

DOCUMENTO V

DELL'ALLEGATO B ALLA DELIBERA N. 205/25/CONS

VERIFICA DELLA SUSSISTENZA IN CAPO A FIBERCOP S.P.A. DELLE CONDIZIONI DI “OPERATORE WHOLESALE ONLY” AI SENSI DELL'ARTICOLO 91, COMMA 1, DEL CODICE

Sommario

1. Premessa	1
2. Verifica della sussistenza in capo a FiberCop S.p.A. delle condizioni di “operatore <i>wholesale only</i> ” ai sensi dell’articolo 91, comma 1, del Codice	2
3. Esiti della consultazione pubblica di cui alla delibera n. 103/25/CONS	11
4. Parere reso dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato	23
5. Valutazioni dell’Autorità	25

1. Premessa

1. Nel presente documento si illustra la verifica svolta dall’Autorità concernente la sussistenza in capo a FiberCop S.p.A. – in quanto individuato quale operatore con significativo potere di mercato (SMP) nei mercati 1B e 2B – delle condizioni di “operatore *wholesale only*” ai sensi dell’articolo 91, comma 1, del Codice.

2. Si rammenta che tale verifica è stata sottoposta preliminarmente a consultazione pubblica con la delibera n. 103/25/CONS¹, in quanto l’Autorità applica per la prima volta tale norma del Codice. Pertanto, nel presente documento si riportano anche gli esiti di detta consultazione e le relative valutazioni dell’Autorità.

¹ Cfr. Allegato B alla delibera n. 103/25/CONS.



2. Verifica della sussistenza in capo a FiberCop S.p.A. delle condizioni di “operatore *wholesale only*” ai sensi dell’articolo 91, comma 1, del Codice

3. L’articolo 91 del Codice (*Imprese attive esclusivamente sul mercato all’ingrosso*) stabilisce al comma 1, lettere *a* e *b*, le caratteristiche che un operatore con significativo potere di mercato (SMP) deve presentare per poter essere qualificato come “operatore *wholesale only*” al fine di potere beneficiare del trattamento regolamentare previsto dal medesimo articolo al comma 2 (meno stringente rispetto al caso di operatore SMP verticalmente integrato).

4. In particolare, il primo comma dell’articolo 91 del Codice recita (enfasi aggiunta):

“Quando l’Autorità designa un’impresa assente dai mercati al dettaglio dei servizi di comunicazione elettronica come avente un significativo potere di mercato in uno o più mercati all’ingrosso conformemente all’articolo 78, acquisendo ove opportuno il parere dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato, valuta se l’impresa presenta le seguenti caratteristiche:

a) tutte le società e le unità commerciali all’interno dell’impresa, tutte le società che sono controllate, ma non necessariamente del tutto appartenenti allo stesso proprietario apicale, nonché qualsiasi azionista in grado di esercitare un controllo sull’impresa, svolgono attività, attuali e previste per il futuro, solo nei mercati all’ingrosso dei servizi di comunicazione elettronica e pertanto non svolgono attività in un mercato al dettaglio dei servizi di comunicazione elettronica forniti agli utenti finali”;

b) l’impresa non è tenuta a trattare con un’unica impresa separata operante a valle che è attiva in un mercato al dettaglio dei servizi di comunicazione elettronica forniti a utenti finali in virtù di un contratto di esclusiva o un accordo che rappresenta di fatto un contratto di esclusiva.

5. In sintesi, per potere essere qualificato operatore *wholesale only*, l’impresa SMP necessita di due caratteristiche specifiche ossia:

- i) la non operatività dell’impresa (anche attraverso controllate e controllanti) nei mercati *retail* dei servizi di comunicazione elettronica;
- ii) la mancanza di relazioni contrattuali di “esclusiva” con imprese che operano nei mercati *retail*.

6. Nel seguito si illustrerà la verifica compiuta dall’Autorità circa la sussistenza delle due summenzionate caratteristiche in capo alla società FiberCop S.p.A.

(FiberCop), in quanto individuata come operatore con significativo potere di mercato nei mercati 1B e 2B (come descritto nel Documento IV del presente provvedimento).

i) Verifica del rispetto delle condizioni di cui alla lettera a) del comma 1 dell'art. 91 del Codice

7. Innanzitutto, si procede a verificare se FiberCop ha le caratteristiche di cui all'art. 91, comma 1, lett. a) del Codice, ossia:

a) tutte le società e le unità commerciali all'interno dell'impresa, tutte le società che sono controllate, ma non necessariamente del tutto appartenenti allo stesso proprietario apicale, nonché qualsiasi azionista in grado di esercitare un controllo sull'impresa, svolgono attività, attuali e previste per il futuro, solo nei mercati all'ingrosso dei servizi di comunicazione elettronica e pertanto non svolgono attività in un mercato al dettaglio dei servizi di comunicazione elettronica forniti agli utenti finali”;

8. Al fine di verificare se la condizione di cui alla lettera a) dell'articolo 91 del Codice è rispettata, è necessario accertare se l'impresa **FiberCop, le sue controllate e gli azionisti di FiberCop che detengono il controllo sulla stessa** svolgono attività, attuali e previste per il futuro, solo nei mercati all'ingrosso dei servizi di comunicazione elettronica e pertanto non in un mercato al dettaglio dei servizi di comunicazione elettronica.

