



Spett.le

**Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni**

Direzioni reti e servizi di comunicazioni elettroniche

Centro Direzionale, Isola B5 - "Torre Francesco"

80143 - Napoli

c.a.

Dott. ssa Federica Alfano

*Responsabile del procedimento*

Roma, 11 ottobre 2024

Prot. 228/2024

**Oggetto: Delibera 352/24/CONS - Provvedimento cautelare ai sensi dell'art. 33 co. 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 – Contributo Vodafone Italia S.p.A**

Con la presente, si invia in allegato all'attenzione di codesta Autorità il posizionamento di Vodafone Italia S.p.A. nell'ambito del procedimento avviato con delibera 352/24/CONS di cui all'oggetto.

La presente comunicazione è da considerarsi strettamente confidenziale e non accessibile a terzi. Si propone formale istanza di riservatezza, ai sensi dell'art. 3 del regolamento approvato con Delibera n. 217/01/CONS, come modificato dalla Delibera n. 335/03/CONS, in merito alle informazioni di cui all'allegato, chiedendo che le stesse siano sottratte all'accesso da parte di qualsivoglia soggetto terzo. Infatti, ai sensi dell'art. 2, comma 4 dell'Allegato A alla Delibera n. 335/03/CONS, dette informazioni integrano segreti di natura commerciale, aventi rilevanza strategica e un'eventuale conoscenza degli stessi, da parte di soggetti terzi cagionerebbe un grave nocumento alla Società scrivente.

L'occasione è gradita per porgere cordiali saluti.

Maria Luisa Cesaro

*Head of Regulation & Competition Affairs*



**DELIBERA 352/24/CONS – PROVVEDIMENTO CAUTELARE, AI SENSI DELL'ARTICOLO  
33, COMMA 8 DEL CODICE – NELL'AMBITO DEL PROCEDIMENTO DI CUI ALLA  
DELIBERA N. 315/24/CONS – CONCERNENTE LA SOSPENSIONE  
DELL'APPLICABILITA' DEGLI OBBLIGHI REGOLAMENTARI IN CAPO A TIM S.P.S. A  
SEGUITO DELLA CESSIONE DELLA RETE FISSA**

-

**CONTRIBUTO VODAFONE ITALIA S.P.A.**



## Il procedimento cautelare

In data 26 settembre u.s., codesta Autorità ha avviato un procedimento cautelare volto a verificare la sussistenza dei requisiti di straordinarietà ed urgenza al fine di sospendere l'obbligo di replicabilità in capo a TIM a seguito dell'intervenuta operazione di separazione strutturale a far data dal 1° luglio 2024.

In particolare, codesta Autorità ha individuato l'operazione di separazione proprietaria tra TIM e NetCo (FiberCop) come evento straordinario alla base dell'applicazione dell'art. 33 comma 8 del d. lgs 207/2021 e la delibera 107/19/CONS<sup>1</sup> per la determinazione dei termini (15 giorni) per la partecipazione del mercato alla consultazione.

Dal punto di vista formale, la Scrivente ritiene che l'applicabilità di entrambi i riferimenti normativi citati al caso qui in analisi non appare condivisibile.

Si ripercorre di seguito **il quadro normativo vigente ed applicabile al caso di separazione volontaria dell'impresa verticalmente integrata**, come definito dal Codice delle Comunicazioni elettroniche (D. lgs 207/2021):

