

A547 - CONDOTTE DI WIND TRE A DANNO DEI RIVENDITORI*Provvedimento n. 29874*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 4 novembre 2021;

SENTITO il Relatore, Presidente Roberto Rustichelli;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTA la legge 18 giugno 1998, n. 192, e, in particolare, l'articolo 9;

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

VISTE la segnalazione pervenuta in data 16 dicembre 2019, in merito ai contratti di collaborazione commerciale, oramai cessati, stipulati dalla segnalante con l'allora società H3G S.p.A. poi confluita con atto di fusione, efficace dal 31 dicembre 2016, nella società Wind Tre S.p.A.;

VISTE le successive informazioni pervenute da parte della segnalante, nelle date del 17 novembre 2020, nonché del 13, 14 e 22 luglio, e del 6 agosto e 8 ottobre 2021;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. Wind Tre S.p.A. (di seguito, "Wind Tre") è una società di telecomunicazioni controllata dal gruppo internazionale CK Hutchison Holdings Limited attraverso la società Wind Tre Italia S.p.A.. Wind Tre è attiva nella fornitura di servizi di telecomunicazioni su rete fissa e possiede una rete di telecomunicazioni mobili e, a decorrere dal 31 dicembre 2016, ha incorporato l'operatore H3G¹.

2. Il segnalante è una società a controllo familiare i cui soci di riferimento, per molti anni hanno gestito, anche attraverso altre società, alcuni punti vendita nel Lazio, quali rivenditori autorizzati prima di H3G e, dopo la fusione sopra menzionata, con Wind Tre².

La segnalazione si riferisce, quindi, alle diverse società ciascuna controparte di un contratto di collaborazione commerciale con l'allora H3G. Dall'anno 2015, i rapporti commerciali con il gestore telefonico sono stati trasferiti alla società segnalante, diventata operativa dal luglio 2015³, pertanto, di seguito il termine "Segnalante" si riferisce indistintamente a ciascuna e/o tutte queste società, in qualità di rivenditori prima di H3G e, attualmente, di Wind Tre.

Il Segnalante, a seguito del recesso di Wind Tre avvenuto nei primi mesi del 2018, non è più rivenditore del gruppo telefonico.

¹ Cfr. la decisione della Commissione del 1° settembre 2016 relativa al caso M7758 – HUTCHISON 3G ITALY/WIND/IV.

² Doc. 1, Segnalante, Denuncia pervenuta in data 16 dicembre 2019, all. 1, contenente la comunicazione di Wind Tre, del 2 gennaio 2017, dell'avvenuta fusione e del conseguente subentro di Wind Tre nei rapporti contrattuali precedentemente in essere con H3G.

³ Segnalante, Informazioni pervenute in data 22 luglio 2021.

II. I FATTI SEGNALATI

3. Nella documentazione in atti, il Segnalante ha evidenziato che Wind Tre imporrebbe alla rete dei propri rivenditori clausole e condizioni economicamente insostenibili.

In particolare, il Segnalante si lamenta che, a seguito della fusione H3G/Wind, il rapporto contrattuale con Wind Tre è andato deteriorandosi, culminando poi nel recesso, ad avviso del rivenditore, ingiustificato del 7 febbraio 2018⁴.

Le condotte di Wind Tre di seguito descritte non costituirebbero un caso isolato, ma sarebbero poste in essere nei confronti dell'intero canale distributivo dei rivenditori di quest'operatore telefonico*,⁵. In altri termini, le condotte di Wind Tre – che rappresenta uno dei principali operatori di telefonia mobile sul mercato unitamente a TIM e Vodafone – avrebbero coinvolto un ampio numero di distributori, anche piccole aziende a conduzione familiare.

4. In primo luogo, dalla documentazione risulta che i contratti prevedono un sostanziale obbligo di esclusiva del rivenditore nei confronti di Wind Tre e ciò sia in virtù di una clausola di non concorrenza sia, tra l'altro, in ragione di stringenti obblighi sulla tipologia di arredi e del materiale che il rivenditore può usare nei propri locali⁶.