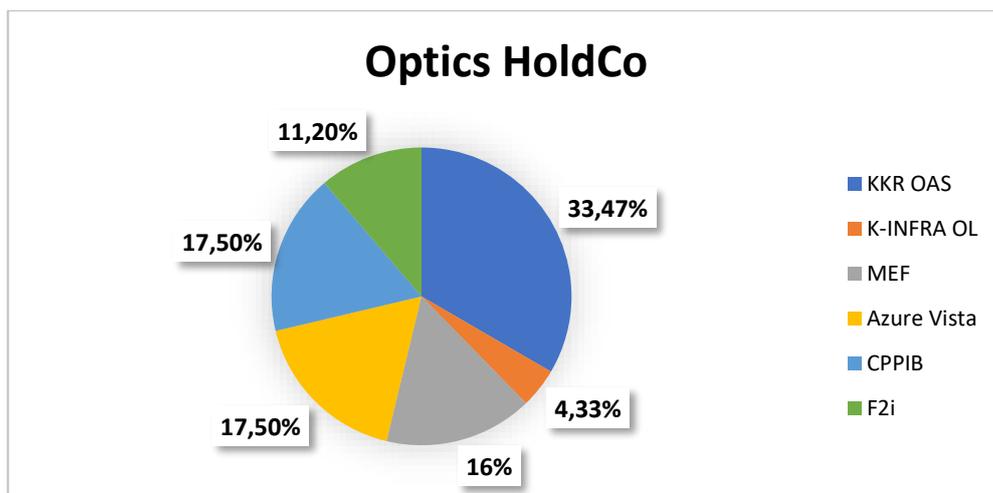
9. Al riguardo, dall'attività istruttoria condotta è emerso che:

- il capitale sociale di **FiberCop** è interamente detenuto da **Optics Bidco**; quindi, la partecipazione diretta in FiberCop è solo di Optics BidCo (socio unico - 100% di FiberCop);
- **le azioni di Optics Bidco sono interamente detenute da Optics HoldCo** (100%), veicolo di investimento funzionale all'operazione;
- **Optics HoldCo** è indirettamente controllata da fondi gestiti da **Kohlberg Kravis Roberts & Co. L.P (KKR)**² con circa il **37,8%**³ delle quote azionarie, in virtù del quale KKR detiene il **controllo esclusivo indiretto di FiberCop**.

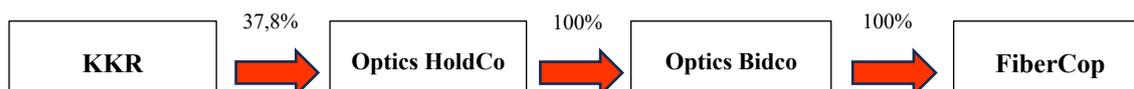
² Kohlberg Kravis Roberts & Co. L.P. ("KKR" e, assieme alle sue società affiliate, il "Gruppo KKR") è una società di investimento che opera a livello mondiale e che investe in diverse tipologie di *asset class*, ivi inclusi i settori del credito privato e dei beni reali.

³ Specificamente attraverso le partecipazioni di KKR Optics Aggregator SCSp (33,47%) e K-INFRA OPTICS LIMITED (4.33%), entrambe controllate da KKR.

Per quanto riguarda le ulteriori partecipazioni in Optics HoldCo, il Ministero dell'Economia e delle Finanze ("MEF") ha circa il **16%**, Azure Vista C 2020 S.à r.l. ("Azure Vista") e 13545369 Canada Inc. ("CPPIB") hanno circa il **17,5%** ciascuno, e F2i Fibra S.r.l. ("F2i") ha circa l'**11,2%**.



10. Pertanto, **KKR ha acquisito il controllo esclusivo indiretto di FiberCop** con circa il 37,8% (per il tramite di Optics Holdco, in cui detiene una partecipazione di controllo); gli altri azionisti di Optics HoldCo non hanno partecipazioni di controllo nella stessa⁴.



11. In tal senso, nel **documento di separazione** notificato da FiberCop all'Autorità da ultimo il 26 agosto 2024, FiberCop dichiara che KKR detiene il controllo esclusivo indiretto su FiberCop⁵. La Commissione europea, nella propria decisione del 30 maggio 2024 (*Case M.11386 - KKR / NETCO*), ha riconosciuto che KKR ha acquisito il controllo **esclusivo** indiretto su NetCo (ossia FiberCop)⁶. Tale controllo

⁴ FiberCop ha confermato, nella risposta del 22/11/2024 (protocollo n. 0307535) alla richiesta di informazioni degli Uffici, che gli unici azionisti di Optics HoldCo che detengono una partecipazione di controllo della società sono KKR Optics Aggregator SCSp e K-Infra Optics Limited, entrambe controllate da KKR.

⁵ Cfr. pag. 3 del documento di separazione.

⁶ Cfr. par. 19 della decisione della Commissione: "*Based on the above, the Transaction consists in the acquisition of sole control of NetCo by KKR [...].*"

viene esercitato attraverso la nomina dei componenti degli organi sociali e diritti di voto⁷.

12. Inoltre, nella decisione della Commissione si specifica che il MEF – che ha una quota di minoranza del 16% – avrà facoltà di designare almeno un amministratore per la nomina nel Consiglio di Amministrazione di Optics Holdco, che sarà nominato presidente del Consiglio di Amministrazione della società; la presenza del presidente è richiesta per le delibere relative alle Questioni Strategiche (ossia solo per le questioni di rilevanza strategica e di sicurezza nazionale), tuttavia non si prevede che queste influenzino il comportamento commerciale strategico di NetCo o sorgano in relazione al *business plan* concordato per NetCo⁸.

