi ultimi [gli Operatori D43] nel mercato interessato"⁴²⁰ ponendo dei vincoli di efficienza ai concorrenti nel mercato a valle ulteriori rispetto a quelli richiesti alle proprie divisioni interne⁴²¹. Tali vincoli di efficienza ulteriori sono da ricercarsi nella discriminazione tecnico-economica alla base del *margin squeeze*.

324. Infatti, tali condotte di Vodafone hanno lo scopo di colpire direttamente i soggetti infrastrutturati, vanificando gli investimenti da questi realizzati. Peraltro, parallelamente alla compressione dei margini dovuta alla differenza tra tariffa all'ingrosso e tariffa al dettaglio, si osserva un ulteriore effetto economico dovuto all'obbligo di utilizzare la piattaforma proprietaria di Vodafone e non il protocollo SS7 utilizzato come standard di interconnessione con gli MNO.

325. Le offerte della divisione *retail* di Vodafone sono state indirizzate alla grande clientela aziendale, vale a dire a quei clienti di importanza strategica per gli Operatori D43 e che sono determinanti ai fini dell'ottenimento della dimensione minima di impresa necessaria per operare nel mercato⁴²², e agli aggregatori, avendo l'obiettivo di sottrarre domanda agli Operatori D43, che rappresentano gli unici soggetti non verticalmente integrati in grado di esprimere una concorrenza di tipo infrastrutturale, non ponendosi in un rapporto di mera rivendita del servizio al dettaglio.

326. In conclusione, gli elementi agli atti confermano che le condotte di Vodafone Italia consistono in una complessa strategia escludente indirizzata agli Operatori D43, consistente in una discriminazione interno-esterna tra concorrenti e divisioni interne, sia economica che tecnica, e la conseguente compressione dei margini, con possibili effetti escludenti dei soggetti infrastrutturati (Operatori D43).

VII. IL PREGIUDIZIO AL COMMERCIO COMUNITARIO

327. Le condotte sopra descritte rientrano nell'ambito di applicazione della normativa comunitaria in materia di concorrenza e, segnatamente, nell'ambito dell'articolo 102 del TFUE, relativo al divieto di abuso di una posizione dominante, essendo potenzialmente idonee a pregiudicare il commercio intracomunitario. Secondo la Commissione Europea il concetto di pregiudizio al commercio intracomunitario deve essere interpretato tenendo conto dell'influenza, diretta o indiretta, reale o potenziale, sui flussi commerciali tra gli Stati membri. Secondo tali orientamenti, "gli accordi che si estendono a tutto il territorio di uno Stato membro hanno, per loro natura, l'effetto di consolidare la compartimentazione dei mercati a livello nazionale, ostacolando così l'integrazione economica voluta dal Trattato"⁴²³.

⁴¹⁷ [Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 17 febbraio 2011, causa C-52/09 *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige AB*, paragrafi 64 e ss. Si veda anche la Sentenza della Corte di Giustizia del 14 ottobre 2010 nel caso C-280/08 *Deutsche Telekom*.]

⁴¹⁸ [Sul punto, si osserva che nel caso di *margin squeeze* la dimostrazione di un probabile effetto anticoncorrenziale è legato alla circostanza che un operatore altrettanto efficiente non sarebbe in grado di operare senza incorrere in una perdita. Nei precedenti comunitari, infatti, il riferimento al tasso di copertura del mercato riguarda gli accordi di esclusiva e gli sconti fidelizzanti (cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 6 settembre 2017, causa C-413/14 *P Intel* e Corte di Giustizia, sentenza del 19 aprile 2012, causa C-549/10 *P Tomra*).]

⁴¹⁹ [Cfr. doc. 91, ISP.28. Si osserva che Ubiquity [omissis] (cfr. doc. PI.1).]

⁴²⁰ [Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 17 febbraio 2011, caso C-52/09 *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige AB*, par. 66.]

⁴²¹ [Sul punto, si richiamano le considerazioni di Vodafone in merito al livello di efficienza di Ubiquity. In particolare, a commento di un'offerta fatta da quest'ultima e indirizzata a ICBPI, si legge: "Ubiquity è assegnataria di numerazioni in decade 43x in veste di Operatore SP, ed ha raggiunto accordi separati con Vodafone e con gli altri operatori mobili per l'invio di messaggistica bulk [...] Il prodotto "MAM retail" è soggetto ai costi di terminazione verso altre reti, secondo quanto definito tra Vodafone e gli operatori Mobili. Questo è il motivo principale per cui Ubiquity può oggi essere maggiormente competitiva rispetto a Vodafone, a meno di non far scendere il costo della terminazione degli SMS tra Vodafone e altri operatori mobili." cfr. doc. ISP.956 (sottolineatura aggiunta).]