5. Inoltre, nel prosieguo vale soffermarsi sui seguenti tre profili contrattuali che emergono dagli atti del procedimento:

- a) il meccanismo del *reverse charge* in base al quale il costo dell'IVA viene, di fatto sostenuto, dal rivenditore anziché del cliente finale;
- b) il meccanismo degli storni *pro rata*;
- c) una successione di modifiche unilaterali volte a peggiorare la remunerazione economica del rivenditore;
- d) il recesso da parte di Wind Tre.

a) Il meccanismo del reverse charge

6. Per comprendere il meccanismo del *reverse charge*⁷, applicato almeno dai primi mesi del 2011, è utile premettere che il rivenditore, anche in ragione di precisi obblighi contrattuali in tal senso, acquistava dal gestore telefonico sia gli apparecchi telefonici sia le SIM, attraverso un'operazione di compravendita, esente tuttavia da IVA in base alla legislazione tributaria vigente. Infatti, il rivenditore non poteva reperire liberamente sul mercato i telefoni (ad esempio, gli *Iphone*), perché, in caso contrario, il sistema di attivazione della SIM non avrebbe riconosciuto il cellulare,

⁴ Doc. 1, Segnalante, Denuncia pervenuta in data 16 dicembre 2019, all.to 16.

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

⁵ Verbale di audizione Segnalante del 14 luglio 2021, in allegato al quale vi è documentazione relativa a un altro rivenditore che per le stesse condotte oggetto della presente denuncia sarebbe stato costretto a uscire dal mercato (all. 1, Comunicazione di Wind Tre a [omissis]).

⁶ Doc. 1, Segnalante, Denuncia pervenuta in data 16 dicembre 2019, all.to 2, art. 21: [“omissis”], cfr. anche art. 3 del Contratto in materia di comodato d'uso da Wind Tre al Rivenditore di arredi e apparecchiature informatiche hardware ecc.

⁷ Cfr. Segnalante, Informazioni pervenute in data 6 agosto 2021.

impedendo l'attivazione del contratto di telefonia e rendendo impossibile la vendita del dispositivo in abbinamento con la SIM⁸.

7. Il rivenditore offriva poi sul mercato al dettaglio le SIM, spesso, ma non necessariamente, in abbinamento con il telefono. In particolare, l'allora H3G è stato fra i primi operatori, se non il primo, a introdurre sul mercato la possibilità di acquistare, unitamente alla SIM e alla stipulazione del contratto con il gestore telefonico, il cellulare a rate e questa iniziativa ha avuto un grande successo commerciale.

Tuttavia, al momento della vendita al cliente finale, il rivenditore emetteva uno scontrino al consumatore finale che paga l'IVA al 22% sui beni acquistati, senza tuttavia incassare alcun importo. Infatti, contestualmente alla vendita al consumatore finale, scattava, per l'intero importo indicato nello scontrino (comprensivo di IVA), la cessione del credito a Wind Tre. Infatti, le rate versate mensilmente dal consumatore finale, che inglobano anche l'importo versato a titolo di IVA, venivano incassate direttamente da Wind Tre e non dal rivenditore, soggetto al pagamento di tale imposta⁹.

In altri termini, alla luce di quanto appena descritto, il consumatore pagava un importo comprensivo del costo dell'IVA, che – in base al meccanismo della cessione del credito, contestuale all'operazione, dal rivenditore (cedente) a Wind Tre (cessionario) – veniva incassato da Wind Tre, mentre l'onere di versare all'erario l'IVA rimaneva in capo al rivenditore, essendo il soggetto emittente lo scontrino.

