

Publicato il 15/09/2021

N. 09803/2021 REG.PROV.COLL.
N. 02750/2018 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2750 del 2018, proposto da Vodafone Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Boso Caretta, Giuseppe Lo Pinto, Fabio Cintioli, Paolo Giugliano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Fabio Cintioli in Roma, via Vittoria Colonna, 32;

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni - Roma, in persona dei rispettivi rappresentanti legali pro tempore, rappresentate e difese dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Kaleyra S.p.A. (Già Ubiquity S.r.l.), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Brunetti, Emilio Cucchiara, Gilberto Nava, con domicilio digitale come da PEC da Registri di

Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Gilberto Nava in Roma, via Ventiquattro Maggio, n. 43;

per l'annullamento

del provvedimento n. 26901 del 13.12.2017, notificato in data 28.12.2017, con il quale è stato accertato che Vodafone Italia S.p.A. avrebbe commesso un abuso di posizione dominante, in violazione dell'art. 102 TFUE, ed è stata irrogata una sanzione amministrativa di euro 5.743.814,00;

per quanto occorrer possa, di ogni atto ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, nessuno escluso, ivi compresi: (i) il provvedimento di avvio del procedimento n. 26232 del 9.11.2016; (ii) la delibera n. 26512 del 30.3.2017, con la quale è stato disposto il rigetto degli impegni presentati da Vodafone; (iii) la comunicazione delle risultanze istruttorie del 28.7.2017 .

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato, dell'Autorità per Le Garanzie nelle Comunicazioni e di Kaleyra S.p.A. (Già Ubiquity S.r.l.);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 febbraio 2021 la dott.ssa Roberta Ravasio, in collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 25, comma 2, del D.L. n. 137 del 28 ottobre 2020, e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con il provvedimento in epigrafe indicato l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha ritenuto Vodafone responsabile di un illecito anticoncorrenziale, ascrivibile alla categoria dell'abuso di posizione dominante, specificamente individuato con il nome di *margin squeeze*.

2. Il Provvedimento impugnato ha premesso che Vodafone, in qualità di operatore di comunicazioni elettroniche, è titolare, sulle sue reti, delle

terminazioni necessarie per il recapito di SMS. Ha inoltre precisato che essa opera sia sul mercato, intermedio, della vendita delle predette terminazioni su rete ad operatori (in prosieguo: “i fornitori”) che le utilizzano per vendere “pacchetti” di SMS (in prosieguo “*SMS bulk*”) da utilizzare per l’invio massivo di SMS “*SMS bulk*”, sia sul mercato, a valle rispetto al primo, della vendita al dettaglio dei predetti *SMS bulk*.

3. Il Provvedimento definisce “D43” gli operatori che, essendo dotati di una infrastruttura di numerazione, acquistano da Vodafone solo il diritto di terminazione sulla sua rete; definisce, invece, “aggregatori” i soggetti che, non infrastrutturati per la numerazione, acquistano da Vodafone sia il diritto di terminazione su rete, sia gli stessi “pacchetti” di SMS, per poi poter rivendere gli *SMS bulk* a clienti che li utilizzano per effettuare comunicazioni massive agli utenti.

4. Secondo l’AGCM, Vodafone, vendendo agli operatori D43 il diritto di terminazione su rete, avrebbe richiesto un prezzo più elevato di quello imputato alle proprie divisioni “retail”, cioè alle divisioni incaricate di vendere gli *SMS bulk* al dettaglio, e così facendo essa ne avrebbe ridotto il margine di utile, con la finalità di estrometterli gradualmente dal mercato. L’AGCM ha inoltre contestato a Vodafone di aver posto in essere una condotta discriminatoria poiché avrebbe rivenduto agli operatori D43 il diritto di terminare su rete in tecnologia MMS, mentre avrebbe riservato solo alla proprie divisioni “retail” la terminazione su rete in tecnologia SS7, ritenuta dall’AGCM più performante.

5. Per tali ragioni l’AGCM, con il provvedimento impugnato, ha ritenuto Vodafone responsabile di aver tenuto una condotta illecite consistenti “*nella discriminazione interna-esterna di tipo tecnico-economica e nella conseguente compressione dei margini dei concorrenti altrettanto efficienti, in particolare soggetti infrastrutturati (gli Operatori D43), relative alle offerte di servizi di invio massivo di SMS alla grande clientela affari e aggregatori, quantomeno nel periodo tra il 7 maggio 2015 e l’8 gennaio 2017, costituiscono abuso di posizione dominante contrario all’art. 102 del TFUE,*

finalizzato ad ostacolare l'esplicitarsi di una effettiva concorrenza infrastrutturale per l'offerta dei servizi di invio massivo di SMS", e per l'effetto ha irrogato a Vodafone una sanzione pecuniaria di 5.843.818,00 euro, contestualmente ordinando alla medesima di astenersi in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli dell'infrazione accertata.