⁴²² [Sul punto, ad esempio, Vodafone afferma che i primi cinque clienti retail pesano intorno al [30-60%] del fatturato dei clienti e il [60-90%] del traffico in volume (cfr. doc. 146). Inoltre, Ubiquity osserva che i primi 5 clienti rappresentano il 60-90% del traffico in volume (cfr. doc. 123).]

⁴²³ [Cfr. Comunicazione della Commissione 2004/C 101/07, Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, GUCE C 101/81 del 27 aprile 2004 (punto 78). Vedi anche sentenza della Corte CE del 19 febbraio 2002, C-309/99 *Wouters*.]

328. Al riguardo, vale considerare che le condotte abusive ipotizzate riguardano l'intero territorio nazionale e appaiono idonee a limitare la produzione e precludere o limitare l'accesso al mercato nazionale rispetto a quei soggetti che intendano entrare e/o operare in Italia per offrire i servizi di invio massivo di SMS. Proprio tra gli operatori attualmente attivi nel mercato si ritrovano alcuni soggetti attivi anche in altri Stati Membri.

VIII. GRAVITÀ E DURATA DELLE INFRAZIONI

329. L'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90 prevede che l'Autorità, nei casi di infrazioni gravi, disponga l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria nella misura massima del dieci per cento del fatturato realizzato da ciascuna impresa responsabile dell'infrazione nell'ultimo esercizio, considerate la gravità e la durata delle stesse infrazioni.

330. Per quel che riguarda la gravità dell'abuso realizzato da Vodafone, secondo la prassi dell'Autorità, conformemente all'orientamento comunitario, il suo apprezzamento è determinato da una pluralità di elementi di cui occorre tener conto, quali la natura delle condotte, l'importanza dell'impresa ed il contesto nel quale il comportamento è stato posto in essere⁴²⁴.

331. A questo proposito, si rileva che i comportamenti posti in essere da Vodafone Italia integrano una fattispecie di abuso di natura escludente, così come stabilita dal diritto *antitrust* comunitario e nazionale, e sono risultati suscettibili di ostacolare una concorrenza di tipo infrastrutturale nel mercato a valle dei servizi di invio massivo di SMS. In particolare, le condotte in esame hanno un effetto anticoncorrenziale potenziale idoneo a precludere l'accesso al mercato a concorrenti altrettanto efficienti, vanificando i loro investimenti infrastrutturali. Peraltro, tali condotte avvengono in un momento di espansione del mercato al dettaglio⁴²⁵.

332. Un ulteriore elemento rilevante riguarda l'esistenza di precedenti che abbiano chiarito lo scopo di applicazione dell'articolo 102 del TFUE⁴²⁶. Ebbene nei precedenti nazionali e comunitari si è in diverse occasioni concluso per l'applicazione dell'articolo 102 del TFUE in casi di *margin squeeze* e di discriminazione interno-esterna⁴²⁷.

333. Sulla base di quanto precede emerge, dunque, in conformità con gli orientamenti giurisprudenziali comunitari e nazionali, che i comportamenti posti in essere da Vodafone Italia, finalizzati ad ostacolare lo sviluppo della concorrenza nel mercato al dettaglio dei servizi di invio massivo di SMS, costituiscono una violazione grave della disciplina a tutela della concorrenza.

334. Quanto alla durata dell'abuso, sulla base delle risultanze istruttorie, emerge che la condotta di compressione dei margini conseguente alla discriminazione interno-esterna si è verificata quantomeno nel periodo tra il 7 maggio 2015⁴²⁸ e l'8 gennaio 2017⁴²⁹.

IX. IL PARERE DELL'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI

335. L'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, con Delibera n. 482/17/CONS del 5 dicembre 2017, ha espresso parere favorevole sullo schema di provvedimento finale. In particolare l'AGCOM, ricordando che l'esito delle analisi di mercato, svolte ai sensi dell'articolo 19 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche (d.lgs. 259/2009), può anche differire dalle definizioni dei mercati operate ai fini antitrust, condivide l'individuazione del prodotto e della dimensione geografica effettuata da questa Autorità in relazione ai mercati rilevanti interessati dai comportamenti oggetto del procedimento. L'AGCOM ritiene altresì condivisibile la valutazione in merito alla posizione dominante detenuta da Vodafone nel mercato all'ingrosso della terminazione SMS sulla propria rete.

