

Pubblicato il 11/04/2022

**N. 04333/2022 REG.PROV.COLL.**  
**N. 02724/2018 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 2724 del 2018, proposto da Telecom Italia s.p.a., Telecom Italia Sparkle s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese entrambe dagli avvocati Luca Raffaello Perfetti e Claudio Tesauro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Luca Raffaello Perfetti in Roma, via Vittorio Colonna, n. 39;

*contro*

Autorità garante della concorrenza e del mercato, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

*nei confronti*

Kaleyra s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Domenico Ielo, Adele Sodano e Monica Dal Prà, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Domenico Ielo in Milano, via Bandello, n. 5;

Digitel Mobile s.r.l., non costituita in giudizio;

*per l'annullamento*

del provvedimento 26902/2017 dell'AGCM e di ogni altro atto presupposto, consequenziale e connesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e di Kaleyra s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 marzo 2022 il dott. Matthias Viggiano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Con il ricorso all'odierno esame, Telecom Italia e Telecom Italia Sparkle impugnavano il provvedimento sanzionatorio in epigrafe. Questo veniva adottato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm) all'esito di una lunga istruttoria avviata a seguito di una segnalazione pervenuta dalla controinteressata Kaleyra (all'epoca Ubiquity).
2. Si costituiva in resistenza l'Autorità. Anche la controinteressata Kaleyra si costituiva in giudizio chiedendo il rigetto del ricorso.
3. Le parti si scambiano documenti e memorie in vista della pubblica udienza del 23 marzo 2022, all'esito della quale il Collegio tratteneva la causa per la decisione di merito.

DIRITTO

1. Prima di scrutinare le doglianze evidenziate dalle società ricorrenti, appare opportuno evidenziare i fatti rilevanti per la decisione.
  - 1.1. Nell'aprile 2016 Ubiquity segnalava all'Agcm una condotta abusiva di Telecom Italia nel mercato degli sms informativi aziendali (c.d. sms *bulk*, ossia massivi).
  - 1.2. È bene evidenziare che l'architettura tecnica per l'invio degli sms (in generale) si compone della rete di originazione e di quella di terminazione. In

particolare, partendo da un dispositivo tecnico idoneo – come un telefono cellulare (o anche un’applicazione dedicata) – il messaggio viene trasmesso all’operatore della rete di originazione (ossia la compagnia telefonica del soggetto inviante), che verifica la correttezza dei dati e lo instrada verso il destinatario. È possibile che costui si trovi su una distinta rete: in simili ipotesi, il messaggio necessariamente dovrà passare per tale distinta rete (c.d. di terminazione) per giungere al destinatario. In Italia gli operatori che detengono una propria rete di terminazione sono essenzialmente tre: Telecom Italia, Vodafone e Wind, anche detti *main network operator* (Mno). Esistono poi svariate compagnie che, pur non possedendo una propria rete, offrono servizi di comunicazione verso i propri clienti: si tratta dei c.d. *mobile virtual network operator* (Mvno) come ad esempio Postemobile; alcune di queste compagnie sono completamente infrastrutturate (c.d. *full Mvno*) ponendosi sullo stesso piano degli altri Mno, fermo restando che la loro quota di mercato è assolutamente trascurabile.

1.3. Come già anticipato, il procedimento *antitrust* si incentrava sugli sms massivi (anche noti come A2P, *application to person*, da un’applicazione ad una persona): si tratta messaggi particolari inviati non singolarmente da un soggetto ad un altro (c.d. P2P, *person to person*), bensì, direttamente da un’applicazione ad un gran numero di destinatari, anche contemporaneamente. Il servizio è utilizzato principalmente dalle imprese che dispongono di una vasta clientela cui vogliono comunicare in tempi rapidi determinate informazioni aziendali: ad esempio un operatore della grande distribuzione organizzata potrebbe avere interesse a render note le proprie promozioni; oppure una banca avrebbe necessità di inviare un codice monouso per l’autorizzazione di una certa operazione. Il servizio può essere offerto sia da un Mno, sia da altre imprese di comunicazione (c.d. operatori in decade 43 – D43, oppure *other licensed operator*, Olo).