8. La liquidità per far fronte agli oneri fiscali non era fornita a compensazione da Wind Tre al rivenditore: quest'ultimo doveva farvi fronte attraverso le proprie provvigioni, che tuttavia sono andate nel tempo riducendosi, in ragione delle modifiche unilaterali e del meccanismo degli storni *pro rata* (v. *infra*), rendendo il suddetto onere fiscale economicamente insostenibile.

b) Il meccanismo degli storni pro rata

9. La seconda prassi contrattuale che qui rileva è quella degli storni *pro rata*, ossia il meccanismo di seguito descritto sottostante alla vendita dei dispositivi cellulari con la rateizzazione al consumatore finale degli importi del prezzo di vendita.

Nel dettaglio, Wind Tre pagava, mensilmente e per intero, al rivenditore le commissioni per i clienti acquisiti in quell'arco temporale, tuttavia, con la stessa cadenza temporale, Wind Tre conteggiava i clienti che nel frattempo avevano interrotto il rapporto, senza completare il pagamento rateizzato. Quindi, nel caso di recesso da parte dei clienti finali e a prescindere dalle eventuali penalità applicate a questi ultimi, Wind Tre stornava, dagli importi dovuti al rivenditore, la quota di commissione connessa alle rate che il cliente non avrebbe più pagato.

Tale condotta, unitamente al meccanismo del *reverse charge*, ha comportato una notevole esposizione del Segnalante e l'impossibilità di sostenere economicamente l'attività di rivenditore¹⁰.

10. Giova sottolineare che questo meccanismo operava a prescindere sia dalla causa che portava il cliente a cambiare gestore, sia da eventuali responsabilità del rivenditore e anche nei casi in cui il

⁸ Verbale di audizione Segnalante del 14 luglio 2021 e cfr. anche art. 8 del Contratto di collaborazione commerciale, in doc. 1.

⁹ Verbale di audizione Segnalante del 14 luglio 2021.

¹⁰ Verbale di audizione Segnalante del 14 luglio 2021 e cfr. il Contratto di collaborazione commerciale, allegato 5, in doc. 1.

gestore recuperava in altro modo il cliente, ad esempio grazie ad operazioni di *win-back* telefonico da parte del canale *call center*.

Gli storni *pro quota* danno luogo ad una sistematica compensazione dei debiti e crediti in essere e, quindi, a una riduzione delle commissioni da versare al rivenditore e della liquidità di cui quest'ultimo può poi disporre per far fronte, tra l'altro, agli oneri fiscali derivanti dal pagamento dell'IVA sopra richiamato.

c) Il susseguirsi di modifiche unilaterali relative al piano compensi

11. In base ai contratti stipulati con il segnalante, l'operatore di telefonia mobile può modificare unilateralmente molte delle condizioni contrattuali, ivi inclusi i piani compensi, al fine "[...] *omissis*"¹¹.

Al riguardo, la documentazione in atti evidenzia che questa facoltà sia stata frequentemente esercitata nel corso degli anni. In particolare, risulta che, nel 2016, Wind Tre abbia inviato almeno cinque comunicazioni volte a modificare il piano compensi del rivenditore e altre due comunicazioni siano state inviate nel 2017¹².

d) Il recesso ingiustificato da parte di Wind Tre e l'uscita dal mercato

12. Le società menzionate nella segnalazione sono state tra i primi rivenditori di H3G e hanno consolidato, esclusivamente con questo operatore, un rapporto molto forte negli anni¹³.

In questo contesto, anche a seguito della concentrazione di H3G/Wind, i rapporti contrattuali si sono deteriorati fino ad arrivare, da parte di Wind Tre, alla risoluzione di tutti i contratti di collaborazione riconducibili al Segnalante¹⁴.

13. Al riguardo, Wind Tre ha trasmesso tre separate comunicazioni, tutte del 7 febbraio 2018, di recesso da ciascun contratto in essere relativamente a tutti i punti vendita riconducibili al Segnalante¹⁵.

