

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA dell'11 dicembre 2014;

SENTITO il Relatore Presidente Giovanni Pitruzzella;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287 e, in particolare, l'articolo 14-ter introdotto dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, che ha convertito con modifiche il decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223;

VISTO l'articolo 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE);

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

VISTO il proprio provvedimento n. 23891 del 12 settembre 2012, con il quale è stata avviata un'istruttoria, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, nei confronti di Telecom Italia S.p.A., Wind Telecomunicazioni S.p.A. e Vodafone Omnitel N.V. per accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 101 del TFUE;

VISTO il proprio provvedimento n. 24710 del 20 dicembre 2013, con il quale è stato deliberato di ampliare l'oggetto dell'istruttoria con riferimento agli accordi sottoscritti da Telecom Italia S.p.A. e Wind Telecomunicazioni S.p.A. con alcuni *dealer multibrand* che prevedono condizioni di maggior favore, sotto forma di premi aggiuntivi, extra sconti o incentivazioni extra contrattuali di altra natura, a condizione che il *dealer* non commercializzi prodotti o servizi di società concorrenti, fatti salvi i rapporti già in essere con altri operatori al momento della relativa sottoscrizione;

VISTA la “*Comunicazione sulle procedure di applicazione dell’articolo 14-ter della legge 10 ottobre 1990, n. 287*”, assunta nell’adunanza del 6 settembre 2012 e pubblicata sul Bollettino n. 35 del 17 settembre 2012;

VISTA la comunicazione del 4 aprile 2014, con la quale la società Wind Telecomunicazioni S.p.A. ha presentato impegni, ai sensi dell’articolo 14-ter della legge n. 287/90, secondo le modalità indicate specificamente nell’apposito “*Formulario per la presentazione degli impegni ai sensi dell’articolo 14-ter della legge n. 287/90*”, volti a rimuovere i profili anticoncorrenziali oggetto dell’istruttoria;

VISTA la comunicazione del 9 aprile 2014, con la quale la società Telecom Italia S.p.A. ha presentato impegni, ai sensi dell’articolo 14-ter della legge n. 287/90, secondo le modalità indicate specificamente nell’apposito “*Formulario per la presentazione degli impegni ai sensi dell’articolo 14-ter della legge n. 287/90*”, volti a rimuovere i profili anticoncorrenziali oggetto dell’istruttoria;

VISTA la propria delibera del 16 aprile 2014, con la quale è stata disposta la pubblicazione degli impegni proposti dalle predette società sul sito Internet dell’Autorità, al fine di consentire ai terzi interessati di esprimere le loro osservazioni;

VISTE le osservazioni pervenute da parte di Bip Mobile e Tiscali rispettivamente in data 22 e 23 maggio 2014;

VISTE le controdeduzioni presentate da Telecom e Wind rispettivamente in data 18 e 20 giugno 2014;

VISTA la propria comunicazione alla Commissione Europea, ai sensi dell’articolo 11, comma 4, del Regolamento CE n. 1/2003, inoltrata in data 11 luglio 2014;

VISTO il parere dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni pervenuto in data 2 dicembre 2014;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

I. PREMESSA

1. In data 12 settembre 2012 l'Autorità ha deliberato l'avvio di un'istruttoria nei confronti di Telecom Italia S.p.A., Wind Telecomunicazioni S.p.A. e Vodafone Omnitel B.V. per accertare l'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza nel mercato dei servizi di telefonia mobile, in violazione dell'articolo 101 del TFUE, volta ad ostacolare l'accesso al mercato di Bip Mobile, nuovo operatore virtuale potenzialmente in grado di sottrarre loro quote di mercato.

2. Sulla base delle evidenze raccolte nel corso del procedimento, l'Autorità in data 20 dicembre 2013 ha deliberato di ampliare l'oggetto dell'istruttoria con riferimento agli accordi integrativi dei rispettivi contratti di distribuzione sottoscritti da Telecom Italia S.p.A. e Wind Telecomunicazioni S.p.A. con alcuni *dealer multibrand* particolarmente performanti. Gli accordi prevedono condizioni di maggior favore, sotto forma di premi aggiuntivi, extra sconti o incentivazioni extra contrattuali di altra natura, a condizione, fra l'altro, del mantenimento inalterato dell'offerta competitiva all'interno del punto vendita. Più specificamente, gli operatori si sono riservati la facoltà di risolvere gli accordi integrativi o di non erogare gli incentivi ivi previsti nel caso in cui il *dealer* commercializzi prodotti o servizi di società concorrenti, fatti salvi i rapporti già in essere con altri operatori al momento della relativa sottoscrizione.

3. Il presente provvedimento concerne unicamente la fattispecie contestata con il provvedimento di estensione dell'istruttoria del 20 dicembre 2013. Le condotte interessate dall'atto di avvio dell'istruttoria sono considerate in un provvedimento separato, deliberato in pari data, a cui si rimanda.

