

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni
Direzioni reti e servizi di comunicazioni elettroniche
c.a. responsabile del procedimento dott.ssa Federica Alfano
trasmesso via PEC a: agcom@cert.agcom.it
anticipato via mail (formato word) a urmr@agcom.it

Milano 11 ottobre 2024

Oggetto: Retelit Digital Services S.p.A - risposta alla consultazione di cui alla delibera n. 352/24/CONS

La scrivente società Retelit Digital Services S.p.A. (nel seguito RDS) intende, con la presente comunicazione, esprimere le proprie osservazioni sulla consultazione in oggetto.

In sintesi, la consultazione contiene una bozza di provvedimento “cautelare” nel quale l’Agcom propone di sospendere la applicazione di alcuni articoli della delibera 114/24/Cons relativa all’analisi coordinata dei mercati dell’accesso per il periodo 2024-28 fino alla conclusione del procedimento, avviato con delibera 315/24/Cons e relativo alla nuova analisi di mercato conseguente alla separazione societaria e proprietaria delle rete di TIM ed al relativo conferimento di alcuni asset della società FiberCop non più controllata da TIM.

Gli articoli la cui sospensione è prevista dalla bozza di provvedimento cautelare riguardano il cosiddetto “Test di Replicabilità” disciplinato all’articolo 10.9 e facente parte della più generale disciplina regolatoria relativa **all’obbligo di non discriminazione oggi in capo a TIM e FiberCop**.

La proposta di sospensione riguarda anche i correlati articoli 37 e 38, i quali riguardano, rispettivamente, la “Replicabilità dei servizi al dettaglio di accesso alla rete fissa” (art 37) e la “Replicabilità dei servizi al dettaglio di accesso alla rete fissa offerti in ambito di procedure ad evidenza pubblica per la selezione del fornitore” (art 38).

Trattandosi di un provvedimento cautelare che intende, nella sostanza, anticipare alcune decisioni il cui merito sarà valutato nel procedimento di cui alla delibera 315/24/Cons, nella proposta di sospensione si dovrebbero ravvisare congiuntamente il “**fumus boni iuris**” e “**periculum in mora**”.

Prima di entrare nel merito della materia, RDS osserva che non si ravvisa nella sospensione dell’art 38 alcun “periculum in mora” in quanto TIM non è oggi soggetta ad alcun obbligo preventivo di comunicazione delle offerte in ambito “gare”, ma solo all’obbligo di comunicare “ex post” l’aggiudicazione dei contratti relativi a gare vinte entro 30gg dalla relativa aggiudicazione ai fini di (eventuali) verifiche dell’Autorità d’ufficio o su segnalazione degli operatori.

Non si ravvisa quindi alcun pregiudizio in termini di “periculum in mora” per TIM nell’attendere la conclusione del procedimento relativo alla nuova analisi di mercato su questo specifico punto.

Tanto premesso, entrando nel merito della vicenda, RDS condivide quanto riportato ai paragrafi 8 e 9 dei “considerata” nella bozza di provvedimento riportata all’Allegato B della consultazione.

Al **paragrafo 8** l’Agcom ricorda di avere avviato, con delibera 315/24/CONS, un procedimento finalizzato a “*valutare il mantenimento, la modifica o la rimozione gli obblighi regolamentari vigenti, applicando – **qualora ne ricorrano i presupposti** – la disciplina prevista dall’articolo 91 del Codice, relativa alle imprese attive esclusivamente nel mercato all’ingrosso*” (grassetto aggiunto).

Al **paragrafo 9** l’Agcom precisa 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)*” (grassetto aggiunto).

Le osservazioni di merito riguardo alla proposta di sospendere, nell’ambito di un provvedimento cautelare, il contenuto dell’art 10 comma 9 della delibera 114/24/Cons riguardante i “Test di Replicabilità” relativi alle offerte di TIM, ed il contenuto dei successivi articoli 37 e 38 che declinano le modalità di comunicazione delle offerte, partono proprio dal contenuto dei “considerata” 8 e 9.

Ad avviso di chi scrive, è sufficiente analizzare quanto già ineccepibilmente si asserisce ai suddetti paragrafi, per poter concludere che manca il presupposto giuridico del “**fumus boni iuris**” del provvedimento cautelare, ovvero la pregiudiziale circostanza che il contenuto delle suddette obbligazioni regolamentari, per le quali si propone la sospensione, sarà realisticamente stralciata nel provvedimento finale della nuova analisi di mercato che è stata recentemente avviata.

Visto che la rimozione degli obblighi regolamentari presenti nella analisi di mercato è soggetta ad una “*valutazione dei presupposti*” della “*effettiva assenza di relazioni verticali*”, non si vede come si possano sospendere obblighi regolamentari di replicabilità dell’offerta in capo a TIM prima ancora di valutare se ricorrano i presupposti dell’eliminazione di un obbligo di non discriminazione (art 10), la qual cosa presuppone l’accertamento dell’assenza di relazioni verticali dell’azienda verticalmente integrata su cui incombe oggi tale obbligo.

La eliminazione di detto obbligo che non può quindi che essere valutata, in base a quanto logicamente asserisce l’Autorità stessa nei paragrafi 8 e 9, nel procedimento appena avviato con delibera 315/24/Cons.

Nella parte successiva dei “considerata”, l’Autorità sembra giustificare il “**fumus boni iuris**” sostenendo che gli obblighi per i quali si propone la sospensione insistono su una società (TIM) attiva, dal 1° luglio 2024, solo sul mercato retail, quindi non attiva sul mercato wholesale oggetto di regolamentazione ex-ante, la quale a sua volta è relativa solo al mercato all’ingrosso della rete fissa.

La tesi non convince.

L’articolo 10 dell’analisi di mercato il cui comma 9 sarebbe sospeso per effetto del provvedimento cautelare, ha per oggetto l’obbligo di non discriminazione che riguarda per definizione il mercato all’ingrosso (a monte), anche se riverbera i propri effetti anche sul mercato retail (a valle).

La verifica di replicabilità delle offerte di TIM che l’Agcom intenderebbe sospendere è più precisamente parte integrante dell’obbligo di non discriminazione all’art 10 riguardante il mercato wholesale, in quanto finalizzato ad evitare che TIM presenti offerte non replicabili dai concorrenti utilizzando input wholesale che, dal 1° luglio 2024, sono relativi ad asset conferiti a FiberCop.

Ad avviso di chi scrive, i presupposti per considerare questi obblighi relativi al mercato retail ricorrerebbero solo se si avesse la “certezza assoluta” che FiberCop abbia veramente implementato un modello “wholesale only”, con una offerta all’ingrosso non discriminatoria nella quale TIM

acquista servizi alle stesse condizioni tecniche ed economiche previste per gli altri OAO, realizzando, per l'effetto, la completa assenza di relazioni verticali come l'Autorità chiarisce al paragrafo 9.

Solo questa "certezza assoluta" potrebbe rendere ultronea, o comunque sproporzionata, una preventiva verifica di replicabilità delle offerte di TIM, in quanto solo in questo caso quest'ultima società sarebbe oggi un operatore costretto *"a operare in condizioni asimmetriche e non paritarie rispetto agli altri operatori che concorrono in tale mercato"* come sostiene TIM (paragrafo 17).

Ebbene, questa "certezza assoluta" oggi non sussiste in quanto i servizi offerti da FiberCop a TIM dal 1° luglio 2024 non sono regolati dalla Offerte di Riferimento - come sarebbe stato lecito attendersi, quantomeno per i servizi wholesale per i quali è stata implementata la "full equivalence" o "equivalence of input" - bensì da un Master Service Agreement (nel seguito MSA) dal cui puntuale contenuto (ignoto nei dettagli alla scrivente RDS) dipende la effettiva non discriminazione degli input wholesale forniti a TIM rispetto al resto del mercato.

Solo in esito all'analisi dell'MSA si potrà, quindi, eventualmente accertare la effettiva e concreta eliminazione di "relazioni verticali" fra TIM e FiberCop, la quale è, per l'appunto, oggetto e parte integrante del procedimento avviato da Codesta Autorità con delibera 315/24/CONS.

Si riporta, nel seguito, un esempio, non esaustivo, delle **concrete preoccupazioni riguardo all'attuale sussistenza di relazioni verticali nel mercato dei servizi business e PA** in cui opera la scrivente RDS, riportato in documenti di dominio pubblico relativi ad una relazione svolta da un soggetto indipendente e relativa al Conferimento del ramo di azienda di TIM in FiberCop ¹

*"Le connessioni P2P, già attive alla data del Conferimento, saranno oggetto del Conferimento stesso e il relativo utilizzo sarà concesso da NetCo a TIM **a titolo gratuito** per un determinato numero di anni, fermo restando l'obbligo di TIM di corrispondere a NetCo un corrispettivo per l'attività di manutenzione"* (pagina 16 secondo capoverso, grassetto aggiunto).

Quanto asserito in questo paragrafo smentisce innanzitutto platealmente quanto si legge invece nel successivo paragrafo tratto dal documento di fonte TIM, allegato alla comunicazione di avvio del procedimento ex delibera 315/24/CONS, il cui contenuto intendere riassumere il nuovo assetto della rete proprietaria senza però entrare nel merito del MSA²

*"Inoltre, a seguito della separazione proprietaria di FiberCop (detenuta al 100% da Optics BidCo), la fornitura dei servizi di accesso all'ingrosso sarà garantita, in modo nativo, in regime di **"full equivalence"**, atteso che **tutti gli operatori attivi a livello retail (inclusa TIM) avranno accesso a condizioni tecniche equivalenti e condizioni economiche non discriminatorie agli stessi servizi e agli stessi sistemi di fornitura.**"* (pagina 5 quinto capoverso, grassetto aggiunto).

Non ci pare proprio si possa affermare che tutti gli Operatori attivi a livello retail (inclusa TIM) hanno accesso a condizioni tecniche equivalenti e condizioni economiche non discriminatorie agli stessi servizi se tutti i servizi wholesale relativi a clienti P2P di TIM attivi alla data del Conferimento sono offerti a titolo gratuito da FiberCop a TIM

Il primo paragrafo dimostra quindi che la rimozione di vincoli regolamentari relativi alla replicabilità delle offerte in capo a TIM aggraverebbe un quadro potenziale di gravissima discriminazione fra TIM ed i propri concorrenti almeno su tutta la customer base esistente di TIM, la quale non è

¹ Relazione di stima ai sensi dell'art 2343 TER, comma 2, lettera b) c.c. del Ramo D'Azienda "Business" oggetto di conferimento da parte di TIM S.p.A. in FiberCop S.p.A. al 31.12.2023 – Prof Alberto dello Strologo

² Acquisizione da parte di FiberCop e nuovo assetto di separazione proprietaria della rete di accesso fissa - Comunicazione FiberCop successiva alla notifica di TIM ex art. 89 CCE del 19 gennaio 2024 (26 agosto 2024)

contendibile dal 1 luglio 2024, in quanto TIM ha ottenuto **a titolo gratuito** i diritti d'uso delle infrastrutture attraverso le quali offre servizi P2P ai clienti attivi alla data del Conferimento.

Il secondo paragrafo riporta una ulteriore e plateale inesattezza riguardante l'asserita esistenza di un regime di **"full equivalence"** per le offerte relative al mercato business, per le quali, come è noto, Codesta Autorità non ha ravvisato in passato la necessità di declinazione di un obbligo di individuazione di una offerta in *"equivalence of input"* o *"full equivalence"*.

La asserita equazione "servizi offerti a TIM in EoI = servizi offerti a OAO in EoI" nel caso di servizi di accesso offerti alla clientela business manca quindi totalmente del secondo termine dell'equazione.

La combinazione di quanto affermato nei due paragrafi dimostra che dopo il 1° luglio 2024 il quadro concorrenziale dei servizi forniti nel mercato business e PA si è aggravato per gli operatori concorrenti e non certo per TIM, essendo addirittura aumentata, e non certo azzerata, la divergenza fra gli input wholesale disponibili a TIM ed ai propri concorrenti almeno nel segmento dei servizi offerti alla clientela business e PA nel quale opera la scrivente RDS.

L'esempio sopra indicato rappresenta la dimostrazione che le perplessità derivanti dalla ventilata prematura sospensione degli obblighi di replicabilità delle offerte in capo a TIM, non sono un mero "esercizio giuridico" ma una concreta preoccupazione derivante dal contenuto dell'MSA (ignoto nei dettagli alla scrivente RDS) in particolare sui servizi rivolti al mercato business e PA i quali, ad avviso di chi scrive, dovranno essere accuratamente valutati nel procedimento avviato da Codesta Autorità con delibera 315/24/CONS prima di disporre qualsiasi eliminazione di obblighi regolamentari.

Sintetizzando, la scrivente RDS ritiene che il provvedimento cautelare non sia motivato sotto il profilo del *"fumus boni iuris"* in quanto dispone la sospensione di obblighi di non discriminazione, **senza che sia stato accertato che FiberCop sia già oggi un operatore "wholesale only", la cui offerta rispetti già il principio di non discriminazione "esterno-esterna" fra TIM e gli OAO e quindi consenta di affermare che sono state eliminate completamente le "relazioni verticali" fra TIM e FiberCop.**

L'accertamento di questi presupposti, la cui importanza è rimarcata dalla stessa Agcom nei *"considerata"* del provvedimento, merita una approfondita analisi di merito dell'MSA da svolgersi nell'ambito del procedimento già avviato da Codesta Autorità con delibera 315/24/Cons.

Per le ragioni sopra espresse, la scrivente RDS chiede che il provvedimento cautelare oggetto del presente procedimento non venga adottato.

In via subordinata, la scrivente RDS chiede che venga stralciata almeno la sospensione dell'art 38 in quanto riguarderebbe obblighi regolamentari di non discriminazione relativi a *"gare per pubblici appalti o in ambito di procedure ad evidenza pubblica per la selezione del fornitore promosse da clienti privati"* per i quali non esiste alcun obbligo di comunicazione preventiva delle offerte, quindi non si intravede alcun pregiudizio in capo a TIM in termini di *"periculum in mora"*.

Il punto di contatto per eventuali chiarimenti è l'Ing Antonello Conte (antonello.conte@retelit.it; 3357704394). Il documento è accessibile a terzi.

Cordiali saluti.

Retelit Digital Services S.p.A.
Ing Enrico Mondo
Direttore Network Engineering HSE & Regulatory Affairs