13. Per quanto riguarda le Questioni Strategiche su cui il MEF avrà diritto di veto, la Commissione osserva che i diritti di veto sono limitati alla tutela delle questioni strategiche, di interesse pubblico e di sicurezza nazionali e, quindi, concernono unicamente le decisioni riguardanti l'integrità e la sicurezza delle reti. Tali diritti sono un complemento (e un presupposto) ai poteri che il Governo italiano già possiede attraverso le condizioni imposte a NetCo dalla Presidenza italiana del Consiglio dei Ministri attraverso la Decisione del 16 gennaio 2024 presa ai sensi della normativa *Golden Power*. La Commissione conclude che il diritto di veto del MEF non incide sulle decisioni strategiche relative a NetCo, non conferendo quindi a quest'ultimo un potere di controllo ai sensi della normativa e giurisprudenza *antitrust*⁹.

⁷ Cfr. Paragrafo 17 della decisione della Commissione: “*While the Notifying Party will not hold a majority of the shares in NetCo, it will be entitled to appoint the majority of directors on the Optics Holdco Board and control the majority of voting rights*”.

⁸ Cfr. paragrafi 9, lett.b) e 11 della decisione della Commissione: “*The MEF will be entitled to designate at least [...] director for appointment to the Optics Holdco Board, who will be appointed as chairperson of the Optics Holdco Board but [...] (the “Optics Holdco Chairperson”). [...] The attendance of the chairperson is required for resolutions pertaining to the Strategic Matters (i.e. only matters of national strategic and security relevance), however these are not expected to influence strategic commercial behaviour of NetCo or arise in relation to the agreed business plan for NetCo*”; “*In addition, the MEF will have rights of supervision over “Strategic Matters” through the appointment of the Optics Holdco Chairperson whose affirmative vote will be required on Strategic Matters*”.

⁹ Cfr. Paragrafo 18 della decisione della Commissione “*With regard to the Strategic Matters that MEF will have veto rights on (see paragraph (11) above), the Commission notes that the veto rights are limited to the protection of national strategic, public interest and security matters. In particular, the rights that go beyond what is already covered by the different types of Reserved Matters revolve around decisions regarding the integrity and the security of the networks (see paragraph (11)(b) above). These rights are a complement (and precondition) to the powers that the Italian Government already has through the conditions imposed on NetCo by the Italian Presidency of the Council of Ministers through the 2024 Italian FDI Decision. [...] Therefore, the MEF’s veto right does not affect strategic decisions related to NetCo within the meaning of the Consolidated Jurisdictional Notice.*”



Conclusioni in merito ai requisiti di cui all'art. 91, comma 1, lett. a) del Codice

14. Sulla base di quanto sopra – considerato dunque che KKR risulta detentore del controllo esclusivo su FiberCop – la verifica circa lo svolgimento di eventuali attività in un mercato al dettaglio nazionale dei servizi di comunicazione elettronica deve essere svolta relativamente alle società **KKR e FiberCop** ed alle **relative controllate di quest'ultima**. Ai fini dell'applicazione della norma, rileva infatti solo l'attività *retail* svolta in Italia dato che la dimensione geografica del mercato rilevante dell'analisi, oggetto del procedimento, è circoscritta al contesto nazionale o a parte di esso. Al riguardo, si evidenzia che dalle risultanze istruttorie è emerso che:

- 1) **KKR** e le proprie società controllate non hanno partecipazioni in società attive nei mercati al dettaglio dei servizi di comunicazione elettronica in Italia. Alcune società del gruppo KKR detengono partecipazioni non di controllo in società attive nei mercati al dettaglio dei servizi di comunicazione in altri Paesi UE. Tali partecipazioni in ogni caso non rilevano ai fini della presente verifica;
- 2) **FiberCop** ha partecipazioni nelle seguenti due società non attive nei mercati al dettaglio dei servizi di comunicazione elettronica:
 - **TELENERGIA SRL** (società che svolge l'attività di Produzione, trasmissione e distribuzione di energia elettrica) - 100% quote;
 - **CONSORZIO X-RESPONSE** (svolgimento e coordinamento delle fasi e delle attività connesse alla partecipazione a procedure pubbliche per l'assegnazione di servizi connessi al mercato elettrico).

Telenergia S.r.l. è attualmente l'unica società controllata da FiberCop che, in ogni caso, non svolge (e non prevede di svolgere in futuro, secondo quanto dichiarato da FiberCop) alcuna attività in un mercato al dettaglio dei servizi di comunicazione elettronica forniti agli utenti finali.

FiberCop ha inoltre specificato che le società Enernet S.r.l. e Prepco S.r.l. non sono società controllate dalla stessa, ma appartengono comunque al medesimo Gruppo, in quanto società controllate da Optics Holdco, il socio unico di Optics Bidco S.p.A., a sua volta socio unico di FiberCop. Tali società, in ogni caso, non svolgono (e non prevedono di svolgere in futuro, secondo quanto dichiarato da FiberCop) alcuna attività in un mercato al dettaglio dei servizi di comunicazione elettronica forniti agli utenti finali.

15. Infine, FiberCop non è attiva direttamente nei mercati al dettaglio dei servizi di comunicazione elettronica.



16. **Alla luce delle risultanze istruttorie, la condizione indicata nella lett. a) dell'art. 91 risulta dunque soddisfatta, considerato che FiberCop e la sua controllante KKR non hanno partecipazioni in società attive nei mercati al dettaglio dei servizi di comunicazione elettronica in Italia né operano direttamente in tali mercati.**

ii) Verifica del rispetto delle condizioni di cui alla lettera b) del comma 1 dell'art.91 del Codice

17. Una volta verificato che FiberCop soddisfa la caratteristica richiesta dall'art. 91, comma 1, lett. a), si procede a verificare la sussistenza dell'ulteriore caratteristica che l'impresa SMP deve presentare per potere essere qualificata “*wholesale only*” ai sensi dell'art. 91, comma 1, lett. b):

b) l'impresa non è tenuta a trattare con un'unica impresa separata operante a valle che è attiva in un mercato al dettaglio dei servizi di comunicazione elettronica forniti a utenti finali in virtù di un contratto di esclusiva o un accordo che rappresenta di fatto un contratto di esclusiva.