II. LE PARTI

a) *Telecom*

4. Telecom Italia S.p.A. (nel seguito, Telecom o TI) è una società attiva nell'installazione e nella fornitura di infrastrutture di telecomunicazioni, nonché nell'offerta dei relativi servizi. TI opera con diversi marchi,

rivolgendo la propria offerta tanto a soggetti rivenditori di servizi quanto all'utenza finale affari e residenziale, fornendo servizi di telefonia fissa, mobile e satellitare, servizi di trasmissione dati e accesso ad Internet, servizi di connettività, servizi di rete e accesso a infrastrutture, servizi connessi al commercio elettronico, creazione di siti *web*, offerta di soluzioni *internet/intranet/extranet* alle aziende, vendita di spazi pubblicitari *on-line* e servizi multimediali. In particolare, TI offre alla clientela i propri servizi di comunicazione mobile con il marchio TIM.

Al 31 dicembre 2013, il fatturato consolidato realizzato a livello mondiale da Telecom è stato di circa 23,4 miliardi di euro, di cui circa 16 miliardi derivanti da vendite in Italia.

b) Wind

5. Wind Telecomunicazioni S.p.A. (nel seguito, Wind) è una società di telecomunicazioni controllata dal gruppo Vimpelcom Ltd. ed è attiva nell'offerta di servizi di telecomunicazione *internet*, voce e dati su linea fissa, sia sul segmento residenziale, sia su quello non residenziale. Inoltre, WIND gestisce sistemi di comunicazioni mobili di terza generazione (UMTS) e per reti radio larga banda punti-multipunto (*wireless local loop*). Nell'esercizio chiuso il 31 dicembre 2013, il fatturato consolidato di Wind, interamente realizzato in Italia, è stato pari a circa 5 miliardi di euro.

c) Bip Mobile

6. Bip Mobile S.p.A. (nel seguito, Bip Mobile) è una società costituita nel marzo 2012 con il fine di operare quale operatore mobile virtuale e licenziatario per l'espletamento dell'attività di fornitore avanzato di servizi (*Enhanced Service Provider - ESP*). Il principale azionista di Bip Mobile è One Italia S.p.A., che ne detiene il 66,7% del capitale sociale. La restante parte del capitale è detenuta da persone fisiche. Bip Mobile ha fornito i propri servizi, cessati all'inizio del 2014, avvalendosi della rete di H3G S.p.A. è stata ammessa al concordato preventivo dal Tribunale di Roma con decreto n. 197/13 del 18-23 luglio 2014.

d) AIIP

7. L'Associazione Italiana Internet Provider (nel seguito, AIIP), costituita nel

giugno 1995, annovera tra i propri associati circa 50 operatori di telecomunicazioni di medie e piccole dimensioni. L'associazione ha come obiettivi principali la definizione e la diffusione di standard qualitativi e regole di comportamento nell'ambito dell'offerta *internet*, la promozione della rete Internet come strumento produttivo ed efficace per le aziende come per gli utenti finali, il coordinamento di iniziative di ricerca di interesse comune per gli associati, su argomenti tecnologici e di mercato e l'istituzione di rapporti con organizzazioni internazionali con finalità simili.

e) *Fastweb*

8. Fastweb S.p.A. (nel seguito, Fastweb) è una società di telecomunicazioni che opera principalmente nella gestione di servizi telefonici, *internet* e di trasmissione dati. Nel 2013 Fastweb ha generato ricavi per 1.597 milioni di euro.

III. LE CONDOTTE CONTESTATE

9. Wind e TI, al fine di rafforzare il rapporto di collaborazione in essere con alcuni *dealer* specializzati nei servizi di telefonia, hanno previsto un accordo integrativo afferente al contratto di commercializzazione dei propri prodotti. Tale accordo integrativo prevede alcune condizioni di maggior favore, sotto forma di premi aggiuntivi, extra sconti o incentivazioni extra contrattuali di altra natura, a condizione, fra l'altro, del mantenimento inalterato dell'offerta competitiva all'interno del punto vendita. Tali condizioni sono meglio specificate nell'ambito dei suddetti accordi integrativi nei termini che consentono all'operatore la facoltà di risolvere l'accordo o di non erogare gli incentivi previsti nel caso in cui il *dealer* commercializzi prodotti o servizi di società concorrenti, fatti salvi i rapporti già in essere con altri operatori al momento della sottoscrizione dell'accordo. La durata degli accordi contenenti le clausole contrattuali in parola è variabile, ma in ogni caso essi sono rinnovabili senza alcun limite massimo. TI ha sottoscritto clausole di questo tipo nel secondo semestre [*omissis*]¹, mentre Wind le ha applicate dal [*omissis*].