6. Avverso tale provvedimento Vodafone ha proposto impugnazione, deducendone l'illegittimità per i seguenti motivi:

D) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 102 TFUE. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 16 DEL REGOLAMENTO (CE) N. 1/2003. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE SULLA DEFINIZIONE DEL MERCATO RILEVANTE AI FINI DELL'APPLICAZIONE DEL DIRITTO COMUNITARIO IN MATERIA DI CONCORRENZA, OJ C 372, 9.12.1997. VIOLAZIONE ART. 3 L. N. 287/1990. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 3 L. N. 241/1990. ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DI ISTRUTTORIA, IRRAGIONEVOLEZZA, CONTRADDITTORIETÀ E TRAVISAMENTO DEI FATTI.

La censura in esame è diretta a contestare il metodo seguito nel Provvedimento per stabilire il prezzo c.d. "soglia", che serve a dimostrare la compressione dei margini a danno dei concorrenti di Vodafone nel mercato a valle della vendita dei servizi di trasmissione degli SMS bulk.

Secondo la ricorrente il Provvedimento avrebbe erroneamente considerato i soggetti "aggregatori" alla pari dei "clienti" del mercato a valle, e pertanto avrebbe erroneamente determinato il "prezzo soglia" tenendo conto solo delle tariffe che Vodafone pratica nel mercato *wholesale* agli operatori D43, ritenendo solo costoro come "concorrenti" e quindi senza tener conto delle tariffe applicate da Vodafone agli "aggregatori". Se, invece, l'AGCM avesse considerato anche i prezzi praticati da Vodafone agli "aggregatori", il "prezzo

soglia” sarebbe risultato ben inferiore e sarebbe stata dimostrata l’esistenza di un utile effettivo e remunerativo a vantaggio degli operatori D43,

II) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 102 TFUE E DELL’ART. 3 L. 287/90; VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 3 L. N. 241/1990, ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DI ISTRUTTORIA, IRRAGIONEVOLEZZA E TRAVISAMENTO DEI FATTI.

Premettendo che la fattispecie del *margin squeeze* presuppone la dominanza nel mercato a monte e l’integrazione verticale con le attività svolte nel mercato a valle, Vodafone sostiene di rappresentare solo uno degli *input* rilevanti per la fornitura del servizio *SMS bulk retail*, essendo parimenti rilevante la terminazione sulle reti degli altri operatori mobili (MNO e full MVNO) su cui gli SMS devono essere consegnati, e ciò per la ragione che gli utenti destinatari della messaggistica non hanno necessariamente una numerazione Vodafone: in altre parole, tenuto conto del fatto che nel mercato italiano gli operatori di comunicazioni elettroniche sono ad oggi solo tre (Vodafone, Tim e Wind), si deve affermare che Vodafone non è pienamente “integrata” nel mercato a valle, relativo alla vendita degli *SMS bulk*.

Tuttavia, in base alla giurisprudenza europea, che ha individuato il *margin squeeze* come ipotesi di abuso di posizione dominante, l’integrazione nel mercato a valle, da parte dell’operatore dominante, deve essere totale, e pertanto nel caso di specie non sussistevano le condizioni perché l’AGCM potesse contestare l’illecito in questione.

III) VIOLAZIONE DELL’ART. 102 TFUE E DELL’ART. 3 L. 287/90; VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE — ORIENTAMENTI SULLE PRIORITÀ DELLA COMMISSIONE NELL’APPLICAZIONE DELL’ARTICOLO 82 DEL TRATTATO CE AL COMPORTAMENTO ABUSIVO DELLE IMPRESE DOMINANTI VOLTO ALL’ESCLUSIONE DEI CONCORRENTI, OJ C 45/7, 24.2.2009;

VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 3 L. N. 241/1990 ED ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DI ISTRUTTORIA, IRRAGIONEVOLEZZA, CONTRADDITTORIETÀ E TRAVISAMENTO DEI FATTI IN RELAZIONE ALLA CIRCOSTANZA CHE IL TEST DI REPLICABILITÀ NON È STATO CONDOTTO SUL PREZZO MEDIO DELL'OFFERTA COMPLESSIVA DI VODAFONE NEL MERCATO SMS BULK RETAIL.