18. Occorre dunque verificare che FiberCop “**non sia tenuta a trattare**”, in virtù di un accordo di esclusiva, con TIM o con qualsiasi altra impresa attiva nel mercato al dettaglio dei servizi di comunicazione elettronica.

19. Poiché l'espressione “trattare” utilizzata nella norma è ampia e generica, ai fini delle relative verifiche vengono in rilievo sia gli eventuali rapporti negoziali esistenti in virtù dei quali FiberCop **vende i propri servizi a** un'impresa attiva in un mercato al dettaglio dei servizi di comunicazione elettronica, sia gli eventuali rapporti negoziali esistenti in virtù dei quali FiberCop **acquista servizi da** un'impresa attiva in un mercato al dettaglio dei servizi di comunicazione elettronica.

20. Con riferimento al primo profilo (vendita dei servizi da parte di FiberCop), si fa presente che FiberCop, ai sensi del quadro regolamentare vigente, è impresa notificata come operatore avente significativo potere di mercato e, in quanto tale, risulta sottoposta all'obbligo di fornitura dei servizi di accesso alla propria rete ad ogni richiedente l'accesso. L'articolo 59, comma 4, della Delibera n. 114/24/CONS ha infatti previsto che “*Qualora, nel corso del ciclo regolamentare di riferimento della presente analisi di mercato, si realizzino modifiche agli assetti societari del gruppo TIM, gli obblighi si applicheranno – fino a nuova analisi – alle società (anche non appartenenti al gruppo TIM) che deterranno il controllo della rete primaria e secondaria dell'operatore*”.

21. In questo senso, le verifiche condotte, anche attraverso una serie di richieste di informazioni a FiberCop e TIM,¹⁰ hanno confermato che la società FiberCop, a seguito della sottoscrizione dell'MSA, oltre a fornire a TIM servizi di accesso (allo stato a condizioni di prezzo regolamentate), continua a fornire a tutti gli altri operatori i servizi di accesso attivi e passivi sulla propria rete in rame e in fibra, essendo subentrata dal 2 luglio 2024 nei rapporti negoziali che TIM (prima della separazione societaria) aveva in essere con tali operatori. L'operatore SMP, in quanto tale, sarà sempre tenuto a fornire i propri servizi di accesso ai terzi alle condizioni stabilite dalla regolamentazione vigente.

22. Pertanto, i rapporti negoziali esistenti in virtù dei quali FiberCop **vende i propri servizi** a imprese attive in un mercato al dettaglio dei servizi di comunicazione elettronica (TIM compresa) **non risultano caratterizzati da accordi o relazioni di "esclusiva"**.

23. Con riferimento al secondo profilo (acquisto di servizi da parte di FiberCop), dall'esame dell'MSA stipulato ai fini dell'operazione di separazione, è emerso che FiberCop acquista da TIM una serie di servizi necessari per lo svolgimento delle proprie attività. In particolare, i servizi che rilevano ai fini della presente analisi includono: (i) servizi di *data center*, (ii) servizi di telefonia mobile (anche "servizi mobili") per ufficio, (iii) servizi di rete aziendale, (iv) servizi immobiliari su determinate proprietà TIM e (v) la fornitura di determinati componenti (come la larghezza di banda) affinché FiberCop venda servizi aggregati agli altri OAO.

24. Nel merito delle verifiche condotte e sul presupposto che molte delle relazioni di fornitura disciplinate dall'MSA vanno, comunque, inquadrare nel contesto di una separazione tra rete e servizi di una azienda (la vecchia TIM) che ha dovuto preservare la necessaria continuità operativa aziendale dei due rami che sono stati separati (TIM e FiberCop), dall'analisi dall'MSA (punto 17.1.4 MSA) è emerso che, **FiberCop acquirerà tutti i servizi TIM su base non esclusiva**.

25. **Le uniche varianti a tale previsione riguardano la fornitura dei servizi mobili per ufficio e i servizi "Real Estate"**.

26. **In particolare, i primi risultano disciplinati dall'MSA su base esclusiva prevedendo a favore di TIM un impegno di FiberCop per una certa durata con**

¹⁰ Si fa riferimento alle richieste di informazioni a FiberCop del 12 novembre 2024 (Prot. 0298071) e dell'11 dicembre 2024 (Prot. 0325593) ed alle rispettive risposte del 22/11/2024 (Prot. n. 0307535) e del 7 gennaio 2025 (Prot. n. 0003135 dell'8 gennaio 2025). Si fa inoltre riferimento anche alla richiesta di informazioni a TIM del 23 gennaio 2025 (Prot.n. 0018909) ed alla relativa risposta del 4 febbraio 2025 (Prot. n. 0029050).



possibile rinnovo (punti 17.2.1-17.2.3 MSA), con la previsione, altresì, che FiberCop beneficerà dei migliori prezzi offerti da TIM ai propri clienti aziendali, a parità di condizioni, in base alla clausola del cliente più favorito (*MFC clause*) e con l'ulteriore previsione che dopo la scadenza del termine rilevante, i servizi mobili per ufficio saranno forniti da TIM a FiberCop ai sensi di un meccanismo di fornitore preferenziale (*Preferred Supplier Clause*), in base al quale se FiberCop avvisa TIM di voler contrattualizzare il servizio con un terzo, TIM può presentare un'offerta analoga e in quel caso deve essere preferita nella fornitura (Punto 17.12 MSA).