10. Gli operatori di telefonia mobile commercializzano i rispettivi prodotti

¹ Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

attraverso molteplici canali distributivi, costituiti in particolare dai punti vendita della Grande Distribuzione Organizzata e dai punti vendita specializzati nell'informatica e nel “*consumer electronics*”, nonché dai punti vendita specializzati nelle telecomunicazioni. Accanto ai punti vendita di proprietà degli operatori mobili, vi sono i punti vendita in *franchising*, che distribuiscono esclusivamente prodotti e servizi a marchio di uno specifico operatore nonché numerosi altri punti vendita indipendenti c.d. *multibrand*, che distribuiscono i prodotti e i servizi di più operatori. In linea generale, gli operatori di telefonia mobile utilizzano canali differenziati per la distribuzione dei propri prodotti, in larga misura sovrapponibili. I punti vendita di proprietà sono numericamente limitati e generalmente ubicati nei centri di maggiore importanza (es. capoluoghi di regione). Il canale *monobrand* è completato da un numero più ampio di rivenditori di terzi in esclusiva.

11. Per quanto concerne il canale *multibrand*, i dati riferiti al 2012 mostrano un primo insieme costituito da un numero particolarmente elevato di rivenditori di piccole dimensioni con produttività limitata, generalmente affiliati attraverso imprese di distribuzione intermedie. Sempre nell'ambito del canale *multibrand* devono collocarsi i rivenditori specializzati in TLC, che pur essendo di numero più limitato dei precedenti, hanno una produttività di gran lunga maggiore. Un sottoinsieme a parte del canale *multibrand* è rappresentato dalla Grande Distribuzione.

12. La particolare importanza del segmento del canale distributivo *multibrand* costituito dai rivenditori specializzati in servizi di telefonia, appare motivare l'attenzione riservata dagli operatori, volta non solamente a curare i rivenditori maggiormente produttivi nell'ambito del canale *multibrand*, quali sono quelli specializzati, ma anche ad evitare, attraverso le specifiche clausole contrattuali descritte, che altri (e in particolare nuovi) operatori possano accedere a tali canali distributivi maggiormente performanti, sfruttandone il potenziale più elevato.

13. Per valutare l'incidenza del complesso dei contratti includenti le clausole in esame sull'accesso al mercato, il regolamento di esenzione n. 330/2010² e la giurisprudenza comunitaria indicano che è necessario prendere in considerazione l'incidenza delle vendite realizzate dai rivenditori vincolati rispetto a quelle realizzate dai distributori non vincolati e la posizione delle parti contraenti.

² Regolamento (Ue) n. 330/2010 della Commissione del 20 aprile 2010 relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate.

14. L'effetto delle clausole incentivanti introdotte da Telecom e Wind può assumere rilievo in termini di preclusione dell'accesso al canale distributivo *multibrand*, che è di fondamentale importanza per l'ingresso di un nuovo operatore sul mercato. I dati forniti da Bip Mobile in relazione al proprio progetto di ingresso nel mercato fanno presumere che l'esclusione dai punti vendita a maggiore produttività possa avere come conseguenza, al fine di conseguire i medesimi obiettivi di ingresso profittevole e concorrenzialmente efficace, la necessità di quasi raddoppiare il numero di negozi a cui far distribuire le proprie schede o, alternativamente, di incrementare di una percentuale particolarmente elevata le schede vendute nei punti alto-vendenti rimasti accessibili. Tali scenari appaiono in grado di limitare la possibilità per un nuovo entrante di esercitare una effettiva pressione competitiva.

15. Riguardo alla posizione detenuta dalle parti vincolate dall'accordo sul mercato, nel caso di specie occorre prendere in considerazione prioritariamente l'importanza degli operatori che hanno posto in essere gli accordi incentivanti, che rappresentano una quota di mercato superiore al 50% del mercato dei servizi telefonici mobili. Non deve trascurarsi, inoltre, che le clausole in esame possono determinare un effetto di blocco all'entrata sul punto vendita potenzialmente in grado di proteggere dai nuovi entranti anche gli altri operatori, non firmatari di clausole analoghe, già attivi sul medesimo punto vendita. In altri termini, oltre all'effetto cumulativo derivante dall'applicazione di clausole analoghe da parte di TI e Wind, non dovrebbe trascurarsi l'effetto di protezione che può derivare da tali clausole sugli altri operatori i cui prodotti sono commercializzati dal punto vendita.