⁴²⁴ [Sul punto, ex multis, Provvedimento dell'Autorità del 24339 del 9 maggio 2013, caso A428 Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia e Decisione della Commissione del 4 luglio 2007 nel caso COMP/38.784, Wanadoo Espana v. Telefonica, confermato dalla sentenza della Corte di Giustizia del 10 luglio 2014 causa C-295/12 P. Si veda anche Decisione della Commissione del 15 ottobre 2014 nel caso COMP/39.523, Slovak Telekom.]

⁴²⁵ [Cfr. sezione b) Il mercato al dettaglio dei servizi di invio massivo di SMS (retail SMS bulk), del presente provvedimento. In particolare, il numero di SMS A2P mostra un tasso di crescita positivo, pari al 13% tra il 2014 e il 2015 e il 9,7% tra il 2015 e il 2016. (cfr. Politecnico di Milano, Osservatorio Mobile B2c Strategy, Mobile B2C Strategy: Lo stato di adozione in Italia, Ricerca 2015-2016 e Politecnico di Milano, Mobile: think out of the box, anno 2017).]

⁴²⁶ [Cfr. Decisione della Commissione del 15 ottobre 2014 nel caso COMP/39.523, Slovak Telekom.]

⁴²⁷ [In merito ai casi dell'Autorità si vedano, ex multis: Provvedimento dell'Autorità del 24339 del 9 maggio 2013, caso A428 Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia e Provvedimento dell'Autorità n. 17131 del 3 agosto 2007, caso A357 – Tele 2/Tim-Vodafone-Wind. Per i casi della Commissione si vedano: Decisione della Commissione del 15 ottobre 2014 nel caso COMP/39.523, Slovak Telekom; casi riuniti 6/73 e 7/73 Istituto Chimioterapico and Commercial Solvents v Commission [1974] ECR 223; caso 7/97 Oscar Bronner v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft and Mediaprint Anzeigengesellschaft [1998] ECR I-7791; caso T-301/04 Clearstream Banking AG and Clearstream International SA v Commission [2009] ECR II-03155; caso C-418/01 IMS Health v NDC Health [2004] ECR I-5039; casi riuniti C-241/91 P and C-242/91 P Radio Telefís Éireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission (Magill) [1995] ECR 743; caso T-201/04 Microsoft v Commission [2007] ECR II-3601;]

⁴²⁸ [Cfr. ISP.407 relativo all'offerta indirizzata a RD Com.]

⁴²⁹ [Data in cui Vodafone ha variato i prezzi nei confronti di Infobip. Infatti, si deve osservare che l'offerta di SMS bulk indirizzata a Infobip aveva scadenza il 31 ottobre 2016, salvo la possibilità di utilizzare gli SMS non consumati nei tre mesi successivi. Tuttavia, benché Infobip avesse consumato la quantità predefinita di SMS, generando un extraconsumo, Vodafone ha continuato ad applicare la tariffa di [2,0 – 2,3] € cent fino all'8 gennaio 2017.]

336. Inoltre, in merito al servizio all'ingrosso della terminazione SMS su rete mobile Vodafone Italia, l'AGCOM ha ricordato che la definizione adottata da questa Autorità coincide con la definizione generalmente adottata in via regolamentare, laddove i servizi di transito offerti da operatori terzi appartengono a mercati separati rispetto ai servizi di terminazione. I servizi di transito o rivendita della terminazione SMS, pertanto, non appartengono al medesimo mercato della terminazione SMS su singola rete, ma si pongono a valle.

337. Con riferimento alla condotta di Vodafone, l'AGCOM concorda in merito al ricorso al test dell'operatore altrettanto efficiente per la verifica relativa alla possibile compressione dei margini e ritiene di condividere la metodologia della soglia critica, con la quale si determina una soglia minima di confronto sotto la quale i prezzi praticati al dettaglio sono sicuramente in perdita. In particolare, AGCOM sottolinea che le componenti di costo utilizzate per il calcolo sono facilmente e univocamente individuabili. AGCOM condivide anche la metodologia di calcolo applicata, in cui la soglia critica è determinata come media ponderata, per il traffico, dei costi sostenuti dall'operatore efficiente e con il ricorso, per la determinazione della tariffa di terminazione su rete Vodafone, alla tariffa stabilita dalla stessa Vodafone per la fornitura del servizio di terminazione agli altri operatori D43.

X. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

338. L'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90 prevede che l'Autorità, nei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della loro gravità e durata, disponga l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria, fino al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida adottata ad esito di un procedimento istruttorio.

339. Per quanto riguarda il fatturato rilevante ai fini della sanzione, le *Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90*⁴³⁰ ("Linee Guida") dell'Autorità prevedono che le sanzioni "debbono essere calcolate a partire dal valore delle vendite dei beni o servizi oggetto, direttamente o indirettamente, dell'infrazione, realizzate dall'impresa nel mercato/i rilevante/i nell'ultimo anno intero di partecipazione alla stessa infrazione (di seguito, valore delle vendite) [...] Qualora il dato relativo al fatturato, riferito all'ultimo anno intero di partecipazione all'infrazione, non sia reso disponibile dall'impresa oppure non sia attendibile ovvero sufficientemente rappresentativo o, comunque, altrimenti non determinabile, l'Autorità prenderà in considerazione qualsiasi altra informazione che essa ritenga pertinente o appropriata".

340. Secondo le Linee Guida, l'**importo di base della sanzione** si ottiene moltiplicando una percentuale del valore delle vendite, determinata in funzione del livello di gravità dell'infrazione, alla durata della partecipazione di ciascuna impresa all'infrazione.

341. Per ciò che concerne il valore delle vendite, si osserva che le condotte in esame riguardano una pratica di compressione dei margini che consiste nell'applicare un differenziale tra prezzo all'ingrosso di terminazione e prezzi al dettaglio del servizio di invio massivo di SMS tale da determinare una perdita per un concorrente nel mercato a valle altrettanto efficiente. Pertanto, poiché le condotte hanno luogo nella determinazione delle condizioni di cessione all'ingrosso della terminazione SMS su rete Vodafone al fine di escludere gli Operatori D43 presenti nel mercato a valle, conformemente ai precedenti nazionali in tema di *margin squeeze* nel settore delle telecomunicazioni⁴³¹, come osservato da Vodafone, il valore delle vendite da prendere in considerazione ai fini del calcolo della sanzione sarà dato dal fatturato riferito agli SMS A2P della divisione *retail* di Vodafone Italia, pari nell'anno fiscale 2016-17 (concluso il 31 marzo 2017) a [10.000.000 – 50.000.000] Euro⁴³².

342. Sul punto, si osserva che nel fatturato della divisione *retail* sono inclusi i ricavi derivanti delle offerte destinati agli aggregatori. Infatti, come osservato, Vodafone differenzia a livello strategico-commerciale gli Operatori D43 dagli aggregatori. Quest'ultimi sono assimilati dalla stessa Vodafone, proprio in relazione alla valutazione di tali elementi strategici, ai clienti finali (clienti *retail*), al pari degli altri clienti aziendali. La differenziazione delle condotte tra gli Operatori D43 e gli aggregatori, inoltre, è constatabile anche con riguardo ai profili di discriminazione tecnica che rilevano esclusivamente per i soggetti infrastrutturati (Operatori D43). Si ritiene opportuno, pertanto, non estrapolare dal fatturato della divisione *retail* le offerte che la stessa divisione destinava agli aggregatori.

343. Secondo le Linee Guida, la percentuale da applicarsi al valore delle vendite cui l'infrazione si riferisce sarà determinata in funzione del grado di gravità della violazione e non sarà superiore al 30% del valore delle vendite. Secondo la prassi dell'Autorità, conformemente all'orientamento comunitario e nazionale, l'apprezzamento della gravità dell'infrazione è determinato da una pluralità di elementi di cui occorre tener conto, quali la natura delle condotte, l'importanza dell'impresa ed il contesto nel quale il comportamento è stato posto in essere⁴³³.

⁴³⁰ [Cfr. *Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90, deliberate dall'Autorità il 22 ottobre 2014.*]

⁴³¹ [Cfr. *Provvedimento dell'Autorità del 24/3/2013 del 9 maggio 2013, caso A428 Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia.*]

⁴³² [Cfr. doc. 142, 146.]

⁴³³ [Sul punto, ex multis, *Provvedimento dell'Autorità del 24/3/2013 del 9 maggio 2013, caso A428 Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia e Decisione della Commissione del 4 luglio 2007 nel caso COMP/38.784, Wanadoo Espana v. Telefonica, confermato dalla sentenza della*

344. A questo proposito, si rileva che i comportamenti posti in essere da Vodafone Italia integrano una fattispecie di abuso di natura escludente, così come stabilita dal diritto *antitrust* comunitario e nazionale, suscettibili di ostacolare una concorrenza di tipo infrastrutturale nel mercato a valle dei servizi di invio massivo di SMS e idonei a precludere l'accesso al mercato a concorrenti altrettanto efficienti, vanificando i loro investimenti infrastrutturali, in un momento di sviluppo del mercato stesso, in violazione dell'articolo 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea.