Tutte e tre le comunicazioni hanno analogo contenuto e non indicano alcuna motivazione e/o inadempimento contrattuale da parte del rivenditore. Tali recessi richiamano infatti l'art. 12.1 dei contratti, in base al quale: "[...] *omissis* [...]". In tali comunicazioni, si specifica poi che tutti i crediti del rivenditore saranno compensati, in base ad un apposito rendiconto.

14. Per contro, giova sottolineare che, laddove il rivenditore avesse deciso di recedere dal contratto e di cambiare l'operatore di telefonia mobile per il quale svolgere l'attività di rivendita, il rivenditore avrebbe dovuto restituire a Wind Tre tutte le commissioni incassate, ma imputabili a rate che il cliente finale avrebbe dovuto versare successivamente al recesso¹⁶.

¹¹ Cfr. Doc. 1, Segnalante, Denuncia pervenuta in data 16 dicembre 2019, all.to 2, cfr. art. 15.

¹² Cfr. Doc. 1, Segnalante, Denuncia pervenuta in data 16 dicembre 2019, all.ti da 6 a 15.

¹³ Verbale di audizione Segnalante del 14 luglio 2021.

¹⁴ Verbale di audizione Segnalante del 14 luglio 2021.

¹⁵ Cfr. Doc. 1, Segnalante, Denuncia pervenuta in data 16 dicembre 2019, all.ti 16, 17 e 18.

¹⁶ Cfr. Segnalante, Documentazione pervenuta in data 8 ottobre 2021.

III. VALUTAZIONI

15. L'articolo 9 della Legge n. 192/1998 vieta l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica, definita come "*la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti*". Tra gli esempi di condotte qualificabili come abusive, la medesima norma fa riferimento, tra l'altro, alla "*imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie*" e alla "*... interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto*".

16. Nel caso in esame, secondo le informazioni disponibili, potrebbe sussistere un rapporto di dipendenza economica tra Wind Tre e il Segnalante, alla luce di diversi elementi sintomatici che riguardano la posizione di mercato delle Parti, la durata della relazione contrattuale (iniziata con H3G sin dal 2002) e il contenuto degli obblighi contrattuali. Tra questi, a titolo esemplificativo, giova richiamare:

- i. la differente dimensione e posizione sul mercato delle Parti: Wind Tre è, insieme a Tim e Vodafone, uno dei tre operatori *leader* nella telefonia mobile, mentre i rivenditori sono piccole imprese, anche a gestione familiare, con un potere negoziale pressoché inesistente nei confronti di Wind Tre;
- ii. la circostanza che il rapporto contrattuale è caratterizzato da un'esclusiva a solo beneficio di Wind Tre che, unitamente alle altre condizioni contrattuali precedentemente richiamate, impedisce al rivenditore di instaurare e intrattenere rapporti con altri operatori di telefonia mobile sia in corso di contratto sia, di fatto, per un considerevole lasso di tempo, successivamente alla cessazione del rapporto;
- iii. la circostanza per cui i rivenditori aderiscono sostanzialmente a contratti *standard*, contenenti le previsioni contrattuali sopra descritte (ad esempio, storni *pro quota*, *reverse charge* uniti alla cessione del credito e ai meccanismi di compensazione, modifiche delle condizioni contrattuali unilaterali) che risultano idonee a individuare un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi tra Wind Tre e i rivenditori, rendendo estremamente difficile per il rivenditore sciogliere il rapporto contrattuale.

17. In tale contesto, Wind Tre potrebbe avere imposto ai propri rivenditori una serie di condizioni e di obblighi ingiustificatamente gravosi, tali da condizionare indebitamente l'attività economica del rivenditore e comprimerne i margini di redditività.

Al riguardo, occorre richiamare anche le frequenti rimodulazioni delle condizioni contrattuali, economiche e non, che rendono difficile per il rivenditore avere la piena consapevolezza del contenuto del contratto e degli effetti dei meccanismi sopra descritti in termini di esposizione finanziaria.

Infatti, potrebbero assumere carattere particolarmente oneroso le condizioni economiche relative allo storno *pro quota* che, unitamente al *reverse charge* e ai sistemi di compensazione, hanno portato il segnalante, così come verosimilmente altri rivenditori, ad una gestione insostenibile da un punto di vista finanziario. Nel contempo, il recesso anticipato da parte del rivenditore potrebbe, alla luce dei vincoli contrattuali precedentemente richiamati, rendere estremamente difficoltoso per i rivenditori poter ricercare alternative idonee.

In altri termini, dalla documentazione in atti, sembrerebbe emergere che Wind Tre abbia imposto ai suoi rivenditori un'organizzazione commerciale e finanziaria disegnata in base alle proprie esigenze, attraverso l'applicazione di una serie di clausole pervasive e oggetto di ripetute modifiche nel tempo.

18. Posto che Wind Tre detiene una posizione di rilievo nei mercati relativi alla telefonia mobile, con un marchio che gode di una forte attrattiva commerciale, i fatti segnalati appaiono assumere rilevanza non solo con riferimento al singolo rapporto contrattuale, ma anche in rapporto alla tutela della concorrenza e del mercato. Le condizioni contrattuali sopra descritte, applicate da parte di un operatore di telefonia mobile che gestisce una significativa rete commerciale potrebbe avere, infatti, un impatto significativo su tutti gli imprenditori che costituiscono la rete in questione, a detrimento del gioco concorrenziale nel relativo mercato.

In particolare, l'uniformità delle clausole contrattuali e delle conseguenti condotte, poste in essere nell'ambito di una delle principali reti di rivendita presente in Italia, ovvero quella di Wind Tre, potrebbero distorcere le dinamiche competitive sia *intra brand*, sia limitando la mobilità dei rivenditori da un operatore di telefonia mobile all'altro.

Inoltre, attraverso il meccanismo del *reverse charge* con contestuale cessione a Wind Tre del credito del rivenditore verso il cliente finale, Wind Tre incasserebbe anche la quota di corrispettivo versata dal cliente finale finalizzata al pagamento dell'IVA, ponendosi, a danno della rete dei rivenditori, in una posizione di vantaggio concorrenziale rispetto agli operatori di telefonia mobili concorrenti.

CONSIDERATO che, ai sensi dell'articolo 9, comma 3 *bis*, della legge 18 giugno 1998, n. 192, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, può attivare i propri poteri di indagine e istruttori e procedere alle diffide e sanzioni previste dall'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso detto abuso;

RITENUTO, pertanto, che le descritte condotte di Wind Tre S.p.A. potrebbero configurare un abuso di dipendenza economica rilevante per la tutela della concorrenza e del mercato;

DELIBERA

a) l'avvio dell'istruttoria, ai sensi dell'articolo 9, comma 3 *bis*, della legge 18 giugno 1998, n. 192 e dell'articolo 14 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti della società Wind Tre S.p.A.;

b) la fissazione di giorni sessanta, decorrenti dalla data di notificazione del presente provvedimento, per l'esercizio, da parte dei legali rappresentanti della Parte, del diritto di essere sentiti, personalmente o a mezzo di procuratore speciale, precisando che la richiesta di audizione dovrà pervenire alla Direzione Comunicazioni della Direzione Generale per la Concorrenza di questa Autorità almeno quindici giorni prima della scadenza del termine sopra indicato;

c) che il responsabile del procedimento è la dott.ssa Gabriella Romano;

d) che gli atti del procedimento possono essere presi in visione presso la Direzione Comunicazioni della Direzione Generale per la Concorrenza di questa Autorità dai rappresentanti legali delle Parti, nonché da persone da essi delegate;

e) che il procedimento deve concludersi entro il 31 dicembre 2022.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE

Filippo Arena

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli
