

Allegato 2

**FORMULARIO PER LA PRESENTAZIONE DEGLI IMPEGNI AI SENSI
DELL'ART. 14-TER DELLA LEGGE N. 287/90**

1. Numero del Procedimento

1757 - *Ostacoli all'accesso al mercato di un nuovo operatore di telefonia mobile*

2. Parte del procedimento

WIND Telecomunicazioni S.p.A. (d'ora in avanti "WIND" o la "Società")

3. Fattispecie contestate

Con provvedimento n. 23891 del 12 settembre 2012 (nel prosieguo, il "Provvedimento di avvio"), su segnalazione della (allora) Società Bip Mobile S.r.l. (ora Bip Mobile S.p.A.; di seguito, più semplicemente, "Bip"), Codesta Autorità ha avviato nei confronti di WIND, di Telecom Italia S.p.A. (di seguito, "TI") e di Vodafone Omnitel N.V. (di seguito, "Vodafone") un'istruttoria ai sensi dell'art. 14 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, per accertare l'eventuale violazione dell'art. 101 TFUE da parte delle predette Società.

Secondo quanto prospettato nel Provvedimento di avvio, WIND, TI e Vodafone avrebbero posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza finalizzata ad ostacolare l'accesso al mercato da parte di Bip, operatore virtuale di telefonia mobile, all'epoca dei fatti nuovo entrante.

In particolare, Codesta Autorità ha ipotizzato l'esistenza di un'asserita "*strategia concertata tra TI, Vodafone e WIND per far fronte comune rispetto all'ingresso del nuovo operatore*". Tale contestazione è stata motivata sulla base di presunte "*pressioni esercitate di comune accordo da TI, Vodafone e Wind nei confronti dei dealer con i quali Bip Mobile aveva già concluso o era in procinto di concludere contratti di distribuzione dei propri prodotti*", le quali si sarebbero sostanziate 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*". Tanto sarebbe, dunque, valso ad ostacolare l'accesso di Bip alla catena distributiva.

Successivamente, Codesta Autorità, con provvedimento n. 24710 del 20 dicembre 2013 (nel prosieguo, "Ampliamento Istruttoria"), ha ravvisato nei confronti delle sole WIND e TI una possibile ulteriore violazione dell'art. 101 TFUE, derivante da alcune previsioni contrattuali contenute in accordi integrativi di alcuni contratti di distribuzione, sottoscritti con alcuni *dealer multibrand* particolarmente performanti.



Nello specifico, tali previsioni si sarebbero tradotte nel riconoscimento di *“condizioni di maggior favore, sotto forma di premi aggiuntivi, extra sconti o incentivazioni contrattuali di altra natura, a condizione, fra l'altro, del mantenimento inalterato dell'offerta competitiva all'interno del punto vendita”*, unitamente alla *“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”* (sottolineatura nostra).

A parere di Codesta Autorità, siffatte clausole comporterebbero del pari una restrizione della concorrenza, individuabile nell'imposizione di un vincolo in capo ai distributori con i quali si intrattengono rapporti commerciali, volta 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”* (sottolineatura nostra).

4. Mercati interessati

Nel Provvedimento di avvio (§ 6-11), Codesta Autorità ha individuato quale mercato rilevante ai fini del presente procedimento – perlomeno con riferimento alla prima delle due contestazioni formulate a carico di WIND – quello dei servizi di telefonia mobile, di dimensione nazionale.

Nel Provvedimento di “Ampliamento Istruttoria”, con riferimento all'asserita violazione dell'art. 101 TFUE, non si ravvisano ulteriori considerazioni sull'ambito merceologico e geografico di riferimento.

Ad ogni modo, dal tenore di tale provvedimento sembra desumersi che le criticità ravvisate concernano – ai fini dell'individuazione del mercato rilevante – i rapporti intrattenuti da WIND con la rispettiva rete distributiva dei propri servizi di telefonia mobile, estesa sull'intero territorio nazionale.

5. Descrizione degli impegni proposti

A fronte degli addebiti formulati da Codesta Autorità, WIND intende preliminarmente contestare le premesse, in fatto e in diritto, poste alla base dell'intero procedimento, ribadendo la ferma convinzione che le proprie condotte siano ben lungi dall'essere caratterizzate da qualsivoglia oggetto o effetto restrittivo, ma al contrario rappresentino una legittima espressione della libertà di organizzazione dell'impresa.