- Art. 89 – Separazione volontaria da parte di un'impresa verticalmente integrata  
Comma 2: “L'Autorità valuterà l'effetto della transazione prevista [...] sugli obblighi normativi esistenti in base al presente decreto. A tal fine, l'Autorità conduce un'analisi dei vari mercati collegati alla rete di accesso secondo la procedura di cui all'articolo 78. [...] Sulla base della propria analisi, l'Autorità [...] impone, mantiene, modifica o revoca obblighi conformemente alle procedure di cui agli articoli 23 e 33, applicando, se del caso, l'articolo 91.”
- Articolo 78 – Procedure per l'analisi del mercato  
Comma 1: “L'Autorità, determina se un mercato rilevante [...] sia tale da giustificare l'imposizione degli obblighi di regolamentazione [...]. Nello svolgere tale analisi, l'Autorità tiene in massima considerazione le linee guida SPM, segue le procedure di cui agli articoli 23 e 33, e acquisisce il parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.”
- Art. 23 – Meccanismo di consultazione e di trasparenza  
Comma 1: “Fatti salvi i casi che rientrano nell'ambito di applicazione degli articoli 26,27 o 31, comma 10, il Ministero o l'Autorità, quando intendono adottare misure in applicazione del presente decreto o quando intendono imporre limitazioni conformemente all'articolo 58, commi 4 e 5, che abbiano un impatto significativo sul mercato rilevante, danno alle parti interessate la possibilità di presentare le proprie osservazioni sul progetto di misura entro un termine ragionevole tenendo conto della complessità della questione e, salvo circostanze eccezionali, in ogni caso non inferiore a trenta giorni.”
- Art. 33 – Consolidamento del mercato interno per le comunicazioni  
Comma 3: “Salvo che sia diversamente previsto nelle raccomandazioni o nelle linee guida adottate a norma dell'articolo 34 della direttiva (UE) 2018/1972, al termine della consultazione pubblica, se richiesta ai sensi dell'articolo 23, l'Autorità qualora intenda adottare una misura che rientri nell'ambito di applicazione degli articoli 72, 75, 78, 79 o 93 e influenzi gli scambi tra Stati membri, rende accessibile, fornendone apposita documentazione il

---

<sup>1</sup> Regolamento concernente le procedure di consultazione nei procedimenti di competenza dell'Autorità



*progetto di misura, adeguatamente motivato, contemporaneamente alla Commissione, al BEREC e alle Autorità di regolamentazione di altri Stati membri, nel rispetto dell'articolo 2° comma 3. L'Autorità non può adottare la misura prima che sia decorso il termine di un mese dalla predetta informativa.”*

Comma 4: *“Il progetto di misura di cui al comma 3 non può essere adottato per ulteriori due mesi: a) se tale misura mira a identificare un mercato rilevante differente da quelli previsti dalla raccomandazione della Commissione Europea [...]; b) se influenza gli scambi commerciali tra stati membri e la Commissione Europea ha indicato all'Autorità che il progetto di misura possa creare una barriera al mercato interno o dubita seriamente della sua compatibilità con il diritto dell'Unione e in particolare con gli obiettivi di cui all'articolo 4.”*

Comma 8: *“In circostanze straordinarie, l'Autorità ove ritenga che sussistano motivi di urgenza per la 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.”*

**Da una lettura complessiva della norma si evince che in caso di separazione volontaria da parte dell'impresa verticalmente integrata, il regolatore dovrà valutare gli impatti di tutti gli obblighi nell'ambito di un procedimento di analisi di mercato.**

E questo è stato ampiamente riconosciuto e posto in essere con l'adozione della delibera 315/24/CONS che dà avvio ad un nuovo procedimento di analisi dei mercati dei servizi di accesso alla rete fissa ai sensi dell'articolo 89 del codice.

Codesta Autorità ha poi ritenuto di valutare il solo obbligo di replicabilità - imposto ai sensi della delibera 114/24/CONS – nell'ambito i) di un provvedimento cautelare ai sensi dell'articolo 33 comma 8 del Codice invocando la straordinarietà dell'evento e ii) dando alle parti un termine di 15 giorni, sulla base di quanto previsto dalla delibera 107/19/CONS ed in virtù di un'asserita urgenza.

Il riferimento all'art. 33 comma 8 al fine di motivare giuridicamente l'utilizzo di un provvedimento cautelare è, ad avviso di chi scrive, improprio. **L'art. 33 comma 8, infatti, non sovrascrive lo strumento dell'analisi di mercato ma semplicemente stabilisce la possibilità per l'Autorità di derogare ai commi 3 e 4 del medesimo articolo** adottando *“adeguati provvedimenti temporanei cautelari aventi effetto immediato”* ove si ritenga sussistano circostanze straordinarie e motivi di urgenza per salvaguardare la concorrenza e tutelare gli interessi degli utenti.