Il Provvedimento sarebbe viziato anche nella parte in cui ha costruito l'analisi di replicabilità, su cui è fondato l'accertamento di infrazione, sui prezzi di alcune singole offerte formulate da Vodafone nel mercato *SMS retail bulk*, anziché sul prezzo medio delle offerte complessivamente praticate da Vodafone nel mercato *SMS retail bulk*.

La ricorrente richiama giurisprudenza europea per sostenere che ad essere rilevante non è il prezzo di una singola offerta, ma la media dei prezzi complessivamente applicati dall'operatore dominante per i prodotti venduti nel mercato rilevante a valle, in un certo periodo di tempo. Dunque ciò che rileva, ai fini della valutazione dell'illecito da parte delle autorità antitrust, non è la replicabilità di ogni offerta commerciale dell'operatore dominante, ma la replicabilità del mix di offerte dell'operatore dominante nel loro complesso. Inoltre la valutazione del prezzo medio, ed il confronto con i costi, dovrebbero avere riguardo ad un orizzonte temporale di medio-lungo periodo, configurandosi l'illecito solamente nel caso in cui la possibilità di competere profittevolmente nel mercato a valle sia compromessa "su base duratura".

Tuttavia l'AGCM, per dimostrare l'intento di Vodafone di abbassare i prezzi sul mercato a valle (relativo alla vendita degli *SMS bulk*), avrebbe preso in considerazione alcune offerte, formulate dalla divisione *retail*, ad alcuni clienti ed ai soggetti "aggregatori". Se l'AGCM si fosse attenuta ai principi elaborati dalla CGUE, il prezzo medio di rivendita degli SMS bulk sarebbe risultato ben superiore, a quello in concreto da essa individuato, così che nel raffronto

con il “prezzo soglia”, cioè quello remunerativo dei costi sopportati per consegnare i messaggi, si sarebbe evidenziato un congruo margine di utile per gli operatori D43.

IV) VIOLAZIONE DELL'ART. 102 TFUE; VIOLAZIONE DELL'ART. 3 DELLA L. 287/90; VIOLAZIONE DELL'ART. 3 DELLA L. 241/90; VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE — ORIENTAMENTI SULLE PRIORITÀ DELLA COMMISSIONE NELL'APPLICAZIONE DELL'ARTICOLO 82 DEL TRATTATO CE AL COMPORTAMENTO ABUSIVO DELLE IMPRESE DOMINANTI VOLTO ALL'ESCLUSIONE DEI CONCORRENTI, OJ C 45/7, 24.2.2009 ED ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DI ISTRUTTORIA, IRRAGIONEVOLEZZA, CONTRADDITTORIETÀ E TRAVISAMENTO DEI FATTI IN RELAZIONE ALLA MANCATA DIMOSTRAZIONE DEGLI EFFETTI ESCLUDENTI. DELLA CONDOTTA.

Secondo la ricorrente il *margin squeeze* costituirebbe comportamento non vietato in sé ma solo in quanto determini effetti escludenti nel mercato a valle, ovvero sia che sia in grado di escludere, almeno potenzialmente, i concorrenti da tale mercato. In particolare, l'effetto anticoncorrenziale di esclusione, rilevante per la qualifica di illiceità del *margin squeeze*, è stato declinato negli Orientamenti della Commissione come la "probabilità" che la pratica in questione "determini l'eliminazione di una concorrenza effettiva nel mercato a valle", tenuto conto della posizione nel mercato della impresa dominante, la quota di mercato interessata dalla pratica tariffaria e della durata temporale di essa.

Nel Provvedimento impugnato mancherebbe la dimostrazione degli effetti escludenti e addirittura l'analisi degli effetti della condotta. Peraltro non appare neppure credibile che Vodafone abbia posto in essere, a danno degli

operatori D43, la "strategia escludente" ipotizzata dall'AGCM, riguardando le offerte ritenute non replicabili una porzione assai modesta del mercato a valle. A ciò si aggiunga che anche da un punto di vista temporale la condotta addebitata a Vodafone appariva inidonea ad escludere i concorrenti, essendosi esaurita in poco più di un anno.