IV. IL MERCATO RILEVANTE

16. Il mercato interessato dai comportamenti descritti è quello dei servizi di telefonia mobile. I servizi di comunicazione mobile consentono all'utente, attraverso l'utilizzo di tecnologie *wireless*, di soddisfare le proprie esigenze di comunicazione in movimento prescindendo dall'utilizzo di una apparecchiatura situata in un punto terminale della rete telefonica fissa. Il mercato dei servizi di comunicazione mobile, dalla sua nascita ad oggi, si è arricchito di numerosi servizi, aggiungendo alla comunicazione vocale anche servizi di messaggistica (SMS e MMS) e dati e video. Il progressivo ampliamento della gamma dei servizi offerti è dovuto, in particolare, alla continua evoluzione delle tecnologie, riguardanti tanto le reti a tecnologia

GSM, con l'introduzione del GPRS e dell'EDGE, quanto quelle a tecnologia UMTS.

17. A differenza degli operatori di rete mobile (MNO), gli operatori mobili virtuali (MVNO) non possiedono alcun componente dell'infrastruttura per la fornitura dei servizi di telefonia mobile. Due sono le principali categorie alle quali possono essere ricondotti gli MVNO attivi nel mercato italiano³.

Una prima categoria è costituita da imprese attive nella grande distribuzione organizzata (Auchan, Carrefour, Coop) e nella fornitura di servizi di pubblica utilità (Poste Italiane), le quali cercano di sviluppare la commercializzazione di servizi mobili in una logica di estensione del marchio e per l'ingresso in settori quali l'*e-banking* o l'*e-payment* (Poste Mobile e Noverca).

Una seconda categoria comprende sia operatori di telefonia fissa (BT Italia, Fastweb, Tiscali, DigiTel), interessati prevalentemente a forme di offerte convergenti di tipo fisso-mobile, sia operatori virtuali che focalizzano la propria offerta per soddisfare specifici segmenti di clientela o per coprire singole direttrici geografiche internazionali (Daily Telecom, PLDT, Astelit).

Una ulteriore distinzione fra i vari MVNO, trasversale rispetto alla precedente, può essere fatta in considerazione del grado di integrazione verticale detenuto dagli operatori. Nel mercato in esame sono presenti, infatti, operatori dotati di una propria catena distributiva alla clientela finale (ad esempio Coop e Poste Mobile) e operatori che ne sono privi (ad esempio DIGI Mobil e Lycamobile).

18. Sotto il profilo geografico, può ritenersi che il mercato interessato dalla fattispecie abbia dimensione nazionale. Ciò in ragione della sussistenza di barriere amministrative costituite dalla normativa vigente, che subordina l'ingresso sul mercato all'ottenimento di licenze aventi validità limitata al territorio nazionale, nonché in ragione della necessità di avvalersi, per l'offerta dei servizi, di infrastrutture di rete localizzate sullo stesso territorio nazionale.

19. Nel mercato in oggetto, secondo le stime elaborate dall'Agcom nella propria relazione annuale⁴, le quote detenute da TI e Wind riferite all'anno 2012 - sulla base della ripartizione della spesa finale per la clientela - sono pari, rispettivamente, al 34,4% e 19,8%. Al complesso di tutti gli MVNO è attribuita, invece, una quota del 3,1%.

³ Si v., in merito, l'indagine conoscitiva IC39 – Servizi sms, servizi mms e servizi dati in mobilità, conclusa con provvedimento AGCM n. 19859 del 7 maggio 2009, in Boll. n. 18/09.

⁴ Agcom, Relazione annuale 2013, p. 127.

V. GLI IMPEGNI PRESENTATI DA WIND E TELECOM

20. Con riferimento alle criticità di natura concorrenziale sollevate dall’Autorità nel provvedimento di estensione del procedimento, Wind e Telecom hanno presentato impegni ai sensi dell’articolo 14-ter della legge n. 287/90, il cui contenuto è sinteticamente riportato nel seguito.

a) Gli impegni presentati da Wind

21. In data 4 aprile 2014 Wind ha presentato impegni volti a riformulare il testo della clausola degli accordi integrativi dei contratti di distribuzione sottoscritti con i *dealer* più performanti, la quale contempla la facoltà di non erogare gli incentivi ivi previsti - ferma ovviamente la perdurante efficacia e validità del contratto di distribuzione - nell’eventualità che i *dealer* in parola commercializzino prodotti o servizi di società concorrenti, fatti salvi i rapporti già in essere con altri operatori al momento della relativa sottoscrizione.

22. In particolare, Wind si è impegnata a modificare la clausola in modo tale da circoscriverne testualmente la portata ai soli ed esclusivi casi in cui i *dealer* interessati si trovino a commercializzare prodotti o servizi dei concorrenti, non ancora serviti dal punto vendita, dotati di una quota di mercato nella spesa finale per clientela nella telefonia mobile superiore rispetto a Wind. Quale indicatore di riferimento, Wind ipotizza l’utilizzo delle elaborazioni riportate nella Relazione Annuale Agcom riferite alla quota di mercato nella spesa finale per clientela mobile.

