

Spett.le

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Direzione reti e servizi di comunicazioni elettroniche

Ufficio regolamentazione dei mercati delle reti e dei servizi di comunicazioni elettroniche

c.a.

Dott. Antonio Provenzano

Dott. Marco Benacchio

Dott.ssa Federica Alfano

A mezzo PEC agcom@cert.agcom.it

Roma, 11 ottobre 2024

Prot. n. 734.24.MF

Oggetto: Avvio della consultazione pubblica relativa all'adozione di un provvedimento cautelare, ai sensi dell'articolo 33, comma 8 del Codice, concernente la sospensione dell'applicabilità degli obblighi regolamentari in capo a TIM S.p.a. a seguito della cessione della rete fissa – Risposta alla consultazione.

Con la presente la scrivente fornisce le proprie considerazioni in merito allo Schema di Provvedimento di cui all'Allegato B alla del. 352/24/CONS.

Inapplicabilità dell'art. 33, comma 8, del CCEE al caso di specie

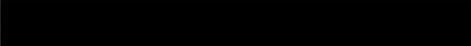
In premessa si richiamano tutte le considerazioni

l'Autorità può procedere alla revoca e/o alla modifica degli obblighi regolatori imposti a TIM soltanto dopo aver posto in essere una compiuta e adeguata analisi di mercato secondo la procedura descritta all'art. 78 del CCEE.

Tale analisi di mercato è stata avviata con la del. 315/24/CONS e non si è ancora conclusa.

Con la delibera in oggetto l'Autorità ha avviato una nuova consultazione pubblica relativa all'adozione di un provvedimento cautelare, ai sensi dell'articolo 33, comma 8 del CCEE, concernente la sospensione dell'applicabilità degli obblighi regolamentari in capo a TIM a seguito della cessione della rete fissa.

L'art. 33, comma 8, tuttavia, è inapplicabile al caso in esame.

Se l'Autorità adottasse un provvedimento urgente (secondo lo schema di provvedimento in oggetto) ai sensi di tale norma commetterebbe una grave illegittimità. 


Se ne dà puntualmente conto.

L'articolo 89 del CCEE disciplina espressamente il caso della separazione volontaria da parte una impresa verticalmente integrata.

Si legge nell'articolo, al primo comma, che *"le imprese che siano state designate come aventi un significativo potere di mercato in uno o più mercati rilevanti ai sensi dell'articolo 78 informano l'Autorità almeno con un preavviso di novanta giorni prima di qualsiasi trasferimento delle loro attività nelle reti di accesso locale, o una parte significativa di queste, a un soggetto giuridico separato sotto controllo di terzi, o istituzione di un'entità commerciale separata per fornire a tutti i fornitori al dettaglio, comprese le proprie divisioni al dettaglio, prodotti di accesso pienamente equivalenti"*.

Al secondo comma, si specifica che l'Autorità deve valutare l'effetto della transazione sugli obblighi normativi esistenti in base al decreto (CCEE). A tal fine deve condurre un'analisi dei vari mercati collegati alla rete d'accesso secondo la procedura di cui all'articolo 78, che disciplina la procedura per l'analisi di mercato. La disposizione specifica anche che *"sulla base della propria analisi, l'Autorità, acquisendo ove opportuno il parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, impone, mantiene, modifica o revoca obblighi conformemente alle procedure di cui agli articoli 23 e 33, applicando, se del caso, l'articolo 91"*.

L'articolo 23 ha ad oggetto e regola il meccanismo di consultazione e trasparenza.

L'articolo 33, invece, che è rubricato *"consolidamento del mercato interno per le comunicazioni elettroniche"*, si riferisce alle modalità di comunicazione e condivisione con la Commissione, al BEREC ed eventualmente con altre Autorità di regolazione.

L'articolo 89 del CCEE quindi impone all'Autorità, in caso di separazione volontaria della rete di accesso da parte dell'impresa dotata di un significativo potere di mercato, di avviare una analisi di mercato al fine di verificare se, in che termini e modi revocare gli obblighi regolatori imposti a detta impresa.

L'analisi di mercato è dunque il presupposto per poter procedere a detta revoca.

Nel contesto della procedura di analisi di mercato, l'Autorità può in circostanze eccezionali intervenire d'urgenza adottando misure congrue e provvisore al fine di tutelare la concorrenza e gli interessi degli utenti (vedi punti 153-154 delle Linee direttrici della Commissione per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato ai sensi del nuovo quadro normativo comunitario per le reti e i servizi di comunicazione elettronica 2002/C 165/03).