1.4. Pertanto, nel fornire il servizio di sms massivi, si individuano due distinti mercati: uno a monte, costituito dal servizio di terminazione sulla rete (ossia il

servizio all'ingrosso di consegna sulla propria rete) ed uno a valle, rappresentato dall'offerta di sms massivi che ingloba – ovviamente – il servizio di terminazione sulle diverse reti mobili. Nel mercato a monte opera Telecom Italia; in quello a valle, sia le divisioni *retail* della ricorrente, sia l'odierna controinteressata.

1.5. Viepiù, ad un livello intermedio tra i due mercati indicati, si collocano alcuni operatori del c.d. mercato secondario che offrono ai venditori di sms massivi il servizio di terminazione sulle reti degli operatori telefonici (ovviamente interconnettendosi con la rete degli operatori infrastrutturati): uno di questi intermediari è l'odierna ricorrente Telecom Italia Sparkle.

1.6. In ultimo, va osservato come alternativamente al servizio di invio di sms massivi è possibile ricorrere alle c.d. *rotte grigie*, ossia adoperare degli *escamotage* per spedire un enorme numero di sms. Un esempio è rappresentato dall'acquisto di un notevole numero di schede *sim* per consumatori finali con tariffe *flat* per l'invio di sms e combinarle in una *sim box*; oppure ancora, creare triangolazioni con paesi esteri al fine di sfruttare situazioni di arbitraggio normativo: si tratta, però, di pratiche contrattualmente vietate dato che importano l'accesso non autorizzato alla rete di terminazione. Di conseguenza, sebbene il fenomeno non possa essere ignorato, esso non costituisce una valida alternativa alla fornitura del servizio di sms massivi.

2. Nel provvedimento la condotta della Telecom, unitamente alla sua controllata Sparkle, è definita illegittima in quanto le ricorrenti applicavano nel mercato al dettaglio del servizio di invio di sms massivi un prezzo per singolo messaggio inferiore al prezzo di terminazione sulla propria rete venduto ai concorrenti nel mercato a monte. Così operando, l'impresa che acquistava nel mercato a monte il diritto di terminazione su rete Telecom Italia pagava un prezzo tale per cui la sua offerta di sms massivi risultava necessariamente maggiormente onerosa rispetto a quella proposta da Telecom Italia. Tale condotta, come noto, prende il nome di *margin squeeze*, dato che comprime i margini di profitto.

2.1. All'uopo sono state acquisite varie evidenze ed è stato effettuato il test del concorrente altrettanto efficiente, che dimostrava come i prezzi nel mercato a monte non sarebbero stati replicabili dai concorrenti in quello a valle.

3. Contro il provvedimento sanzionatorio parte ricorrente spiega sei distinte censure.

3.1. A mezzo del primo motivo di ricorso, si deduce l'assenza di motivazione in ordine al rigetto della richiesta di impegni formulata dalla società ai sensi dell'art. 14-ter l. 10 ottobre 1990, n. 287. Secondo l'impresa la proposta di riduzione del prezzo di invio dei singoli sms avrebbe infatti eliminato ogni profilo di lesione della concorrenza.

3.2. Con la seconda ragione di impugnativa, si censura la ricostruzione del mercato rilevante operata dall'Agcm. In particolare, vi sarebbe un errore nel reputare Telecom Italia l'unico soggetto capace di effettuare la terminazione sulla propria rete: difatti, l'Autorità avrebbe dovuto scindere l'offerta economica del servizio di terminazione dall'operazione tecnica di consegna. Tale conclusione sarebbe corroborata dalla circostanza che gli operatori economici potrebbero acquistare sul mercato secondario da appositi intermediari il servizio di terminazione, senza necessariamente interfacciarsi direttamente con Telecom Italia. In aggiunta, l'esistenza delle rotte grigie, delle *sim box* e dei contratti *take or pay* costituirebbe una valida alternativa concorrenziale alla terminazione diretta.

3.3. Attraverso il terzo motivo, la società si duole dell'individuazione geografica del mercato rilevante. L'Agcm, infatti, reputava il mercato coincidente con la rete mobile Telecom, sicché esso si estenderebbe per l'intero territorio nazionale: nondimeno, secondo la società ricorrente, pur dovendo l'sms terminare sulla rete nazionale Telecom, il mercato rilevante avrebbe estensione sovranazionale, operando in quest'ultimo gli intermediari del mercato secondario.