345. Tali condotte, quindi, sono volte ad ostacolare un livello di concorrenza di tipo infrastrutturale, che dovrebbe essere considerato nella valutazione della gravità delle condotte oggetto di esame, quindi, integrano una violazione grave della concorrenza. Tale orientamento è confermato da diversi precedenti di applicazione dell'articolo 102 del TFUE in tema di *margin squeeze* e di discriminazione interno-esterna⁴³⁴.

346. Sulla base di quanto precede, quindi, non si ritiene di poter accogliere le argomentazioni di Vodafone⁴³⁵ in merito alla circostanza che le condotte in esame non costituiscano una violazione grave della concorrenza. Infatti, in conformità con gli orientamenti giurisprudenziali precedentemente indicati, i comportamenti posti in essere da Vodafone Italia, finalizzati ad ostacolare lo sviluppo della concorrenza nel mercato al dettaglio dei servizi di invio massivo di SMS, costituiscono una violazione grave della disciplina a tutela della concorrenza. Pertanto, si ritiene di individuare una percentuale del valore delle vendite in funzione della gravità dell'infrazione pari al 10% del valore delle vendite.

347. La *durata dell'infrazione* ha un impatto sulle conseguenze pregiudizievoli dell'infrazione e, dunque, risulta meritevole di valorizzazione nella determinazione dell'ammontare appropriato della sanzione secondo quanto indicato nelle Linee Guida prevedono che "per le frazioni di anno, la durata sarà calcolata in funzione dei mesi e dei giorni effettivi di partecipazione all'infrazione". Come detto in precedenza, il periodo dell'infrazione è individuato quanto meno tra il 7 maggio 2015 e l'8 gennaio 2017, per un periodo pari a 1 anno, 8 mesi e 1 giorno.

348. Per tali motivi, l'importo base della sanzione – calcolato moltiplicando il valore delle vendite ottenuto nell'ultimo anno intero di partecipazione all'infrazione (anno fiscale 2016/17) alla durata di 1 anno, 8 mesi e 1 giorno e alla percentuale del valore delle vendite in funzione della gravità dell'infrazione pari al 10% – è pari a [1.000.000 – 10.000.000] Euro.

349. Il punto 19 delle Linee Guida prevede che l'importo di base della sanzione, determinato come descritto nei paragrafi che precedono, potrà essere incrementato per tener conto di specifiche circostanze che aggravano (circostanze aggravanti) o attenuano (circostanze attenuanti) la responsabilità dell'autore della violazione.

350. Sul punto, Vodafone Italia⁴³⁶ ritiene che il proprio programma di *compliance* sia idoneo all'ottenimento della riduzione della sanzione per circostanze attenuanti (punto 23 delle Linee Guida) e non ritiene che possano essere configurate le circostanze aggravanti, come ipotizzato nella Comunicazione delle Risultanze Istruttorie⁴³⁷. Sul punto, si ritiene che la circostanza che Vodafone abbia adottato (precedentemente all'avvio del procedimento) e aggiornato (successivamente) un programma di *compliance antitrust* non può essere valutato positivamente nel caso di specie.

351. In primo luogo, l'adozione di un piano di *compliance*, avvenuta prima dell'avvio del procedimento, non ha di fatto impedito la condotta oggetto di contestazione. Sul punto, non si concorda con le argomentazioni di Vodafone Italia in merito all'apparente contraddittorietà dell'affermazione.

352. Infatti, si deve osservare che il programma di *compliance* precedente alle modifiche suindicate⁴³⁸ poneva un accento maggiore sulla fattispecie di intesa restrittiva della concorrenza rispetto a quella di abuso di posizione dominante. Difatti, nel programma di *compliance* prima del suo aggiornamento, il riferimento all'abuso di posizione dominante e all'applicazione dell'articolo 102 del TFUE riveste una posizione marginale⁴³⁹. La laconica trattazione delle condotte di abuso di posizione dominante, l'assenza di indicazioni pratiche e di un sistema sanzionatorio, hanno comportato l'inefficacia del programma di *compliance* ai fini del contrasto delle condotte oggetto di accertamento.