23. Il testo della clausola verrebbe riformulato in modo da rendere esplicito ed inequivocabile il fatto che essa non sarà applicabile né applicata se il punto vendita inizierà a commercializzare prodotti/servizi di operatori che possiedono nella telefonia mobile una quota di mercato inferiore rispetto a quella detenuta da Wind, siano essi operatori mobili virtuali (*Mobile Virtual Network Operators* - MVNO, come le società fornitrici di servizi di telefonia mobile che non possiedono alcuna licenza per il relativo spettro radio e/o non necessariamente detengono tutte le infrastrutture per lo svolgimento dei predetti servizi, avvalendosi a tale scopo delle infrastrutture di un operatore di rete) o operatori infrastrutturati (*Mobile Network Operators* - MNO), già presenti o nuovi entranti nel mercato.

24. Quanto alla durata dell’impegno prospettato, Wind ha indicato un periodo di cinque anni dalla data di effettiva applicazione, da determinarsi

come segue. Il recepimento della nuova clausola sarà automatico per i nuovi accordi da sottoscrivere successivamente all'eventuale approvazione degli impegni da parte dell'Autorità, mentre per gli accordi in vigore avverrà con comunicazione da inviare ai punti vendita entro 10 giorni lavorativi dalla medesima approvazione degli impegni.

Gli impegni potranno essere rivisti al termine del terzo anno della loro eventuale efficacia.

b) Gli impegni presentati da Telecom Italia

25. In data 9 aprile 2014 Telecom ha presentato in via definitiva l'impegno a non inserire nei contratti con i propri distributori clausole che le attribuiscono la facoltà di risolvere accordi che prevedano incentivazioni aggiuntive (collegate al raggiungimento di un determinato numero di attivazioni di SIM) nel caso in cui il *dealer multibrand* inizi la commercializzazione di prodotti e/o servizi di operatori di telefonia mobile concorrenti ulteriori rispetto a quelli già commercializzati al momento della sottoscrizione dell'accordo contenente l'incentivazione aggiuntiva. Telecom ha altresì precisato di aver comunque già sospeso l'utilizzo della clausola interessata dall'estensione del procedimento a partire dal 1° gennaio 2013.

26. L'impegno presentato da Telecom ha una durata di tre anni a partire dalla data di notifica dell'eventuale provvedimento di accettazione del medesimo.

VI. LE OSSERVAZIONI DI TERZI RISPETTO AGLI IMPEGNI PRESENTATI

a) Bip Mobile S.p.A.

27. Bip Mobile si è espressa sugli impegni presentati sia nel corso dell'audizione tenutasi il 14 maggio 2014, sia attraverso le osservazioni depositate in data 22 maggio 2014. In linea generale, Bip Mobile ha espresso contrarietà rispetto all'eventuale accettazione degli impegni presentati da Wind e Telecom da parte dell'Autorità e fonda la propria posizione su tre ordini di argomentazioni.

28. In primo luogo, gli impegni presentati non terrebbero in considerazione le condotte orizzontali tenute dalle Parti e ipotizzate nell'avvio del procedimento. Posta la non incompatibilità delle due direttrici (orizzontale e

verticale) lungo le quali si è sviluppata l'indagine, Bip Mobile ritiene che non si possa concludere il procedimento con l'accettazione degli impegni senza un pronunciamento dell'Autorità sull'originaria fattispecie contestata in sede di avvio dell'istruttoria.

29. In secondo luogo, ad avviso di Bip Mobile gli impegni non forniscono soluzione rispetto agli effetti già prodotti dalle clausole interessate. A parere del segnalante la giurisprudenza amministrativa affermerebbe che, nei casi in cui si sarebbero già prodotti gli effetti anticoncorrenziali della condotta contestata, gli impegni che non contengono idonee misure con efficacia retroattiva dovrebbero essere rigettati.

30. Quanto alla durata degli impegni, Bip Mobile ritiene che la limitazione temporale prevista sia inopportuna. Potendosi assoggettare a revisione gli impegni nel futuro, appare poco comprensibile la scelta di anticipare l'evoluzione delle strategie commerciali degli operatori per predisporre già oggi un termine agli impegni presentati.

31. Con specifico riferimento agli impegni presentati da Wind, Bip Mobile ritiene che la limitazione dell'applicabilità della clausola agli operatori con quota di mercato superiore a quella detenuta da Wind sia in contraddizione con la circostanza stessa che vede Bip Mobile, operatore più piccolo di Wind, nelle vesti di segnalante del procedimento da cui è scaturita l'estensione sulle clausole qui in esame. Bip Mobile vede con disfavore anche la scelta di far decorrere gli impegni proposti da Wind dal primo rinnovo utile degli accordi sottoscritti, in quanto mantiene inalterata la situazione anticoncorrenziale per tutta la durata residua degli accordi.

b) Tiscali Italia S.p.A.

