



Spett.le

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni
Direzione reti e servizi di comunicazioni elettroniche
Centro Direzionale, Isola B5 – “Torre Francesco”
80143, Napoli

Alla cortese attenzione della Dott.ssa Federica Alfano

via PEC all’indirizzo agcom@cert.agcom.ite via e- mail all’indirizzo ermr@agcom.it

Milano, 11 ottobre 2024

Oggetto: Sky Italia S.r.l. – Risposta alla consultazione pubblica di cui alla delibera n. 352/24/CONS

1. Premessa

1. Con delibera n. 114/24/CONS del 30 aprile 2024, recante l’ “*Analisi coordinata dei mercati dei servizi di accesso alla rete fissa ai sensi dell’articolo 89 del Codice*” delle comunicazioni elettroniche (di seguito, il “Codice”), l’Autorità ha imposto in capo a TIM S.p.A. ed alla allora controllata FiberCop S.p.A. l’intero set di obblighi regolamentari previsti dal Codice in tema di accesso, trasparenza, non discriminazione, separazione contabile, controllo dei prezzi e contabilità dei costi, nelle aree del territorio italiano in cui è stata riscontrata una posizione di significativo potere di mercato delle stesse società.
2. Per quanto di interesse in questa sede, al fine di verificare il rispetto dell’obbligo di non discriminazione, nonché dell’obbligo di controllo dei prezzi, la delibera n. 114/24/CONS, all’articolo 10, comma 9, ha confermato l’applicazione dei test di replicabilità su tutte le offerte dei servizi di accesso al dettaglio di TIM (inclusi i *bundle*).
3. In tale scenario, in data 30 maggio 2024, la Commissione europea ha autorizzato, ai sensi dell’art. 6, par. 1, lett. b) del Regolamento 139/2004, l’operazione di concentrazione (di seguito l’ **”Operazione”**) concernente l’acquisizione da parte di Optics Bidco S.p.A., società appartenente al Fondo KKR, del ramo di azienda di TIM costituito dagli asset di rete fissa,



che erano stati conferiti nella società FiberCop S.p.A., e della partecipazione di TIM in tale società (vedi decisione M.11386 – KKR/NetCo pubblicata il 5 settembre 2024).

4. In data 1° luglio 2024, tale operazione è divenuta efficace.
5. In pari data, TIM e la nuova società risultante dall'operazione “NetCo” hanno altresì sottoscritto un Master Services Agreement (“MSA”) volto a disciplinare, tra l'altro, la fornitura reciproca di servizi tra NetCo e TIM.
6. Lo stesso 1° luglio 2024, TIM ha comunicato all'Autorità “*di non ritenersi più vincolata agli obblighi regolamentari precedentemente a lei imposti nella sua qualità di operatore verticalmente integrato, essendo ora TIM – a seguito della cessione della rete fissa di accesso – un soggetto presente esclusivamente sul mercato retail di rete fissa al pari degli altri concorrenti*” (delibera n. 352/24/CONS, p.3).
7. Con lettera del 2 settembre 2024, TIM ha ribadito all'Autorità la necessità di accertare l'asserita sopravvenuta inapplicabilità, dalla data del *closing* dell'Operazione, dell'obbligo di replicabilità delle offerte al dettaglio di accesso alla rete fissa, o, in subordine, di adottare un provvedimento cautelare di immediata sospensione di tale obbligo ai sensi dell'articolo 33, comma 8, del Codice.
8. Con delibera n. 315/24/CONS dell'11 settembre 2024, l'AGCom ha avviato il “*procedimento istruttorio di analisi dei mercati dei servizi di accesso alla rete fissa ai sensi dell'articolo 89 del Codice in considerazione della separazione strutturale della rete fissa di accesso di TIM*”.
9. Con delibera 352/24/CONS del 24 settembre 2024, l'Autorità ha avviato, nell'ambito del procedimento di cui alla delibera n. 315/24/CONS, una consultazione pubblica concernente l'adozione di una misura temporanea cautelare relativa alla sospensione dell'applicabilità degli obblighi regolamentari in capo a TIM S.p.A. a seguito della cessione della rete fissa.
10. In particolare, l'Autorità ha sottoposto al mercato uno schema di provvedimento che prevede la sospensione, in via cautelare, ai sensi dell'art. 33, comma 8, del Codice, degli adempimenti inerenti all'obbligo di replicabilità delle offerte al dettaglio di TIM (Allegato B alla delibera n. 352/24/CONS).