Tale potere è oggi regolato dall'art. 33, comma 8, del CCEE (in precedenza articolo 12, comma 6).

Il comma 8 di tale disposizione così recita: "in circostanze straordinarie l'Autorità, ove ritenga che sussistano motivi di urgenza per salvaguardare la concorrenza e tutelare gli interessi degli utenti, in deroga alla procedura di cui ai commi 3 e 4, può adottare adeguati provvedimenti temporanei cautelari aventi effetto immediato, in coerenza con le disposizioni del decreto. L'Autorità comunica immediatamente tali provvedimenti, esaurientemente motivati, alla Commissione europea, alle Autorità di regolamentazione degli altri Stati membri e al BEREC. La decisione dell'Autorità di estendere il periodo di efficacia dei provvedimenti così adottati o di renderli permanenti è soggetta alla procedura di cui ai commi 3 e 4".

La disposizione, quindi, consente all'Autorità di adottare provvedimenti urgenti in deroga alla procedura di cui ai commi 3 e 4. I commi 3 e 4 disciplinano la procedura di notifica alla Commissione Europea (al BEREC e alle Autorità di Regolazione di altri Stati) *"al termine della consultazione pubblica, se richiesta, ai sensi dell'art. 23"*.

Se ne desume quindi che l'adozione delle misure urgenti di cui all'articolo 33, comma 8, può avvenire solo al termine della consultazione pubblica avviata per l'analisi di mercato al solo scopo di anticipare l'esecutività del provvedimento rispetto al termine di due mesi dall'invio della proposta alla Commissione e alle altre Autorità di regolazione (commi 3 e 4 dell'articolo 23).

Diversamente, la disposizione non avrebbe specificato che i provvedimenti urgenti sono adottati in deroga alla procedura di cui ai commi 3 e 4 del medesimo art. 33. Sarebbe stata una specificazione priva di senso. La deroga non può riguardare il completamento della istruttoria ma unicamente la fase relativa al coinvolgimento della Commissione.

D'altra parte, l'interpretazione offerta è l'unica ad avere una logica sostanziale coerente con gli obiettivi del Codice e segnatamente dell'art. 4. Solo dopo aver concluso la consultazione avviata ai sensi dell'art. 78 (richiamato dall'89), l'Autorità può essere in grado di valutare l'urgenza dei provvedimenti e soprattutto la loro strumentalità rispetto alla tutela della concorrenza e degli utenti in un'ottica di efficacia e proporzionalità.

Il provvedimento "d'urgenza" diversamente anticiperebbe negli assunti e nei presupposti quello che deve essere necessariamente l'esito dell'analisi di mercato.

Si deve inoltre aggiungere che i provvedimenti di urgenza in esame possono essere adottati solo in casi eccezionali (così testualmente punto 153 delle Linee direttrici della Commissione per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato ai sensi del nuovo quadro normativo comunitario per le reti e i servizi di comunicazione elettronica 2002/C 165/03) e soprattutto devono avere per natura e contenuto carattere provvisorio senza poter incidere (con definitività) sugli assetti competitivi sottostanti.

Nessuno di questi presupposti ricorre.