Dunque, ad avviso di chi scrive, **l'art. 33 comma 8 interviene esclusivamente sulla venuta meno dell'obbligo di rendere “accessibile, fornendone apposita comunicazione, il progetto di misura, adeguatamente motivato, contemporaneamente alla Commissione, al BEREC e alle Autorità di regolamentazione di altri Stati membri”.**

**Al contrario, non interviene sull'applicazione dell'art. 89** ovvero sull'indicazione che il legislatore dà in merito al fatto che lo strumento a disposizione del regolatore per valutare gli impatti derivanti da una separazione volontaria dell'impresa verticalmente integrata – e dunque per **valutare eventuali modifiche su tutti gli obblighi imposti da precedenti provvedimenti - sia il procedimento di analisi dei mercati.**

Il secondo aspetto procedurale che qui si vuole richiamare è quello relativo all'imposizione di tempistiche assai stringenti per la partecipazione del mercato – 15 giorni - così motivate: **“RITENUTO**



*opportuno che detta consultazione pubblica nazionale, per la natura di urgenza del provvedimento, abbia una durata di 15 giorni conformemente a quanto indicato nell'articolo 4 del regolamento di cui alla delibera n. 107/19/CONS e secondo le modalità indicate nell'allegato A al presente provvedimento”.*

La Scrivente ritiene che il riferimento alla delibera 107/19/CONS sia superato dal d. lgs 207/2021 che all'art. 23 stabilisce che l'Autorità deve garantire “la possibilità di presentare le proprie osservazioni sul progetto di misura entro un termine ragionevole tenendo conto della complessità della questione e, salvo circostanze eccezionali, **in ogni caso non inferiore a trenta giorni.**”

In conclusione, Vodafone ritiene che la delibera 107/19/CONS art. 4 non sia il corretto riferimento normativo poiché superato dal successivo decreto legislativo 207/2021 che indica un termine minimo di 30 giorni, salvo circostanze eccezionali. Rispetto a questo ultimo aspetto, si rimanda alle osservazioni di seguito riportate da cui emerge in modo evidente l'assenza di qualsivoglia requisito di eccezionalità ed urgenza.

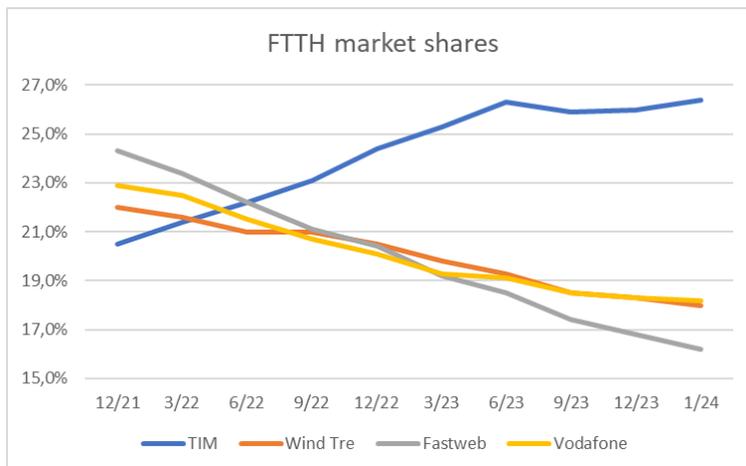
Entrando poi nel merito del testo sottoposto a consultazione pubblica di seguito si riportano alcune considerazioni in merito a:

- **Analisi dei presupposti dell' urgenza e del pregiudizio concorrenziale in capo a TIM**
- **[REDACTED]**
- **Mix produttivo**

**In merito al primo aspetto si rileva quanto segue.**

A tutto quanto sopra esposto occorre inoltre aggiungere un'ulteriore valutazione relativa all'esistenza dei motivi di urgenza alla base dell'avvio del provvedimento cautelare in oggetto. In particolare, l'Autorità riconduce l'applicabilità dell'art. 33 comma 8 anche al requisito dell'urgenza affermando che “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.”