Corte di Giustizia del 10 luglio 2014 causa C-295/12 P. Si veda anche Decisione della Commissione del 15 ottobre 2014 nel caso COMP/39.523, Slovak Telekom.]

⁴³⁴ [In merito ai casi dell'Autorità si vedano, ex multis: Provvedimento dell'Autorità del 24/3/2013 del 9 maggio 2013, caso A428 Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia e Provvedimento dell'Autorità n. 17131 del 3 agosto 2007, caso A357 – Tele 2/Tim-Vodafone-Wind. Per i casi della Commissione si vedano: Decisione della Commissione del 15 ottobre 2014 nel caso COMP/39.523, Slovak Telekom; casi riuniti 6/73 e 7/73 Istituto Chimioterapico e Commercial Solvents v Commission [1974] ECR 223; caso 7/97 Oscar Bronner v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft e Mediaprint Anzeigengesellschaft [1998] ECR I-7791; caso T-301/04 Clearstream Banking AG e Clearstream International SA v Commission [2009] ECR II-03155; caso C-418/01 IMS Health v NDC Health [2004] ECR I-5039; casi riuniti C-241/91 P e C-242/91 P Radio Telefís Éireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission (Magill) [1995] ECR 743; caso T-201/04 Microsoft v Commission [2007] ECR II-3601;]

⁴³⁵ [Cfr. doc. 214.]

⁴³⁶ [Cfr. doc. 214.]

⁴³⁷ [Cfr. doc. 159 (versione accessibile a Vodafone Italia) e documenti 160-167 (versione accessibile ai terzi intervenienti).]

⁴³⁸ [Cfr. doc. 148 e 149.]

⁴³⁹ [In particolare, l'abuso di posizione dominante è trattato in 1 slide e 3 righe di una ulteriore slide su un totale di 27 slide in una presentazione destinata ai dipendenti (doc. 148, all. 10.1 e all. 4.1. Si veda anche il doc. 149). Al contrario la trattazione dei cartelli è estensiva, ricomprendo i temi relativi alle definizioni, ai casi studio e alle indicazioni operative (doc. 148, all. 10.1, 9.1, 9.2, 2.2, 2.4. Si veda anche il doc. 149). Ad esempio, le tipologie di abuso di posizione dominante vengono esclusivamente elencate.]

353. Inoltre, risulta particolarmente critica parte della documentazione inviata da Vodafone e, in particolar modo, del materiale divulgativo destinato ai dipendenti “*ad alto rischio*” e al “*top management*”. Infatti, tra le direttive impartite ai dipendenti nel caso di ispezioni vi è quella di *[omissis]*. Tale indicazione si pone in contrapposizione con l’obbligo di collaborazione dell’impresa previsto dall’articolo 10 del Decreto del Presidente della Repubblica 30 aprile 1998, n. 217 recante il Regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in quanto è potenzialmente idonea a favorire il rifiuto, l’omissione o il ritardo, senza giustificato motivo, di fornire informazioni ed esibire documenti richiesti nel corso dell’ispezione.

354. Pertanto, alla luce delle considerazioni precedenti e della presenza di tale indirizzo ai dipendenti (“*a rischio*” e al “*top manager*”) che non consente di ritenere che il programma di *compliance* sia adeguato e in linea con le *best practice* nazionali e internazionali, non si ritiene possano ricorrere le condizioni per concedere le attenuanti previste dal paragrafo 23 delle Linee Guida.

355. In primo luogo, non si concorda con l’affermazione di Vodafone Italia relativa al travisamento della frase anzidetta⁴⁴⁰. Infatti, *[omissis]*. Ne consegue che le anzidette istruzioni date ai dipendenti in relazione alle ispezioni delle autorità *antitrust* siano potenzialmente idonee a determinare l’ostacolo delle attività di acquisizione dei documenti. Peraltro, nel corso dell’istruttoria, si sono osservate circostanze sintomatiche dell’applicazione di tali indicazioni⁴⁴¹.

356. Sebbene, quindi, il programma di *compliance* di Vodafone Italia sia stato aggiornato⁴⁴², dando *[omissis]*, si ritiene che non si possa concedere la circostanza attenuante di cui al punto 23 delle Linee Guida in relazione alle precedenti indicazioni operative in tema di ispezioni e al loro permanere anche a seguito dell’aggiornamento del nuovo piano di *compliance*⁴⁴³. In tale contesto si ritiene di dare ampia rilevanza alla circostanza che il programma di *compliance* di una società non debba suscitare dubbio alcuno sui doveri di cooperazione della società con l’Autorità, soprattutto in un contesto, quale quello delle ispezioni, estremamente rilevante per l’acquisizione delle informazioni a fini procedimentali.