V) VIOLAZIONE DELL'ART. 15 DELLA L. 287/90; VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLE LINEE GUIDA SULLE MODALITÀ DI APPLICAZIONE DEI CRITERI DI QUANTIFICAZIONE DELLE SANZIONI AMMINISTRATIVE PECUNIARIE IRROGATE DALL'AUTORITÀ IN APPLICAZIONE DELL'ARTICOLO 15, COMMA 1, DELLA LEGGE N. 287/90; VIOLAZIONE DELL'ART. 11 DELLA L. 689/81; VIOLAZIONE DELL'ART. 3 DELLA L. 241/90; ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA, ARBITRARIETÀ, IRRAGIONEVOLEZZA E SPROPORZIONE IN RELAZIONE ALLA DETERMINAZIONE DELLA SANZIONE PECUNIARIA.

La censura è diretta a contestare, in via subordinata, l'entità della sanzione irrogata con il Provvedimento impugnato. L'erronea inclusione da parte dell'AGCM degli aggregatori nel mercato retail, anziché nel mercato wholesale, si sarebbe tradotta in un errore nella determinazione del valore delle vendite rilevante ai fini della quantificazione dell'importo base della sanzione, determinata in violazione dell'art. 15 della L. 287/90. L'AGCM ha però ritenuto di includere nel valore delle vendite rilevanti anche i ricavi derivanti dai rapporti con gli aggregatori, i quali tuttavia, come ampiamente argomentato (§II), non sono clienti *retail* di Vodafone, ma clienti *wholesale*. Tale circostanza avrebbe determinato un artificioso aumento della base di calcolo della sanzione.

L'AGCM, inoltre, ha assunto come base di calcolo il fatturato dell'anno fiscale 2016/2017, conclusosi il 31 marzo 2017: ciò non sarebbe conforme alle Linee Guida, che stabiliscono che deve essere preso a riferimento il valore delle

vendite "*realizzate nell'ultimo anno intero di partecipazione alla stessa infrazione*", che in questo caso corrisponde con l'anno fiscale 2015/2016.

La ricorrente contesta, infine, l'eccessività della sanzione sotto vari profili.

7. Si sono costituite in giudizio, per resistere al ricorso, l'AGCM, l'AGCOM, nonché la società segnalante Kaleyra s.p.a.

8. Il ricorso è stato chiamato all'udienza del 24 febbraio 2021, in occasione della quale è stato trattenuto a decisione.

DIRITTO

9. Il ricorso è fondato e va accolto.

10. Giova premettere, a miglior comprensione di quanto infra si dirà, che gli "SMS bulk" costituiscono – come già accennato – dei pacchetti di SMS compositi, ovvero pacchetti di SMS destinati ad essere recapitati sulle reti dei tre operatori di telefonia mobile attualmente esistenti sul mercato italiano, ovvero VODAFONE, TIM e WIND. Essi rispondono all'esigenza di grandi imprese (banche, assicurazioni, supermercati, per tutte) che, per comunicazioni di tipo pubblicitario o negoziale, hanno necessità di inviare grandi quantità di SMS ai rispettivi clienti, che ovviamente non sono tutti fruitori del medesimo operatore di telefonia.

10.1. Dunque è evidente che il mercato a valle non è un mercato in cui si rivendono SMS singolarmente intesi, né un mercato su cui si rivendono unicamente, singolarmente o in massa, SMS destinati a terminare sulle reti Vodafone. Si tratta, invece, di un mercato caratterizzato dalla vendita di un prodotto che è in sé diverso dal singolo SMS, trattandosi appunto di "pacchetti compositi" di SMS destinati a terminare sulle reti dei tre operatori esistenti.

10.2. Tenuto conto di ciò le verifiche e le valutazioni che debbono essere effettuate per stabilire se Vodafone abbia posto in essere una condotta di *margin squeeze* debbono necessariamente considerare che il costo del prodotto finale, collocato sul mercato a valle, costituito dagli "SMS bulk", è determinato/influenzato non solo dal costo di terminazione degli SMS sulla

rete Vodafone, ma anche dal costo di terminazione di SMS sulle reti TIM e WIND.