**[REDACTED]**  
**[REDACTED]**



Come si evince dal grafico, la quota di mercato di TIM sulla tecnologia FTTH appare in costante crescita al contrario di quella dei principali concorrenti. [REDACTED]

[REDACTED] Anche a seguito di un tempestivo intervento di codesta Autorità, [REDACTED]

**Si ritiene che l'osservazione delle quote di mercato, in costanza di applicazione dell'obbligo di replicabilità, mostri chiaramente che [REDACTED]**

**In relazione poi all' interdipendenza tra TIM e FiberCop si rileva quanto segue.**

Dal punto di vista sostanziale, lo schema di delibera prende forma partendo dalla seguente osservazione: dal 1° luglio, *“dal punto di vista societario, dunque, TIM non si presenta più come operatore verticalmente integrato nei mercati dei servizi di accesso alla rete fissa, ma risulta essere attivo unicamente nel mercato retail”*. Per tale ragione, TIM risulterebbe essere assimilabile a qualsiasi OLO e pertanto, secondo codesta Autorità, sarebbe opportuno sospendere l'obbligo di replicabilità.

In merito a tale aspetto la scrivente ritiene che Codesta Autorità prima di procedere ad una sospensione degli obblighi definiti dall'analisi di mercato [REDACTED]

È noto, infatti, che TIM e NetCo (FiberCop) sono collegate da un complesso e vincolante insieme di norme contrattuali (disciplinate nel *Master Service Agreement*) aventi un impatto di lungo periodo che, per quanto possibile desumere dalla sintesi resa disponibile dalla Commissione Europea, contiene almeno le seguenti misure:

- L'esistenza di un accordo di esclusiva di tipo verticale della durata di 15 anni + 15 anni tra i due soggetti per l'acquisto dei servizi di accesso alla rete FiberCop da parte di TIM.



- L'esistenza di un accordo di esclusiva di tipo verticale della durata di 5 anni (fino al 31 dicembre 2029) per la fornitura dei servizi di *provisioning* ed *assurance* dei servizi di accesso da FiberCop a TIM.
- L'esistenza di clausole di maggior favore a beneficio esclusivo di TIM ;
- L'esistenza di due meccanismi di sconto costruiti in maniera tale che solo TIM, in virtù della sua quota di mercato e del fatto di avere FiberCop come unico possibile fornitore di accesso, potrà godere massimizzando il beneficio economico derivante dal tetto massimo di sconto applicabile
- Il riconoscimento di 600 mil.€ di IRU concessi gratuitamente a TIM da FiberCop.

Dunque, [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

[REDACTED]  
[REDACTED]

Fermo restando le considerazioni che la scrivente si riserva di condividere nell'ambito del procedimento di cui alla Delibera 315/24/CONS anche in merito all'MSA, si riportano nel seguito un paio di elementi – come descritti nel documento di sintesi pubblicato dalla Commissione Europea ad aprile scorso (“Allegato 1\_Sintesi MSA TIM NetCo”), nell'ambito del procedimento di valutazione dell'operazione di acquisizione del controllo di FiberCop da KKR - che si ritiene siano esemplificativi della interdipendenza economica sostanziale e di lungo periodo tra i due soggetti solo formalmente separati.

#### 1. La scontistica prevista sul servizio VULA H nell'MSA.

- *“Esclusivity – VULA H: NetCo will be the exclusive provider of FTTH wholesale services to TIM for the entire duration of the MSA.”*
- *Discount mechanism – VULA H: NetCo's non-discriminatory commercial offer (of which TIM will benefit) includes the following two discount mechanisms applicable on the VULA H price. The first discount mechanism will be applicable in the event that all of TIM new retail customers (after completion of the transaction) are connected through the NetCo network. The second discount mechanism is a volume discount linked to the total number of retail customers that TIM has connected via the NetCo network out of the total sellable units of NetCo (i.e., homes passed by the NetCo network), the top discount rate of which is triggered at 12% take-up. The volume discount varies by area of Italy.”*

[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]



[REDACTED]

## 2. La fornitura della banda da TIM a NetCo per la fornitura di servizi bitstream agli OLO

Un secondo elemento che si porta all'attenzione di codesta Autorità, sempre contenuto nell'MSA, e che conferma l'interdipendenza tra i due soggetti e dunque la necessità di un'approfondita disamina, è il seguente.

- *“Services provided by TIM to NetCo – TIM will provide NetCo a range of ancillary services, which will ensure that NetCo will be fully operative following closing. The TIM services include [...] (v) the provision of certain components (such as bandwidth) in order for NetCo to sell aggregated services to OAOs.”*

Nel concreto, dunque, NetCo per rivendere i servizi bitstream agli OLO acquisterà la banda da TIM. [REDACTED]

[REDACTED]

Dunque, ad oggi, anche la forte dipendenza di FiberCop da TIM appare evidente.

**Non è dunque condivisibile la valutazione della sospensione del solo obbligo di replicabilità, a prescindere da una dettagliata analisi di impatto derivante dalle clausole vigenti e definite nell'MSA e dalla valutazione complessiva che tali clausole hanno sull'insieme degli obblighi oggi vigenti.**

**In merito al terzo punto, ovvero al mix produttivo si rileva quanto segue.**

Con riferimento all'applicabilità del test di replicabilità, ed in particolare del mix produttivo approvato da ultimo con delibera 30/23/CIR, codesta Autorità nello schema di provvedimento sottolinea 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”*. Tali significativi cambiamenti, secondo Agcom, *“appaiono giustificare la sospensione, in via cautelare, degli adempimenti inerenti l'obbligo di replicabilità delle offerte retail di TIM”*.

Orbene, la Scrivente ritiene che il superamento della rappresentatività del mix produttivo non sia un ostacolo insormontabile.

[REDACTED]

---

<sup>2</sup> *“In data 1° luglio 2024 [...] è stato altresì sottoscritto tra TIM e la nuova società risultante dall'operazione “NetCo” (denominata FiberCop) un Master Service Agreement (“MSA”) teso a disciplinare, tra l'altro, i servizi che saranno oggetto di prestazione a decorrere dalla suddetta data, da parte di FiberCop in favore di TIM.”*



[REDACTED]

Inoltre, è facoltà di codesta Autorità chiedere a TIM l'elenco aggiornato dei servizi di accesso utilizzati a seguito dell'operazione di separazione e, sulla base di tali informazioni, agevolmente e velocemente aggiornare il test di prezzo [REDACTED]

[REDACTED]

In conclusione, Vodafone ritiene che il **superamento del mix produttivo non giustifichi la sospensione dell'applicabilità del test di prezzo poiché codesta Autorità ha a disposizione tutti gli strumenti ed i poteri per ricalcolare il mix produttivo.**

Sulla base di tutto quanto sopra, Vodafone ritiene che dal punto di vista formale:

- L'art. 89 del d. lgs 207/2021 prevede che in caso di separazione volontaria da parte di un'impresa verticalmente integrata, lo strumento di valutazione a disposizione del regolatore è il procedimento di analisi dei mercati.
- La *ratio* sottesa alla norma appare chiarissima: la separazione proprietaria della rete di accesso dell'operatore *incumbent* ha molteplici impatti sui mercati dell'accesso ed anche sui mercati correlati.
- L'art. 33 comma 8 del d. lgs 207/2021 non sovrascrive l'articolo 89 ma dà la possibilità all'Autorità di adottare provvedimenti direttamente applicabili a prescindere dalla comunicazione e approvazione della Commissione Europea.

Dal punto di vista sostanziale, Vodafone ritiene che:

- Alla luce delle evidenze di mercato (trend quote di mercato), mancano i presupposti di urgenza e pregiudizio concorrenziale ai danni di TIM, per un intervento di sospensione immediata dell'obbligo di replicabilità da parte del regolatore.
- Lo schema di provvedimento non considera l'analisi economica e d'impatto dell'MSA che evidenzia in maniera chiara la profonda interdipendenza che continuerà a legare per lungo tempo TIM a NetCo/FiberCop e viceversa.