357. Ai sensi del punto 25 delle Linee Guida, infine, l’Autorità può incrementare la sanzione finale fino ad un valore pari al 50% della medesima qualora l’impresa responsabile dell’infrazione abbia realizzato nell’ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida un fatturato totale a livello mondiale particolarmente elevato rispetto al valore delle vendite dei beni o servizi oggetto dell’infrazione oppure appartenga ad un gruppo di significative dimensioni economiche. Su questo punto, si osserva che il fatturato di Vodafone Italia risultante dall’ultimo bilancio approvato relativo all’anno fiscale 2016-17 è pari a 6,63 miliardi di Euro⁴⁴⁴. Il valore delle vendite utilizzato per il calcolo della sanzione rappresenta lo *[inferiore all’1%]* del fatturato totale di Vodafone Italia. Pertanto, l’importo base della sanzione, pari a *[1.000.000 – 10.000.000]* Euro, costituisce lo *[inferiore all’1%]* del fatturato di Vodafone Italia S.p.A.

358. Inoltre, Vodafone Italia, in quanto soggetto verticalmente integrato, ha una dimensione assai più ampia rispetto agli Operatori D43⁴⁴⁵ presenti nel mercato a valle. Ad esempio, il fatturato di Vodafone Italia è tra il 199% ed il 1.250% più grande del fatturato realizzato nel 2016 dagli Operatori D43 Ubiquity, SMS Italia e A-Tono.

359. Alla luce di tali circostanze, al fine di garantire un’adeguata proporzionalità e l’effettiva deterrenza della sanzione, si ritiene di incrementare l’importo base della sanzione del 10%. La sanzione risultante dall’applicazione della maggiorazione ai fini di proporzionalità e deterrenza ammonta a 5.843.814 Euro. Il limite edittale del 10% del fatturato realizzato nell’ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida, previsto dall’articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, non è superato.

Tutto ciò premesso e considerato:

DELIBERA

a) che le condotte poste in essere da Vodafone Italia S.p.A., consistenti nella discriminazione interno-esterna di tipo tecnico-economica e nella conseguente compressione dei margini dei concorrenti altrettanto efficienti, in particolare i soggetti infrastrutturati (gli Operatori D43), relative alle offerte di servizi di invio massivo di SMS alla grande clientela affari e agli aggregatori, quantomeno nel periodo tra il 7 maggio 2015 e l’8 gennaio 2017, costituiscono un abuso di posizione dominante contrario all’articolo 102 del TFUE, finalizzato ad ostacolare l’esplicitarsi di una effettiva concorrenza infrastrutturale per l’offerta dei servizi di invio massivo di SMS;

⁴⁴⁰ *[Cfr. doc. 214.]*

⁴⁴¹ *[In particolare, [omissis].]*

⁴⁴² *[Cfr. doc. 148, 149, 214.]*

⁴⁴³ *[Cfr. doc. 148, 149, 214.]*

⁴⁴⁴ *[Cfr. Bilancio d’esercizio di Vodafone Italia del 31 marzo 2017, depositato presso la Camera di Commercio.]*

⁴⁴⁵ *[Ad esempio, gli Operatori D43 Ubiquity, SMS Italia e A-Tono hanno realizzato nel 2016 ricavi rispettivamente per circa 33,3 milioni, 5,3 milioni e 7 milioni di euro (cfr. Bilancio di Ubiquity del 31 dicembre 2016, depositato presso la Camera di Commercio; Bilancio di SMS Italia del 31 dicembre 2016, depositato presso la Camera di Commercio e Bilancio di A-Tono del 31 dicembre 2016, depositato presso la Camera di Commercio).]*

- b) che Vodafone Italia S.p.A. si astenga in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata;
- c) di irrogare a Vodafone Italia S.p.A., in ragione delle motivazioni suindicate, una sanzione amministrativa pecuniaria pari a 5.843.814 € (cinquemilionioctocentoquarantaremilaottocentoquattordici Euro).

La sanzione amministrativa di cui alla precedente lettera c) deve essere pagata entro il termine di novanta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando i codici tributo indicati nell'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997. Il pagamento deve essere effettuato telematicamente con addebito sul proprio conto corrente bancario o postale, attraverso i servizi di *home-banking* e CBI messi a disposizione dalle banche o da Poste Italiane S.p.A., ovvero utilizzando i servizi telematici dell'Agenzia delle Entrate, disponibili sul sito *internet www.agenziaentrate.gov.it*.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore a 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 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. Degli avvenuti pagamenti deve essere data immediata comunicazione all'Autorità, attraverso l'invio di copia del modello attestante il versamento effettuato.

