



*Autorità Garante
della Concorrenza e del Mercato*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA dell'11 aprile 2018;

SENTITO il Relatore Professor Michele Ainis;

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

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

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287, e, in particolare, l'articolo 14-*bis*;

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

VISTA la Comunicazione dell'Autorità relativa all'applicazione dell'articolo 14-*bis* della legge n. 287/90;

VISTA la propria delibera del 7 febbraio 2018, n. 27025 con la quale è stato avviato un procedimento istruttorio ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, nei confronti di Assotelecomunicazioni – Asstel, Fastweb S.p.A., Telecom Italia S.p.A., Vodafone Italia S.p.A. e Wind Tre S.p.A. per accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 101 del TFUE;

VISTA la propria delibera del 21 marzo 2018, n. 27087 con la quale è stata adottata una misura cautelare provvisoria, ai sensi dell'articolo 14-*bis*, della legge n. 287/90, nei confronti di Fastweb S.p.A., Telecom Italia S.p.A., Vodafone Italia S.p.A. e Wind Tre S.p.A., volta a intimare alle Parti la sospensione dell'attuazione dell'intesa oggetto del procedimento avviato con la delibera del 7 febbraio 2018, concernente la determinazione del *repricing* comunicato agli utenti in occasione della rimodulazione del ciclo di

fatturazione in ottemperanza alla legge n. 172/2017, e, per l'effetto, la conseguente determinazione indipendente della propria offerta commerciale;

VISTA la documentazione agli atti;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. Assotelecomunicazioni – Asstel (“Asstel”) è l'Associazione di categoria che, nel sistema di Confindustria, rappresenta le imprese della tecnologia dell'informazione esercenti servizi di telecomunicazione fissa e mobile, attive nell'assistenza e gestione della clientela, che forniscono apparati e servizi di gestione, manutenzione ed esercizio di impianti e reti di telecomunicazione.

2. Fastweb S.p.A. (nel seguito, “Fastweb”) è un operatore che fornisce servizi di telecomunicazioni a banda larga e ultralarga. La società è altresì attiva nel mercato dei servizi di telecomunicazione mobile, in qualità di operatore virtuale. Fastweb è controllata al 100% da Swisscom Italia S.r.l., a sua volta soggetta al controllo di Swisscom AG, una società attiva nell'erogazione di servizi di telecomunicazione con sede in Svizzera.

3. Telecom Italia S.p.A. (nel seguito, “TI”, “Telecom Italia” o “TIM”) è una società attiva nell'erogazione di servizi di comunicazione fissa e mobile che dispone della rete in rame di telecomunicazioni fisse. La società è controllata da Vivendi SA¹. La società utilizza il marchio “TIM” per l'offerta commerciale di telecomunicazioni sia fisse che mobili.

4. 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.

¹ Cfr. Decisione della Commissione Europea del 30 maggio 2017, caso M.8465 – Vivendi/Telecom Italia.

5. Wind Tre S.p.A. (nel seguito, “Wind Tre”) è un operatore di comunicazioni fisse e mobili nato dalla fusione per incorporazione di Wind Telecomunicazioni S.p.A. in H3G S.p.A. del 31 dicembre 2016².

II. PREMESSA

6. Il presente provvedimento conclude il sub-procedimento cautelare avviato con l’adozione delle misure cautelari provvisorie in data 21 marzo 2018 ai sensi dell’articolo 14-*bis* della legge n. 287/90 e della Comunicazione relativa alla sua applicazione.

7. Successivamente alla notifica della misura cautelare provvisoria, le Parti hanno avuto modo di partecipare al sub-procedimento e di esporre le proprie difese. In questa sede, pertanto, verranno valutate le argomentazioni svolte dalle Parti in sede di memorie difensive e di audizione dinanzi al Collegio al fine di procedere alla conferma della misura adottata in via provvisoria, così come previsto dalla richiamata Comunicazione.

III. I PRESUPPOSTI DI FATTO DEL PROCEDIMENTO ISTRUTTORIO

8. Nel corso del 2015, i principali operatori telefonici (TIM, Vodafone, Wind Tre) hanno modificato il periodo di rinnovo delle offerte ricaricabili per la telefonia mobile portandolo da una cadenza mensile a una quadrisettimanale (ogni 28 giorni).

9. Successivamente all’implementazione della suddetta rimodulazione tariffaria, la fatturazione quadrisettimanale è stata adottata da altri operatori (Fastweb) ed è stata estesa anche alla telefonia fissa.

10. L’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (nel seguito, AGCOM) con la Delibera 121/17/CONS del 15 marzo 2017 è intervenuta in merito alla suddetta rimodulazione stabilendo che l’unità temporale per la cadenza di rinnovo e fatturazione dei contratti di rete fissa dovesse essere il mese, affinché l’utente potesse avere la corretta percezione del prezzo offerto da ciascun operatore e la corretta informazione sul costo indicato in bolletta per l’uso dei servizi. Nella medesima Delibera, l’AGCOM prevedeva che per la

² Cfr. Decisione della Commissione Europea del 1° settembre 2016, caso M.7758 – Hutchison 3G Italy/Wind/JV.

telefonia mobile la cadenza di rinnovo e fatturazione non potesse essere inferiore ai 28 giorni.

11. Gli operatori telefonici non si adeguavano alle prescrizioni dell'AGCOM e, anche tramite Asstel, impugnavano la citata Delibera dinanzi al giudice amministrativo.

12. Il mancato adeguamento da parte degli operatori telefonici agli obblighi imposti dal regolatore portava all'avvio di procedimenti sanzionatori da parte dell'AGCOM e all'intervento diretto del Ministero competente (Ministero dello Sviluppo Economico).

13. Con il Decreto Legge 16 ottobre 2017, n. 148, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 2017, n. 172 – “*Disposizioni urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili*”, all'articolo 19 *quinquiesdecies*, è stato infine introdotto l'obbligo per i fornitori di servizi di comunicazione elettronica di prevedere per i contratti stipulati una cadenza di rinnovo delle offerte e della fatturazione dei servizi (sia essi di rete fissa che mobile) su base mensile o di multipli del mese. Il legislatore ha concesso un termine di centoventi giorni per adeguarsi alla suddetta previsione demandando all'AGCOM la verifica circa la corretta informativa ai clienti-consumatori.

14. Successivamente all'adozione da parte dell'AGCOM delle “*Linee Guida sull'attività di vigilanza da parte dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni a seguito dell'entrata in vigore dell'articolo 19-quinquiesdecies del D.L. 16 ottobre 2017 n. 148, convertito con modificazioni dalla L. 4 dicembre 2017, n. 172*”, TIM, Vodafone, Fastweb e Wind Tre hanno inviato quasi contestualmente, tra la fine di gennaio e l'inizio di febbraio 2018, una comunicazione dall'identico contenuto ai propri clienti, con la quale li informavano del fatto che, in attuazione della legge n. 172/2017, la fatturazione delle offerte e dei servizi sarebbe stata effettuata su base mensile e non più quadrisettimanale, con la conseguenza che la spesa annuale complessiva sarebbe stata distribuita su 12 canoni anziché 13. Tutti e quattro gli operatori hanno precisato che tale rimodulazione tariffaria non avrebbe modificato il prezzo annuale dell'offerta di servizi.

IV. L'AVVIO DELL'ISTRUTTORIA E IL SUB-PROCEDIMENTO CAUTELARE

15. Con delibera del 7 febbraio 2018, l'Autorità ha deliberato l'avvio di un procedimento nei confronti di Assotelecomunicazioni – Asstel, Telecom Italia S.p.A., Vodafone Italia S.p.A., Fastweb S.p.A. e Wind Tre S.p.A., al fine di accertare la sussistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza, nella forma di pratica concordata e/o di accordo, posta in essere quantomeno a far data dall'adozione della Delibera AGCOM 121/17/CONS, volta a determinare la variazione delle condizioni contrattuali dei servizi al dettaglio di comunicazione fissi e mobili in occasione dell'adeguamento alle prescrizioni contenute nell'articolo 19 *quinquiesdecies* del Decreto Legge n. 148/2017, e a restringere la possibilità dei clienti-consumatori di beneficiare del corretto confronto concorrenziale tra operatori in sede di esercizio del diritto di recesso.

16. Nei giorni 15 e 16 febbraio 2018 venivano svolte le ispezioni presso le sedi legali e operative delle Parti del procedimento. La documentazione acquisita in sede ispettiva constava di oltre mille documenti e di numerosi e corposi allegati.

17. Nel corso dell'esame della documentazione suddetta, venivano rinvenute significative evidenze che confermavano *prima facie* la sussistenza del coordinamento delineato nel provvedimento di avvio dell'istruttoria con particolare riferimento all'aumento nominale del canone periodale mediante il riproporzionamento della spesa annuale su 12 canoni anziché 13 comunicato all'utenza in occasione del passaggio dalla fatturazione quadrisettimale a quella mensile (nel prosieguo "*repricing*"). L'implementazione definitiva del suddetto *repricing* sulla *customer base* degli operatori parti del procedimento era prevista, per la quasi totalità dei casi, nel periodo 24 marzo – 5 aprile 2018; nonostante l'avvio del procedimento e le contestazioni mosse dall'Autorità, le Parti non avevano, infatti, annunciato alcuna sospensione spontanea dell'applicazione del *repricing*.

18. Alla luce di una valutazione preliminare del quadro probatorio e dell'imminenza dell'implementazione del *repricing*, l'Autorità riteneva doveroso al fine di non aggravare le conseguenze dell'infrazione contestata, intervenire con una misura cautelare che impedisse nelle more del procedimento il consolidamento dell'intesa oggetto del procedimento.

19. Con delibera del 21 marzo 2018, l’Autorità disponeva, in via cautelare, che “*Fastweb S.p.A., Telecom Italia S.p.A., Vodafone Italia S.p.A. e Wind Tre S.p.A. sospendano, nelle more del procedimento, l’attuazione dell’intesa oggetto del procedimento avviato con Delibera del 7 febbraio 2018, concernente la determinazione del repricing comunicato agli utenti in occasione della rimodulazione del ciclo di fatturazione in ottemperanza alla Legge 172/2017, e che, per l’effetto, ogni operatore definisca i termini della propria offerta di servizi in modo indipendente dai concorrenti*”.

20. In ragione del fatto che la tempistica annunciata (24 marzo – 5 aprile) per l’implementazione del *repricing* sulla quasi totalità delle offerte degli operatori telefonici non consentiva una previa instaurazione del contraddittorio, la misura cautelare suddetta veniva adottata *inaudita altera parte* concedendo alle Parti sette giorni dalla notifica del provvedimento per il deposito di documenti e memorie e per richiedere di essere sentite dinanzi al Collegio.

21. Contestualmente alla notifica del provvedimento cautelare, che conteneva l’indicazione specifica di tutti i documenti su cui si fondavano le valutazioni sommarie circa la sussistenza del *fumus boni iuris*, veniva comunicata alle Parti la possibilità di avere accesso ai suddetti documenti il giorno seguente. In data 22 marzo 2018 tutte le Parti esercitavano il diritto di accesso ai documenti posti a fondamento del provvedimento cautelare.

22. In data 28 marzo 2018 le Parti depositavano le proprie memorie difensive e richiedevano di essere sentite dinanzi al Collegio. Il giorno successivo veniva comunicata la data dell’audizione dinanzi al Collegio fissata per il giorno 5 aprile 2018.

23. A conclusione, in contraddittorio con le Parti, della valutazione delle istanze di restituzione dei documenti formulate, le Parti effettuavano nei giorni 3 e 4 aprile 2018 accesso alla documentazione ispettiva provvisoriamente accessibile.

24. In data 5 aprile 2018, le Parti sono state sentite in audizione davanti al Collegio e hanno esposto le proprie difese in sessioni separate, come richiesto dalle stesse Parti, in ragione del fatto che le argomentazioni svolte contenevano riferimenti a segreti commerciali e strategie aziendali.

V. LE RISULTANZE PROCEDIMENTALI

L'IPOTESI ISTRUTTORIA

25. Nel provvedimento di avvio dell'istruttoria viene ipotizzata la sussistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza tra Asstel, Telecom Italia, Vodafone Italia, Fastweb e Wind Tre volta a determinare la variazione delle condizioni contrattuali dei servizi al dettaglio di comunicazione fissi e mobili in occasione dell'adeguamento alle prescrizioni contenute nell'articolo 19 *quinquiesdecies* del Decreto Legge n. 148/2017, e a restringere la possibilità dei clienti-consumatori di beneficiare del corretto confronto concorrenziale tra operatori in sede di esercizio del diritto di recesso.

26. Secondo l'ipotesi istruttoria, il coordinamento sarebbe sfociato da ultimo nell'adozione di pressoché identiche modalità di attuazione dell'obbligo introdotto nell'articolo 19 *quinquiesdecies* del Decreto Legge n. 148/2017 in capo agli operatori di servizi di comunicazione elettronica di prevedere per i contratti stipulati una cadenza di rinnovo delle offerte e della fatturazione dei servizi su base mensile o di multipli del mese.

27. Fastweb, TIM, Vodafone e Wind Tre hanno, infatti, informato i propri clienti che, in ottemperanza alla legge n. 172/2017, la fatturazione delle offerte e dei servizi sarebbe stata effettuata su base mensile e non più quadrisettimanale, comunicando loro l'attuazione di un *repricing* del canone periodico legato alla distribuzione della spesa annuale complessiva su 12 canoni, anziché 13. Nonostante la legge e le Linee Guida AGCOM non contenessero alcun riferimento alla rideterminazione del numero dei canoni, né tantomeno al concetto di spesa complessiva annuale, i quattro operatori hanno tradotto il portato delle nuove regole nell'applicazione delle medesime variazioni contrattuali alla propria base clienti mediante il riferimento al parametro di spesa annuale invariata. La spesa annuale, tuttavia, non sembra essere un elemento contrattuale comunicato ai consumatori al momento della sottoscrizione delle offerte di telecomunicazione fissa e mobile. Infatti, le offerte contrattuali dei suddetti operatori hanno sempre fatto riferimento a un prezzo periodale di tipo quadrisettimanale (e precedentemente mensile) e non a un corrispettivo annuale.

28. Il supposto coordinamento tra TIM, Vodafone, Fastweb e Wind Tre sarebbe finalizzato, secondo l'ipotesi istruttoria, a preservare l'aumento dei prezzi delle tariffe determinato dalla iniziale modifica della periodicità del rinnovo delle offerte (da mensile a quadrisettimanale), limitando al

contempo il rischio di fuoriuscita dei propri clienti verso i principali concorrenti, in un momento di *shock* esogeno del mercato. Per raggiungere tale finalità, i quattro operatori avrebbero concertato la variazione delle condizioni contrattuali comunicate ai propri clienti in occasione della ottemperanza ai menzionati obblighi normativi.

I MERCATI RILEVANTI

29. Preliminarmente, si ricorda che, nei casi riguardanti intese, la definizione del mercato rilevante è essenzialmente volta a individuare le caratteristiche del contesto economico e giuridico nel quale si colloca il coordinamento fra imprese concorrenti.

Ai fini della valutazione di un'intesa, infatti, l'individuazione del mercato rilevante, ancorché utile per circoscrivere con precisione e focalizzare l'analisi dei comportamenti delle imprese coinvolte, risulta funzionale all'individuazione dell'ambito merceologico e territoriale nel quale si manifesta un coordinamento fra imprese concorrenti e si realizzano gli effetti derivanti dall'illecito concorrenziale, essendo in particolare "*funzionale alla decifrazione del suo grado di offensività*"³.

30. Le condotte contestate riguardano i servizi di telefonia fissa e mobile erogati agli utenti finali e, pertanto, si ritiene di individuare i seguenti mercati rilevanti, tutti aventi dimensione geografica nazionale coincidente con il territorio italiano:

- i. mercato dei servizi al dettaglio di telecomunicazione mobile;
- ii. mercato dei servizi al dettaglio di telecomunicazioni su rete fissa a banda stretta;
- iii. mercato dei servizi al dettaglio di telecomunicazioni su rete fissa a banda larga e ultralarga.

Mercato dei servizi al dettaglio di telecomunicazione mobile

31. Il mercato dei servizi al dettaglio di telecomunicazione mobile, secondo i consolidati orientamenti nazionali e comunitari⁴, consiste in una serie di

³ Cfr., ex multis, Consiglio di Stato 26 gennaio 2017, n. 740, Gare Consip pulizia nelle scuole, nonché Consiglio di Stato, 3 giugno 2014, nn. 2837, 3167 e 3168, Logistica Internazionale; Consiglio di Stato, 24 ottobre 2014, nn. 4230, 5274, 5276, 5278, Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici.

⁴ Cfr. Decisione della Commissione Europea del 1° settembre 2016, caso M.7758 – Hutchison 3G Italy/Wind/JV; Provvedimento AGCM n. 23891 del 12 settembre 2012, caso I757 – Ostacoli all'accesso al mercato di un nuovo operatore di telefonia mobile; Provvedimento AGCM n. 17131 del 3 agosto 2007, caso A357 – Tele2/Tim-Vodafone-Wind.

servizi che, attraverso l'utilizzo di tecnologie *wireless*, consentono agli utenti di soddisfare le proprie esigenze di comunicazione in mobilità attraverso servizi voce, dati e sms ai propri utenti. Dal punto di vista geografico, il mercato rilevante ha estensione nazionale.

32. Nel mercato dei servizi al dettaglio di telecomunicazione mobile operano sia operatori infrastrutturati (MNO) che operatori virtuali (*full MVNO* e *ESP/partial MVNO*⁵). Le quote di mercato in volume nel settembre 2017⁶, basate sul numero di SIM attive, sono mostrate nella seguente tabella:

<i>Operatore</i>	<i>Numero di SIM (mln)</i>	<i>Quota di mercato</i>
Wind Tre	29,8	35,5%
TIM	24,0	28,7%
Vodafone	22,6	26,9%
Poste Mobile (MVNO)	3,7	4,4%
Fastweb (MVNO)	1,4	1,7%
Altri MVNO	2,4	2,9%
<i>Totale</i>	<i>83,9</i>	<i>100,0%</i>

33. Quanto alla dimensione del mercato, si stima che nel 2016 il fatturato per i servizi al dettaglio di telecomunicazione mobile ammontino a 13,90 miliardi di euro⁷.

Mercati ii) dei servizi al dettaglio di telecomunicazioni su rete fissa a banda stretta e iii) dei servizi al dettaglio di telecomunicazioni su rete fissa a banda larga e ultralarga

34. Il mercato dei servizi al dettaglio di telecomunicazione su rete fissa a banda stretta comprende i servizi che consentono agli utenti di soddisfare principalmente le proprie esigenze di chiamata vocale (verso direttrici nazionali e internazionali), nonché di avere una connettività dati a banda

⁵ MVNO è l'acronimo di Mobile Virtual Network Operator. Possono essere individuati diversi tipi di MVNO, il full MVNO non dispone delle frequenze e dei dispositivi di rete di accesso (RAN – Radio Access Network) ma questo gestisce interamente il servizio offerto tranne la rete d'accesso di proprietà dell'operatore MNO che fornisce l'ospitalità sulla rete. Il full MVNO detiene la rete di commutazione e pertanto è anche l'operatore che emette e convalida le SIM. ESP Enhanced Service Provider è un MVNO che possiede solo le infrastrutture per la fornitura dei VAS (Value Added Services) e quelle per la commercializzazione dei prodotti, mentre la rete d'accesso e l'emissione di SIM card viene demandata all'MNO. L'ESP non può cambiare MNO se non sostituendo tutte le SIM card emesse.

⁶ Le quote di mercato sono basate sul numero di SIM "human", vale a dire le SIM che effettuano traffico «solo voce» o «voce e dati», incluse le SIM solo dati con interazione umana. Cfr. AGCOM, Osservatorio delle Comunicazioni n. 4/2017.

⁷ Cfr. AGCOM, Relazione annuale 2017.

stretta⁸. Il mercato dei servizi al dettaglio di telecomunicazioni su rete fissa a banda larga e ultralarga è definito dal punto di vista del prodotto come l'insieme di servizi di rete fissa voce e dati a banda larga e ultralarga⁹. Dal punto di vista della definizione geografica, si ritiene che tali mercati abbiano estensione nazionale.

35. Nel settembre 2017, le quote di mercato in volume, stimate sulla base degli accessi totali, a banda larga e ultralarga e a banda stretta¹⁰, sono mostrate nella seguente tabella:

<i>Operatore</i>	<i>Accessi totali</i>		<i>Accessi a banda larga e ultralarga</i>		<i>Accessi a banda stretta</i>	
	<i>Numero di accessi (mln)</i>	<i>Quota di mercato</i>	<i>Numero di accessi (mln)</i>	<i>Quota di mercato</i>	<i>Numero di accessi (mln)</i>	<i>Quota di mercato</i>
TIM	11,1	54,1%	7,5	45,6%	3,7	87,3%
Fastweb	2,7	13,0%	2,4	14,8%	0,3	6,1%
Wind Tre	2,5	12,3%	2,4	14,7%	0,1	2,7%
Vodafone	2,5	12,1%	2,3	14,1%	0,2	4,3%
Altri	1,8	8,5%	1,8	10,8%	0,0	0,0%
Totale	20,6	100,0%	16,4	100,0%	4,2	100,0%

36. Quanto alla dimensione dei mercati della telecomunicazione fissa, si stima che nel 2016 il fatturato per i servizi al cliente finale ammonta a 12,35 miliardi di euro¹¹.

IL FUMUS BONI IURIS IN RELAZIONE AL COORDINAMENTO DELINEATO NEL PROVVEDIMENTO DI AVVIO

37. A seguito dell'attività ispettiva svolta presso le sedi delle Parti del procedimento sono state rinvenute diverse evidenze che confermano *prima facie* la sussistenza del coordinamento delineato nel provvedimento di avvio dell'istruttoria.

38. In via preliminare, con riferimento alla durata del coordinamento, si rileva che la documentazione acquisita dà evidenza del fatto che gli operatori

⁸ Cfr. Provvedimento AGCM n. 24339 del 9 maggio 2013, caso A428 – Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia.

⁹ Cfr. Provvedimento AGCM n. 26656 del 28 giugno 2017, caso A514 – Condotte Fibra Telecom Italia; Provvedimento AGCM n. 24339 del 9 maggio 2013, caso A428 – Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia.

¹⁰ Cfr. AGCOM, Osservatorio delle Comunicazioni n. 4/2017.

¹¹ Cfr. AGCOM, Relazione annuale 2017.

telefonici che sono parte del procedimento hanno effettivamente intensificato i contatti tra loro in essere a far data dall'approvazione della Delibera AGCOM 121/17/CONS. Su questo punto specifico merita attenzione il documento acquisito presso Vodafone che consiste in una serie di *email* scambiate in data 1° giugno 2017 tra i responsabili della funzione regolamentare dei quattro operatori volta a condividere il contenuto di una lettera da inviare ad AGCOM a seguito di un incontro tenutosi presso la suddetta Autorità, nella quale tutti gli operatori mantengono la posizione di non adempiere agli obblighi della Delibera impugnata ma tentano di proporre al regolatore una soluzione alternativa¹². Il contenuto della *email* dà conto del fatto che la suddetta soluzione alternativa era stata già condivisa in precedenza tra gli operatori ed era stata presentata ad AGCOM dai quattro operatori con un fronte compatto.

39. Le evidenze raccolte dimostrano, pertanto, che i quattro principali operatori hanno coordinato in una prima fase la posizione da tenere nei confronti della Delibera dell'AGCOM decidendo di non adeguarsi agli obblighi imposti dalla stessa circa la fatturazione dei servizi di telefonia fissa e di impugnare il provvedimento dinanzi al TAR sia singolarmente che attraverso Asstel¹³.

40. I contatti tra gli operatori sono divenuti poi quasi giornalieri a far data dalla notizia di un intervento legislativo conseguente al mancato adeguamento degli stessi operatori agli obblighi imposti dal regolatore (settembre 2017). Da quel momento in poi è divenuto centrale il ruolo svolto da Asstel all'interno della quale i responsabili della funzione regolatoria di Telecom Italia, Wind Tre, Vodafone e Fastweb hanno coordinato l'attività di *lobbying* presso il Governo, la comunicazione ai *media*, gli interventi televisivi e nelle manifestazioni pubbliche allo scopo di mantenere compatto il fronte e di non rilasciare dichiarazioni contraddittorie. A tal fine è stato congiuntamente redatto un documento (c.d. "*position paper*") da cui risultasse la posizione ufficiale dell'Associazione e, quindi, degli operatori, con il quale si rivendicava la libertà di iniziativa economica degli operatori di telefonia a fronte di un intervento eccessivamente invasivo da parte di AGCOM e del Governo.

41. Nell'ambito del fitto scambio di comunicazioni concernenti le modifiche da apportare al "*position paper*" merita particolare attenzione una dichiarazione proveniente da un rappresentante di Fastweb indirizzata, in

¹² Cfr. ISP.313.

¹³ Cfr. ISP.363, ISP.338 e ISP.316.

data 5 settembre 2017, ai rappresentanti di Asstel e degli altri operatori del seguente tenore: *[omissis]*¹⁴¹⁵.

42. Dal contenuto della suddetta *email* che viene più volte ribadito dal mittente negli scambi di *email* in sede Asstel, appare già evidente che l'intenzione comune degli operatori è quella di effettuare il *repricing* mediante il riproporzionamento della spesa annuale su 12 canoni anziché 13. L'esistenza di un fronte comune degli operatori sul mantenimento della fatturazione a 28 giorni e sul conseguente *repricing* appare chiaro anche in un altro documento interno (del 22 settembre 2017) rinvenuto nella sede di Fastweb e nel quale si legge quanto segue: *[omissis]*¹⁶.

43. La natura anticoncorrenziale dei contatti intercorsi tra gli operatori in sede Asstel si appalesa evidente in un documento rinvenuto presso la sede della stessa Associazione nel quale viene sintetizzato al Presidente e ad altri membri del consiglio il contenuto della *call* intervenuta con e tra gli operatori in data 30 ottobre 2017 sul tema dei 28 giorni, in cui è stata concordata l'adozione di una linea comune di minimizzazione del danno che include, tra l'altro, il mantenimento degli aumenti già realizzati: *[omissis]*¹⁷.

44. Oltre al contenuto del sopra citato documento, merita particolare attenzione il fatto che in sede associativa, al 30 ottobre 2017, siano rimasti a confrontarsi solo i quattro operatori parte del procedimento mentre non sono più coinvolti gli altri associati.

45. Dalle evidenze esaminate emerge che gli operatori erano ben consapevoli del fatto che il coordinamento in sede Asstel andasse al di là di quanto può legittimamente accadere in seno a una associazione di categoria, tanto che in alcune comunicazioni hanno sentito il bisogno di rammentare a se stessi i limiti del mandato Asstel e l'indipendenza degli operatori in relazione alle politiche commerciali. In una comunicazione interna di Vodafone del 23 ottobre 2017, il responsabile degli affari istituzionali, nel commentare un comunicato stampa proposto da Asstel, afferma: *[omissis]*¹⁸. Inoltre, all'interno di Vodafone si danno indicazioni per la circolazione delle informazioni: *[omissis]*¹⁹.

¹⁴ Cfr. ISP.48, ISP.84, ISP.837, ISP.846; il medesimo documento è stato rinvenuto presso diverse Parti del procedimento.

¹⁵ Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

¹⁶ Cfr. ISP.582.

¹⁷ Cfr. ISP.824.

¹⁸ Cfr. ISP.308.

¹⁹ Cfr. ISP.507.

46. Dalla documentazione acquisita presso Telecom Italia, è, inoltre, possibile trovare conferma della *conference call* interna riportata dal Messaggero in data 24 ottobre 2017 (richiamata nel provvedimento di avvio) e del fatto che vi era l'intenzione di far trapelare all'esterno le decisioni assunte in quella sede al fine di lanciare un messaggio al mercato²⁰. Le evidenze raccolte mostrano l'estrema attenzione prestata alle dichiarazioni pubbliche dei *competitor* sia in Vodafone²¹ sia in Telecom Italia²². In particolare, in uno scambio di *email* interno a Telecom Italia avvenuto il 30 ottobre 2017, cioè ancor prima che la legge venga approvata, si discute delle dichiarazioni da rilasciare per un articolo del Corriere della Sera e, nel fare ciò, si dà conto della posizione dei principali competitor (Vodafone e Wind Tre) anche in relazione alle intenzioni concernenti il *repricing*; l'Amministratore Delegato di Telecom Italia scrive: *[omissis]*²³.

47. Nella sede di Fastweb è stato, altresì, rinvenuto un documento che dimostra che gli operatori parte del procedimento si sono scambiati informazioni sensibili sulle politiche di *repricing* e sui tempi di adeguamento dei sistemi informatici alla nuova fatturazione. In uno scambio di *email* interno a Fastweb del 14 novembre 2017 si trova una sintesi delle posizioni dei concorrenti secondo cui: *[omissis]*²⁴. La natura e la specificità delle informazioni concernenti la posizione dei concorrenti su *billing*, *repricing* e tempistiche esclude la possibilità che le stesse siano state ottenute da fonti esterne alle società.

48. Nel medesimo documento sopra citato è presente anche un messaggio dell'Amministratore Delegato di Fastweb che in risposta alla precedente comunicazione sintetizza il riscontro ricevuto in via diretta dai concorrenti: *[omissis]*²⁵²⁶. L'indicazione dei nominativi dei rappresentanti dei concorrenti da cui sono state ottenute le informazioni conferma la natura diretta dei contatti anche al di fuori di Asstel nonché il coinvolgimento del *top management* delle società.

49. Successivamente al novembre 2017, a seguito dei contatti riportati nel documento di cui sopra, il coordinamento circa il *repricing* sembrerebbe raggiunto, in quanto viene dato per scontato nelle comunicazioni successive e si discute di eventuali aumenti ulteriori rispetto a quelli derivanti dal

²⁰ Cfr. ISP.30.

²¹ Cfr. ISP.362.

²² Cfr. ISP.35.

²³ Cfr. ISP.154.

²⁴ Cfr. ISP.526.

²⁵ Con successiva *email* (ISP.581) viene detto: *[omissis]*.

²⁶ Cfr. ISP.526.

passaggio alla fatturazione mensile rispetto a quella quadrisettimanale. In una comunicazione interna di Telecom Italia del 7 dicembre 2017 si legge, infatti, quanto segue: *[omissis]*²⁷

50. Tale intenzione viene confermata dai documenti rinvenuti presso la stessa Vodafone; in una *email* dell'Amministratore Delegato del 29 dicembre 2017 si trovano le seguenti considerazioni: *[omissis]*²⁸. Tale documento dimostra come a sua volta Vodafone fosse a conoscenza delle manovre tariffarie di Telecom Italia. D'altro canto sono state ritrovate evidenze di scambi di messaggi tra i vertici di Telecom Italia e Vodafone²⁹.

51. Infine, con riguardo alla contestualità delle comunicazioni da inviare ai clienti in relazione al passaggio alla fatturazione mensile, si ritiene che essa sia dovuta a una combinazione di diversi elementi interni-esterni. Infatti, è necessario considerare la Delibera AGCOM n. 496/17/CONS che ha imposto la comunicazione ai clienti con almeno due mesi di anticipo rispetto al momento della modifica, rispetto ai 30 giorni indicati dal Codice delle Comunicazioni Elettroniche. D'altro canto, da diversi documenti interni rinvenuti presso gli operatori di comunicazione emergono discussioni sulle tempistiche necessarie in relazione ai tempi di adeguamento dei sistemi di fatturazione. La circostanza che ci fosse stato uno scambio di informazioni anche sui tempi di adeguamento all'obbligo normativo si può desumere, tra l'altro, dal documento rinvenuto presso la sede di Fastweb (datato 18-20 dicembre 2017) dal quale si evince la sorpresa di Fastweb nel verificare che Telecom Italia dal 1° gennaio 2018 aveva già comunicato la decorrenza della rimodulazione di alcuni piani tariffari. Nello scambio di *email* una rappresentante di Fastweb, informata della notizia, scrive: *[omissis]*³⁰.

52. Una prima valutazione sommaria delle evidenze raccolte consente di ritenere che in relazione alla violazione contestata sia configurabile il requisito del *fumus boni iuris*, in quanto gli elementi su cui si fondava il provvedimento di avvio dell'istruttoria risultano allo stato confermati dal contenuto dei documenti sopra richiamati.

53. La documentazione esaminata nei paragrafi precedenti dà, infatti, conto del fatto che i quattro operatori parte del procedimento si sono scambiati informazioni sensibili in relazione alle proprie politiche commerciali verso la clientela sia con riguardo al *repricing* connesso alla modifica del ciclo di fatturazione sia in relazione alle modalità e ai tempi con i quali sarebbero

²⁷ Cfr. ISP.5.

²⁸ Cfr. ISP.297.

²⁹ Cfr. ISP.127. *[omissis]*.

³⁰ Cfr. ISP.687.

stati implementati gli obblighi legislativi nonché con riguardo al diritto di recesso da concedere o meno ai clienti a seguito della cosiddetta rimodulazione. Tale scambio di informazioni, anche alla luce di quelle che sono state le decisioni commerciali assunte in concreto dagli operatori, risulta essere stato finalizzato a un coordinamento delle politiche commerciali adottate in occasione dell'adeguamento al mutato quadro regolamentare prima e normativo poi.

54. Lo scambio di informazioni comprovato dalla documentazione richiamata ha chiaramente eliminato l'incertezza circa il comportamento dei concorrenti e ha fatto sì che tutti gli operatori, mantenendo compatto il c.d. "fronte", dessero attuazione alle nuove previsioni legislative con le medesime modalità. Allo stato non è, infatti, in contestazione la decisione di accompagnare la modifica del ciclo di fatturazione con una modifica del canone mensile bensì il fatto che tutti gli operatori abbiano deciso di effettuare il *repricing* conseguente alla modifica obbligatoria del ciclo di fatturazione attraverso il riferimento al parametro della spesa annuale invariata. Gli operatori hanno, infatti, "giustificato" il *repricing* con l'adeguamento normativo all'evidente fine di limitare la fuoriuscita dei propri clienti verso i concorrenti in ragione del fatto che l'uniformità dei comportamenti avrebbe determinato nel consumatore la percezione circa l'assenza di convenienza del cambio di operatore così favorendone l'inerzia.

55. D'altro canto emerge dalle stesse risultanze istruttorie che altre soluzioni erano possibili ed erano state valutate dai singoli operatori quando ancora non era stata raggiunta un'intesa sul *repricing*; come si legge in un documento del 24 ottobre 2017 rinvenuto presso Telecom Italia: *[omissis]*³¹. Anche all'interno di Wind Tre altri scenari erano stati valutati, come si evince da un documento del 27 ottobre 2017 dove si legge: *[omissis]*³².

IL PERICULUM IN MORA E LA NECESSITÀ DI UN INTERVENTO CAUTELARE

56. Si ritiene che nel caso di specie sia individuabile, altresì, il requisito del *periculum in mora* ai fini dell'adozione di una misura cautelare, inteso come pericolo di un danno grave e irreparabile alla concorrenza; laddove il *repricing* comunicato agli utenti fosse stato effettivamente applicato con la tempistica annunciata in occasione del ripristino della fatturazione mensile, le dinamiche competitive sui mercati rilevanti sarebbero state

³¹ Cfr. ISP.167.

³² Cfr. ISP.695.

irrimediabilmente compromesse, rendendo l'eventuale diffida intimata all'esito del procedimento inidonea al ripristino delle condizioni di concorrenzialità dei mercati precedenti all'infrazione. Inoltre, in assenza di un intervento cautelare, gli effetti delle condotte oggetto del presente procedimento si sarebbero consolidati definitivamente, con la conseguenza che ogni altra rimodulazione tariffaria che gli operatori dovessero effettuare in futuro sarebbe determinata utilizzando come base di partenza le tariffe derivanti dall'implementazione dell'infrazione contestata.

57. Ai fini della valutazione della gravità e irreparabilità del danno va, altresì, tenuto conto del fatto che gli operatori parti del procedimento detengono congiuntamente oltre il 90% dei mercati dei servizi di telefonia fissa e mobile e, pertanto, la condotta imputata è suscettibile di alterare le dinamiche competitive dei due mercati nella loro quasi totalità e con effetti istantanei. La continua commercializzazione di nuove offerte e piani tariffari e i cambi di operatore renderanno estremamente complessa all'esito del procedimento l'individuazione dei soggetti lesi dalla condotta contestata e la quantificazione di eventuali rimborsi/risarcimenti.

58. Sulla base delle elaborazioni effettuate tenendo conto delle quote di mercato detenute dagli operatori parti del procedimento, si può stimare che il *repricing* andrebbe a incidere su un numero di clienti approssimativamente stimabile in almeno 8-12 milioni di utenti di linee fisse e 40-60 milioni di utenti di linee mobili. E' evidente come di fronte a una tale numerosità di potenziali soggetti danneggiati dall'infrazione e alla contestuale esiguità dell'eventuale risarcimento del danno per singolo utente le potenziali azioni risarcitorie successive a un provvedimento di accertamento non costituiscono un deterrente.

IL CONTENUTO DELLA MISURA CAUTELARE PROVVISORIA

59. Alla luce di quanto illustrato nei paragrafi precedenti, l'Autorità ha ritenuto necessario adottare, nelle more del procedimento, una misura finalizzata a sospendere l'attuazione del *repricing* oggetto dell'intesa contestata alle Parti nel provvedimento di avvio dell'istruttoria.

60. Siffatta misura è finalizzata a far sì che, nelle more della conclusione del procedimento, ogni operatore definisca i termini di tale offerta in modo indipendente dai concorrenti assumendosi il rischio insito nell'adottare autonomi comportamenti commerciali.

61. La misura cautelare appare nel caso di specie essere funzionale rispetto alla eventuale diffida che potrà essere intimata a conclusione del

procedimento in quanto volta a preservare l'efficacia stessa dell'intervento dell'Autorità rispetto a una infrazione, la cui attuazione è in corso, nonché in procinto di produrre effetti sul mercato.

62. L'eccezionalità dell'intervento cautelare in un caso di intesa discende dalla peculiarità della fattispecie in esame in quanto, come illustrato nel provvedimento n. 27087 del 21 marzo 2018, l'implementazione dell'intesa oggetto del presente procedimento è ancora in corso. Nella fattispecie residuava, pertanto, una finestra temporale nell'ambito della quale trovava spazio un intervento di tipo cautelare finalizzato a sospendere l'implementazione dell'intesa e a impedire la produzione e il conseguente consolidamento degli effetti dell'infrazione.

LE ARGOMENTAZIONI DIFENSIVE DELLE PARTI

63. Nei propri scritti difensivi, nonché in sede di audizione dinanzi al Collegio, le Parti hanno contestato la sussistenza nel caso di specie sia del *fumus boni iuris* che del *periculum in mora* ritenendo, pertanto, non sussistenti i presupposti per l'adozione di misure cautelari.

64. Le Parti, in via preliminare, hanno contestato l'adozione stessa nel caso di specie di misure cautelari provvisorie *inaudita altera parte*. Wind Tre, in particolare, ha rilevato che non sarebbe stato rispettato il c.d. principio di parità delle armi in quanto esse non avrebbero avuto accesso al fascicolo né al suo indice e che, pertanto, non sarebbero state in grado di effettuare qualsivoglia considerazione sul bilanciamento del complesso di elementi acquisiti nel corso delle ispezioni³³.

L'insussistenza di una intesa restrittiva della concorrenza e il presunto uso strumentale della documentazione acquisita in sede ispettiva

65. Le Parti sostengono che gli elementi probatori contenuti nel provvedimento non sarebbero sufficienti a provare la sussistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza, mancando gli elementi costitutivi di una pratica concordata.

66. Al fine di contestare la sussistenza del *fumus boni iuris* le Parti sostengono che l'Autorità avrebbe fatto un uso strumentale della documentazione ispettiva; secondo TIM sarebbero state utilizzate “*solo le email che sembrano suggerire un illegittimo scambio di informazioni tra le Parti senza considerare i numerosi documenti che testimoniano l'autonomo*

³³Cfr. doc. 41, 71.

*processo di valutazione compiuto da Telecom nel definire la propria strategia commerciale*³⁴.

67. Il provvedimento cautelare avrebbe strumentalizzato secondo Wind Tre “*legittimi e trasparenti confronti tra Operatori, legislatore e autorità di regolazione*” confondendoli con asserite intese anticoncorrenziali qualificando erroneamente il significato giuridico delle discussioni intercorse. Verrebbe, pertanto, meno la “*congruenza narrativa*” della storia ipotizzata nel provvedimento cautelare³⁵.

68. Anche Fastweb sostiene che: “*il tessuto motivazionale del provvedimento cautelare poggia, infatti, sulla citazione parziale e suggestiva di alcune acquisizioni documentali, al fine di enfatizzare, coerentemente con l’impianto accusatorio iniziale, messaggi non univocamente desumibili dai testi da cui sono tratti e soprattutto in contrasto con una valutazione unitaria, sistematica e globale degli evidenziati elementi istruttori*”³⁶.

69. Vodafone ritiene che gli scambi di informazioni contestati abbiano avuto carattere frammentario e non sistematico e che sarebbero “*il risultato di ricerche unilaterali svolte da ciascuna impresa per reperire informazioni sulle condotte future dei concorrenti*”³⁷. Anche Wind Tre afferma che gli scambi di informazioni che si evincono dai documenti sarebbero frutto di “*un’attività di intelligence*”³⁸.

Le caratteristiche competitive dei mercati oggetto del procedimento

70. Diversi operatori hanno posto l’accento sul contesto competitivo estremamente dinamico dei mercati di telecomunicazione fissa e mobile, caratterizzato dalla presenza di numerosi operatori, offerte composite e diverse tra loro, soggetto a una rapida evoluzione e diversificazione delle offerte³⁹. Secondo Vodafone, pertanto, in mercati connotati da una simile dinamica “*non è pensabile che possa sussistere, e che possa essere efficace, un’intesa di prezzo degli operatori*”⁴⁰.

71. Fastweb, al contempo, esamina il contesto di mercato in cui si collocano le condotte contestate⁴¹. In particolare, Fastweb osserva di essere stato l’ultimo operatore a modificare la propria periodicità di fatturazione a 28 giorni. Tale decisione è maturata a seguito della constatazione che i consumatori non sembravano percepire, quale elemento di differenziazione concorrenziale, la differente periodicità della fatturazione “*né, soprattutto, il*

³⁴ Cfr. doc. 43, 71.

³⁵ Cfr. doc. 40, 71.

³⁶ Cfr. doc. 45, 71.

³⁷ Cfr. doc. 40, 71.

³⁸ Cfr. doc. 41, 71.

³⁹ Cfr. doc. 40, 71.

⁴⁰ Cfr. doc. 40, 71.

⁴¹ Cfr. doc. 45, 71.

*minor prezzo di periodo praticato da quei pochi operatori – tra cui Fastweb – che ancora non avevano modificato il proprio sistema di fatturazione*⁴². Secondo quanto osservato da Fastweb, vi è *“un’insufficiente capacità dei consumatori di discriminare tra prezzi mensili e prezzi quadrisettimanali”*⁴³ riscontrabile dall’analisi delle quote di mercato proprie e dei concorrenti nei periodi di coesistenza di offerte con periodicità mensile e quadrisettimanale. In altre parole, i consumatori non erano in grado di percepire la maggiorazione *“dell’8,6% grazie al mutamento nella periodizzazione della fatturazione ai clienti”*⁴⁴.

72. Secondo Vodafone, inoltre, la dinamicità del mercato è tale per cui non vi possa essere un danno irreversibile al futuro funzionamento del mercato, anche in considerazione del fatto che la manovra inibita non costituisce di per sé un prezzo ingiustificatamente gravoso⁴⁵.

La definizione di repricing e la razionalità economica delle condotte

73. Le Parti hanno posto l’accento sulla circostanza che la manovra di *repricing* non comporta un aumento di spesa annuale per il consumatore⁴⁶, ma consiste nella riparametrazione al periodo mensile del costo dei prodotti offerti ai propri clienti.

74. Sul punto, infatti, Vodafone osserva che – nel corso delle vicende che hanno portato alla definizione della periodicità di fatturazione mensile, prima con la Delibera AGCOM n. 121/17/CONS, poi con l’articolo 19 *quinquiesdecies* del Decreto Legge 16 ottobre 2017, n. 148, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 2017, n. 172 – l’autonomia commerciale connessa alla determinazione tariffaria degli operatori telefonici non è stata mai messa in discussione. Infatti, *“l’imposizione del ritorno alla mensilità anziché ai 28 giorni è stata concepita come una misura di omogeneità rivolta all’intero comparto e vincolante per tutti nel medesimo modo, finalizzata a soddisfare esigenze di trasparenza e non già a colpire eventuali aumenti dei prezzi delle offerte”*⁴⁷.

75. Fastweb rileva, sul medesimo punto, che la Delibera AGCOM n. 121/17/CONS *“non incideva sull’aumento di prezzo praticato dagli operatori in occasione del passaggio ad un sistema di fatturazione quadrisettimanale né sul loro diritto a mantenerlo a seguito del ritorno ad un sistema di fatturazione mensile”*⁴⁸ e, pertanto, tali misure non incidevano

⁴² Cfr. doc. 45, 71.

⁴³ Cfr. doc. 45, 71.

⁴⁴ Cfr. doc. 45, 71.

⁴⁵ Cfr. doc. 40, 71.

⁴⁶ Cfr. doc. 40, 71.

⁴⁷ Cfr. doc. 40, 71.

⁴⁸ Cfr. doc. 45, 71.

sulla libertà commerciale dei singoli operatori ma sulla trasparenza tariffaria garantita dalla medesima unità di misura periodica.

76. TIM ritiene che, poiché gli aumenti tariffari sono stati introdotti precedentemente, nel passaggio da fatturazione mensile a 28 giorni, “è a partire da tale momento che l’incremento in parola si è consolidato nelle offerte tariffarie commercializzate da Telecom. In altri termini, l’attuazione della manovra di rollback non introduce ulteriori aumenti di prezzo, ma si limita a riparametrare su 12 cicli di fatturazione la spesa annuale (già consolidata!) che il consumatore sosteneva in precedenza”⁴⁹. Le tariffe applicate da TIM non sono aumentate in concomitanza del rollback in quanto è rimasto invariato il costo giornaliero⁵⁰.

77. Dello stesso avviso è Wind Tre, il quale ritiene che le considerazioni dell’Autorità sarebbero basate su un assunto errato, vale a dire un aumento inesistente⁵¹. Sulla base di ciò, non sussisterebbe uno dei tre elementi necessari a definire una pratica concordata in quanto non vi sarebbe “un cambiamento del prezzo effettivo (in aumento), ma un mero adeguamento matematico al nuovo obbligo di modifica del periodo di fatturazione allorché si optasse per mantenere costante la spesa annuale”⁵².

78. Le Parti hanno in vario modo sostenuto che, in primo luogo, le condotte osservate sarebbero frutto di scelte autonome e non uniformi tra di loro e, in secondo luogo, che la decisione di *repricing* sarebbe stata l’unica soluzione razionale da perseguire per un operatore di telecomunicazione.

79. Le Parti hanno evidenziato come la sintomaticità del comportamento unilaterale è da ricavarsi dalle condotte di *repricing* differenziate rispetto ai concorrenti. Sul punto, Vodafone osserva che la propria offerta commerciale presenta delle deroghe all’aumento dell’8,6%⁵³. Telecom Italia, analogamente, ha realizzato diverse misure sulle offerte di telecomunicazione fissa e mobile – quali ad esempio adeguamento dei prezzi dei servizi a consumo, delle soglie di accesso agli sconti volume, aumento dei contenuti (minuti, sms, dati) disponibili nei *bundle* – che “differenzia in maniera evidente e univoca il posizionamento competitivo di Telecom”⁵⁴.

80. Anche Wind Tre sottolinea la propria differenziazione consistente nel non aver applicato all’intera base clienti l’incremento dell’8,6%⁵⁵. In particolare, Wind Tre ha individuato le offerte sulle quali intervenire con il *repricing*, aumentando per queste il canone periodico a parità di spesa annuale. Inoltre, tra tali offerte, Wind Tre ha individuato un ulteriore

⁴⁹ Cfr. doc. 43, 71.

⁵⁰ Cfr. doc. 43, 71.

⁵¹ Cfr. doc. 41, 71.

⁵² Cfr. doc. 41, 71.

⁵³ Cfr. doc. 40, 71.

⁵⁴ Cfr. doc. 43, 71.

⁵⁵ Cfr. doc. 41, 71.

sottogruppo al quale sono stati incrementati i contenuti (minuti, sms, dati) disponibili nei *bundle*⁵⁶.

81. Fastweb, sul medesimo tema, sottolinea l'autonomia e razionalità della propria condotta⁵⁷. L'asimmetrica presenza sul mercato della telefonia mobile, secondo la stessa, comporta la necessità di comportarsi come un operatore *maverick*. Quanto all'asimmetria della condotta sostenuta – oltre a citare manovre precedenti alla rimodulazione della periodicità della fatturazione in ottemperanza all'articolo 19 *quinquiesdecies* del Decreto Legge 16 ottobre 2017, n. 148, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 2017, n. 172 – Fastweb ricorda di aver completato, dal marzo 2018, la strategia commerciale denominata “#nientecomeprima” che: *i*) permette a tutti i clienti la possibilità di migrare gratuitamente il proprio piano tariffario aderendo alle nuove offerte; *ii*) definisce un prezzo omnicomprensivo senza costi nascosti; *iii*) rimuove tutti i vincoli contrattuali di permanenza ad eccezione dei costi di disattivazione o migrazione della linea⁵⁸. La scelta di effettuare il *repricing*, mantenendo l'incremento dell'8,6%, sarebbe quindi legata alla impossibilità di modificare le proprie tariffe in considerazione dell'operazione commerciale di trasparenza suindicata.

82. Tali aspetti della politica commerciale adottata da Fastweb, pertanto, sarebbero in contrasto con la partecipazione a “*un cartello volto ad aumentare i prezzi e a limitare la facoltà di recesso del cliente*”⁵⁹. Fastweb, inoltre, sostiene che, in termini di razionalità economica, non vi sarebbe la necessità di un accordo al fine di mantenere l'aumento dell'8,6%, in quanto: *i*) secondo l'esperienza di Fastweb, la differenziazione rispetto ai concorrenti non sarebbe percepita dai consumatori; *ii*) il mercato delle telecomunicazioni è caratterizzato da un andamento dei prezzi in continua discesa e, pertanto, i clienti avrebbero potuto recedere e migrare a favore di altri operatori⁶⁰. Quanto alla razionalità delle condotte di Fastweb, la stessa evidenzia che il *repricing* con contestuale mantenimento dell'incremento dell'8,6% sarebbe in continuità con la politica commerciale della stessa avviata nel maggio 2017.

83. Vodafone ritiene che la soluzione di effettuare il *repricing* mantenendo il costo annuale è autonoma, razionale e prudente in quanto garantisce il rispetto degli obblighi di legge sulla cadenza della fatturazione senza incidere sull'equilibrio contabile dell'azienda, poiché vengono mantenuti invariati i ricavi della società⁶¹. Secondo la stessa, infatti, la conferma dei prezzi, con relativo ricalcolo del prezzo in bolletta, “*si presentava a tutti gli*

⁵⁶ Cfr. doc. 41, 71.

⁵⁷ Cfr. doc. 45, 71.

⁵⁸ Cfr. doc. 45, 71.

⁵⁹ Cfr. doc. 45, 71.

⁶⁰ Cfr. doc. 45, 71.

⁶¹ Cfr. doc. 40, 71.

*operatori come la soluzione normale, una volta imposta dalla legge la rimodulazione delle scelte temporali; invece, sarebbe stata anomala, e comunque bisognosa di particolari giustificazioni, una rimodulazione non solo delle scadenze temporali, ma anche dei prezzi giornalieri, occasionata da uno shock estrinseco*⁶².

84. Secondo la difesa di Vodafone la razionalità del comportamento sarebbe dimostrata dal fatto che Sky nella sua manovra di ritorno alla fatturazione mensile avrebbe adottato la medesima decisione⁶³.

85. Wind Tre, sul medesimo punto, sostiene che la scelta di mantenere invariata la spesa annuale di alcuni dei suoi clienti, attraverso un incremento in fattura dell'8,6%, è una decisione unilaterale e perfettamente coerente con la propria strategia commerciale. Inoltre, *“nella misura in cui nell’ambito della modifica del ciclo di fatturazione altri Operatori hanno deciso (e comunicato con i tempi stabiliti dalle nuove norme) di non modificare la spesa annuale dei propri clienti, ciò discende da una scelta individuale e razionale di ciascun operatore di non modificare i prezzi alla propria customer base a fronte di un cambiamento regolamentare*⁶⁴. Infatti, il riproporzionamento del prezzo su base temporale *“intervenuto in una situazione di mercato in cui il livello dei prezzi della telefonia in Italia (e conseguentemente dei margini aziendali) aveva raggiunto valori estremamente bassi e non comparabili a quelli – ben più elevati – riscontrabili nei principali Paesi UE”*⁶⁵.

86. Dello stesso avviso è TIM, la quale osserva che il parametro della “spesa annuale” è *“un criterio chiave utilizzato dalla società per definire i propri obiettivi di budget, cui le politiche tariffarie devono fare necessariamente riferimento”*⁶⁶. Secondo Telecom Italia la manovra di *rollback* è coerente con il proprio posizionamento competitivo⁶⁷. La scelta di *repricing* nominale delle offerte, a parere della stessa, era la scelta più razionale tra quelle in esame che permetteva di raggiungere gli obiettivi di *budget* prefissati. Peraltro, tale scelta avrebbe anche consentito di non alterare gli esiti dell’analisi di replicabilità *ex ante* delle offerte richiesta ai sensi delle Delibere AGCOM n. 623/15/CONS e 584/17/CONS per le offerte di telefonia fissa⁶⁸.

87. Wind Tre argomenta l’esistenza di tre possibili scelte nell’implementazione dei nuovi cicli di fatturazione, vale a dire: *i)* il mantenimento della spesa unitaria e annuale costante, con conseguente *repricing* in fattura; *ii)* il mantenimento del corrispettivo in fattura, con una

⁶² Cfr. doc. 40, 71.

⁶³ Cfr. doc. 40, 71.

⁶⁴ Cfr. doc. 41, 71.

⁶⁵ Cfr. doc. 41, 71.

⁶⁶ Cfr. doc. 43, 71.

⁶⁷ Cfr. doc. 43, 71.

⁶⁸ Cfr. doc. 43, 71.

riduzione della spesa annuale per il cliente; *iii*) l'aumento della spesa annuale del cliente. Una soluzione intermedia tra quelle ai punti *i*) e *ii*) non sarebbe stata razionale poiché *“il consumatore si sarebbe visto aumentare comunque l'importo nominale pagato (nessun effetto di retention, di fidelizzazione), ma contemporaneamente Wind Tre avrebbe visto automaticamente diminuire il livello dei ricavi generati dalla propria customer base di una percentuale uguale allo sconto concesso”*⁶⁹. La terza opzione, al contempo, avrebbe generato potenzialmente dei ricavi aggiuntivi, ma avrebbe comportato un impatto di immagine fortemente negativo. L'unico comportamento razionale, a detta della società, sarebbe stato quindi quello effettivamente perseguito da Wind Tre, volto all'individuazione dei profili ai quali applicare il *repricing* dell'8,6% mantenendo la spesa invariata.

88. Fastweb ritiene che il richiamo alla spesa annuale rappresenti, sulla base di diversi riferimenti regolamentari e commerciali, un'unità comunemente utilizzata dagli operatori al fine di rendere più trasparente l'informativa ai clienti⁷⁰. Wind Tre sottolinea che *“il cosiddetto aumento del +8,6%, [...] non è altro che una formula matematica che ogni operatore razionale avrebbe applicato nell'ambito di un contratto di somministrazione, nel momento in cui, a parità di altre condizioni, avesse deciso (rectius: gli fosse stato imposto) di modificare il ciclo di fatturazione da 28 giorni al mese solare”*⁷¹.

89. Secondo Vodafone – poiché, in precedenza, le manovre di aumento tariffario antecedenti, effettuate per il passaggio da mensile a 28 giorni, non avevano ricevuto alcuna obiezione – si corroborava anche nel successivo passaggio della fatturazione da 28 giorni a mensile *“un affidamento per gli operatori, destinato poi ad influire in modo decisivo sulle scelte fatte al momento del successivo adeguamento all'art. 19 quinquiesdecies”*⁷². Anche Fastweb sottolinea l'affidamento ingenerato sulle precedenti manovre tariffarie (da mensile a 28 giorni) in ordine alla liceità delle stesse⁷³.

Il contenuto della misura cautelare e la sua proporzionalità

90. Le Parti hanno sostenuto che la misura cautelare si tradurrebbe in un ordine surrettizio di riduzione dei prezzi in quanto così lo stesso sarebbe stato inteso dall'opinione pubblica. Laddove le Parti aumentassero i prezzi, infatti, le stesse subirebbero un danno reputazionale. Secondo Vodafone: *“un ordine di riduzione dei prezzi, per di più in misura indeterminata, non corrisponde certo alle ordinarie prassi delle autorità antitrust, salvo il caso*

⁶⁹ Cfr. doc. 41, 71.

⁷⁰ Cfr. doc. 45, 71.

⁷¹ Cfr. doc. 41, 71.

⁷² Cfr. doc. 40, 71.

⁷³ Cfr. doc. 45, 71.

*in cui sia stato accertato un prezzo ingiustificatamente gravoso; ma un accertamento di questo tipo, che, peraltro, è sempre intrinsecamente problematico, in questo caso non è stato fatto in alcun modo e neanche avviato*⁷⁴. Il provvedimento sarebbe, pertanto, abnorme.

91. La difesa di Fastweb ritiene che *“la diffida contenuta nel provvedimento cautelare nella parte in cui ordina agli operatori di ‘sospendere nelle more del procedimento, l’attuazione dell’intesa oggetto del procedimento...concernente il repricing’ potrebbe addirittura apparire come una surrettizia imposizione di un prezzo in un mercato dove notoriamente non esistono prezzi imposti non potendo certo l’Autorità imporre indirettamente ciò che la Legge non le consente di imporre direttamente*⁷⁵.

92. Wind Tre sostiene che la misura cautelare disposta sia talmente generica da renderne impossibile verificarne l’ottemperanza. Si tratterebbe di *“un lampante esempio di violazione del principio fondamentale di certezza del diritto*⁷⁶. Il presupposto logico per la possibile attuazione della misura cautelare è l’esistenza di un’intesa, se l’intesa non esiste (come Wind Tre ritiene) *“ne segue che la sua attuazione diviene di per sé impossibile”*.

93. TIM, infine, argomenta che il provvedimento cautelare sarebbe illegittimo in quanto la sua ottemperanza costringerebbe la società ad ammettere implicitamente che il *repricing* deciso in attuazione del *rollback* sia frutto di un’intesa illecita in violazione del principio del *“nemo se detegere”*⁷⁷.

94. Le Parti hanno, altresì, contestato la proporzionalità della misura cautelare nel bilanciamento di interessi tra il *periculum in mora* prospettato nel provvedimento e i danni che l’ottemperanza alla misura sarebbe suscettibile di causare agli operatori⁷⁸.

VI. VALUTAZIONI

95. In via preliminare, si rileva che le argomentazioni volte a sostenere che nell’ambito del sub-procedimento cautelare non siano stati rispettati il principio di parità delle armi e del contraddittorio non appaiono fondate. In proposito, deve osservarsi come nel caso di specie il provvedimento

⁷⁴ Cfr. doc. 40, 71.

⁷⁵ Cfr. doc. 45, 71.

⁷⁶ Cfr. doc. 41, 71.

⁷⁷ Cfr. doc. 43, 71.

⁷⁸ Secondo TIM *“se da un lato il repricing dell’8,6% non ha alcun impatto sulla spesa sostenuta dai clienti della Società, la sua sospensione crea un ingente danno economico a Telecom”* cfr. doc. 43, 71. Wind Tre afferma che: *“l’inanmissibilità della misura cautelare è altresì evidente se si considera l’assenza di proporzionalità del danno certo cagionato a Wind Tre rispetto ad una situazione in cui è obbiettivamente incerta l’esistenza dell’asserita intesa e soprattutto se l’asserita intesa abbia avuto un qualche effetto restrittivo”*⁷⁸, cfr. doc. 41, 71

cautelare sia stato adottato nell'ambito di un procedimento istruttorio già avviato da oltre un mese e a seguito di ispezioni; le Parti avevano, pertanto, già avuto occasione di comprendere l'oggetto delle preoccupazioni concorrenziali destinate dalle condotte oggetto del provvedimento di avvio del procedimento istruttorio e avevano già avuto modo di esaminare la documentazione reperita presso le rispettive sedi.

96. Inoltre, alle Parti è stato consentito di partecipare al procedimento stesso esprimendo le proprie osservazioni sui relativi addebiti; in particolare, alle Parti è stato dato accesso immediato alla documentazione a supporto del provvedimento cautelare e a quella ispettiva provvisoriamente accessibile, è stato concesso il termine previsto per il deposito di memorie e documenti ed è stata fissata l'audizione dinanzi al Collegio con estrema sollecitudine. Le Parti sono state infine audite dal Collegio dell'Autorità in data 5 aprile 2018.

IL FUMUS BONI IURIS

La configurabilità di una violazione dell'articolo 101 del TFUE

97. La documentazione esaminata nei paragrafi precedenti dimostra, per quel che interessa in questa fase cautelare, che i quattro operatori parte del procedimento hanno coordinato le proprie politiche commerciali verso la clientela con specifico riferimento al *repricing* connesso alla modifica del ciclo di fatturazione e alle modalità e ai tempi con i quali sarebbero stati implementati gli obblighi legislativi. Le evidenze agli atti appaiono ad una delibazione sommaria propria della fase cautelare suscettibili di configurare un'intesa restrittiva della concorrenza ai sensi dell'articolo 101 del TFUE.

98. Non si ritiene necessario in questa fase procedere ad una più specifica qualificazione giuridica del suddetto coordinamento che sarà oggetto di definitivo accertamento nel prosieguo del procedimento istruttorio. La presente fase cautelare, infatti, si limita a valutare il coordinamento tra le Parti con specifico riferimento al *repricing*, ma ciò non esclude che l'intesa abbia una portata e una durata più ampia, come già ipotizzato nel provvedimento di avvio dell'istruttoria. Le determinazioni circa l'oggetto, la qualificazione e la durata dell'intesa effettuate in questa sede lasciano, pertanto, impregiudicata la possibilità di giungere a differenti conclusioni in esito al completamento dell'istruttoria.

99. Premesso quanto sopra, si rileva in ogni caso che, diversamente da come sostengono le Parti nelle loro difese, nel caso di specie appaiono

sussistere *prima facie* quantomeno tutti i requisiti indicativi di una pratica concordata⁷⁹. Nella fattispecie, infatti:

a) è stata rinvenuta la prova di innumerevoli contatti tra le Parti sia sotto la forma di incontri che di scambio di informazioni;

b) i contatti rinvenuti hanno eliminato qualsiasi incertezza circa le modalità e i tempi di adeguamento delle Parti agli obblighi regolamentari e legislativi con particolare riferimento, per quel che riguarda questa fase cautelare, al *repricing* del canone mensile nella misura del +8,6% rispetto al canone quadrisettimanale;

c) gli operatori hanno in concreto dato attuazione al nuovo obbligo normativo comunicando agli utenti il *repricing* del canone mensile attraverso un artificioso riferimento all'invarianza della «spesa annuale» dell'utente.

100. Inoltre, si rileva che la giurisprudenza comunitaria ritiene configurabile, anche in un mercato tendenzialmente concorrenziale, quale quello dei servizi di telefonia, una concertazione puntuale in relazione a un adeguamento *una tantum* del comportamento sul mercato in riferimento a un unico parametro concorrenziale⁸⁰. In tali casi, anche un solo contatto tra le parti può essere sufficiente per attuare lo scopo anticoncorrenziale perseguito dalle imprese coinvolte ed essere così la causa del successivo comportamento sul mercato.

101. Le difese svolte dalle Parti non hanno scalfito la congruenza della ricostruzione dei fatti su cui si fondava il provvedimento di adozione di misure cautelari provvisorie. Le suddette difese, infatti, tentano di sminuire la valenza probatoria della documentazione su cui sono fondate le valutazioni dell'Autorità circa la sussistenza del *fumus boni iuris*, sostenendo che sia stato fatto un uso parziale e strumentale della documentazione stessa.

102. Invero, i documenti a supporto della valutazione circa la sussistenza del *fumus boni iuris* non vengono in alcun caso estrapolati dal contesto, che viene invece descritto proprio al fine di consentire una ricostruzione logica e temporale delle vicende oggetto di indagine.

103. La ricostruzione relativa al coordinamento avvenuto tra gli Operatori parti del procedimento tiene conto del contesto specifico in cui le condotte sono state poste in essere e, infatti, il provvedimento cautelare non stigmatizza come illegittima in sé l'attività di *lobbying* svolta attraverso Asstel ovvero l'interlocuzione degli operatori con l'Autorità di regolazione. Quello che viene contestato dall'Autorità è che le suddette occasioni di confronto abbiano travalicato i confini della legittimità e si siano trasformate in forme di coordinamento aventi natura anticoncorrenziale.

⁷⁹ Corte di Giustizia, 8 luglio 1999, *Hüls AG v. Commission*, Caso C-199/92; Corte di Giustizia, caso 4 giugno 2009, C-8/08, *T-Mobile Netherlands*; Corte di Giustizia, 14 luglio 1972, *Imperial Chemical Industries*, C-48-69; Consiglio di Stato, sentenza 20 febbraio 2017, n. 740 e 28 febbraio 2018, nn. 927 e 928, caso I785 - *Gara Consip servizi di pulizia nelle scuole*.

⁷⁹ Cfr. C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, in Racc. 2009, I-4529.

⁸⁰ Cfr. C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, in Racc. 2009, I-4529.

104. In tal senso rilevano i documenti posti a fondamento del provvedimento cautelare laddove le Parti si sono scambiate informazioni relative al *repricing*, sia esso inteso come aumento nominale del canone mensile sia esso inteso come invarianza della spesa annuale. La definizione che le Parti danno di *repricing* non incide, infatti, sulla circostanza che le stesse si sono scambiate informazioni sensibili relative alle proprie politiche commerciali future nei confronti delle rispettive *customer base* con riguardo ad una delle principali leve concorrenziali.

105. Dall'esame delle risultanze procedimentali, si evince, inoltre, che non corrisponde al vero quanto affermato dalle Parti secondo cui sarebbero stati ignorati i documenti che attestano il processo decisionale interno alle società che dimostrerebbero l'autonomia delle politiche implementate. Tale documentazione è stata, invece, espressamente valutata dall'Autorità proprio al fine di dare conto del fatto che prima del raggiungimento di un'intesa tra gli operatori, gli stessi valutavano al loro interno scenari alternativi, e potenzialmente più onerosi, rispetto al *repricing*. E' il caso dei documenti citati al paragrafo 55 rinvenuti presso le sedi di TIM (ISP.167) e Wind Tre (ISP.695). Tali documenti sono precedenti (24 e 27 ottobre 2017) rispetto al periodo in cui secondo le risultanze istruttorie le Parti hanno raggiunto un'intesa di massima sul *repricing* (si veda ISP.526) per cui sono suscettibili esclusivamente di provare lo scenario controfattuale rispetto al coordinamento.

106. Si deve, altresì, considerare che il coordinamento contestato ha avuto luogo principalmente a livello di *top management* delle società, come si evince dalle evidenze istruttorie, per cui è quello il livello cui fare riferimento anche per eventuali prove contrarie. In società molto strutturate è, infatti, probabile, che i livelli più bassi non siano a conoscenza di determinate decisioni strategiche, specie laddove le stesse siano illegittime dal punto di vista concorrenziale.

107. Altrettanto prive di pregio appaiono le argomentazioni di Fastweb volte a delineare le differenze tra la propria posizione e quella dei concorrenti in quanto inconferenti rispetto all'oggetto delle condotte in esame e al periodo in cui le stesse si sono verificate. Le evidenze dimostrano, infatti, che con riferimento al *repricing* comunicato in occasione dell'adeguamento normativo, Fastweb ha partecipato attivamente allo scambio di informazioni circa le intenzioni dei concorrenti e, in ultima istanza, ha posto in essere la medesima condotta degli altri operatori. Le strategie tariffarie innovative che Fastweb ritiene che differenzino la sua posizione rispetto ai concorrenti non sono state invero applicate alla *customer base* esistente, la quale ha ricevuto la comunicazione relativa al *repricing* e non è stata immediatamente migrata verso le nuove offerte asseritamente più convenienti.

108. Le difese delle Parti volte a sottolineare talune differenziazioni nell'applicazione del *repricing* a determinate categorie di utenti, non

appaiono idonee a incidere sull'uniformità della manovra tariffaria. Infatti, lo scambio di informazioni sensibili rispetto alla volontà di effettuare il *repricing* ha eliminato l'incertezza tipica di un contesto concorrenziale. Le strategie commerciali di ciascuna impresa, quindi, sono state determinate nella conoscenza delle altrui intenzioni. In tal senso, in mercati estremamente complessi, come ad esempio quelli delle telecomunicazioni con diverse offerte e profili tariffari, i termini di un coordinamento possono essere ricercati mediante l'individuazione di un punto focale⁸¹, quale è l'applicazione del *repricing* oggetto del coordinamento. Peraltro, da una lettura complessiva delle argomentazioni delle Parti si evince che tutti gli operatori hanno effettuato il *repricing* con alcuni aspetti marginali differenti e tali da non compromettere l'uniforme applicazione della regola generale data dal punto focale.

La definizione di repricing e la razionalità economica delle condotte

109. In via preliminare si rileva che il riferimento alla spesa annuale è un mero artificio volto a giustificare il *repricing* del canone nel passaggio alla fatturazione mensile. La spesa annuale non costituisce un parametro contrattuale per gli utenti destinatari delle comunicazioni.

110. I contratti con gli utenti, infatti, non hanno durata annuale e l'unico importo noto agli stessi è quello di ogni singolo rinnovo periodale dell'offerta sia esso settimanale, quadrisettimanale che mensile (ma non certo annuale ovvero giornaliero). Ed è proprio sulla base del singolo rinnovo commercializzato che i consumatori effettuano le proprie scelte di aderire a un'offerta ovvero di recedere dal contratto cambiando operatore.

111. La stessa Fastweb riconosce che i consumatori non sono in grado di percepire le maggiorazioni di prezzo derivanti dal mutamento nella periodicità della fatturazione, né di individuare *ex ante* i c.d. costi nascosti, così confermando che le scelte del consumatore si basano essenzialmente sull'importo del canone periodale commercializzato che assurge a principale parametro di concorrenza.

112. Precedentemente alle vicende connesse alla modifica della periodicità della fatturazione, le modifiche tariffarie comunicate alla clientela non erano mai avvenute attraverso il riferimento alla spesa annuale ovvero a una percentuale, ma erano sempre state quantificate in una cifra determinata da aggiungere al canone dell'offerta (es. +1,50 Euro). L'irrazionalità del *repricing* attraverso il riferimento ad una percentuale appare, altresì evidente osservando l'anomalia dei nuovi canoni mensili che presentano delle cifre decimali senza arrotondamento (*i.e.* 10,86) del tutto nuove per il mercato e per i consumatori.

⁸¹ Sul punto, si veda la Decisione della Commissione Europea del 1° settembre 2016, caso M.7758 – Hutchison 3G Italy/Wind/JV, paragrafi 1092-1188.

113. Non appaiono condivisibili le difese delle Parti volte ad argomentare come il *repricing* contestato non fosse un aumento ma solo un riproporzionamento della spesa annuale. La definizione del suddetto *repricing* non è infatti idonea a modificare la natura anticoncorrenziale del coordinamento oggetto del procedimento, in quanto non incide sul fatto che le Parti hanno scambiato tra loro informazioni sensibili circa le condizioni di prezzo che avrebbero praticato alla propria base clienti in occasione della modifica della periodicità nella fatturazione. In un momento di *shock* esogeno del mercato, il coordinamento concernente il riproporzionamento del canone sul presupposto dell'invarianza della spesa annuale costituisce un'intesa al pari di un coordinamento avente ad oggetto una qualsiasi altra variazione delle condizioni di prezzo.

114. In occasione del ritorno alla fatturazione mensile imposto dalla legge, le imprese erano, infatti, chiamate a rideterminare il costo del rinnovo mensile delle offerte e a comunicarlo alla clientela. In tale contesto doveva esplicitarsi l'autonomia commerciale di ciascuna impresa. Le imprese avevano diverse alternative attraverso cui dare attuazione alle modifiche legislative (mantenimento del medesimo canone previsto per le offerte quadrisettimanali anche per le offerte mensili, mero *repricing*, anche non generalizzato su tutta la *customer base* ma diversificato per tipologie di offerte, differente determinazione delle tariffe); tali alternative erano (e sono) tutte in astratto lecite, mentre ciò che non è lecito – e non è consentito – è scegliere una di queste alternative in modo concordato con i concorrenti, acquisendo in tal modo certezza sulle condotte dei concorrenti e sul fatto che nessuno “rompesse il fronte”.

115. Il coordinamento attraverso contatti qualificati, e non il mero parallelismo di condotte, ha evidentemente eliminato qualsiasi incertezza circa le condotte commerciali dei concorrenti, perciò stesso inficiando l'asserita indipendenza e autonomia delle politiche commerciali adottate⁸².

116. Alla luce della natura delle informazioni scambiate tra gli operatori, le successive condotte commerciali degli stessi non possono essere qualificate

⁸² La Corte di Giustizia afferma, infatti, che: «*Sebbene un parallelismo dei comportamenti delle imprese concorrenti sul mercato non sia necessariamente riconducibile ad una concertazione contraria alla concorrenza, si deve ritenere che ha un oggetto anticoncorrenziale uno scambio di informazioni che sia idoneo ad eliminare talune incertezze nei soggetti coinvolti in relazione al momento, alla portata e alle modalità dell'adeguamento che l'impresa interessata deve effettuare*». C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, in *Racc.* 2009, I-4529. E ancora che: “*Benché il parallelismo di comportamenti non possa da solo identificarsi con la pratica concordata, esso può costituirne tuttavia un serio indizio, qualora porti a condizioni di concorrenza che non corrispondono a quelle normali del mercato, tenuto conto della natura dei prodotti, dell'entità e del numero delle imprese e del volume del mercato stesso. Ciò si verifica quando il comportamento parallelo permette agli interessati di trovare l'equilibrio dei prezzi ad un livello diverso da quello che si sarebbe determinato in un regime di concorrenza, nonché di cristallizzare le posizioni, a detrimento dell'effettiva libertà di circolazione delle merci nel mercato comune e della libera scelta dei fornitori da parte dei consumatori*”. T-13/89, *Imperial Chemical Industries*, in *Racc.* 1992, II-1021.

come autonome o indipendenti in quanto gli stessi hanno sostituito consapevolmente una collaborazione pratica fra le stesse ai rischi della concorrenza che avrebbero dovuto affrontare laddove avessero deciso, in piena autonomia, come reagire ai nuovi obblighi regolamentari e normativi.

117. D'altro canto, la spiegazione alternativa fornita dalle Parti si sostanzia nella necessità, derivante da mere esigenze di *budget* interne, e non certo da caratteristiche peculiari o struttura dei mercati, di mantenere invariati i propri ricavi nel passaggio dalla fatturazione quadrisettimanale a quella mensile. È evidente che, in un contesto concorrenziale come quello descritto dalle Parti, le politiche commerciali della singola impresa non possono essere adottate esclusivamente sulla base di esigenze di *budget* interne, prescindendo dalla reazione dei concorrenti, in quanto il rischio della fuoriuscita dei propri clienti verso altri operatori potrebbe in astratto tradursi in una perdita maggiore di quella che si cerca di evitare rispettando le previsioni di *budget*.

118. Inoltre, le argomentazioni delle Parti concernenti il *repricing* appaiono essere intrinsecamente contraddittorie. Da un lato, esse qualificano lo scambio di informazioni contestato come mera «*intelligence*» sulle politiche commerciali dei concorrenti e, dall'altro, sostengono che il *repricing* effettuato in occasione del passaggio della fatturazione da quadrisettimanale a mensile fosse una scelta obbligata, senza alternative, indipendente dalle strategie degli altri operatori.

119. Delle due l'una: o il *repricing* era una scelta obbligata, e quindi sarebbe stato del tutto superflua la quasi giornaliera attività di «*intelligence*», o l'eliminazione dell'incertezza circa il comportamento dei concorrenti era funzionale alle determinazioni circa la politica commerciale da adottare in occasione dell'adeguamento normativo. Invero, la documentazione agli atti, che evidenzia il monitoraggio e lo scambio di informazioni, esclude la circostanza che gli operatori telefonici ritenessero il *repricing* una scelta obbligata.

120. Altrettanto contraddittoria appare la difesa secondo cui il *repricing* contestato sarebbe la conseguenza necessitata del passaggio della fatturazione da quadrisettimanale a mensile (si sarebbe trattato di un mero calcolo aritmetico di riproporzionamento del canone in base al costo giornaliero dei servizi). Gli stessi operatori ammettono, però, che il passaggio inverso (da mensile a quadrisettimanale) non è stato accompagnato da alcun riproporzionamento del canone a vantaggio del cliente⁸³. La periodicità della fatturazione e il costo giornaliero dei servizi, pertanto, non sono mai stati in correlazione tra loro.

121. Peraltro, l'asserita necessità di riparametrazione temporale per tener conto della fatturazione mensile assume ancora meno rilevanza per quelle offerte c.d. in *bundle* – vale a dire con la presenza di minuti, sms e dati da

⁸³ Salvo nei casi in cui vi erano vincoli di natura esterna. Si considerino, ad esempio, i vincoli di servizio universale; cfr. Delibere AGCOM n. 456/16/CONS e 122/17/CONS.

consumare – in cui vi è un determinato ammontare di servizi erogabili a prescindere dalla tipologia di fatturazione.

122. D'altro canto che il *repricing* dei canoni mensili non fosse il portato automatico dell'attuazione dell'obbligo normativo è evidente anche dall'esame delle Linee Guida attuative dell'AGCOM che prevedevano solo come eventuale la variazione dei profili tariffari in occasione della modifica della periodicità della fatturazione.⁸⁴

123. Il coordinamento ricercato dagli operatori aveva la finalità di mantenere i ricavi nel passaggio dalla fatturazione quadrisettimanale a quella mensile e, al contempo, di limitare la fuoriuscita della propria *customer base*. Solo l'uniformità dei comportamenti avrebbe limitato la fuoriuscita dei propri clienti verso i concorrenti, con il conseguente mantenimento delle quote di mercato, in ragione del fatto che avrebbe determinato nel consumatore la percezione circa l'assenza di convenienza del cambio di operatore così favorendone l'inerzia.

124. Quanto all'argomentazione di Vodafone circa il fatto che la razionalità della condotta di *repricing* sarebbe dimostrata dal fatto che anche Sky avrebbe effettuato la medesima scelta pur essendo fuori dall'intesa, si rileva che Sky – pur operando in un mercato differente da quelli oggetto dell'istruttoria e non offrendo servizi sostitutivi a quelli degli operatori telefonici – commercializza offerte congiunte con questi ultimi e, pertanto, è stata interessata alle discussioni concernenti il *repricing*, come dimostra il fatto che si rinvencono negli scambi di *email* agli atti anche informazioni relative alle intenzioni di Sky⁸⁵.

IL PERICULUM IN MORA

125. Il *periculum in mora* si fonda sulla necessità di scongiurare il consolidamento dell'intesa intercorsa tra gli operatori, finalizzata al mantenimento, come ammesso da tutti gli operatori, dei ricavi derivanti dal passaggio dalla fatturazione mensile a quella quadrisettimanale sulla cui base sarebbero poi state implementate le modifiche tariffarie future anche in vista dell'ingresso nel mercato italiano del nuovo operatore Iliad.

126. Non appare corretto l'assunto secondo cui il *periculum in mora* su cui si fonda la misura si baserebbe su uno scenario controfattuale in cui la modifica

⁸⁴ Le Linee Guida prevedono, infatti, che: «*In occasione del ripristino della cadenza di rinnovo delle offerte e della fatturazione dei servizi su base mensile o multipli del mese, in ossequio a quanto previsto dal nuovo comma 1-bis, articolo 1 del decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7, convertito con modificazioni dalla legge 2 aprile 2007, n. 40, gli operatori potrebbero decidere di modificare anche altri elementi dell'offerta, ivi inclusi i profili tariffari. In tal caso, si precisa che una eventuale variazione del prezzo dei servizi e/o dei rinnovi delle offerte costituisce esercizio dello ius variandi di cui all'art. 70, comma 4, del d. l.vo 259/2003 e fa sorgere, dunque, in capo agli utenti il diritto a essere informati con adeguato preavviso, non inferiore a trenta giorni, in merito alle suddette modifiche nonché in ordine alla possibilità di esercitare il diritto di recesso senza penali né costi di disattivazione.*

⁸⁵ Sul punto, si veda ad esempio ISP.256.

della periodicità della fatturazione avrebbe dovuto comportare una riduzione dei prezzi. Nel provvedimento adottato non viene mai sostenuta tale tesi, in quanto lo stesso si limita a sostenere che il *repricing* nella misura comunicata agli utenti è frutto di un coordinamento e, pertanto, illegittimo sotto il profilo antitrust. Nessuna valutazione circa il livello dei prezzi viene espressa nel provvedimento.

127. La tesi secondo cui i mercati delle telecomunicazioni sono estremamente dinamici non attenua le considerazioni in merito alla sussistenza del *fumus boni iuris* né tantomeno del *periculum in mora*. È difatti evidente che maggiore è il grado di tensione concorrenziale del mercato, maggiore sarà la necessità di eliminare l'incertezza tipica di tale tensione e il rischio di perdita dei ricavi dovuto alla fuoriuscita dei clienti.

128. Con specifico riferimento al *periculum in mora*, si deve osservare che – come indicato da diversi operatori – le offerte commerciali riservate ai nuovi clienti sono solitamente più basse rispetto a quelle praticate alla base clienti esistente. Ciò è dovuto alla presenza di costi amministrativi di uscita (ad esempio, ricerca di nuove offerte, costi e tempi di stipula del contratto) che determinano una propensione all'inerzia del consumatore, che deciderà quindi di migrare a un nuovo operatore solo in presenza di offerte più convenienti. Ne deriva che tanto è più basso il prezzo pagato dalla base clienti esistente, tanto più basso deve essere il prezzo riservato ai nuovi clienti. Ne consegue direttamente che il mantenimento di un livello dei prezzi superiore a quello concorrenziale per la base clienti esistente comporta un minore incentivo a praticare prezzi inferiori anche ai nuovi clienti.

129. In altre parole, se i clienti dei concorrenti pagano un prezzo più alto sarà necessario uno sforzo concorrenziale inferiore per acquisirli⁸⁶. Si ha quindi una irrimediabile alterazione delle dinamiche competitive, anche future, connessa alla compromissione dei meccanismi di normale confronto competitivo che interessa i mercati rilevanti delle telecomunicazioni fissa e mobile.

IL CONTENUTO DELLA MISURA CAUTELARE E LA SUA PROPORZIONALITÀ

130. Le Parti hanno sostenuto che la misura cautelare disposta imponesse in modo surrettizio una riduzione dei prezzi. L'assunto è del tutto infondato. La misura si limitava chiaramente a sospendere l'attuazione dell'intesa oggetto del presente procedimento, concernente la determinazione del *repricing*

⁸⁶ Si consideri il seguente esempio. Vi sono due casi: A) il cliente paga 20 euro e B) il cliente paga 30 euro. I costi amministrativi per la migrazione a un altro operatore (ad esempio stampa e invio della documentazione contrattuale) sono pari a 2 euro. Nel caso A) il nuovo operatore potrebbe acquisire il nuovo cliente con un prezzo di 17,99 euro, mentre nel caso B) lo acquisirebbe con un prezzo (superiore) pari a 27,99 euro.

comunicato agli utenti in occasione della rimodulazione del ciclo di fatturazione in ottemperanza alla legge n. 172/2017, lasciando liberi gli operatori di rimodulare la propria offerta commerciale in totale autonomia senza imporre vincoli o parametri cui attenersi in tale determinazione.

131. Si deve quindi ribadire che la misura cautelare non persegue un obiettivo di regolazione dei prezzi né intende censurare l'eccessiva onerosità degli stessi. Al contrario, l'obiettivo della misura cautelare è quello di ottenere una riedizione delle scelte commerciali in un contesto di incertezza tipica di un mercato concorrenziale, contesto contrapposto a quello in cui i principali concorrenti nei mercati rilevanti hanno avuto contatti e si sono scambiati informazioni sensibili circa le strategie da seguire.

132. La misura cautelare individua, inoltre, in modo molto chiaro e circoscritto l'ambito di operatività della stessa richiedendo la sospensione dell'attuazione del *repricing* oggetto del coordinamento, inteso come l'aumento nominale del canone periodale mediante il riproporzionamento della spesa annuale su 12 canoni anziché 13 comunicato all'utenza in occasione del passaggio dalla fatturazione quadrisettimale a quella mensile. Il dispositivo non conteneva riferimenti a periodi temporali ovvero a categorie di utenza.

133. La misura cautelare, contrariamente a quanto sostenuto dalle Parti, non contiene alcuna deroga al quadro regolamentare di riferimento e, pertanto, la stessa deve essere eseguita nel rispetto dello stesso.

134. Si rileva, inoltre, che l'ottemperanza alla misura cautelare, in quanto ottemperanza a un ordine di una autorità amministrativa, non può essere in alcun modo qualificata come una «ammissione di colpevolezza».

135. La tempistica e le modalità (anche di natura tecnica) necessarie per l'ottemperanza alla misura cautelare, nonché altri vincoli di natura normativo-regolamentare, sono di norma oggetto della relazione di ottemperanza che viene disposta a seguito della eventuale conferma della misura e delle verifiche effettuate nella fase di valutazione dell'ottemperanza.

136. Quanto, infine, alla proporzionalità della misura cautelare, si rileva che le difese delle Parti sul punto sono fondate sull'assunto errato che la misura ordinasse *tout court* di eliminare il *repricing* oggetto del coordinamento. Come già detto, tale assunto è errato in quanto la misura era volta esclusivamente a far sì che le Parti determinassero autonomamente la propria strategia commerciale connessa alla modifica della periodicità della fatturazione senza conoscere le strategie dei concorrenti. Stante la evidente *ratio* della misura cautelare, non spetta all'Autorità dare ulteriori indicazioni circa le modalità con le quali gli operatori devono adeguarsi alla stessa; l'intervento cautelare lascia la più ampia autonomia alle imprese nel determinare le nuove condizioni di prezzo da applicare alla propria base

clienti. Devono essere solo le condizioni di concorrenzialità del mercato a determinare i contenuti e la sostenibilità della strategia commerciale adottata da ogni singolo operatore.

RITENUTO, pertanto, che alla luce delle considerazioni esposte, le condotte poste in essere da Assotelecomunicazioni – Asstel, Telecom Italia S.p.A., Vodafone Italia S.p.A., Fastweb S.p.A. e Wind Tre S.p.A., come descritte in precedenza, appaiono a una delibazione sommaria propria della fase cautelare, suscettibili di configurare un'intesa restrittiva della concorrenza in violazione dell'articolo 101 del TFUE;

RITENUTO, inoltre, che dall'esame degli atti del procedimento emergono, a una prima delibazione, elementi tali da avvalorare la necessità di provvedere in via cautelare in quanto, laddove il *repricing* oggetto del coordinamento fosse effettivamente applicato dagli operatori parti del procedimento le dinamiche competitive sui mercati rilevanti sarebbero irrimediabilmente compromesse e il pregiudizio arrecato alla concorrenza non sarebbe suscettibile di essere ristorato ad esito del procedimento istruttorio con l'adozione del provvedimento finale da parte dell'Autorità;

RITENUTO, pertanto, che sussistano i presupposti per la conferma della misura cautelare già disposta in via provvisoria ai sensi dell'articolo 14-*bis* della legge n. 287/90 nei confronti di Telecom Italia S.p.A., Vodafone Italia S.p.A., Fastweb S.p.A. e Wind Tre S.p.A., impregiudicata la successiva valutazione circa l'ottemperanza alla anzidetta misura;

RITENUTO, altresì, opportuno, a seguito del contraddittorio con le Parti, precisare che l'ottemperanza alla misura cautelare disposta debba essere effettuata in conformità al quadro regolamentare di riferimento al cui rispetto è tenuto ogni singolo operatore;

DELIBERA

a) di confermare la misura cautelare provvisoria deliberata in data 21 marzo 2018 consistente nell'ordine a che Fastweb S.p.A., Telecom Italia S.p.A., Vodafone Italia S.p.A. e Wind Tre S.p.A. sospendano, nelle more del

procedimento, l'attuazione dell'intesa oggetto del procedimento avviato con Delibera del 7 febbraio 2018, concernente la determinazione del *repricing* comunicato agli utenti in occasione della rimodulazione del ciclo di fatturazione da quadrisettimanale a mensile in ottemperanza alla legge n. 172/2017, e che, per l'effetto, ogni operatore definisca i termini della propria offerta di servizi in modo indipendente dai concorrenti, in conformità al quadro regolamentare di riferimento al cui rispetto è tenuto ogni singolo operatore;

b) che le Parti entro quindici giorni dalla notifica del presente provvedimento, provvedano a depositare una relazione dettagliata sull'attività svolta per ottemperare alla misura cautelare confermata con la presente delibera e che l'Autorità, una volta ricevute le suddette relazioni e all'esito delle necessarie verifiche, valuterà l'ottemperanza alla misura imposta.

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 il termine di sessanta giorni dalla data di notifica del provvedimento stesso ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'articolo 8, comma 2, del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Chieppa

IL PRESIDENTE

Giovanni Pitruzzella