3.4. Per mezzo della quarta censura, parte ricorrente lamenta l'erronea qualificazione di operatore dominante nel mercato a monte della

terminazione sms sulla propria rete. L'Autorità, infatti, avrebbe ignorato le dinamiche nel mercato a valle: tali circostanze renderebbero impossibile per la società tenere dei comportamenti indipendenti da quelli degli altri concorrenti e dei consumatori.

3.5. Con il quinto motivo si deduce l'erroneità nella valutazione della sussistenza del *margin squeeze*, non essendo le condotte contestate idonee a comprimere la concorrenza. All'uopo si rappresenta come l'Autorità avrebbe errato nella metodologia adoperata per l'individuazione della soglia critica, in quanto si sarebbe dovuto fare riferimento ai prezzi ed ai costi delle imprese concorrenti: difatti, il riferimento a prezzi e costi dell'impresa dominante (ossia di Telecom), sarebbe irragionevole sia in quanto quest'ultima paga un prezzo maggiore per l'interconnessione con gli altri detentori delle reti mobili (Wind e Vodafone) sia perché ignora che i concorrenti possono approvvigionarsi sul mercato secondario. Seguendo questa nuova metodologia, il test del concorrente efficiente si concluderebbe con l'affermazione della piena liceità delle offerte presentate da Telecom nelle gare considerate dall'Autorità. Incidentalmente, parte ricorrente invita il Collegio a valutare un eventuale rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 Tfu alla Corte di giustizia dell'Unione europea, al fine di dirimere la questione circa il parametro di riferimento per lo sviluppo del test del concorrente efficiente.

3.6. Con l'ultima censura, parte ricorrente chiede, in via subordinata, di ridurre l'importo della sanzione, reputandolo eccessivo.

4. Prima di passare al vaglio i singoli motivi di ricorso, è opportuno rammentare che la vicenda all'odierno esame è assai simile ad altra già affrontata da questa Sezione. Si tratta del procedimento Rg 2750/18 concluso con sentenza depositata in data 15 settembre 2021, n. 9803: come nella vicenda all'odierno esame, la società Ubiquity esponeva all'Agcm di aver subito analoghe pratiche di *margin squeeze* da parte di un distinto Mno.

4.1. Sia la parte resistente, sia la controinteressata hanno ampiamente argomentato sulle differenze esistenti tra i due procedimenti sottolineando

come, in ogni caso, è pendente appello al Consiglio di Stato.

4.2. *Au contraire*, parte ricorrente nella propria memoria di replica rappresenta come le due fattispecie siano identiche e come i vizî denunciati siano gli stessi, corroborando in tal guisa le proprie doglianze con il precedente menzionato. In particolare, l'esponente evidenzia come anche nel provvedimento oggetto del presente processo i soggetti aggregatori non venissero considerati dall'Agcm ai fini del calcolo del prezzo soglia nel test di replicabilità. Similmente, Telecom riprende uno stralcio della sentenza n. 9803 cit., che chiarisce come l'aver assunto a parametro di riferimento i costi ed i prezzi dell'impresa dominante costituisca un errore metodologico dell'Autorità. In ultimo, la società ricorrente, richiamando il precedente, evidenzia come l'Agcm non abbia dimostrato l'effettivo pregiudizio alla concorrenza discendente dalle proprie condotte.

4.3. Come può notarsi dalla breve illustrazione appena offerta, le argomentazioni spiegate nella memoria di replica, costituiscono esplicitazione dei motivi introdotti col primo ricorso. Di conseguenza, l'eccezione sollevata in udienza dalla parte controinteressata circa l'introduzione di motivi nuovi, appare infondata: difatti, nessuna violazione processuale è ravvisabile nell'incentrare le argomentazioni, una volta compresa loro importanza, su un profilo solo marginalmente affrontato col ricorso introduttivo (v. in argomento Cons. Stato, sez. VI, 21 dicembre 2020, n. 8194).

5. Chiarito ciò, è possibile passare allo scrutinio del ricorso introduttivo. Esso è solo parzialmente fondato, potendosi accogliere, nei termini che si diranno, solo il quinto motivo di ricorso; si ometterà la disamina dell'ultima censura essendo la stessa proposta solo in via subordinata all'accoglimento delle altre. Gli altri motivi di ricorso, invece, sono infondati e, pertanto, vanno affrontati preliminarmente.