Ai sensi dell'articolo 26 della medesima legge, le imprese che si trovano in condizioni economiche disagiate possono richiedere il pagamento rateale della sanzione.

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

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lettera b), del Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'articolo 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, 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
Roberto Chieppa

IL PRESIDENTE
Giovanni Pitruzzella

Allegato 1 – Metodologia di calcolo della soglia critica per un concorrente nel mercato a valle altrettanto efficiente di Vodafone Italia (*as efficient competitor*) considerando solo i costi di terminazione

La soglia critica dei costi di interconnessione per un concorrente nel mercato a valle altrettanto efficiente di Vodafone Italia (*as efficient competitor*) è calcolata come la somma dei costi di terminazione di ciascuna direttrice per il volume percentuale del traffico destinato a tale direttrice.

In particolare, si definisca α_i la percentuale di traffico SMS destinato alla direttrice i . Ad esempio, considerando il solo traffico nazionale e le quote di mercato in volume considerando il numero di SIM al dicembre 2016 (cfr. Tabella 2) le percentuali di traffico per ciascuna direttrice nazionale sono:

	$\alpha_{Vodafone}$	=	29,4%
	α_{TIM}	=	30,2%
[1]	α_{WIND}	=	22,1%
	α_{H3G}	=	11,0%
	$\alpha_{PosteMobile}$	=	3,7%

Si definisca con c_i il costo per l'invio dell'SMS per una determinata direttrice, dove per tutte le direttrici *off-net* di Vodafone si utilizza il costo sostenuto dalla stessa per inviare SMS verso altri operatori mobili (AOM), mentre per la direttrice *on-net* di Vodafone si utilizza la tariffa più bassa applicata da Vodafone ai concorrenti nel mercato a valle (operatori in decade 43).

La soglia critica per un concorrente altrettanto efficiente (considerando i soli costi di interconnessione) è quindi rappresentata dalla seguente formula:

$$[2] \theta_{Consegnato} = \sum_i \alpha_i \cdot c_i = \alpha_{Vodafone} \cdot c_{Vodafone} + \alpha_{TIM} \cdot c_{TIM} + \dots + \alpha_{H3G} \cdot c_{H3G}$$

Tale valore costituisce la soglia minima di un operatore *as efficient*, che considera esclusivamente i costi di interconnessione, quando il prezzo degli SMS A2P è definito per SMS consegnato. Se il prezzo per SMS consegnato è inferiore al valore $\theta_{\text{consegnato}}$, l'offerta comporterà delle perdite considerando esclusivamente i valori diretti; quindi occorrerà verificare se:

$$[3] p_{\text{consegnato}} < \theta_{\text{consegnato}} = \alpha_{\text{Vodafone}} \cdot c_{\text{Vodafone}} + \alpha_{\text{TIM}} \cdot c_{\text{TIM}} + \dots + \alpha_{\text{H3G}} \cdot c_{\text{H3G}}$$

Qualora il prezzo degli SMS sia definito per SMS inviato, sarà necessario considerare quanta parte di SMS non siano consegnati. Dato il valore μ , definito come il tasso percentuale di SMS non consegnati (tasso di *undelivered*), la soglia critica per un operatore *as efficient* considerando soli costi di interconnessione nel caso di un prezzo per SMS inviato sarà pari a:

$$[4] \theta_{\text{inviato}} = (1 - \mu) \cdot \theta_{\text{consegnato}} = (1 - \mu) \sum_i \alpha_i \cdot c_i$$

Un prezzo per SMS inviato che sia inferiore al valore θ_{inviato} comporterà delle perdite per un concorrente nel mercato a valle altrettanto efficiente rispetto a Vodafone; quindi occorrerà verificare se:

$$[5] p_{\text{inviato}} < \theta_{\text{inviato}} = (1 - \mu) \cdot \theta_{\text{consegnato}}$$

Si precisa che tali valori considerano esclusivamente i costi di interconnessione e non valorizzano gli ulteriori costi variabili e fissi legati all'erogazione del servizio di invio massivo di SMS.

Maggiore è il tasso di SMS non consegnati, minore sarà la soglia critica. Ne consegue che l'utilizzo del tasso di SMS non consegnati più alto è l'ipotesi più cautelativa per Vodafone Italia.