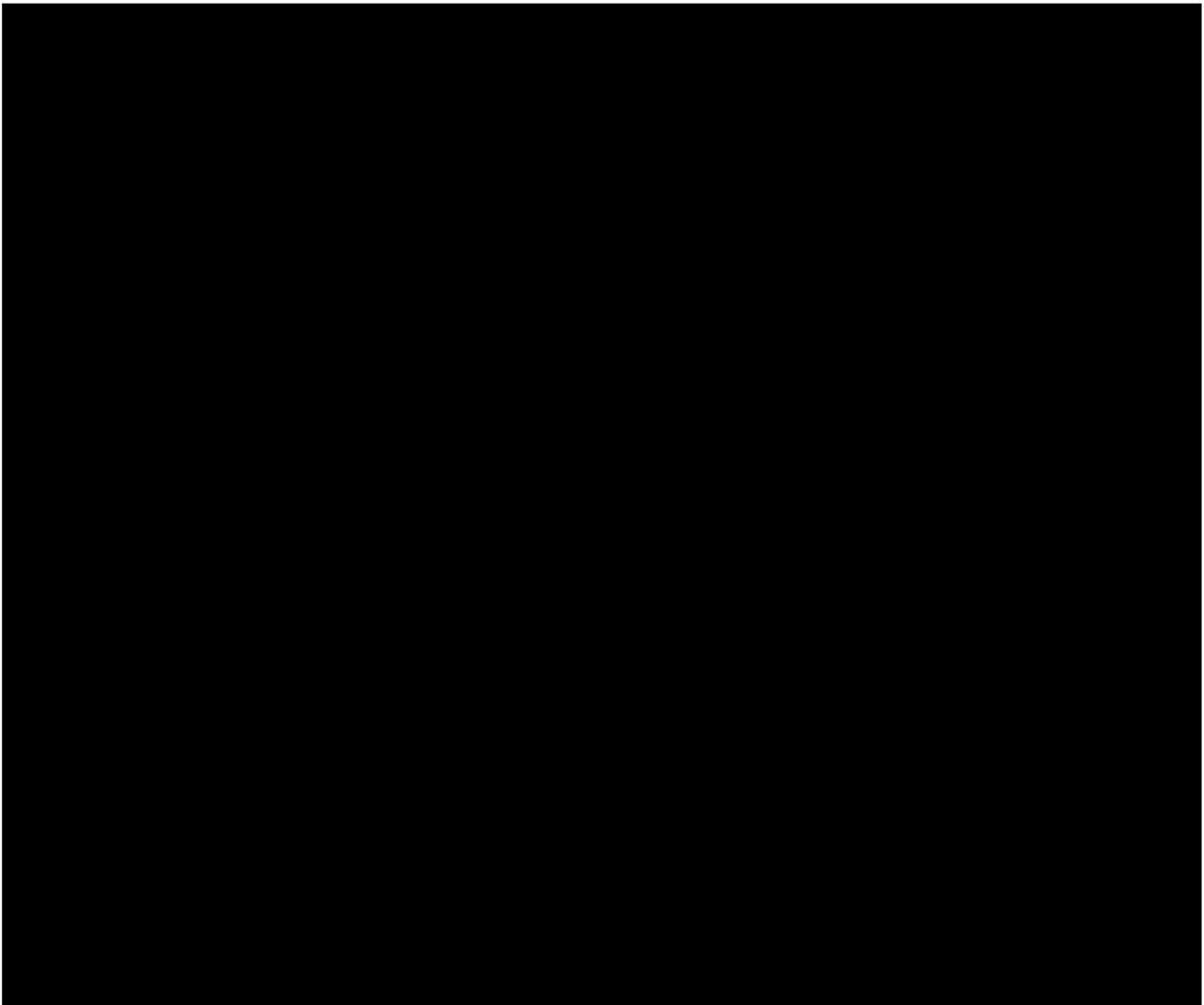
La separazione strutturale annunciata da tempo e richiamata nella attuale analisi di mercato non è certo evento urgente ed eccezionale. Né può dirsi che l'eliminazione dell'obbligo di replicabilità abbia effetto neutro sulla competizione.