11. Giova ancora rammentare, in via preliminare, che l'illecito in esame, per come costruito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in particolare con le sentenze C-280/08, Deutsche Telekom e C-52/09, TeliaSonera Sverige, richiede la presenza dei seguenti elementi caratterizzanti:

(i) che un soggetto produttore di un determinato *input*, relativo ad un certo prodotto, sia “verticalmente integrato”, ovvero operi sia sul mercato, a monte, della vendita all'ingrosso dell'*input* in questione, sia sul mercato, a valle, della vendita del prodotto finale, di cui l'*input* è un componente essenziale; sul mercato a valle, cioè sul mercato al dettaglio del prodotto finale, il produttore dell'*input* è concorrente con altre imprese che commercializzano il medesimo prodotto finale;

(ii) che il soggetto operi in posizione dominante nel mercato a monte, giacché tale situazione mette tale operatore economico in condizione di influire sul prezzo finale della maggioranza dei prodotti finali rinvenibili sul mercato a valle;

(iii) che per le imprese rivali, operanti nel mercato a valle, il costo dell'*input* rappresenti una rilevante percentuale dei costi sostenuti per ottenere il bene finale, dal momento che in caso contrario sarebbe difficile affermare che la “mancanza di redditività” delle imprese rivali sia causata dal prezzo dell'*input* imposto dall'impresa dominante;

(iv) che il produttore verticalmente integrato tenga un comportamento “abusivo”, ovvero metta in atto una politica di prezzi specificamente finalizzata ad espellere i concorrenti dal mercato, diminuendone i margini di utile: tale obiettivo può essere conseguito mediante fissazione dei prezzi dell'*input* a un livello molto elevato (sul mercato a monte) oppure collocando il prodotto finale (sul mercato a valle) a prezzi di vendita estremamente bassi, in ogni caso in misura tale da non lasciare all'impresa concorrente, attiva solo

nel mercato a valle, un margine (differenza tra costi e ricavi) sufficiente per operare profittevolmente e sopravvivere nel lungo periodo; in questa prospettiva è richiesto che l'Autorità dimostri che il prezzo di rivendita del prodotto finale sul mercato a valle, da parte dell'operatore economico verticalmente integrato, sia inferiore al c.d. "prezzo soglia", cioè al prezzo idoneo a coprire i costi di produzione ed a garantire un margine di guadagno a un concorrente "altrettanto efficiente";

(v) che, infine, sia dimostrabile che l'espulsione delle imprese concorrenti dal mercato abbia effettivamente conseguito un effetto anticompetitivo dannoso per i consumatori.

11.1. La pratica abusiva in esame, che si manifesta nel *margin squeeze*, viene dimostrata attraverso un test, di cui esistono più tipologie.

11.1.1. Il test più diffuso è quello c.d. dell'operatore "altrettanto efficiente" ("*as efficient competitor test*"), con il quale si cerca di verificare se le divisioni *retail* di un'impresa verticalmente integrata siano in grado di competere profittevolmente sulla base del prezzo all'ingrosso richiesto ai rivali per l'acquisto dell'*input*; si tratta, quindi, di un test che tiene conto dei costi dell'impresa dominante accusata di aver realizzato una pratica abusiva.

11.1.2. Altro test proposto è quello del concorrente "ragionevolmente efficiente", che mira a verificare se un'impresa, operante nel mercato a valle, non efficiente quanto l'impresa dominante, ma ugualmente in grado di raggiungere "ragionevoli livelli di efficienza", riuscirebbe a sopravvivere e a non subire perdite in base al prezzo dell'*input*.

11.1.3. Infine, esiste il test del "concorrente attuale" che considera la struttura dei costi di quest'ultimo per appurare se la concorrente sarebbe in grado di operare profittevolmente sul mercato a valle in base al prezzo imposto dall'impresa dominante sul mercato a monte.

11.2 Il test del concorrente "altrettanto efficiente" di fatto è il più utilizzato, e appare il preferito dalla giurisprudenza comunitaria (si veda la sentenza del Tribunale UE, reso sul caso Deutsche Telekom, ove si legge che "*il carattere*

abusivo delle pratiche tariffarie di un'impresa dominante dev'essere valutato, in linea di principio, facendo riferimento alla sua posizione e, quindi, alle sue tariffe e ai suoi costi e non alla posizione dei concorrenti attuali o potenziali". Anche il *Guidance Paper* della Commissione Europea ha esteso il test in questione alla pratica del *margin squeeze*,

11.3. Nel caso di specie l'*input* fornito nel mercato a monte da Vodafone, quale operatore verticalmente integrato, è rappresentato dal diritto di terminazione degli SMS sulle reti Vodafone, e l'AGCM, nel Provvedimento, afferma di aver effettivamente fatto ricorso al test del concorrente "altrettanto efficiente" per verificare la sussistenza del *margin squeeze*.

12. Ciò premesso, il Collegio procede alla disamina dei motivi di ricorso.

13. Colgono nel segno, anzitutto, i rilievi della ricorrente relativi alla qualificazione dei soggetti c.d. "aggregatori", che l'AGCM ha considerato alla stregua di "clienti" e che ha quindi considerato concorrenti di Vodafone sul mercato a valle, anziché sul mercato *wholesale*.

13.1. I soggetti "aggregatori" non sono strutturati per vendere numerazioni, ma vendono *SMS bulks* a imprese (assicurazioni, banche, supermercati, etc. et.) che normalmente hanno necessità di trasmettere messaggi ad un elevatissimo numero di utenti, principalmente per comunicazioni di contenuto negoziale o pubblicitario: dal momento che gli operatori di comunicazioni elettroniche sono tre sul mercato italiano, è evidente che l'utenza, alla quale debbono essere diretti gli SMS inviati massivamente, non necessariamente dispone di una utenza Vodafone; pertanto i soggetti "aggregatori" debbono procurarsi SMS di tutti e tre gli operatori, con il relativo diritto di terminazione sulla rete, per poterli poi comporre in "pacchetti misti", da rivendere sotto forma di *SMS bulks*. La stessa Vodafone usa acquistare SMS degli altri operatori di comunicazioni elettroniche, con i relativi diritti di terminazione sulla rete, da rivendere ai soggetti "aggregatori".

13.2. Ciò che importa rilevare è che questi ultimi non sono i fruitori del servizio di *SMS bulk*, ma si pongono quali soggetti intermediari, che si

assumono il compito di procurarsi SMS dei vari operatori per comporli in “pacchetti” compositi adatti alle esigenze dei fruitori finali. Per tale ragione i soggetti aggregatori non possono essere equiparati ai clienti finali (banche, assicurazioni, supermercati) nel mercato a valle, ove agiscono come rivenditori e non come acquirenti.

13.3. I soggetti “aggregatori” sono, è vero, anche acquirenti, ma non nel medesimo mercato a valle dei “clienti” finali: il punto è rilevante perché il prezzo, rispetto al quale occorre verificare l’idoneità a coprire i costi e a garantire un margine d’utile, è il prezzo praticato sul predetto mercato a valle, che è il mercato del consumatore finale del bene di che trattasi.

13.4. Dunque è evidente che la determinazione del c.d. “prezzo soglia”, preliminare alla valutazione dell’esistenza di un *margin squeeze*, risulta inficiata da questo errore di metodo, essendo pacifico che l’Autorità, nel caso di specie, ha determinato il “prezzo soglia” tenendo conto solo del costo sostenuto dagli operatori D43 per acquisire il diritto di terminazione sulle reti Vodafone, escludendo dall’indagine i costi di acquisizione di tale servizio da parte dei soggetti c.d. “aggregatori”.

13.5. Nel Provvedimento l’AGCM, dopo aver fatto rilevare che gli “aggregatori” sono meno strutturati in quanto non dispongono di risorse di numerazione proprie e di un SMS-C, afferma che essi “aggregatori” di fatto si comportano al pari dei grandi clienti di affari, perché si limitano ad acquistare SMS (e non diritti di terminazione sulla rete), sia *on-net* (verso clienti Vodafone), sia *off-net* (verso clienti di altri operatori MNO e D43); essi – secondo l’Autorità - esercitano quindi una minor pressione concorrenziale, e di fatto la stessa Vodafone differenzerebbe, a livello strategico-commerciale, gli Operatori D43 dagli aggregatori, assimilando questi ultimi ai clienti finali delle divisioni *retail*.

13.5.1. Tale ultima constatazione è sufficiente, per l’AGCM, per ritenere (par. 275 del Provvedimento): “*Tale peculiare circostanza va valorizzata ai fini dell’analisi delle condotte di Vodafone. Le offerte agli aggregatori vanno quindi inquadrare nel peculiare*

assetto concorrenziale della filiera, e nell'intento, perseguito con la condotta in esame, di sottrarre domanda agli Operatori D43, soggetti infrastrutturati. Tale circostanza va valutata tenendo in considerazione il minor grado di incidenza competitiva che gli aggregatori sono in grado di effettuare.” e per concludere che gli “aggregatori” non possono essere considerati concorrenti degli operatori D43 e degli altri operatori MNO.

13.5.2. L'AGCM valorizza, poi, tali circostanze per affermare che Vodafone ha inteso porre in essere una condotta anticoncorrenziale nei soli confronti degli operatori D43.

13.5.2. L'argomento, tuttavia, non è convincente tenuto conto della particolarità della fattispecie di abuso dominante che qui occupa, che si consuma attraverso una compressione di margini, della quale si deve dare dimostrazione attraverso uno dei test di prezzo, e non già inferendone l'esistenza dalla dimostrata volontà dell'operatore verticalmente integrato di comprimere tutta o una parte della concorrenza sul mercato a valle del prodotto finale.

13.5.3. Il test del prezzo del concorrente “altrettanto efficiente”, che il Provvedimento afferma di avere effettuato, doveva quindi essere condotto tenendo conto che il prezzo pagato dagli aggregatori, per ottenere da Vodafone il diritto di terminazione degli SMS acquistati sulla rete Vodafone, avrebbe dovuto concorrere a stabilire il prezzo praticato da Vodafone sul mercato all'ingrosso; invece, considerando gli aggregatori come clienti finali, al pari di banche, assicurazioni, grandi clienti d'affari, il prezzo ad essi praticato è andato ad influire sul prezzo del prodotto finale sul mercato a valle, alterando in tal modo la determinazione del prezzo-soglia.

13.6. Quanto sopra rilevato è già sufficiente ad affermare la fondatezza del primo motivo di ricorso.

13.7. Peraltro non si può sottacere che l'abuso di posizione dominante per *margin squeeze* appare incompatibile con l'intento, dell'operatore verticalmente integrato, di danneggiare solo una parte della concorrenza, attuando strategie

differenziate e discriminatorie: siffatta situazione, semmai, avrebbe dovuto essere contestata come discriminazione esterna-esterna ai sensi dell'art. 102, par. 2, lett. c) del TFUE, ma a ciò l'Autorità non ha provveduto.

14. Fondato è anche il secondo motivo di ricorso, a mezzo del quale la ricorrente fa valere di non essere completamente “integrata” nel mercato a valle, ragione per cui manca uno degli elementi fondamentali costitutivi dell'illecito di *margin squeeze*.

14.1. Come ricordato al precedente paragrafo 11, gli “*SMS bulks*” sono pacchetti di SMS compositi, destinati a numeri dei tre operatori di rete; dunque, nel prodotto finale non sono presenti solo SMS verso numeri Vodafone. Considerato che sul mercato esistono attualmente tre operatori di rete mobile (Vodafone, Tim e Wind), si può presumere che ogni “*SMS bulk*”, salvo prova contraria, sia verosimilmente costituito di SMS destinati a terminare sulle reti Vodafone solo per circa un terzo.

14.2. Ciò equivale ad affermare che il diritto di terminazione sulla rete Vodafone non costituisce l'unico *input* rilevante per confezionare il prodotto finale, che non è costituito da tanti singoli SMS verso numeri Vodafone, ma da pacchetti compositi di SMS, denominati “*SMS bulk*”: tale prodotto finale necessita di almeno altri due *input* della medesima rilevanza (ovvero il diritto di terminazione sulle reti Tim e Wind).

14.3. Nel provvedimento si afferma (al par. 248) che “*Ai fini della valutazione della sussistenza di una condotta di margin squeeze non è infatti necessario che i costi discendano in misura preponderante da input forniti dall'impresa in posizione dominante. Infatti, il test del concorrente altrettanto efficiente ha il compito di verificare se vi è un'idoneità dell'impresa dominante a far leva sul prezzo all'ingrosso del proprio input fornito nel mercato a monte (terminazione SMS su rete Vodafone) e sul prezzo al dettaglio nel mercato a valle per ridurre la capacità concorrenziale dei propri concorrenti. Tale test, pertanto, ingloba la valutazione dell'incidenza dell'input sul totale dei costi, nella misura in cui si valuta l'idoneità del prezzo all'ingrosso dell'input dell'impresa dominante a determinare margini negativi per un concorrente altrettanto efficiente che pratici i medesimi*

prezzi al dettaglio di Vodafone. Peraltro, si osserva che Vodafone è in grado di incidere su circa 1/3 dei costi diretti del servizio di invio massivo di SMS, vale a dire una parte rilevante dei costi di erogazione del servizio.”.

14.4. Tale affermazione, tuttavia, non è condivisibile: infatti il *margin squeeze* attuato su uno solo degli *inputs* rilevanti di un prodotto, se certamente può causare una flessione del reddito, non necessariamente determina anche l'espulsione, dal mercato a valle, degli operatori economici non verticalmente integrati. In dottrina si è dunque osservato che il costo dell'*input* utilizzato per indurre un *margin squeeze* deve rappresentare un'importante porzione del complesso dei costi sostenuti per il prodotto finale, poiché in caso contrario permanerebbe il dubbio che l'espulsione dell'operatore economico non verticalmente integrato sia stata determinata, in via diretta, da altri fattori, salvo che l'Autorità non riesca a dimostrare rigorosamente il contrario.

