

Spett.le
Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni
Direzioni reti e servizi di comunicazioni elettroniche
c.a. responsabile del procedimento
dott.ssa Federica Alfano
Centro Direzionale, Isola B5 – “Torre Francesco”
80143 – Napoli

Roma, 11 ottobre 2024

a mezzo PEC a: agcom@cert.agcom.it;

OGGETTO: Open Fiber S.p.A. Risposta alla consultazione di cui alla delibera n. 352/24/CONS.

Con riferimento alla consultazione in oggetto si evidenzia, per le ragioni di cui diremo appresso, che **Open Fiber esprime una posizione di contrarietà all'adozione della misura temporanea cautelare relativa alla sospensione dell'applicabilità degli obblighi regolamentari in capo a TIM S.p.A.** (TIM) a seguito della cessione della rete fissa¹.

Innanzitutto, si evidenzia che, come correttamente richiamato nella Delibera in oggetto, tale obbligo discende dalla vigente Analisi di Mercato (Delibera 114/24/CONS) dove **all'articolo 10 si regola l'obbligo di non discriminazione** nella fornitura dei servizi di accesso all'ingrosso stabilendo altresì che la fornitura di detti servizi deve essere effettuata, applicando:

“.... condizioni economiche e tecniche equivalenti in circostanze equivalenti nei confronti di altri fornitori di servizi equivalenti, e inoltre deve fornire a terzi servizi e informazioni garantendo condizioni e un livello di qualità identici a quelli che assicura per i propri servizi o per i servizi delle proprie società consociate o dei propri partner commerciali”.

È sulla base di questo principio che sono quindi stati introdotti *modelli di equivalence, KPI di non discriminazione e test di replicabilità*.

Ipotizzare che, permanendo gli obblighi di non discriminazione in capo all'operatore SMP, venga meno una delle modalità attuative delle stesse senza che si sia conclusa l'analisi sull'effettività della separazione societaria, peraltro viziata da un MSA che sarà certamente oggetto di un'approfondita analisi da parte dell'Autorità di concorrenza, equivale ad anticipare le conclusioni dell'analisi di mercato senza effettuare il relativo procedimento.

Si ritiene invece che, a valle della separazione societaria e proprietaria tra TIM e FiberCop, AGCom dovrebbe unicamente valutare come applicare gli obblighi esistenti nella nuova situazione in cui gli scambi

¹ In data 1 luglio 2024 TIM “annuncia di aver perfezionato la cessione di NetCo a Kohlberg Kravis Roberts & Co. L.P. (“KKR”) mediante il conferimento in FiberCop (società controllata al 58% da TIM) del ramo d’azienda di TIM che comprende l’infrastruttura di rete fissa e le attività wholesale, e la successiva acquisizione dell’intero capitale di FiberCop da parte di Optics BidCo, società controllata da KKR.”

avvengono a prezzi noti (e auspicabilmente a quelli regolati), in attesa delle conclusioni dell'analisi di mercato. Ossia AGCom dovrà verificare e garantire che non vi sia discriminazione tra le offerte praticate da FiberCop a TIM rispetto a quelle praticate da FiberCop al resto del mercato.

Anticipare, come intende fare AGCom, la rimozione di tale obbligo appare oggi del tutto immotivato e pregiudizievole per il mercato, anche alla luce del fatto che è nota l'esistenza di un accordo tra TIM e FiberCop (Master Services Agreement), volto a disciplinare i servizi che saranno oggetto di fornitura da parte di FiberCop in favore di TIM, e che garantisce alla prima condizioni diverse da quelle applicate agli altri Operatori operanti nel mercato.

Nella delibera 352/24/CONS, si legge anche 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).....”*.

Tant'è vero che codesta Autorità con la delibera n. 315/24/CONS ha avviato una nuova analisi di mercato, proprio con l'obiettivo di valutare l'effetto dell'operazione di separazione della rete sugli obblighi normativi esistenti – imposti in capo a TIM/FiberCop con la delibera n. 114/24/CONS – e valutare se imporre, mantenere, modificare o rimuovere detti obblighi regolamentari.

È palese quindi che, fino a quando non sarà completata la nuova analisi di mercato, non è possibile determinare se l'obbligo di replicabilità delle offerte retail posto in capo a TIM per effetto dell'obbligo di non discriminazione di cui all'articolo 10 dell'Analisi di Mercato (Delibera 114/24/CONS) e che oggi grava su FiberCop, possa cessare o meno.

Al riguardo AGCom, con lo schema di provvedimento oggetto di consultazione, ritiene *“ragionevole che, nelle more dello svolgimento dell'analisi di mercato, gli adempimenti inerenti l'obbligo di replicabilità delle offerte retail di TIM vengano sospesi.....”*; e ancora *“l'applicazione di tale obbligo, anche nelle more della conclusione dell'analisi di mercato, risulterebbe pertanto sproporzionata e non giustificata in quanto destinata a creare un oggettivo pregiudizio concorrenziale nei confronti di TIM che, dal 1° luglio 2024, essendo attiva unicamente nel mercato retail si troverebbe a operare in condizioni asimmetriche e non paritarie rispetto agli altri operatori che concorrono in tale mercato”*.

Tuttavia, l'Autorità, **non sembra considerare gli effetti e il pregiudizio che si genererebbe sull'intero mercato**, lì dove, dopo l'adozione del provvedimento cautelare, invece, l'obbligo di regolamentare la replicabilità delle offerte retail venisse poi confermato dall'analisi di mercato.

Eventualità, questa, non remota e comunque possibile. Non è un caso, infatti, che nel provvedimento in consultazione venga ricordata anche la presenza di un Master Services Agreement, i cui effetti e condizioni sono ancora oggetto di analisi come sottolinea la stessa Autorità *“....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...”*.

L'Autorità sottolinea, come già riportato sopra, che l'applicazione degli obblighi di replicabilità nelle more dell'analisi di mercato risulterebbe sproporzionata, non giustificata, destinata a creare un oggettivo pregiudizio concorrenziale nei confronti di TIM che, si troverebbe a operare in condizioni asimmetriche e non paritarie rispetto agli altri operatori che concorrono in tale mercato.

Ma nulla dice e analizza relativamente al pregiudizio concorrenziale che tutti gli operatori subirebbero qualora si trovassero, per effetto della sospensione dell’obbligo in capo a TIM, a operare in condizioni che potrebbero rivelarsi asimmetriche qualora l’analisi di mercato evidenziasse una relazione TIM FiberCop tale da non giustificare l’abolizione dell’obbligo.

Il provvedimento sembra quindi sottovalutare gli effetti sul mercato della sospensione del applicazione del principio di replicabilità.

Nessuna indicazione inoltre viene data da AGCom su quali sarebbero le misure che verrebbero adottate per compensare gli effetti negativi sul mercato derivanti dalla suddetta sospensione, qualora l’analisi di mercato dovesse poi giungere alla conclusione che la separazione societaria tra TIM e FiberCop di fatto non fa venire meno una relazione verticale tra le due società.

Pertanto poiché l’unica strada possibile per eliminare l’obbligo di replicabilità, come ricorda AGCom è attendere il completamento dell’analisi di mercato *“L’evento straordinario della finalizzazione della separazione proprietaria della rete di accesso di TIM ha indubbiamente creato un mutamento strutturale importante del mercato di cui l’Autorità deve necessariamente tenere conto analizzandone, quanto prima, l’impatto sulla regolamentazione esistente che, tuttavia, potrà essere modificata solo all’esito del procedimento di analisi di mercato di cui all’art. 89 del Codice in conformità alle regole stabilite dal medesimo Codice.”*.

Considerato altresì che la certezza della validità o meno del mantenimento dell’obbligo di replicabilità non può che esservi *“solo a seguito dell’istruttoria condotta nel rispetto della procedura di cui all’art. 78 del Codice, infatti, l’Autorità potrà effettuare tutte le valutazioni di merito e deliberare definitivamente in materia, confermando o meno le disposizioni oggetto del presente provvedimento cautelare relative all’obbligo di replicabilità”*.

Tenuto conto che ne TIM ne AGCom hanno fornito ad oggi alcuna evidenza di univoci, comprovati e incontestabili elementi per l’adozione del provvedimento di cautelare.

Considerato che gli operatori e gli utenti hanno, invece, un immediato e concreto interesse a non vedersi danneggiati dalla sospensione di un obbligo che l’analisi di mercato potrebbe poi invece confermare tra le misure regolamentari da applicarsi a FiberCop/TIM.

Atteso altresì che l’analisi di mercato per verificare la sussistenza o meno degli obblighi regolamentari è già stata avviata e che pertanto non sussistano quei motivi di urgenza né quelle circostanze straordinarie che legittimano ai sensi del Codice delle telecomunicazioni l’adozione del provvedimento cautelare².

La **non** “straordinarietà” dell’evento è peraltro attestata dal fatto che la separazione societaria è una fattispecie già espressamente regolata dal Codice delle Telecomunicazioni (Art. 89) e considerata dalla delibera 114/24/CONS sull’analisi di mercato.

² Articolo 33 comma 8 del Codice delle Telecomunicazioni consente l’applicazione del provvedimento di urgenza solo quando: *“8. in circostanze straordinarie l’autorità, ove ritenga che sussistano motivi di urgenza per salvaguardare la concorrenza e tutelare gli interessi degli utenti, può adottare adeguati provvedimenti temporanei cautelari aventi effetto immediato, in coerenza con le disposizioni del decreto.”*

Considerato infine che anche l'eccezione relativa al cambiamento del modello di equivalence quale elemento per giustificare l'adozione del provvedimento cautelare³ appare infondata. Nelle more della conclusione dell'analisi di mercato sarebbe infatti sufficiente utilizzare come input per l'analisi della replicabilità, i prezzi pagati da TIM a FiberCop sulla base dell'MSA

Alla luce di tutto quanto sopra si ribadisce l'inopportunità dell'adozione del provvedimento di sospensione dell'obbligo di replicabilità delle offerte al dettaglio di accesso alla rete fissa.

Ai sensi e in conformità a quanto disposto dalla Delibera 383/17/CONS, come modificata dalla Delibera n. 205/23/CONS, il presente documento è da intendersi accessibile.

Nel rimanere a disposizione per ogni eventuale ulteriore chiarimento fosse ritenuto necessario, e si coglie l'occasione per porgere cordiali saluti.

Francesco Nonno

Direttore Regolamentazione e Affari Europei

³ "...la perdita di significatività di alcuni aspetti fondanti la metodologia stessa di applicazione del test di prezzo (quale in particolare la determinazione del mix produttivo) determinata dal radicale cambiamento del modello di equivalence conseguente al closing dell'operazione nonché dai servizi di accesso ora acquistati da TIM in base all'MSA siglato con FiberCop, appaiono giustificare la sospensione, in via cautelare, degli adempimenti inerenti l'obbligo di replicabilità delle offerte retail di TIM....."