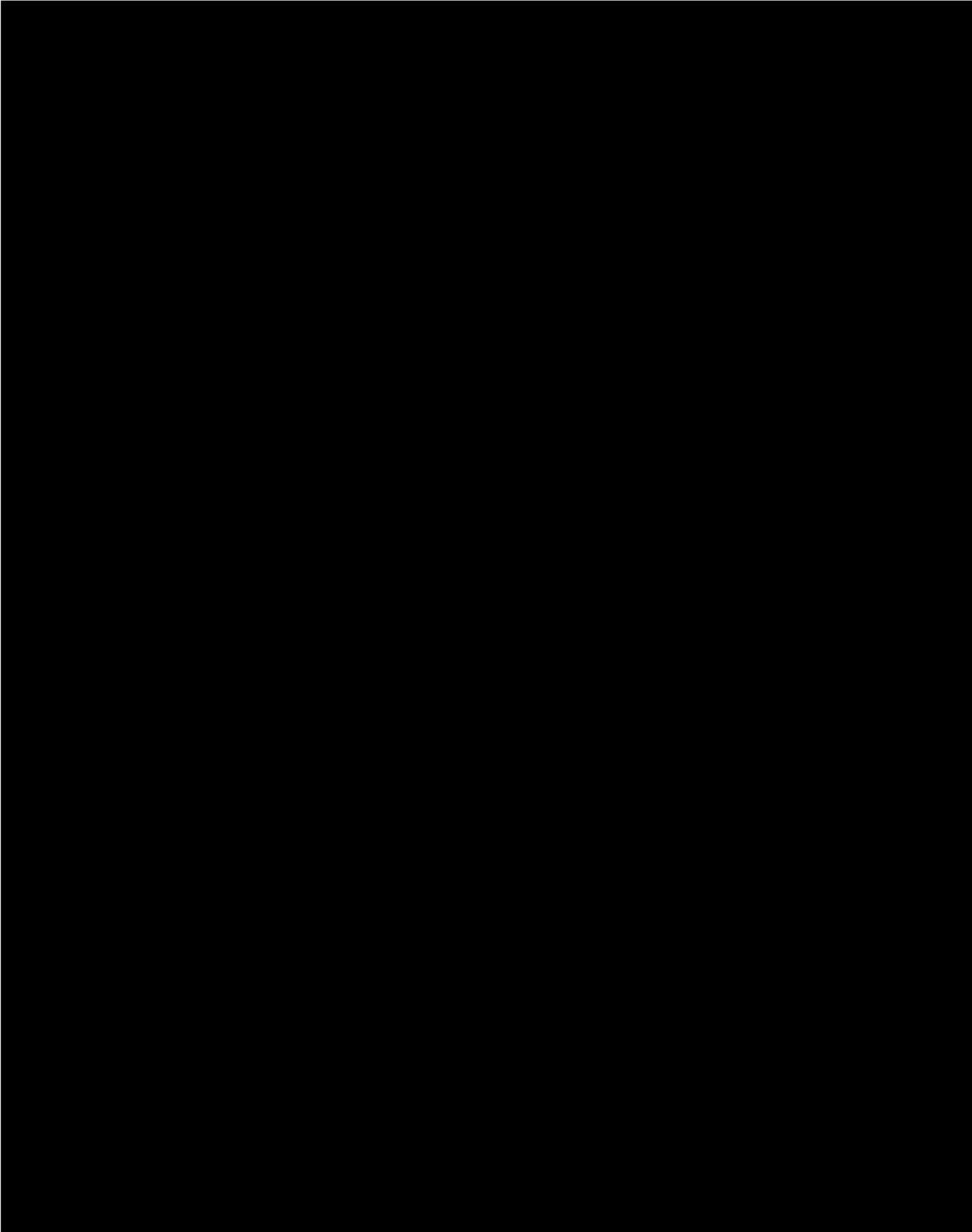
Non può dunque trovare giustificazione e logica l'istituzione di una misura, come quella richiesta da TIM, solo per un arco temporale limitato decorso il quale essa potrebbe essere destinata a venir meno lasciando privi di supporto normativo gli effetti immediati ed irreversibili medio tempore prodotti (sul punto, TAR Lazio, Terza Ter, n. 6348/2007 confermata dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 1421/2011).

Né si può ragionevolmente sostenere che nel caso in esame sussista una situazione eccezionale o di carattere straordinario ancora per un'altra ragione. La situazione in esame (i.e. lo scorporo della

rete) è prevista espressamente (e in questo senso è tipizzata) dall'art. 89 del Codice. È il legislatore quindi ad aver escluso la natura eccezionale dello scorporo della rete da parte di una impresa dotata di un significativo potere di mercato ed è lo stesso Legislatore ad aver previsto che l'Autorità debba valutare se mantenere o revocare gli obblighi regolamentare in precedenza imposti a tale impresa solo dopo aver effettuato una analisi di mercato.

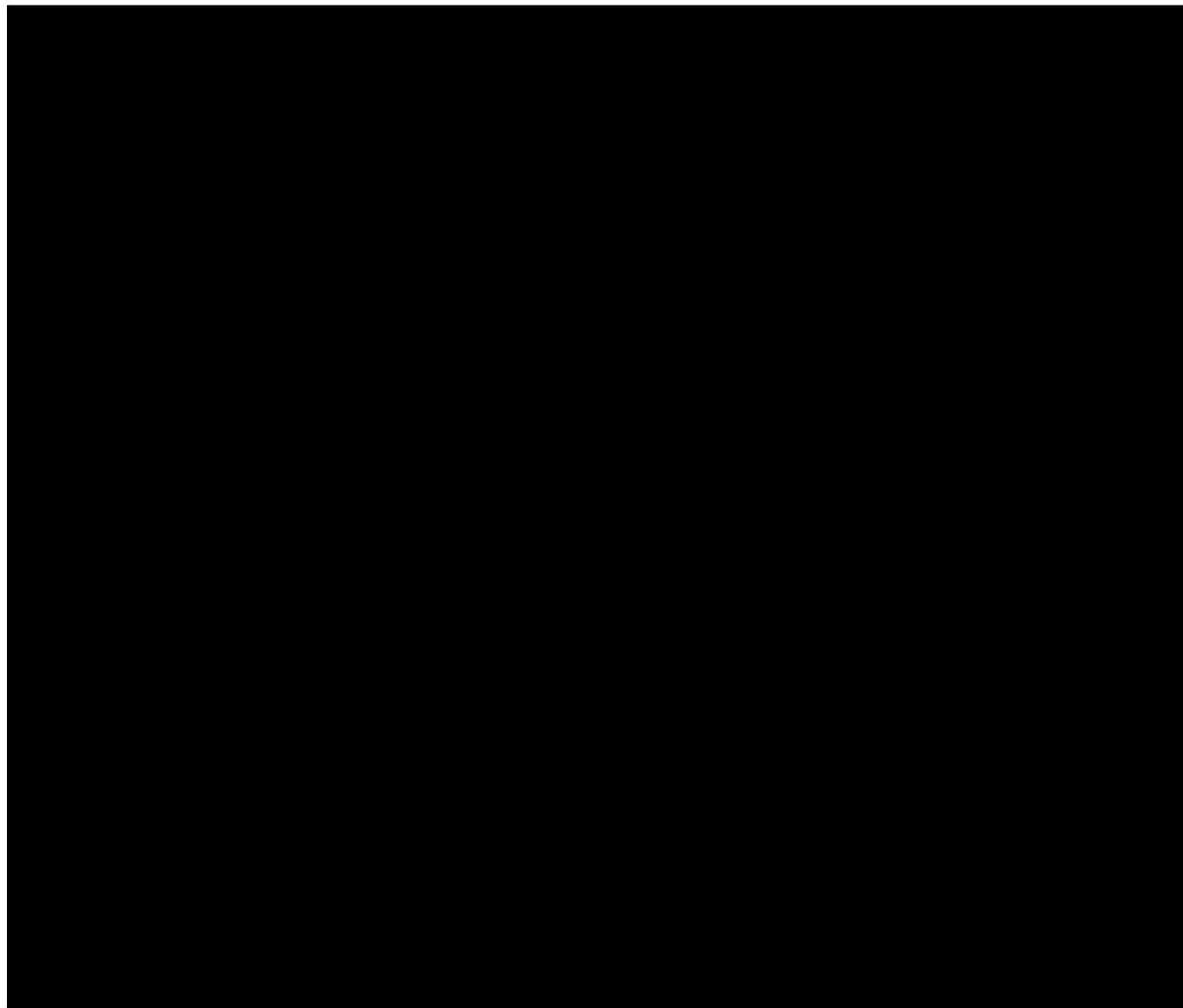
Si chiede pertanto all'Autorità di sospendere il procedimento avviato con la delibera in oggetto in attesa che si concluda l'analisi di mercato avviata con del. 315/24/CONS ovvero di volerlo revocare/sospendere in attesa degli esiti della suddetta analisi.

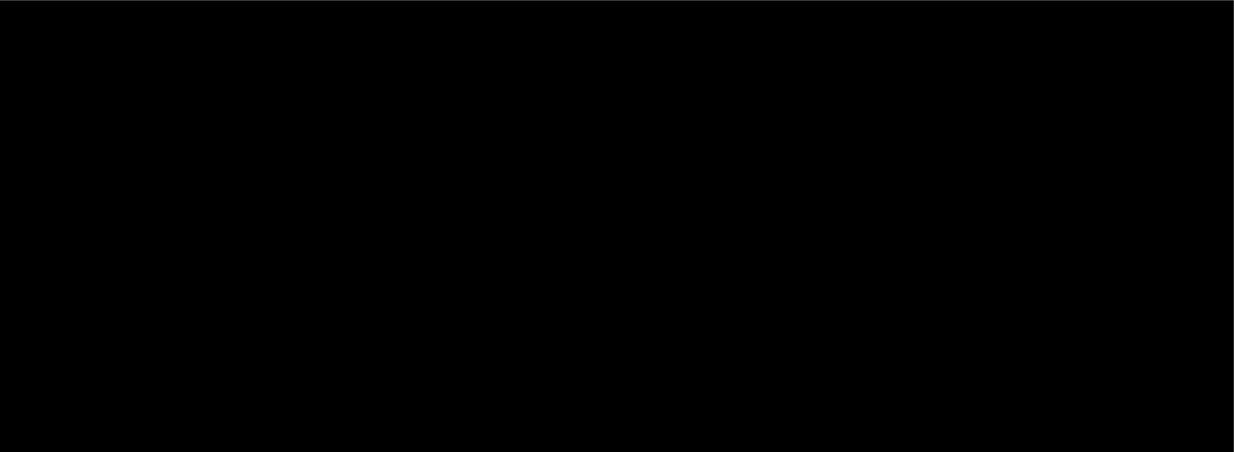




La stessa Autorità al par. 9 dello schema di provvedimento dice che *“l’ accertata separazione societaria e proprietaria non implica necessariamente l’ assenza di relazioni verticali tra le due società ai sensi dell’ articolo 91 del Codice e, dunque, la natura di operatore wholesale only di NetCo (FiberCop). Spetta infatti all’ Autorità valutare nell’ ambito della nuova analisi di mercato – anche mediante un’ attenta analisi dell’ analisi dell’ MSA siglato da NetCo e TIM – la sussistenza delle caratteristiche che qualificherebbero NetCo quale operatore wholesale only ai sensi del Codice”*.

Questa sola osservazione dovrebbe essere sufficiente – anche solo per una ragione di cautela nei confronti della concorrenza e del mercato – per attendere gli esiti dell’ analisi di mercato di cui alla del. 315/24/CONS prima di valutare un eventuale alleggerimento dell’ obbligo di replicabilità in capo a TIM.





Senza indagare approfonditamente nel contesto dell'analisi di mercato tutte queste previsioni ed implicazioni non ricorrono i presupposti, neppure in via d'urgenza per toccare alcuno degli obblighi imposti con la vigente analisi di mercato.

Gli obblighi formano parte di una regolazione complessiva.

I singoli obblighi si completano l'un l'altro e fanno parte di un quadro unitario. Gli obblighi per ragioni sistematiche possono essere confermati/modificati/rimossi solo nel medesimo contesto.

Applicabilità dell'attuale metodologia del test di prezzo

La scrivente infine non concorda con la valutazione di TIM per cui *"il radicale cambiamento del modello di equivalence conseguente al closing dell'operazione, oltre ai servizi di accesso ora acquistati da TIM, riduce la significatività di alcuni aspetti fondanti la metodologia stessa di applicazione del test di prezzo, quale in particolare la determinazione del mix produttivo, da ultimo regolato con la delibera n. 30/23/CIR."*

Si sottolinea come, a differenza di quanto sostiene TIM, il mix produttivo rispecchi i pesi dei servizi di accesso acquistati dal mercato (quindi da tutti gli operatori e non solo da TIM). Tale elemento in accordo alla regolamentazione vigente viene aggiornato periodicamente per rispecchiare le effettive scelte di acquisto del mercato. Lo scorporo volontario della rete da parte di TIM e la sottoscrizione dell'MSA corrispondono - al più - ad una variazione delle quantità di servizi di accesso acquistati; se AGCom lo dovesse ritenere necessario, il mix produttivo potrebbe essere aggiornato per meglio rispecchiare la nuova organizzazione di TIM o utilizzarlo as-is. Si segnala, in ogni caso, che nel corso

degli scorsi anni, nei vari aggiornamenti del mix produttivo svolti da AGCom, si sono registrate significative variazioni [REDACTED]

[REDACTED] in quei casi il mix produttivo è stato ritenuto valido ed utilizzato nella valutazione della replicabilità economica fino a nuovo aggiornamento. Non si intravedono in questo caso differenze rispetto al passato che possano far perdere di significatività al test di replicabilità. [REDACTED]

Per quanto sopra illustrato, si chiede ad AGCom di sospendere il presente procedimento in attesa che si concluda l'analisi di mercato di cui alla del. 315/24/CONS con l'obiettivo di valutare, in accordo alle previsioni del CCEE e alla luce delle evidenze riscontrate, le corrette misure da applicare o rimuovere alla valutazione di replicabilità delle offerte retail di TIM.

Nel rimanere a disposizione per ogni ulteriore informazione o chiarimento, si inviano cordiali saluti.

Elenia Cerchi

Chief Legal & Regulatory Affairs Officer

 Elenia Cerchi
11.10.2024 19:32:02
GMT+02:00