5.1. In particolare, deve osservarsi come correttamente l'Autorità abbia ricostruito sia il mercato a monte della terminazione degli sms su rete Telecom, sia quello a valle concernente l'offerta di pacchetti di sms: difatti, al

fine di offrire ai clienti il servizio di invio di sms massivi, tutte le imprese debbono disporre della possibilità di terminare sulle reti dei vari operatori; appare chiaro, infatti, che senza il diritto di terminazione sulla rete Telecom, il servizio non potrebbe essere profittevolmente offerto sul mercato. Di talché, i due mercati sono integrati, risultando necessario prima disporre del diritto di terminazione e poi offrire ai clienti il pacchetto di sms. Nondimeno, come si vedrà *infra*, l'acquisto del diritto di terminazione presso la società ricorrente costituisce elemento (*input*) necessario, ma non sufficiente, per offrire pacchetti di sms informativi aziendali.

5.2. Del pari, appare innegabile che la ricorrente si trovi in una posizione dominante nel mercato a monte di terminazione sulla propria rete: le alternative ipotizzabili per consegnare sms sulle utenze Telecom (come l'acquisto del diritto presso i c.d. soggetti aggregatori), infatti, non appaiono tali da poter scalfire la posizione dell'impresa; altre fattispecie, invece, presentano addirittura profili di dubbia legalità (ad es. le c.d. *rotte grigie*).

5.3. Infine, risulta palese che il mercato rilevante sia quello nazionale, essendo la terminazione verso utenze extranazionali circoscritta a poche ipotesi di marginale rilievo: sul punto, può osservarsi che in una delle gare esaminate dall'Agcm (relativa ad un intermediario bancario) la richiesta di sms da far terminare su utenze estere risultava pari a circa il 5% del totale dei messaggi commissionati.

6. Fondato, invece, è il quinto motivo, nella parte in cui censura il test di replicabilità condotto dall'Autorità.

6.1. Invero, l'amministrazione, sulla base dei documenti acquisiti presso la ricorrente, fissava un prezzo soglia, ossia un prezzo per singolo sms al di sotto del quale un operatore efficiente lamenterebbe inevitabilmente una perdita (§ 259 del provvedimento impugnato). Individuata tale tariffa l'Agcm la paragonava al prezzo offerto nelle varie gare prese in considerazione, osservando come in tutte le occasioni Telecom praticasse ai clienti un prezzo inferiore a quello soglia come sopra determinato. Tale condotta, secondo



l'Autorità, sarebbe possibile solo per via della posizione di dominanza sulla propria rete rivestita dalla ricorrente che le permetterebbe di abbattere (quasi sino allo zero) i costi sopportati per la terminazione sulle proprie utenze.

6.2. Orbene, nei limiti concessi al sindacato del giudice amministrativo (Cons. Stato, sez. IV, 23 dicembre 2021, n. 8558), va osservato che l'aver calcolato il prezzo soglia riferendosi ai soli costi sopportati da Telecom risulta, nel caso di specie, non corretto o, quantomeno, non correttamente argomentato. Difatti, se la regola è quella di riferirsi ai costi e prezzi dell'impresa dominante nel mercato a monte (Trib. Ue, sez. IX, 13 dicembre 2018, causa T-851/14 – in particolare punto 231), va puntualizzato, allo stesso tempo, che la Corte di giustizia ha avuto modo di chiarire come in particolari ipotesi debba farsi riferimento a quelli dei concorrenti nel mercato a valle (Corte giust. Ue, sez. I, 17 febbraio 2011, causa C-52/09, punti 45 e 46).

6.3. Nello specifico, l'ultimo arresto giurisprudenziale citato – menzionato tra l'altro anche dall'Autorità al § 267 del provvedimento – chiarisce come l'adooperare quale parametro di riferimento i prezzi ed i costi dei concorrenti dell'impresa dominante sia metodologicamente corretto nel caso *«le condizioni specifiche di concorrenza del mercato lo esigano»*: orbene, appare evidente come la peculiarità del mercato a monte della terminazione, con tre operatori dominanti in concorrenza tra loro, integra quelle *specifiche condizioni* che suggeriscono il ricorso ad un criterio alternativo per la conduzione del test del concorrente efficiente.

6.4. Sul punto, va rilevato come è incontestato che Telecom paghi un costo maggiore per la terminazione sulle reti degli altri operatori dominanti (Wind e, soprattutto, Vodafone; la circostanza emerge chiaramente dal provvedimento impugnato): la ragione non appare esser riconducibile ad una particolare inefficienza della compagnia quanto, piuttosto, ad una politica di prezzi concorrenziali condotta delle altre imprese dominanti. Infatti, risulta logico e coerente (in una dinamica concorrenziale) che i grandi operatori tentino di

non avvantaggiare i loro concorrenti diretti, preferendo vendere il diritto di terminazione a costi inferiori agli operatori D43.

6.5. Di conseguenza, per affermare la legittimità del prezzo soglia come indicato nel provvedimento, l'Autorità avrebbe dovuto verificare quali sono i prezzi all'ingrosso generalmente praticati agli operatori D43, nonché quelli offerti dagli intermediari aggregatori: solo confrontando i risultati si sarebbe potuta affermare la correttezza della scelta dell'Agcm di riferirsi ai prezzi di Telecom.

6.6. Come ampiamente evidenziato dalla Sezione nella pronuncia n. 9803 cit., l'aver ignorato l'esistenza dei soggetti aggregatori e la loro incidenza sul mercato costituisce errore metodologico che va ad infirmare il risultato del test.

6.7. In aggiunta, vale la pena di sottolineare come l'Autorità, pur avendo ampiamente descritto il mercato secondario della terminazione, non abbia approfondito l'indagine circa la sua rilevanza, il suo funzionamento ed il grado di sostituibilità dei servizi ivi offerti. In merito a questi ultimi, va evidenziato come la parte ricorrente chiarisse che i pacchetti di sms massivi scambiati nel mercato secondario potessero essere qualitativamente inferiori: ma tale circostanza, non veniva rapportata con le gare esaminate, incorrendo l'Agcm in un altro errore di metodo, atteso che non è esplicitato se il confronto avvenisse tra fattori commutabili. Difatti, l'amministrazione non precisava quale fosse il livello qualitativo richiesto dai committenti: invero, se il livello di esecuzione della prestazione richiesta non è quello *standard* del mercato primario, un concorrente efficiente avrebbe potuto acquistare (a costi inferiori) sul mercato secondario l'*input* e combinarlo in un'offerta vantaggiosa. Inoltre, per alcune gare l'invito era rivolto solo ad imprese Mno, di talché simili procedure non andrebbero proprio considerate nella comparazione (dato che gli operatori D43 comunque non avrebbero potuto partecipare): il tutto determina una carenza motivazionale che va ad inficiare il risultato del test di replicabilità.

6.8. In ultimo, va osservato come l’Autorità non abbia in alcun modo chiarito gli effetti anticoncorrenziali della condotta contestata. Anzi, il provvedimento (e allo stesso modo la difesa erariale) si limitano ad affermare l’illiceità *in re ipsa* della condotta di *margin squeeze*: ma tale circostanza è costantemente esclusa dalla giurisprudenza nazionale ed europea, dovendo l’Autorità dimostrare l’esistenza di un pregiudizio (anche solo potenziale) alla concorrenza (in termini v. Trib. Ue, sez. IX, 13 dicembre 2018, causa T-827/14). Orbene, nel caso di specie, il pericolo di ledere la concorrenza non è provato, risultando all’uopo necessario «*almeno [un’]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*» (Tar Lazio, sez. I, 15 settembre 2021, n. 9803, che evidenzia l’analoga carenza nel parallelo procedimento).

6.9. L’accoglimento dei motivi di ricorso nei termini sopra indicati dimostra la non necessità di procedere al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell’Unione europea, risultando l’interpretazione delle disposizioni inerenti la conduzione del test del concorrente altrettanto efficiente conforme al diritto eurounitario.

7. L’accoglimento del quinto motivo di ricorso determina l’annullamento del provvedimento impugnato, con conseguente assorbimento della prima censura.

8. Le spese, in considerazione dell’accoglimento solo parziale, possono essere integralmente compensate.

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 l’atto impugnato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2022 con  
l'intervento dei magistrati:

Francesca Petrucciani, Presidente FF

Lucia Maria Brancatelli, Consigliere

Matthias Viggiano, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Matthias Viggiano**

**IL PRESIDENTE**  
**Francesca Petrucciani**

IL SEGRETARIO