14.5. Il Provvedimento non ha indagato in profondità tale aspetto, invocando una decisione (n. 17131 del 3 agosto 2007, caso A357 – Tele 2/Tim-Vodafone-Wind), in cui l'AGCM ha sanzionato come *margin squeeze* condotte poste in essere da due singoli MNO, nei rispettivi mercati all'ingrosso di terminazione voce: ebbene, in proposito è sufficiente osservare che tale isolato precedente, seppure risultasse nei termini esposti dall'AGCM, non risulterebbe comunque coerente con i tratti caratteristici dell'illecito in questione.

14.6. In definitiva, la censura va accolta perché l'AGCM non ha dimostrato che il costo di terminazione degli SMS sulle reti Vodafone abbia inciso sul prezzo degli *SMS bulks* in misura tale da determinare l'esclusione dal mercato a valle degli operatori D43.

15. Collegata con la censura appena esaminata è anche quella articolata al quarto motivo di ricorso, con il quale si contesta che il Provvedimento impugnato non ha effettuato alcuna valutazione degli effetti pregiudizievoli della condotta.

15.1. Nel provvedimento, in effetti, manca una tale valutazione, dalla quale non si può prescindere, anche ove risultino provati il *margin squeeze* e l'intento anticoncorrenziale dell'operatore verticalmente integrato.

15.2. Occorre infatti considerare che l'uscita dal mercato di imprese rivali potrebbe danneggiare i consumatori, i quali potrebbero scontrarsi con prezzi più alti o con una scelta ridotta. D'altro canto una condotta del genere potrebbe anche comportare dei benefici per i consumatori ed essere pro competitiva. Dunque, il fatto che imprese rivali abbiano subito dei danni per effetto del *margin squeeze* posto in essere dall'operatore verticalmente integrato, e siano costrette ad uscire dal mercato, non implica un necessario intervento sanzionatorio dell'autorità antitrust, che deve poi verificare se e quali effetti favorevoli o pregiudizievoli per la concorrenza si siano riverberati sul mercato del prodotto finale.

15.3. Ebbene, anche tale analisi è assente nel Provvedimento impugnato, che si è molto impegnato a dimostrare il presunto intento di Vodafone, di danneggiare gli operatori D43 con comportamenti discriminatori posti in essere solo nei confronti di loro, limitandosi ad invocare un passaggio della sentenza della Corte di Giustizia, C-52/09, TeliaSonera, secondo cui l'effetto anticoncorrenziale sul mercato “*deve sussistere, ma non deve essere necessariamente concreto, in quanto è sufficiente la dimostrazione di un effetto anticoncorrenziale potenziale idoneo a precludere l'accesso al mercato a concorrenti di efficienza quantomeno pari all'impresa in posizione dominante [...] la circostanza che il risultato perseguito, cioè l'esclusione dei concorrenti, non venga, in definitiva, raggiunto non può certo escludere la qualificazione di abuso ai sensi dell'art. 102 TFUE*”.

15.4. Osserva il Collegio che la menzionata pronuncia non prescinde dalla “*dimostrazione di un effetto anticoncorrenziale potenziale*”, idoneo a precludere l'accesso al mercato a concorrenti di efficienza quantomeno pari all'impresa in posizione dominante, e ritiene che tale dimostrazione non sia *in re ipsa*, cioè insita nella dimostrazione del *margin squeeze*: l'affermazione di un effetto anticoncorrenziale potenziale deve, pertanto, essere sorretta almeno da una

analisi del mercato, che spieghi e dimostri perché le imprese concorrenti non verticalmente integrate corrano il rischio di essere escluse dal mercato per effetto dell'accertato *margin squeeze*. Tale analisi, come già precisato, manca nel Provvedimento impugnato.

16. Per le ragioni dianzi esposte, il ricorso va accolto, con conseguente annullamento del provvedimento impugnato e assorbimento di ogni ulteriore censura.

17. Le spese possono essere compensate in ragione della complessità e novità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato n. 26901 del 13.12.2017.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2021, celebrata in collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 25, comma 2, del D.L. n. 137 del 28 ottobre 2020, con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Roberta Ravasio, Consigliere, Estensore

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Roberta Ravasio

IL PRESIDENTE
Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO