

8 aprile 2014

FORMULARIO PER LA PRESENTAZIONE DEGLI IMPEGNI AI SENSI
DELL'ARTICOLO 14-TER DELLA LEGGE N. 287/1990

VERSIONE DEFINITIVA DEGLI IMPEGNI PRESENTATI DA TELECOM ITALIA S.P.A.

1. Numero del procedimento

1757 – *Ostacoli all'accesso al mercato di un nuovo operatore di telefonia mobile* (il “**Procedimento**”)

2. Parte del procedimento

Telecom Italia S.p.A. (“**Telecom**”)

3. Fattispecie contestata

Con provvedimento in data 12.09.2012, n. 23891 (“**Provvedimento di Avvio**”), su segnalazione di BIP Mobile S.r.l. (“**BIP**”), l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (“**AGCM**” o “**Autorità**”), ha avviato nei confronti di Telecom, Wind Telecomunicazioni S.p.A. (“**Wind**”) e Vodafone Omnitel N.V. (“**Vodafone**”) (di seguito, Telecom, Wind e Vodafone, congiuntamente, le “**Parti**”) un’istruttoria ex art. 14, L. 287/1990 avente ad oggetto l’eventuale violazione dell’art. 101, TFUE ad opera di ciascuna delle Parti.

Secondo quanto prospettato nel Provvedimento di Avvio, sulla base delle evidenze fornite da BIP, sarebbe configurabile *“un’intesa restrittiva della concorrenza posta in essere da TI, Vodafone e Wind, finalizzata ad ostacolare l’accesso al mercato di un operatore potenzialmente molto competitivo e, quindi, in grado di sottrarre loro quote di mercato”* (par. 12).

In particolare, *“le disdette e i dinieghi all’affiliazione ricevuti da Bip Mobile”* da parte della distribuzione *multibrand* sarebbero il *“frutto di una strategia concertata tra TI, Vodafone e Wind per far «fronte comune» rispetto all’ingresso del nuovo operatore”* (par. 12).

Nel Provvedimento di Avvio viene precisato inoltre che *“[a] differenza degli MNO e di altri MVNO, Bip Mobile non è dotato di una propria rete distributiva. Considerati i costi e i tempi necessari per allestire una propria rete di vendita, l’accesso alla distribuzione multibrand costituisce la più importante, se non l’unica, modalità attraverso cui Bip Mobile può aver accesso ad un mercato strutturato come quello in cui operano da anni i più affermati operatori mobili verticalmente integrati”* (par. 13).

Con provvedimento in data 20.12.2013, n. 24710 (“**Provvedimento di Estensione**”), l’AGCM ha deliberato *“di ampliare l’oggetto dell’istruttoria con riferimento alle intese che Telecom*

Telecom Italia S.p.A. e Wind Telecomunicazioni S.p.A. hanno posto in essere in possibile violazione dell'articolo 101 del TFUE".

In particolare, secondo il Provvedimento di Estensione, *"in base alla documentazione acquisita, Telecom Italia S.p.A. e Wind Telecomunicazioni S.p.A. hanno sottoscritto con alcuni dealer multibrand particolarmente performanti accordi integrativi dei rispettivi contratti di distribuzione, che 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"* (secondo considerato).

Secondo il Provvedimento di Estensione, la previsione oggetto del supplemento di istruttoria, *"può costituire una restrizione della concorrenza, in quanto suscettibile di vincolare il distributore agli operatori con cui già intrattiene rapporti commerciali, con l'esclusione degli altri concorrenti sui singoli punti vendita, idonea a difendere la posizione sul mercato degli operatori già attivi e ad escludere i nuovi entranti sul mercato, nonché, trattandosi di vendite al dettaglio, a ridurre la concorrenza tra marche all'interno dei punti vendita essendo limitata la possibilità di scelta dei consumatori"* (terzo considerato).

Il Provvedimento di Estensione ha ulteriormente aggiunto *"che il numero e le caratteristiche dei dealer che hanno sottoscritto i menzionati accordi integrativi sono tali da ritenere configurabile un effetto cumulativo di rete idoneo a determinare la chiusura del mercato interessato per i nuovi operatori o quantomeno un incremento ingiustificato dei costi da sostenere per aver accesso al mercato"* (quinto considerato).

4. Mercati interessati

Con particolare riferimento all'infrazione contestata nel Provvedimento di Avvio (pratica concordata avente natura orizzontale), l'AGCM ha affermato che *"[i]l settore interessato dai comportamenti descritti è quello dei servizi di telefonia mobile"* (par. 6), precisando poi che *"[p]otrebbero delinearsi distinti mercati del prodotto in relazione alla tipologia del servizio offerto, alla tecnologia sottostante e alla diversa clientela (residenziale e business) cui il servizio è rivolto. Tuttavia non appare necessario, allo stato, giungere ad una più precisa definizione dell'ambito merceologico rilevante"* (par. 8).

Dal punto di vista geografico, il Provvedimento di Avvio ha ritenuto che *"il mercato interessato dalla fattispecie abbia dimensione nazionale"* (par. 9).

Nel Provvedimento di Estensione non viene precisato se, in ragione della diversa natura dell'illecito prospettato, debbano essere considerati mercati diversi rispetto a quelli ipotizzati nel Provvedimento di Avvio.

5. Descrizione degli impegni proposti

5.1. In via preliminare: infondatezza della ipotesi di violazione formulata nel Provvedimento di Avvio, sua incompatibilità con la fattispecie descritta nel Provvedimento di Estensione e delimitazione degli impegni

5.1.1. Infondatezza della ipotesi di violazione formulata nel Provvedimento di Avvio

Telecom intende innanzitutto ribadire non soltanto la propria ferma contestazione degli addebiti formulati in via d'ipotesi nell'avvio di istruttoria, ma anche la propria convinzione circa la totale infondatezza della segnalazione di BIP. Dopo più di un anno di svolgimento di attività istruttoria, che ha incluso lo svolgimento di numerose ispezioni a sorpresa e la raccolta di un nutrito insieme di dati e informazioni, la contestazione di BIP non ha trovato alcun riscontro.

L'infondatezza della tesi accusatoria di BIP è stata illustrata da Telecom nella propria memoria infraprocedimentale dell'11 novembre 2013. Le argomentazioni ivi svolte sono riassunte nel par. 1 dell'Allegato 1 al presente formulario.

In considerazione delle argomentazioni ivi svolte, Telecom interpreta il Provvedimento di Estensione come una decisione assunta per verificare se, alla luce dell'assenza di elementi istruttori a supporto di qualsivoglia ipotesi di intesa e/o pratica concordata tra le Parti, sia possibile che particolari pattuizioni contenute nei contratti di distribuzione con alcuni dealer *multibrand* possano essere considerate restrizioni verticali rilevanti per l'applicazione dell'art. 101, TFUE.

5.1.2. Incompatibilità della fattispecie ipotizzata nel Provvedimento di Avvio con quella configurata nel Provvedimento di Estensione

Tale interpretazione sembra confermata dal fatto che la fattispecie ipotizzata nel Provvedimento di Avvio appare incompatibile con la diversa tipologia di intesa configurata nel Provvedimento di Estensione.

In effetti, il Provvedimento di Avvio ipotizza l'esistenza di una pratica concordata tra tre concorrenti finalizzata all'esclusione di un nuovo entrante, attuata attraverso "*pressioni esercitate di comune accordo (...) nei confronti dei dealer (...). Tali pressioni si sostanzierebbero nella minaccia di disdire gli accordi commerciali in essere qualora si fossero sottoscritti accordi di distribuzione con il nuovo operatore o si fossero mantenute le relazioni commerciali avviate*" (par. 5). In altre parole, la preclusione concorrenziale deriverebbe da una strategia coordinata attuata attraverso minacce nei confronti dei distributori *multibrand* intenzionati a commercializzare i prodotti di BIP.

Viceversa, dal Provvedimento di Estensione si evince che la preclusione concorrenziale deriverebbe da condotte individuali adottate soltanto da due delle Parti. Si tratterebbe dunque di un'infrazione avente natura puramente verticale, che sarebbe costituita dalla semplice esistenza di una previsione contrattuale che avrebbe potuto limitare la convenienza per il dealer *multibrand* di distribuire prodotti di operatori diversi da quelli già distribuiti. In tal caso, infatti,

ai sensi della previsione in esame l'operatore telefonico avrebbe avuto la facoltà di non erogare gli incentivi collegati al raggiungimento di determinati target di vendita.

Nulla nel Provvedimento di Estensione lascia intendere l'esistenza di qualsivoglia coordinamento, che tra l'altro sarebbe dovuto avvenire tra parti diverse rispetto a quanto ipotizzato nel Provvedimento di Avvio (e cioè soltanto tra Telecom e Wind, e non anche con Vodafone). Tale ricostruzione trova conferma nel fatto che Telecom abbia deciso di adottare la previsione contrattuale contestata nel Provvedimento di Estensione ben prima della notizia dell'entrata sul mercato di BIP (v. memoria infraprocedimentale dell'11 novembre 2013, pag. 15 ed email del 22 dicembre 2011 ivi allegata *sub* doc. 5). Nello stesso senso, risulterebbe che anche Wind avrebbe adottato una clausola avente "*simile contenuto*" a quella di Telecom (i) ben prima della notizia dell'iniziativa imprenditoriale di BIP, e (ii) in un periodo temporale diverso (precedente) rispetto all'esponente.

5.1.3 Ambito di applicazione degli impegni

Sulla base di quanto sopra, e quindi sull'assunto che l'istruttoria abbia ora esclusivamente per oggetto l'illecito ipotizzato nel Provvedimento di Estensione, di per sé incompatibile con la diversa fattispecie inizialmente contestata nel Provvedimento di Avvio, e che poi non ha trovato conferma nell'attività istruttoria svolta dagli Uffici, gli impegni qui proposti hanno riguardo alla clausola contestata nel Provvedimento di Estensione.

5.2. Sempre in via preliminare: la previsione contrattuale contestata nel Provvedimento di Estensione non costituisce una restrizione per oggetto o per effetto ai sensi dell'art. 101, TFUE

Telecom ritiene che la previsione contrattuale contestata nel Provvedimento (la "**Clausola**") sia lecita. Una preliminare illustrazione dei motivi per i quali Telecom ritiene che la Clausola non costituisce una restrizione per oggetto o per effetto ai sensi dell'art. 101, TFUE è contenuta nel paragrafo 2 dell'Allegato 1 al presente formulario.

Fermo quanto sopra, in uno spirito di fattiva collaborazione ed al fine di consentire una rapida conclusione del Procedimento, Telecom ha deciso di proporre il seguente impegno ai sensi dell'art. 14-ter, Legge 287/1990 al fine di rimuovere con effetto immediato le preoccupazioni concorrenziali manifestate dall'Autorità (l' "**Impegno**").

5.3 Impegni strutturali

Non applicabile

5.4 Impegni comportamentali

Telecom si impegna a non inserire 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.

Si precisa che in considerazione dell'avvio dell'istruttoria e per spirito di collaborazione e riguardo istituzionale Telecom, nonostante la convinzione circa l'assoluta legittimità della Clausola, poi fatta oggetto del Provvedimento di Estensione, ne ha comunque sospeso l'utilizzo a partire dal 1° gennaio 2013, al fine di evitare ogni comportamento che potesse anche solo essere ipotizzato come di ostacolo (sul denegato assunto che la Clausola potesse esplicare effetti rilevanti) all'accesso al canale distributivo di cui si tratta. Gli eventi del 2013 già ricordati hanno del resto ulteriormente dimostrato che non vi è alcuna relazione tra l'insuccesso commerciale dell'iniziativa di BIP e le condizioni del canale *multibrand* su cui possano avere influenza i comportamenti degli operatori. In ogni caso, da allora e a tutt'oggi la Clausola non è stata inclusa in alcun accordo con i *dealer multibrand*.

L'Impegno qui proposto consiste dunque nell'escludere per il futuro e per tutto il periodo di validità sotto indicato l'utilizzo della Clausola in tutti gli accordi che verranno stipulati da Telecom con i *dealer multibrand*.

5.5 Periodo di validità

L'Impegno entrerà immediatamente in vigore alla data di notifica a Telecom del provvedimento di accettazione degli impegni ai sensi dell'art. 14-ter, Legge 287/1990 ("**Data di Efficacia**").

L'Impegno avrà una durata di 3 anni a partire dalla Data di Efficacia.

6. Considerazioni circa l'idoneità degli impegni a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria

6.1. In via preliminare: l'Impegno è di per sé idoneo a risolvere le preoccupazioni concorrenziali manifestate dall'AGCM

In via preliminare, si precisa che l'Impegno è di per sé idoneo a risolvere le preoccupazioni concorrenziali manifestate dall'AGCM nel Provvedimento di Estensione. Per quanto riguarda Telecom, si rinvia alle considerazioni svolte al successivo par. 6.2. In relazione a Vodafone, i contratti conclusi da tale operatore con i distributori non sembrerebbero contenere alcuna disposizione contrattuale anche solo astrattamente idonea ad ostacolare l'accesso alla rete di distribuzione *multibrand* (tale circostanza si deduce dal fatto che Vodafone non è destinataria del Provvedimento di Estensione). Fatte salve diverse valutazioni dell'Autorità sulla base di dati non in possesso di Telecom, la restante parte del mercato, in base ai dati rilevati da AGCOM e riportati nella sua ultima Relazione annuale, non pare includere operatori, in alcuno dei vari mercati della telefonia mobile, con posizione di mercato sufficiente per creare impedimenti alla

concorrenza ⁽¹⁾.

6.2. Idoneità dell’Impegno a risolvere tutte le preoccupazioni concorrenziali espresse dal Provvedimento di Estensione

L’Impegno è di per sé sufficiente a risolvere tutte le preoccupazioni concorrenziali dell’Autorità, dal momento che elimina *in toto* la disposizione contrattuale oggetto del Provvedimento di Estensione.

Quanto alla durata, il periodo triennale tiene conto delle mutevoli dinamiche concorrenziali che contraddistinguono un mercato caratterizzato da una forte tensione competitiva come quello della telefonia mobile e che impongono il costante rinnovamento delle strategie anche distributive. A conferma di tale necessità vi è l’esperienza della stessa Telecom che, nel corso degli ultimi anni, ha modificato il proprio modello ritenendo opportuno incrementare la capillarità della propria rete distributiva ed aumentare la propria presenza nei punti vendita *multibrand*.

Inoltre, una durata triennale appare giustificata dalla rapida evoluzione tecnologica che caratterizza il settore della telefonia mobile.

In particolare, osserviamo in proposito che è ora in fase avanzata la definizione degli standard per l’adozione delle c.d. *embedded SIM* (“**eSIM**”), cioè di moduli integrati hardware/software installati direttamente dal costruttore all’interno del telefono. La eSIM può essere vista come un “contenitore” di più SIM. Ogni MNO ha un suo spazio dedicato (*Secure Domain*) nel quale può installare il proprio profilo. Il profilo di un MNO si può considerare alla stregua dell’odierna SIM, con tutte le sue applicazioni e file. Un apparato di rete chiamato Subscription Manager – Secure Routing (SM-SR) si occupa di effettuare la gestione della eSIM e di abilitare e disabilitare i profili degli MNO secondo le policy che gli vengono indicate dagli MNO stessi. Un altro apparato di rete chiamato Subscription Manager – Data Preparation (SM-DP) si occupa di preparare il profilo di un MNO e di installarlo in modo confidenziale sulla eSIM attraverso l’SM-SR. Di conseguenza, tale innovazione consente la commercializzazione da remoto (c.d. *over the air* – “OTA”) di un nuovo abbonamento con un operatore telefonico, ovvero il passaggio da un operatore all’altro (c.d. *OTA reprogramming*), senza necessità per il cliente di approvvigionarsi di un nuovo supporto fisico/recarsi presso un punto vendita “fisico”.

Dal 2011 è in corso in sede GSMA il lavoro di definizione dei requisiti e delle specifiche tecniche delle eSIM, e in sede ETSI a livello di standardizzazione. In questa fase si sta lavorando alla standardizzazione per gli utilizzi in contesto *machine-2-machine*. È ragionevole attendersi un’estensione di tali requisiti ai restanti servizi fruibili su rete mobile.

I tempi per la realizzazione da parte degli operatori mobili, dei costruttori di terminali e dei SIM vendors delle soluzioni definite a livello di standard (ETSI e GSMA) sono stimabili in circa due anni dall’adozione del relativo standard. Poiché si prevede di chiudere il processo di

¹ AGCOM, Relazione Annuale 2013, pag. 127 e ss.

standardizzazione relativo alle eSIM entro la fine del 2014, si può ipotizzare che terminali muniti di moduli eSIM siano disponibili entro la fine del 2016.

Questa e ulteriori innovazioni tecnologiche possono modificare significativamente e velocemente le dinamiche che attualmente caratterizzano i canali distributivi utilizzati dagli operatori telefonici per la commercializzazione del servizio di telefonia mobile – proprio in virtù della “smaterializzazione” della SIM. Si può infatti ragionevolmente prevedere che un simile cambiamento tecnologico creerà spazio per nuovi ruoli e nuovi rapporti nel contesto della distribuzione dei servizi di telefonia mobile. Ciò si innesterà in un contesto comunque oggettivamente caratterizzato da rapida evoluzione tecnica.

Alla luce di quanto precede, si ritiene che la previsione di una durata triennale sia coerente con l’attesa evoluzione del mercato di telefonia mobile, delle relative tecnologie e delle modalità distributive dei prodotti e dei servizi ad esso relativi.

○*○*○*○*

Telecom auspica che gli Impegni siano resi vincolanti ai sensi dell’art. 14-ter, Legge n. 287/1990 e, per l’effetto, l’AGCM chiuda l’istruttoria “*senza accertare l’infrazione*”.

Ai sensi degli artt. 12-13, D.P.R. n. 217/1998, e dell’art. 14, comma 3, Legge n. 287/1990, si richiede la riservatezza integrale del presente formulario (ivi incluso l’Allegato 1), a meno che l’AGCM non ne disponga la pubblicazione sul proprio sito *internet* ai fini del *market test*, ravvisando la non manifesta infondatezza degli impegni proposti. In tale caso si chiede che venga mantenuto riservato unicamente l’Allegato 1 al presente formulario in quanto contenente da un lato, considerazioni preliminari circa l’insussistenza dell’ipotesi di violazione formulata nel Provvedimento di Avvio e la validità della Clausola oggetto del Provvedimento di Estensione non rilevanti per l’effettuazione del *market test* e, dall’altro, una descrizione analitica della Clausola, nonché dati riferiti alla struttura della propria rete distributiva, alla diffusione della Clausola e alle attivazioni generate dai propri *dealer multibrand* che costituiscono informazioni concorrenzialmente sensibili riferite alle strategie distributive e alle *performance* del canale *multibrand* di Telecom.