32. Nelle proprie osservazioni rispetto agli impegni presentati, Tiscali Italia S.p.A. (di seguito anche Tiscali) ha fornito un quadro sintetico del contesto di mercato e delle principali criticità distributive per i nuovi entranti e gli operatori minori. Fra di esse, la principale sarebbe costituita dalla titolarità di una capillare rete di vendita in capo agli operatori infrastrutturati. In tale contesto, gli impegni prospettati da Wind e Telecom non sarebbero sufficienti a garantire una effettiva competizione sul mercato. Anche considerando le modifiche proposte, il peso commerciale di tali operatori renderebbe comunque di fatto scarsamente percorribile lo sviluppo del canale *multibrand* per un nuovo entrante. In termini concreti, secondo Tiscali gli impegni prospettati non garantirebbero la possibilità per un operatore

alternativo di entrare in un canale distributivo legato ai principali operatori mobili e per natura esposto alla continua prospettazione di soluzioni – anche extra-contrattuali – che di fatto ne limiterebbero l’accesso da parte di nuovi entranti.

33. La soluzione preferibile per Tiscali risiederebbe nel favorire lo sviluppo di un consistente ed efficace canale di vendita *online*, in linea con quanto riscontrabile per la telefonia fissa e in altri settori *consumer*.

VII. LE REPLICHE DELLE PARTI IN RELAZIONE ALLE OSSERVAZIONI SUGLI IMPEGNI

a) Telecom

34. In merito agli esiti del *market test* relativo agli impegni presentati, Telecom, con osservazioni scritte pervenute in data 18 giugno 2014, ha osservato quanto segue.

35. In replica alle deduzioni di Bip Mobile, Telecom sostiene l’incompatibilità nel caso di specie dell’ipotesi di infrazione oggetto del provvedimento di avvio e di quella oggetto del provvedimento di estensione ritenendo che, a seguito di quest’ultima, l’esistenza dell’intesa a suo tempo prospettata non sia più da considerarsi oggetto dell’indagine dell’Autorità. In ragione di tale circostanza sarebbero del tutto inconferenti le argomentazioni di Bip Mobile secondo le quali gli impegni presentati dalle parti non sarebbero idonei ad eliminare i profili anticoncorrenziali della fattispecie originariamente contestata.

36. Telecom contesta, inoltre, la tesi sostenuta da Bip Mobile secondo cui gli impegni presentati non sarebbero idonei nemmeno ad eliminare i profili anticoncorrenziali della fattispecie a cui essi si riferiscono in quanto gli effetti delle condotte contestate dall’Autorità si sarebbero già interamente prodotti e in relazione agli stessi non sarebbe stata proposta alcuna misura con efficacia retroattiva. Sul punto Telecom oppone in primo luogo la mancata dimostrazione degli effetti delle presunte condotte anticoncorrenziali che viene invece data per assunta da Bip Mobile. In secondo luogo Telecom contesta la ricostruzione dell’istituto degli impegni e delle sue finalità così come prospettata da Bip Mobile al fine di supportare la propria tesi in quanto la stessa non è coerente con la normativa nazionale e comunitaria. Inoltre, i precedenti che vengono citati a sostegno della

prospettazione del segnalante si riferiscono a fattispecie per nulla equiparabili a quella oggetto del presente procedimento.

37. Con riguardo alla durata dell'impegno, che sarebbe troppo breve, a parere del segnalante, Telecom rileva che la durata proposta tiene in considerazione l'impatto che l'evoluzione tecnologica nel settore potrebbe avere sulla configurazione complessiva dei modelli distributivi. Inoltre, Telecom ritiene che non debba essere trascurato nella valutazione dell'impegno il fatto che essa ha spontaneamente sospeso l'utilizzo del meccanismo contrattuale contestato dall'Autorità a far data dal 1 gennaio 2013, ossia da 18 mesi.

38. Infine, con riferimento alle deduzioni di Tiscali, Telecom ritiene che le stesse siano inconferenti rispetto al contesto di valutazione degli impegni e utili soltanto a stimolare la funzione di *advocacy* dell'Autorità con riguardo a possibili modifiche del quadro normativo e regolatorio.

b) Wind

39. Con riguardo agli esiti del *market test* relativo agli impegni presentati, Wind, con osservazioni scritte pervenute in data 20 giugno 2014, ha osservato quanto segue.

Secondo Wind, dall'esame delle osservazioni pervenute non sono emersi rilievi tali da mettere in dubbio l'idoneità degli impegni a far venir meno le perplessità sollevate dall'Autorità. Cionondimeno, dalla lettura delle osservazioni presentate da Bip Mobile risulta che non sia stato correttamente compreso il profilo connesso al momento in cui l'impegno proposto sarà implementato. A tal proposito Wind ribadisce che l'impegno sarà attuato nella maniera più tempestiva possibile, mediante l'invio di una comunicazione ai *dealers* già interessati dalla clausola entro dieci giorni lavorativi dall'eventuale accettazione, affinché gli stessi siano immediatamente resi edotti della riformulazione della clausola, e non, come invece affermato da Bip, a far data dal successivo rinnovo contrattuale.

40. Wind ha, altresì, osservato, che la durata dell'impegno di cinque anni deve intendersi congrua, mentre la proposta di revisione dello stesso decorsi tre anni è evidentemente da leggersi in relazione alle eventuali evoluzioni che potrebbero registrarsi col passare del tempo nei rapporti tra Wind e la propria rete di vendita. La revisione dell'impegno potrebbe, inoltre, rendersi necessaria in ragione dei cambiamenti del mercato e delle quote detenute dagli operatori principali.

41. Con riguardo alle osservazioni presentate da Tiscali, le stesse sembrano anche a parere di Wind, più auspicare un intervento legislativo e regolatorio che non voler essere d'ausilio all'Autorità nella valutazione degli impegni.

VIII. IL PARERE FORMULATO DALL'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI

2. In data 7 novembre 2014 è stato inviato all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni lo schema di provvedimento di chiusura del presente procedimento ai fini dell'emanazione del relativo parere. Nella propria delibera, pervenuta in data 2 dicembre 2014, l'AGCom ha espresso parere favorevole allo schema di provvedimento di accettazione degli impegni.

3. In particolare, l'AGCom ha ritenuto che le clausole incentivanti introdotte da Telecom e Wind avrebbero potuto precludere l'accesso al canale distributivo *multibrand*, nonché costituire un ostacolo alla crescita di operatori di ridotte dimensioni che di tale canale distributivo necessariamente si avvalgono. Tuttavia, nel concordare con la posizione assunta dall'Autorità, ha ritenuto che la revisione delle clausole presentata con gli impegni possa far venir meno sia le criticità legate alla preclusione dell'accesso ai terzi, sia quelle connesse all'ostacolo alla crescita di operatori di ridotte dimensioni che non sono nelle condizioni di effettuare investimenti in una rete distributiva proprietaria o comunque esclusiva.

IX. LA VALUTAZIONE DEGLI IMPEGNI

43. Con riferimento agli accordi verticali stipulati da Telecom e Wind con alcuni rivenditori *multibrand*, deve osservarsi che gli impegni proposti dalle Parti appaiono idonei a risolvere le criticità concorrenziali evidenziate in sede di estensione del procedimento. Quanto affermato vale, in primo luogo, con tutta evidenza per l'impegno presentato da Telecom, che non utilizzerà più la descritta clausola affinché i rivenditori possano ottenere gli incentivi previsti negli accordi integrativi. Ma, contrariamente a quanto sostenuto da Bip Mobile, quanto affermato vale anche per l'impegno presentato da Wind, consistente in una riformulazione della clausola. Al riguardo occorre evidenziare, infatti, che l'applicabilità della clausola ai concorrenti con quote di mercato superiori a quella detenuta da Wind può ritenersi appropriata in

funzione dei rilievi che si svolgeranno nel prosieguo.

44. In primo luogo, deve essere valutato l'impatto dell'impegno proposto da Wind sul confronto competitivo fra gli *incumbent*. Considerata la quota di mercato detenuta da Wind, la riformulazione della clausola nei termini prospettati può giocare un ruolo tutt'altro che marginale nel confronto competitivo fra Wind e gli altri operatori con una quota di mercato superiore. In tale ottica, la permanenza della clausola, riformulata nel senso indicato, può trovare giustificazione nell'esigenza di tutelare gli investimenti specifici effettuati da Wind nei confronti dei punti vendita in un mercato caratterizzato dalla presenza di due operatori con quote di mercato superiori e da una catena distributiva particolarmente articolata sul territorio sotto diverse forme (*monobrand* e *multibrand*).

45. La valutazione degli impegni presentati da Telecom e Wind non può prescindere dalla considerazione della differente quota di mercato detenuta dalle due società nel mercato rilevante e dal differente rilievo che ricopre il canale *multibrand* per le stesse. Tenuto conto delle suddette differenze, pur nel loro diverso atteggiarsi, gli impegni presentati sono da ritenersi idonei a rimuovere tanto le preoccupazioni connesse ad un impedimento all'accesso alla rete di distribuzione, quanto quelle legate ad un eventuale ostacolo alla crescita di operatori che non abbiano raggiunto una dimensione minima sufficiente a giustificare investimenti in una rete distributiva proprietaria, o comunque esclusiva, e devono, quindi, affidarsi prevalentemente al canale multimarca. Infatti, anche nella formulazione proposta da Wind, l'impegno lascia liberi tanto i nuovi entranti, quanto gli operatori *incumbent* di dimensioni minori (quali H3G), di accedere ai punti vendita *multibrand* già contrattualizzati da Wind. Si ritiene, infatti, che l'impegno proposto da Wind, seppur non radicale come quello di Telecom, sia idoneo a far venir meno i dubbi sollevati in merito ai possibili effetti anticoncorrenziali della clausola incentivante nei confronti degli operatori di dimensioni più ridotte o di nuovi entranti, dal momento che la riformulazione proposta da Wind ne esplicita la non applicabilità in caso di distribuzione dell'offerta di tali operatori.

46. In definitiva, sia l'impegno di Telecom che l'impegno di Wind appaiono idonei all'obiettivo di rimuovere un ostacolo artificiale all'ingresso e all'affermazione sul mercato di operatori di telefonia mobile non consolidati a sufficienza per poter decidere di affrontare gli investimenti necessari ad un'integrazione verticale in una rete di vendita proprietaria o in una rete comunque monomarca.

47. Quanto alla durata degli impegni, si ritiene che l'orizzonte temporale proposto dalle parti sia congruo, tenuto conto della rapida evoluzione che caratterizza il sistema distributivo oggetto d'indagine.

48. Con specifico riferimento alle critiche rivolte da Bip in ordine agli effetti prodotti dalle clausole interessate dagli impegni presentati, deve osservarsi che la ricostruzione proposta da Bip Mobile attribuisce all'istituto degli impegni una funzione riparatrice rispetto all'infrazione, che non trova alcun fondamento né nella legge nazionale (art. 14 *ter* della l. n. 287/90), né nella normativa comunitaria (art. 9 del Reg. CE n. 1/2003). L'istituto degli impegni è funzionale a produrre un effetto deflattivo del contenzioso e ad incrementare il livello complessivo di efficienza del procedimento amministrativo, mentre non vi è alcuna esplicita menzione nella normativa della rimozione di eventuali effetti già prodotti dalle infrazioni. La norma nazionale, infatti, deve essere letta alla luce del modello comunitario di riferimento (l'art. 9 del Reg. CE n. 1/2003), il quale prevede esclusivamente che gli impegni rispondano alle preoccupazioni espresse dalla Commissione, non indicando le modalità concrete attraverso cui i medesimi possano rispondervi. Il quadro normativo, in definitiva, non prescrive quale debba essere il concreto atteggiarsi dell'impegno in relazione alle fattispecie illecite contestate. Appare pertanto riconducibile all'ambito riservato alla discrezionalità dell'Autorità l'accoglimento di impegni volti sia alla cessazione della condotta, sia alla sua modifica, nonché alla sua non reiterazione *pro futuro*, senza escludere illeciti che abbiano già prodotto effetti⁵.

49. Le osservazioni depositate da Tiscali riguardano tematiche che esulano dall'ambito di valutazione riservato alla fattispecie interessata dall'estensione del procedimento decisa dall'Autorità e sulla quale le parti coinvolte hanno presentato gli impegni in discussione. La società, infatti, sembra far discendere l'inidoneità degli impegni presentati dallo scarso sviluppo di un ulteriore canale di vendita, quello *online*, la cui estensione, seppur auspicabile per certi versi, non è mai stata messa in discussione dalle condotte qui considerate.

50. In conclusione, quindi, gli impegni presentati da Wind e Telecom con riguardo agli accordi integrativi sottoscritti con alcuni rivenditori *multibrand* risultano idonei a risolvere le criticità concorrenziali evidenziate nel provvedimento di estensione dell'istruttoria.

⁵ Si v., in merito, la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 4773 del 22 settembre 2014.

RITENUTO, quindi, che gli impegni presentati da Wind Telecomunicazioni S.p.A. e da Telecom Italia S.p.A. risultano idonei a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto del provvedimento di estensione dell'istruttoria;

RITENUTO di disporre l'obbligatorietà degli impegni presentati da Wind Telecomunicazioni S.p.A. e da Telecom Italia S.p.A. ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90;

Tutto ciò premesso e considerato:

DELIBERA

a) di rendere obbligatori, per le società Wind Telecomunicazioni S.p.A. e Telecom Italia S.p.A., gli impegni presentati, ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90, nei termini sopra descritti e allegati al presente provvedimento di cui fanno parte integrante;

b) di chiudere il procedimento con riferimento alle condotte anticoncorrenziali ipotizzate nel provvedimento n. 24710 del 20 dicembre 2013, con il quale è stata ampliata l'istruttoria originariamente avviata, senza accertare la relativa infrazione a carico delle società Telecom Italia S.p.A. e Wind Telecomunicazioni S.p.A., ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90;

c) che le società di cui al punto a) informino l'Autorità delle azioni intraprese per dare esecuzione agli impegni assunti, trasmettendo all'Autorità una prima relazione entro il 31 marzo 2015 e successivamente, con cadenza annuale, a decorrere da quest'ultima data e sino alla scadenza dei rispettivi impegni da parte di ciascuna impresa.

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