Per le anzidette ragioni, la Scrivente Società si riserva sin da ora di tutelare le proprie ragioni nelle sedi competenti (*cf.* CdS n. 7307/2009), onde veder riconosciuta la piena conformità dei



propri comportamenti alla normativa nazionale e dell'Unione europea posta a tutela della concorrenza.

Ciò nondimeno, senza che questo costituisca acquiescenza rispetto alle ipotesi di violazione formulate da Codesta Autorità, né ammissione di responsabilità o riconoscimento neppure tacito di inosservanza della normativa antitrust, circostanza ancora una volta recisamente negata, WIND intende eliminare comunque ogni supposta criticità alla base del presente procedimento, proponendo – ai sensi e per gli effetti dell'art. 14-ter della legge 287/90 e nei termini ed alle condizioni di seguito indicati – l'impegno meglio precisato nel prosieguo.

La presente proposta scaturisce pertanto dallo spirito di fattiva collaborazione che la Scrivente Società intende assicurare a Codesta Autorità, al fine di favorire le esigenze di speditezza ed economia procedimentale dell'azione amministrativa e, dunque, di consentire una rapida conclusione dell'istruttoria in corso, con conseguente risparmio di risorse pubbliche e private.

Impegni strutturali

Riformulazione della Clausola

Al fine di elidere in radice gli asseriti rischi competitivi e chiudere il presente procedimento senza l'accertamento di alcuna infrazione nei propri confronti, WIND si impegna a riformulare immediatamente – a partire dalla data di accettazione degli impegni – il testo della clausola (di seguito, la "Clausola") degli accordi integrativi di quei contratti di distribuzione sottoscritti con i *dealer multibrand* 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 discorso commercializzino prodotti o servizi di società concorrenti, fatti salvi i rapporti già in essere con altri operatori al momento della relativa sottoscrizione.

Più specificamente, la versione della Clausola sulla quale Codesta Autorità ha concentrato le proprie preoccupazioni sarà modificata 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 degli operatori (concorrenti di WIND) che siano dotati di una quota di mercato nella spesa finale per clientela nella telefonia mobile superiore rispetto alla Scrivente¹. Resta inteso che, laddove dovessero sopravvenire variazioni nelle quote di mercato degli operatori di riferimento tali da modificare l'applicazione della Clausola per via di

¹ L'indicatore di riferimento ai fini dei predetti calcoli sarà costituito dalle elaborazioni riportate nella Relazione Annuale AGCOM, disponibile sul sito dell'Autorità per le Garanzie nelle telecomunicazioni (in particolare, sarà fatto riferimento ai dati riportati nella tabella "Quote di mercato nella spesa finale per clientela (%)" , colonna "Spesa finale").



mutamenti nei rapporti di forza intercorrenti tra i medesimi, le suddette variazioni saranno tempestivamente comunicate ai *dealer*, e quindi gli impegni assunti saranno calibrati in relazione agli eventuali mutamenti dello scenario di mercato².

Il testo della Clausola sarà pertanto riformulato in modo da rendere esplicito ed inequivocabile il fatto che essa non sarà applicabile né applicata agli operatori che possiedono nella telefonia mobile una quota di mercato inferiore rispetto a quella detenuta da WIND, siano essi operatori mobili virtuali (o “MVNO”, *Mobile Virtual Network Operators*, *i.e.* 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 (detti anche “MNO”, *Mobile Network Operators*), già presenti o nuovi entranti nel suddetto mercato.

Il recepimento della nuova versione della Clausola nei rispettivi Accordi Integrativi avverrà immediatamente per tutti gli Accordi stipulati dopo l'approvazione della versione definitiva degli impegni, mentre per gli Accordi esistenti avverrà nel primo rinnovo utile successivo all'approvazione degli impegni da parte di Codesta Autorità, in ragione della periodicità [...*omissis*...] di rinnovo dei predetti accordi.

La Scrivente Società, a tal riguardo, adotterà tutti gli accorgimenti che consentano di far sì che la data del primo rinnovo utile possa seguire, con la più breve distanza temporale, quella di conclusione del procedimento in discorso: in particolare, ciò sarà attuato mediante l'invio – ai *dealer* altoperformanti interessati dall'applicazione degli accordi integrativi già in corso che contengano al loro interno la Clausola – di un'apposita comunicazione con la quale sarà espressamente indicata la nuova formulazione della Clausola medesima, che dunque si intenderà come sostitutiva della precedente versione a far data dalla ricezione da parte dei singoli *dealer*. Tale comunicazione seguirà entro 10 giorni lavorativi l'eventuale data di accettazione degli impegni oggi proposti ed in ogni caso non influirà sulla naturale scadenza [...*omissis*...] degli accordi già in essere.

La prospettata riformulazione rende chiara la finalità difensiva e procompetitiva della clausola nel confronto tra WIND e gli operatori *leader* del mercato, come tali dotati di un potere di mercato significativamente maggiore rispetto al proprio. La clausola riformulata esplicita, infatti, la volontà di WIND di competere efficacemente con tali operatori, anche compiendo significativi investimenti sulla propria rete di vendita (quali ad es. gli oneri relativi ai piani di

² La fonte che sarà presa a riferimento per la verifica delle eventuali variazioni è costituita esclusivamente dall'Osservatorio trimestrale sulle TLC (alla voce “Linee mobili – Consistenze”, contenente i dati complessivi aggregati sia della clientela residenziale che affari), disponibile sul sito dell'Autorità per le Garanzie nelle telecomunicazioni.



incentivazione, alla formazione del personale del punto vendita, ai costi del materiale promozionale aggiuntivo da predisporre sul sito).

In proposito, occorre altresì precisare come WIND sia a suo tempo entrata in un mercato – quello della telefonia mobile – già caratterizzato dalla forte presenza di due operatori dotati di elevate quote di mercato e, proprio al fine di contrastare efficacemente tale potere di mercato, abbia effettuato investimenti massicci sulla propria rete di vendita, incluso il canale *multibrand* che, per un operatore con le caratteristiche e la quota di mercato di WIND, rivestiva e tuttora riveste un ruolo di sicuro rilievo. Proprio gli sforzi che la Scrivente Società ha compiuto e continua tuttora a compiere al fine di allestire una rete di vendita efficace ed efficiente permettono di apprezzare l'indubbio valore degli impegni oggi proposti: gli stessi, infatti, consentono di rimarcare l'autonomia commerciale di WIND rispetto agli operatori *leader* di mercato, pur senza pregiudicare l'autonomia commerciale degli operatori di più ridotte dimensioni.

Quanto precede consente, dunque, di affermare con certezza che la prospettata riformulazione della Clausola possa in definitiva contribuire a migliorare ulteriormente l'intensità e l'efficienza del confronto competitivo sul mercato di riferimento (peraltro già caratterizzato da un'accesa dinamica concorrenziale), a tutto vantaggio dei consumatori.

Periodo di validità

Gli impegni assunti da WIND saranno validi per un periodo di 5 anni dalla data di effettiva applicazione (con possibilità di revisione al termine del terzo anno di loro eventuale efficacia, che sarà – del caso – opportunamente comunicata a Codesta Autorità), che come detto coinciderà con il primo rinnovo utile successivo alla loro approvazione.

Il predetto termine viene infatti ritenuto dalla Società Scrivente come sufficientemente congruo, considerate anche le modalità di rapida evoluzione del mercato, per introdurre ulteriori stimoli al confronto concorrenziale, a tutto vantaggio di una concorrenza efficiente, con beneficio per utenti e consumatori.

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

La Scrivente Società ritiene che la proposta di impegni contenuta nel presente formulario sia idonea ad eliminare efficacemente tutte le preoccupazioni – qui denegate – ravvisate da Codesta Autorità nel corso del presente procedimento.



Inoltre, le misure rimediali proposte appaiono suscettibili di un'attuazione piena e tempestiva da parte di WIND ed anche la loro successiva implementazione potrà essere agevolmente verificata da Codesta Autorità, coerentemente con quanto richiesto dalla *"Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'articolo 14-ter della Legge 10 ottobre 1990, n. 287"*³.

Si osservi come gli impegni si rivelino altresì pertinenti rispetto all'oggetto del Procedimento (e, quindi, funzionali alla piena soluzione dei problemi concorrenziali evidenziati), nonché proporzionati rispetto alle violazioni contestate, atteso che non è richiesto alcun *quid pluris* rispetto a quanto strettamente necessario per rimuovere le restrizioni prospettate e che, tra le varie possibili alternative di soluzione, è d'uopo valutare in primo luogo l'applicabilità della misura meno restrittiva ed invasiva. Anche sotto tale profilo, pertanto, il controllo di pertinenza e proporzionalità potrà essere agevolmente compiuto da parte di Codesta Autorità.

Nello specifico, la riformulazione della Clausola appare atta a rispondere pienamente alle preoccupazioni sollevate da Codesta Autorità, agevolando ulteriormente – se possibile – il concreto dispiegarsi di un più ampio ed effettivo confronto competitivo nel mercato nazionale dei servizi di telefonia mobile.

Ed infatti deve osservarsi come, da un punto di vista economico e giuridico, l'incentivazione delle controparti commerciali più performanti non possa essere considerata di per sé oggetto di censura, in quanto potenzialmente produttiva anche di innegabili efficienze che possono riverberarsi positivamente sui consumatori in termini di migliore qualità e condizioni del servizio offerto. Ciò posto, l'impegno presentato contribuisce ad eliminare ogni dubbio in merito a possibili finalità anticompetitive verso gli operatori di più ridotte dimensioni derivanti dall'azione incentivante di WIND, dal momento che la riformulazione della Clausola rende, anche testualmente, esplicita l'assenza di qualsivoglia finalità ostativa, finanche indiretta, nei confronti di tali operatori. La Clausola riformulata nel senso dinanzi delineato verrebbe dunque ad avere un chiaro ed esclusivo intento difensivo dall'ulteriore accrescimento della posizione di mercato degli operatori di più consistenti dimensioni, rappresentando un legittimo – se non necessario – strumento di competizione.

Ma vi è di più. Nel chiarire la volontà di WIND di investire risorse significative a fini di incentivazione della rete di vendita in funzione di un ancor più acceso confronto competitivo con gli operatori *leader* di mercato, la riformulazione della Clausola fugge ogni dubbio rispetto al fatto che tra WIND e le altre Parti del procedimento possano mai essere esistiti o possano esistere in futuro forme di *appeasement*, collusione o comunque intesa con effetti restrittivi sul mercato.

In altre parole, le modifiche apportate alla Clausola nel senso dinanzi descritto non solo rimuovono in radice ogni dubbio circa pretese finalità anticoncorrenziali dei comportamenti di WIND sotto il profilo verticale, ma anche sotto il profilo orizzontale precludono ulteriormente

³ Cfr. delibera AGCM 6 settembre 2012, n. 23863, par. 7.



qualsivoglia atteggiamento collusivo, assicurando un ulteriore strumento di deciso stimolo al gioco concorrenziale nel mercato di riferimento.

Infine, considerazione non secondaria è poi quella che, nonostante la comune contestazione contenuta nel Provvedimento di Ampliamento Istruttoria, la posizione di WIND è nettamente distinta e distante da quella di TI. Ne consegue che gli impegni oggi proposti da WIND debbono essere necessariamente letti in maniera indipendente ed autonoma dalla posizione delle altre Parti del procedimento: ciò sia per la natura verticale degli addebiti formulati nel Provvedimento di Ampliamento Istruttoria, che per il noto principio della valutazione individualizzata delle misure proposte, coerente tanto con la prassi applicativa di Codesta Autorità che con le pronunce del Giudice Amministrativo⁴.

* * *

Alla luce di tutte le considerazioni sopra esposte, la Scrivente Società ritiene che gli impegni proposti con il presente formulario possano essere ritenuti idonei a rimuovere nel complesso le preoccupazioni concorrenziali prospettate da Codesta Autorità, in relazione all'asserito impedimento, ostacolo o anche solo disincentivo che le condotte di WIND oggetto di contestazione avrebbero rappresentato per l'accesso al mercato di nuovi operatori nonché per un corretto confronto competitivo con gli operatori già esistenti. Vi è di più: essi appaiono altresì in grado di determinare significativi effetti di stimolo concorrenziale che, per ampiezza ed intensità, risulterebbero arduamente conseguibili per altra via.

WIND, pertanto, auspica che gli impegni sopra illustrati siano resi vincolanti ai sensi dell'art.14-ter della legge n. 287/90 e che, per l'effetto, Codesta Autorità dichiari conclusa l'istruttoria in discorso senza ricorrere all'accertamento di un'infrazione a suo carico.

⁴ Cfr. TAR Lazio, 7 aprile 2008, n. 2902.