Con la presente nota, Sky Italia s.r.l. (“Sky” o “la Scrivente”) fornisce di seguito il proprio contributo alla consultazione pubblica in oggetto

* * *

2. Posizionamento di Sky

Sky ritiene che le misure descritte nella bozza di provvedimento sottoposta a consultazione pubblica non possano essere adottate in quanto in aperto contrasto con le disposizioni del Codice in quanto:



- (i) gli effetti della separazione strutturale della rete di accesso di TIM sugli obblighi regolamentari imposti a quest'ultima devono essere valutati dall'Autorità ai sensi all'art. 89, comma 2, del Codice;
- (ii) la procedura d'urgenza prevista dall'art. 33, comma 8, del Codice non è applicabile in caso di rimozione di obblighi regolamentari;
- (iii) nel caso di specie, non sussistono i requisiti previsti dall'art. 33, comma 8, del Codice per l'adozione di un provvedimento cautelare.

2.(i) *La separazione deve essere valutata ai sensi dell'art. 89, comma 2, del Codice*

L'art. 89, comma 2, del Codice prevede che nel caso in cui un'impresa avente significativo potere di mercato (nel caso, TIM) trasferisca le sue attività nelle reti di accesso locale a un soggetto giuridico separato sotto controllo di terzi (nel caso, KKR), l'Autorità valuta l'effetto di tale transazione sugli obblighi regolamentari imposti, attraverso un'analisi dei vari mercati collegati alla rete d'accesso, secondo la procedura di cui all'art. 78 del Codice.

Solo all'esito di tale analisi, l'Autorità *“impone, mantiene, modifica o revoca obblighi conformemente alle procedure di cui agli articoli 23 e 33”*.

In altri termini, il Legislatore ha espressamente previsto che lo strumento a disposizione dell'Autorità per valutare gli effetti della separazione strutturale di TIM sugli obblighi imposti a quest'ultima è l'analisi di mercato condotta secondo la procedura *standard* di cui all'art. 78 del Codice.

L'ipotesi straordinaria per cui un'impresa con significativo potere di mercato verticalmente integrata ceda la propria infrastruttura di rete ad un soggetto terzo è quindi già disciplinata dal Codice che per tali casi dispone che la valutazione degli effetti di tale operazione sugli obblighi regolamentari imposti all'impresa cedente debba essere condotta mediante una procedura ordinaria di analisi di mercato.

È attraverso tale strumento che l'Autorità dovrà dunque valutare se la cessione dell'infrastruttura di rete di TIM a KKR abbia determinato o meno la fine dell'integrazione verticale della stessa TIM e, dunque, il venir meno dell'obbligo di non discriminazione *“interno-esterno”* e, in ultima analisi, dell'obbligo di replicabilità delle offerte *retail* di quest'ultima.

Non vi è spazio per nessuna procedura alternativa né per rimedi temporanei.

Tant'è vero che la stessa AGCom ha avviato l'analisi dei mercati dei servizi di accesso alla rete fissa ai sensi dell'articolo 89 del Codice, riconoscendo che *“tenuto conto della separazione strutturale della rete di accesso di TIM, [la stessa Autorità, n.d.r.] è tenuta a procedere ad un vaglio più approfondito della stessa nell'ambito di una nuova analisi dei mercati dell'accesso come previsto dall'articolo 89 del Codice”* (vedi delibera 315/24/CONS).



Alla luce di quanto sopra, Sky ritiene che l'Autorità non potrà adottare alcun provvedimento temporaneo in via d'urgenza, ma che sarà tenuta a proseguire con l'analisi di mercato avviata con la delibera 315/24/CONS, unica procedura idonea a garantire un'istruttoria piena e trasparente in contraddittorio con tutti gli operatori del mercato e le autorità nazionali ed europee competenti.

2.(ii) La procedura d'urgenza prevista dall'art. 33, comma 8, del Codice non è applicabile al caso di specie

L'impossibilità di adottare un provvedimento d'urgenza nel caso di specie è peraltro confermata dalla natura dell'art. 33, comma 8, del Codice, che – diversamente da quanto vorrebbe TIM - disciplina la lo strumento attraverso il quale l'Autorità può imporre (e non già revocare) misure cautelari temporanee a tutela della concorrenza.

In particolare, l'art. 33, comma 8, del Codice prevede che *“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”*.

La disposizione in esame disciplina dunque la procedura alternativa a quella prevista dai commi 3 e 4 dell'art. 33 del Codice che l'Autorità può adottare per imporre misure ad un'impresa designata come detentrice di un significativo potere di mercato (tra cui, gli obblighi in tema di non discriminazione e controllo dei prezzi) laddove sussistano ragioni di straordinarietà ed urgenza.

In nessun caso, l'art. 33, comma 8, del Codice consente l'utilizzo della procedura cautelare in esso prevista per la rimozione di rimedi/obblighi già imposti.

La bozza di provvedimento oggetto della presente consultazione prevede invece la rimozione in via temporanea e di urgenza di un rimedio che l'Autorità aveva precedentemente adottato a tutela della concorrenza (i.e. l'obbligo di test di prezzo).

L'utilizzo che l'Autorità fa della procedura disciplinata dall'art. 33, comma 8, del Codice è dunque del tutto irrituale ed arbitrario.

Quanto sopra conferma, una volta di più, la necessità di respingere l'istanza cautelare di TIM proseguendo con l'analisi di mercato avviata con la delibera 315/24/CONS.

2.(iii) Assenza dei requisiti di straordinarietà ed urgenza previsti dall'art. 33, comma 8, del Codice

Ferme le assorbenti considerazioni sopra svolte, Sky rileva che, quand'anche l'Autorità abbia correttamente avviato la procedura di cui all'art. 33, comma 8, del Codice, nel caso di specie, non



ricorrono né sono in alcun modo motivati i presupposti richiesti dalla stessa disposizione per l'adozione del provvedimento temporaneo cautelare.

Anzitutto, non sussistono i “**motivi di urgenza**” richiesti dalla norma “*per salvaguardare la concorrenza e tutelare gli interessi degli utenti*”.

Come noto, infatti, il progetto di separazione della rete di accesso in esame è stato notificato da TIM all'Autorità il 2 settembre 2020 e successivamente integrato il 25 novembre 2020 (vedi § 22 della delibera 114/24/CONS).

L'Autorità era dunque a conoscenza della separazione strutturale di TIM da almeno quattro anni.

Non vi è dunque alcuna urgenza che giustificherebbe l'adozione di un provvedimento cautelare.

A conferma di ciò la stessa Autorità aveva già valutato i rimedi necessari per garantire la concorrenza nel periodo intermedio tra la notifica del nuovo assetto societario e la conclusione della nuova analisi di mercato, prevedendo il trasferimento degli obblighi di accesso da TIM alla nuova società titolare degli asset di rete di accesso fissi (art.59, comma 4, delibera 114/24/CONS).

Nulla invece aveva previsto in merito ad un eventuale regime “transitorio” dell'obbligo di replicabilità delle offerte *retail* di TIM che, evidentemente, non aveva generato alcuna preoccupazione concorrenziale.

In secondo luogo, nel caso di specie, non ricorrono o, comunque, non sono in alcun modo dimostrati nemmeno gli ulteriori elementi posti dall'Autorità a fondamento del provvedimento cautelare e segnatamente:

- il venir meno dell'integrazione verticale di TIM;
- il pericolo che, nelle more della conclusione dell'analisi di mercato, si verifichi un pregiudizio concorrenziale per quest'ultima.

Sul punto, l'Autorità si è infatti limitata ad affermare laconicamente che l'applicazione dell'obbligo di replicabilità delle offerte *retail* di TIM “*anche nelle more della conclusione dell'analisi di mercato, risulterebbe ... 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*” (§ 17 Allegato B alla delibera 352/24/CONS).

Quanto al presupposto (come vedremo, del tutto indimostrato) che la stessa TIM non sia più attiva nei mercati dell'accesso all'ingrosso alla rete fissa e che, quindi non vi sia più alcuna integrazione verticale che giustifichi l'imposizione di obblighi regolamentari, Sky evidenzia che l'Autorità entra in contraddizione con se stessa laddove, da un lato, pone a fondamento del provvedimento cautelare il venir meno dell'integrazione verticale di TIM (§§ 16-17 delibera 352/24/CONS), dall'altro,



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). 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” (§ 9 delibera 352/24/CONS).

Delle due l'una: o l'Autorità ha accertato il venire meno di qualsiasi relazione verticale tra TIM e NetCo oppure il rapporto tra queste due società è ancora sotto il suo vaglio.

Considerato che con delibera 315/24/CONS l'Autorità ha avviato un'analisi di mercato proprio per valutare la “*separazione strutturale della rete fissa di accesso di TIM*”, appare evidente che, allo stato, non sia possibile affermare l'assenza di alcuna relazione verticale tra TIM e NetCo né tantomeno sia possibile porre tale circostanza a fondamento di un provvedimento cautelare.

A tal proposito appare significativo evidenziare che, ad oggi, i rapporti tra TIM e NetCo disciplinati dall'MSA sono del tutto fumosi specie per ciò che concerne:

- le condizioni praticate da NetCo a TIM per l'acquisto dei servizi di accesso. A tal riguardo, rileva quanto riportato nel documento denominato “*Non-confidential summary of the MSA between Netco and TIM*” (cfr. Allegato) - agli atti del procedimento M.11386 “KKR/NETCO” delle Direzione Generale Concorrenza della Commissione Europea – con particolare riferimento agli sconti sui servizi VULA-H, che avvantaggerebbero in maniera determinante TIM rispetto ai concorrenti sul mercato retail. TIM, infatti, dato il meccanismo di sconto previsto e in considerazione della sua elevata quota di mercato e del rapporto esclusivo con FiberCop per la fornitura di linee all'ingrosso, sarebbe nella pratica l'unico operatore retail nelle condizioni di accedere ai migliori sconti;
- le condizioni praticate da TIM a NetCo per l'acquisto della banda trasmissiva;
- le modalità di erogazione da parte di TIM a NetCo delle ulteriori prestazioni, aventi impatto sul funzionamento dei mercati e in particolare sulla non discriminazione (ad esempio, i servizi IT per la gestione dei servizi di *provisioning* e *assurance* delle linee degli OAO).

Tali aspetti, dirimenti ai fini della verifica dell'assenza di qualsiasi relazione verticale tra le parti, dovranno essere vagliati nell'ambito dell'analisi di mercato.

Parimenti indimostrato è il pregiudizio che l'Autorità intende evitare con l'adozione del provvedimento cautelare.



Invero, l'Autorità non ha in alcun modo individuato né, tantomeno, motivato l'asserito pregiudizio che TIM subirebbe nell'ipotesi in cui fosse tenuta a rispettare gli obblighi attinenti alla replicabilità delle proprie offerte nelle more della conclusione del procedimento di analisi di mercato.

A tal proposito, si evidenzia che i provvedimenti emessi dall'Autorità ai sensi dell'art. 33, comma 8, del Codice debbano essere *“esaurientemente motivati”*.

Tale motivazione manca del tutto nel caso di specie.

Anche per tale ragione, il provvedimento d'urgenza oggetto di consultazione non può essere adottato.

3. Conclusioni

In conclusione, Sky ritiene che l'Autorità non possa adottare un provvedimento d'urgenza volto a revocare gli obblighi di replicabilità delle offerte retail di TIM in quanto:

- lo strumento a tal fine previsto dal codice è l'analisi di mercato condotta secondo quanto previsto dall'art. 89, comma 2, del Codice;
- il provvedimento d'urgenza di cui all'art. 33, comma 8, del Codice consente esclusivamente di imporre misure di urgenza volte a tutelare la concorrenza non anche – come vorrebbe TIM – di revocare le misure già imposte dall'Autorità;
- nel caso di specie non ricorrono i presupposti per l'adozione di un provvedimento d'urgenza ai sensi dell'art. 33, comma 8, del Codice.

Si confida pertanto che, nelle more dell'analisi di mercato avviata con delibera 315/24/CONS, l'Autorità mantenga gli obblighi di replicabilità delle offerte al dettaglio posti in capo a TIM.

L'occasione è gradita per inviare cordiali saluti

Alessia Lucantoni
Head of Regulatory Affairs
Sky Italia s.r.l