27. In relazione ai “*Real Estate Services*” forniti da TIM a FiberCop, l'MSA prevede un impegno su base esclusiva di sub-locazione di spazi industriali in immobili presi in locazione da TIM, che termina al sesto anniversario dal *Closing* (con possibilità di rinnovo), fermo restando la possibilità per FiberCop di recedere in qualsiasi momento con 1 anno di preavviso.

28. **Alla luce delle risultanze istruttorie, sui servizi che FiberCop acquista da TIM (impresa attiva in un mercato al dettaglio dei servizi di comunicazione elettronica), in linea generale, con riferimento ai servizi di comunicazione elettronica di tipo “core” in relazione ai mercati oggetto dell'analisi (mercati dell'accesso alla rete fissa), non risulta alcun accordo di esclusiva tra le due imprese per la fornitura di tali servizi né tra FiberCop e altro operatore *retail*.**

29. **Diversamente, al di fuori dei mercati oggetto dell'analisi, rilevano le previsioni contrattuali relative alla fornitura dei servizi mobili di ufficio nonché ai servizi immobiliari.**

30. Per quanto concerne i **servizi mobili di ufficio**, si valuta – con riferimento alla durata dell'impegno in capo a FiberCop – che la clausola di esclusiva oltre a risultare giustificata per assicurare la continuità operativa aziendale di FiberCop dopo la separazione di TIM, appare in linea con le prassi commerciali. Tuttavia, la presenza della specifica clausola relativa al meccanismo di fornitore preferenziale (*Preferred Supplier Clause*), conducendo FiberCop a preferire TIM come fornitore anche negli anni a seguire la scadenza della durata dell'impegno, configurerebbe di fatto un rafforzamento non giustificato del vincolo di esclusiva tra le due società (a favore di TIM) che potrebbe condurre ad una valutazione di non piena aderenza di FiberCop ai requisiti per l'individuazione dell'operatore *wholesale only* di cui all'art. 91, comma 1, lett. b).

31. A tale riguardo, tuttavia, TIM e FiberCop nel corso dell'istruttoria hanno fatto pervenire all'Autorità, rispettivamente in data 18 marzo u.s. (prot. n. 0069717) e 20 marzo u.s. (0071424), la propria rinuncia espressa all'applicazione di tale clausola

contenuta nel MSA con riferimento ai servizi mobili di ufficio, sterilizzando in tal modo il legame duraturo tra le due società nella fornitura di tali servizi che tale clausola (comunque destinata ad operare alla scadenza della durata dell'impegno) avrebbe potuto determinare.

32. Alla luce di tale specifico intervento, di fatto emendativo dell'MSA, operato dalle società interessate, si ritiene che le previsioni che disciplinano la fornitura a FiberCop dei servizi mobili di ufficio (servizi che comunque non riguardano direttamente i mercati dell'accesso alla rete fissa all'ingrosso oggetto dell'analisi di mercato) non pregiudicano l'applicazione dell'articolo 91 del Codice nei confronti di FiberCop.

33. Per quanto concerne invece le previsioni relative ai **servizi immobiliari**, si ritiene che la facoltà riconosciuta a FiberCop di poter recedere *ad nutum*, in tutto o in parte, con 12 mesi di preavviso, anche nel corso del primo termine di sei anni, unita alla circostanza che tali servizi costituiscono comunque servizi "secondari" rispetto a quelli propri dei mercati oggetto dell'analisi, escludono la possibilità di configurare un vincolo di esclusiva rilevante ai fini delle valutazioni richieste dall'art. 91, comma 1, lett. b) del Codice.

Conclusioni in merito ai requisiti di cui all'art. 91, comma 1, lett. b) del Codice

34. Sulla base delle risultanze istruttorie, la condizione indicata nella lett. b) dell'art. 91 del Codice risulta dunque soddisfatta, considerato che FiberCop non è tenuta a trattare con un'unica impresa separata operante a valle che è attiva in un mercato al dettaglio dei servizi di comunicazione elettronica forniti a utenti finali in virtù di un contratto di esclusiva o un accordo che rappresenta di fatto un contratto di esclusiva.

35. In conclusione, l'Autorità ritiene che la società FiberCop possa essere qualificata come operatore *wholesale only* ai sensi dell'articolo 91 del Codice, sussistendo in capo a tale società tutte le caratteristiche indicate dal primo comma, lett. a e b, di tale norma.

QUESITO SOTTOPOSTO A CONSULTAZIONE PUBBLICA CON LA DELIBERA N. 103/25/CONS

Si invitano gli intervenienti ad esprimersi, fornendo opportune argomentazioni o elementi informativi, sulle conclusioni dell'Autorità in merito alla verifica della sussistenza in capo a FiberCop, operatore ad oggi SMP ai sensi della delibera

n.114/24/CONS, delle caratteristiche necessarie per essere qualificato operatore *wholesale only* ai sensi dell'art. 91, comma 1, lett. a) e lett. b) del Codice.

3. Esiti della consultazione pubblica di cui alla delibera n. 103/25/CONS

36. La quasi totalità dei diciassette soggetti partecipanti alla consultazione (nel seguito anche “rispondenti”) ha sollevato una serie di criticità in merito al soddisfacimento da parte di FiberCop dei requisiti previsti dall'art. 91 del Codice. Nel seguito si riportano le principali osservazioni presentate dai rispondenti sulle valutazioni dell'Autorità sottoposte a consultazione pubblica.

Osservazioni sugli aspetti procedurali

Necessità del completamento dell'istruttoria inerente a tutta l'analisi di mercato

37. La quasi totalità degli operatori ritiene prematura la valutazione dell'Autorità circa la qualificazione di FiberCop come impresa *wholesale only* ai sensi dell'art. 91 del Codice in quanto tale verifica non tiene in adeguata considerazione gli elementi sostanziali e strutturali che regolano i rapporti tra FiberCop e TIM e contenuti nell'MSA, attualmente al vaglio di un'istruttoria avviata dall'AGCOM (procedimento I-874). Tale verifica dovrebbe invece essere compiuta – secondo gli operatori – unitamente all'intera analisi di mercato.

38. Al riguardo, alcuni operatori, osservano che qualificare FiberCop quale operatore *wholesale only*, con un sub-procedimento *ad hoc* anticipato rispetto all'istruttoria e all'esito della nuova analisi di mercato rappresenta di per sé una criticità dal momento che la qualificazione è indagata da un punto di vista meramente formale, tenendo in considerazione il solo assetto societario senza compiere alcuna valutazione relativa ai molteplici legami, le relazioni reciproche, i rapporti anche di esclusiva che continueranno a legare TIM e FiberCop. La proposta in consultazione, secondo tali operatori, sarebbe contraria al dettato normativo riportato dell'art. 91, comma 1, che ha in sé una preconditione essenziale: lo svolgimento effettivo del procedimento di analisi di mercato ai sensi dell'art. 78 del Codice. Pertanto, la possibilità di definire un operatore *wholesale only* deve essere svolta solo in esito ad un'istruttoria completa, sulla base della valutazione di tutti gli elementi che caratterizzano il mercato ed il quadro concorrenziale; non è previsto – secondo gli operatori – che tale importante decisione possa essere parcellizzata, anticipata, isolata e presa in maniera avulsa dal contesto senza le necessarie valutazioni complessive circa la situazione del mercato.

39. Alcuni operatori, rilevano che l'immediata e prematura qualificazione come operatore *wholesale only* (senza le necessarie indagini sostanziali) è di per sé idonea ad alterare il mercato e la competizione, ed evidenziano che FiberCop, già all'atto dell'avvio della consultazione, ha esternato nelle presentazioni agli investitori la propria qualifica come *wholesale only*, esplicitando che questo comporterà libertà regolamentare sui prezzi, la possibilità di vendere con accordi commerciali servizi agli operatori del mercato, mentre TIM avrà condizioni di acquisto dell'FTTH stabili sulla scorta dell'MSA. Anche queste sole dichiarazioni – secondo gli operatori – e ancor più la qualificazione come *wholesale only* sono idonee ad alterare la concorrenza: sono leve utilizzate da FiberCop in qualunque negoziazione, influenzano la predicibilità e la stabilità del contesto regolatorio in cui i diversi interlocutori operano, sono idonee a generare una stasi e una cristallizzazione dei rapporti commerciali nel periodo che intercorrerà fra la qualificazione come *wholesale only* e la definizione delle misure regolatorie. Gli operatori affermano infatti che FiberCop, qualificata come *wholesale only* e in attesa della ridefinizione del quadro regolatorio, avrà l'incentivo a procrastinare tutte le negoziazioni in corso, a rallentare o a ostacolare la disaggregazione di *assurance* e *provisioning*, a limitare promozioni, ad evitare evoluzioni e innovazioni dei sistemi, e a non consentire personalizzazioni.

40. Molti operatori rilevano che le condizioni contrattuali tra FiberCop e TIM definite nell'MSA generano infatti rilevanti incentivi alla discriminazione tra operatori a valle che devono essere analizzati e mitigati tramite obblighi specifici non solo di accesso, ma anche di controllo sui prezzi nell'ambito dell'analisi di mercato. Pertanto, un alleggerimento degli obblighi derivante da una prematura qualificazione di FiberCop quale operatore *wholesale only* sarebbe, nello scenario attuale, suscettibile di deprimere il gioco competitivo nei mercati *retail* penalizzando operatori di ridotte dimensioni che, pur operando in nicchie specifiche di mercato, quale quello *business*, hanno contribuito negli anni allo sviluppo di una concorrenza basata sulle infrastrutture.

41. Pertanto, secondo alcuni rispondenti, una decisione prematura da parte dell'Autorità, anticipando una prima fase dell'analisi di mercato – in mancanza della valutazione sostanziale dell'assetto del mercato e dei legami tra FiberCop e TIM – appare costituire una grave inottemperanza delle indicazioni del Codice ai sensi dell'art. 89, un travisamento della *ratio* dell'art. 91, rischiando di introdurre sul mercato elementi critici di instabilità, con grave danno sui consumatori, sulla concorrenza e sugli investimenti.

42. Al contrario, un operatore condivide la scelta procedurale dell'Autorità di separare la fase di verifica della natura *wholesale only* di FiberCop ai sensi dell'art. 91,

comma 1 del Codice da quella dell'analisi di mercato in quanto si tratta di fasi autonome. L'accertamento della natura *wholesale only* di un operatore, ai sensi dell'art. 91 del Codice, costituisce – secondo l'operatore – una fase di qualificazione giuridica concettualmente autonoma dall'analisi di mercato ai sensi dell'art. 78, essendo di natura “soggettiva”, ovvero inerente all'impresa analizzata e non al mercato. L'operatore osserva che le condizioni previste all'art. 91 comma 1 attengono, infatti, da un lato, alla configurazione societaria e alle catene di controllo dell'impresa (lettera a) e, dall'altro lato, alla sussistenza di contratti di esclusiva (lettera b). L'operatore evidenzia altresì che il legislatore, europeo e nazionale, nel caso di un operatore *wholesale only*, ha fornito un preciso indirizzo regolamentare, limitando la discrezionalità tecnica basata sulle risultanze delle analisi di mercato, normalmente attribuita all'Autorità di regolazione, in quanto l'art 91 comma 2 (e l'art 89 comma 3) individua i rimedi regolamentari da imporre a un operatore SMP qualificato anche *wholesale only*. Ad avviso dell'operatore, tale autonomia concettuale dell'accertamento dello *status* di operatore *wholesale only* rispetto all'analisi di mercato trasparirebbe chiaramente anche dal dettato normativo di cui al comma 3 dell'art. 91, secondo il quale l'Autorità può rivedere “in qualsiasi momento” gli obblighi imposti all'operatore se accerta che le condizioni per la qualifica di *wholesale only* non siano più rispettate.

43. In sintesi, secondo tale operatore, la qualificazione di un operatore come *wholesale only* costituisce una fase di valutazione soggettiva e autonoma nell'ambito dell'analisi di mercato, ancorché ne rappresenti un presupposto chiave in sede di definizione dei *remedies*, qualora tale operatore venga identificato come SMP e possa, quindi, essere soggetto dell'applicazione combinata degli artt. 79 e 91 del Codice.

Necessità di attendere la conclusione del procedimento antitrust

44. La maggior parte degli operatori rileva che, dato che l'MSA relativo all'operazione di separazione risulta ancora sotto esame da parte dell'AGCM, l'Autorità non dovrebbe intraprendere alcuna azione regolamentare riguardante FiberCop, in particolare sui temi di prezzo, fino al completamento della suddetta analisi del MSA sia da parte dell'AGCM sia da parte dell'Autorità. Ogni eventuale decisione dell'Autorità deve essere coordinata con gli esiti di tali analisi compresi quelli relativi al procedimento AGCM già in corso perché, finché le suddette analisi non saranno concluse, potrebbero essere modificati i termini rilevanti dall'indagine della consultazione in oggetto.

45. Un operatore, per contro, ritiene che, ai fini delle valutazioni dell'Autorità sulla sussistenza per FiberCop delle condizioni di operatore *wholesale only* non assumono rilievo gli sviluppi del procedimento AGCM I874 orientato a verificare la sussistenza di eventuali profili di intesa potenzialmente restrittiva della concorrenza, ai

sensi dell'art. 101 TFUE, dell'MSA tra TIM e FiberCop. Secondo l'operatore, eventuali riflessi del suddetto MSA sulla concorrenzialità dei mercati dei servizi di accesso alla rete fissa potranno essere valutati dall'Autorità in fase di definizione dei rimedi nelle aree geografiche in cui FiberCop sarà confermato operatore SMP.

46. L'operatore sostiene che eventuali effetti sostanziali dell'MSA, ancora da dimostrare, sulla concorrenzialità dei mercati non modificano la qualificazione *wholesale only*, anche perché il quadro regolamentare prevede meccanismi idonei a intercettare e correggere la sostanza di queste situazioni, ove si manifestassero senza influire sulla qualifica di operatore *wholesale only*.

47. L'operatore aggiunge al riguardo che questa architettura normativa risulta evidente e coerente in ragione del fatto che, ai sensi del comma 4 dell'art. 91, l'Autorità può, ove necessario, rivedere successivamente i rimedi, ma non la qualifica di operatore *wholesale only*, che può essere riesaminata (ai sensi del comma 3) solo se vengono meno le condizioni formali previste dal comma 1 del medesimo art. 91. Ne conseguirebbe che la valutazione concorrenziale in sede AGCOM non interferisce in alcun modo con la qualificazione di FiberCop come operatore *wholesale only*, riservata in via esclusiva al procedimento dell'Autorità ai sensi dell'art. 91 del Codice.

Sussistenza delle caratteristiche di cui al comma 1, lettera a) dell'art. 91 del Codice

48. La maggioranza degli operatori concorda con l'analisi dell'Autorità circa la presenza delle caratteristiche richieste dal comma 1, lett. a, dell'art. 91 del Codice o non si esprime al riguardo, mentre solo alcuni dissentono.

49. Alcuni operatori ritengono, infatti, che la partecipazione del MEF nel capitale sociale di FiberCop e la partecipazione indiretta del MEF in TIM, operatore attivo sul mercato *retail* dei servizi di comunicazioni elettroniche, determinino il mancato rispetto del requisito richiesto dall'art. 91 comma 1 lett. a).

50. In particolare, un operatore sottolinea che attualmente il MEF è contemporaneamente presente sia nell'azionariato di FiberCop sia in quello di TIM e tale compresenza non solo potrebbe potenzialmente influenzare il comportamento commerciale strategico di entrambe le società ma dimostrerebbe anche il legame "*retail*" esistente nella struttura azionaria di FiberCop in virtù del quale quest'ultima non può definirsi operatore "*wholesale only*". Secondo l'operatore, dalla lettura dell'art. 80 del CCEE, le intenzioni originarie del legislatore europeo sono state quelle di garantire la non operatività dell'impresa, anche attraverso controllate o controllanti, nei mercati *retail* dei servizi di comunicazione elettronica in tutti i territori dell'Unione

Europea e non solo nel Paese di origine della società sotto esame. Al riguardo, l'operatore evidenzia che a partire da novembre 2023, KKR controlla, insieme a *Cinven* e *Providence Equity Partners*, la società di telecomunicazione MásMóvil che, a marzo 2024, si è fusa con Orange per creare il primo operatore di telefonia fissa e mobile in Spagna. Pertanto, a causa del doppio legame del MEF sia in FiberCop sia in TIM e della presenza di KKR nel mercato *retail* spagnolo, ad avviso dell'operatore, le condizioni indicate dalla lett. a) dell'art. 91 non risultano soddisfatte. Al contrario, su tale aspetto, un altro operatore, invece, pur rimarcando che KKR non ha alcuna partecipazione di controllo in alcuna società attiva nel mercato al dettaglio dei servizi di comunicazione elettronica nell'Unione europea, condivide l'approccio adottato nel documento di consultazione di limitare le verifiche formali al solo mercato nazionale in quanto trattasi dell'unico ambito geografico rilevante ai fini dell'applicazione della lettera a) dell'art. 91 comma 1, CCEE perché sottoposto alla regolamentazione dell'Autorità. L'eventuale allargamento del contesto di analisi ad ambiti diversi dal "mercato rilevante geografico", che per definizione è il luogo in cui si svolge la concorrenza, sarebbe privo di alcuna giustificazione regolamentare ed economica.

51. Altri operatori affermano che, sulla base di quanto riportato nel documento sottoposto a consultazione e nella decisione della Commissione Europea, si desume come non vi sia in realtà una lista chiara di quelle che sono considerabili come decisioni strategiche, né tantomeno vi è una esplicita esclusione, rinvenibile in documenti giuridicamente rilevanti quali lo Statuto di FiberCop o i patti Parasociali tra le parti coinvolte, che stabiliscano chiaramente che il MEF non abbia un effettivo potere e controllo sulle scelte strategiche commerciali, come richiesto dall'art. 91 comma 1 lett. a).

52. Alcuni operatori aggiungono che la verifica svolta dall'Autorità risulta incompleta anche alla luce del fatto che Poste Italiane a fine marzo 2025 è divenuta il maggiore azionista di TIM. Tale fattore costituirebbe, ad avviso degli operatori, un elemento essenziale anche ai fini della valutazione che l'Autorità è chiamata a svolgere sia (i) sulla natura *wholesale only* di FiberCop sia (ii) sulle dinamiche competitive dei mercati interessati, in quanto il MEF direttamente o per il tramite di proprie società controllate detiene partecipazioni rilevanti e/o di controllo nei due principali operatori *wholesale* e nell'operatore *retail* risultante dallo scorporo della rete. In particolare, alcuni operatori esortano l'Autorità a valutare quantomeno, con un supplemento di istruttoria, se non vi sia un controllo dello Stato Italiano su TIM e su FiberCop, mediante diritti di veto o altri mezzi, o se non possa aver luogo un coordinamento tra TIM e FiberCop per il tramite di tali partecipazioni detenute dallo Stato italiano, sia pure indirettamente, con la conseguenza che non sarebbe soddisfatta la condizione di cui

all'art. 91, comma 1, lett. a), del Codice, necessaria per considerare FiberCop un operatore “*wholesale only*”.

53. Gli operatori, dunque, esortano l’Autorità a svolgere le opportune verifiche per confermare il ruolo di controllo del MEF che scaturisce dalla partecipazione diretta nel capitale sociale di FiberCop e dalla partecipazione indiretta in TIM, configurando il mancato rispetto del requisito richiesto dall’art. 91 comma 1 lett. a).

54. Un operatore concorda con le conclusioni dell’Autorità relative alla sussistenza delle condizioni di cui al comma a), con l’unica eccezione dei servizi “*resale*” di tipo Easy IP (in particolare *Easy IP NGA*). Al riguardo, l’operatore evidenzia che i servizi di tipo *Easy IP*, sono servizi di tipo “*resale*” la cui connotazione è di dubbia compatibilità con lo “*status*” di *wholesale only* invocato, in quanto realizzano di fatto servizi di accesso ad Internet *end to end* “*white label*”, sia pure destinati alla rivendita, che hanno le medesime caratteristiche di una vendita di un servizio di accesso ad Internet *retail* a tutti gli effetti. La società invita dunque l’Autorità a valutare la sospensione della commercializzazione dei servizi *Easy IP* (in particolare *Easy IP NGA*) di FiberCop, i quali presentano l’ulteriore e connessa criticità determinata dal fatto che una componente rilevante del servizio (quella relativa alla Banda *Ethernet*) è oltretutto basata su un servizio fornito da TIM in esclusiva di fatto a FiberCop. In via subordinata, la commercializzazione dei servizi di tipo *Easy IP* dovrebbe essere sospesa almeno fino a quando il servizio di Banda *Ethernet* non venga autoprodotta da FiberCop o almeno effettivamente acquistata da FiberCop in concorrenza sul mercato e non in una situazione di esclusiva di fatto da TIM.

Sussistenza delle caratteristiche di cui al comma 1, lettera b) dell’art. 91 del Codice

55. La maggior parte degli operatori non concorda con l’analisi dell’Autorità circa la sussistenza – con riferimento a FiberCop – delle caratteristiche di cui al comma 1, lett. b, dell’art. 91 ed esorta la stessa a condurre un’indagine sostanziale e non formale dei legami fra TIM e FiberCop ai fini della qualificazione di FiberCop come *wholesale only*.

56. In particolare, gli operatori evidenziano un’interpretazione eccessivamente restrittiva adottata dall’Autorità della lettera della norma che si sostanzierebbe nella verifica dell’assenza di un vincolo formale di esclusiva nell’acquisto dei servizi di TIM da parte di FiberCop, e risulterebbe incompleta e non idonea a cogliere la complessità delle relazioni operative tra le due società, trascurando del tutto l’eventualità dell’esistenza di una esclusiva sostanziale risultante dalle disposizioni dell’MSA.

57. Molti operatori ritengono, infatti, che l'MSA sottoscritto tra FiberCop e TIM crei un legame quasi strutturale tra le due società rappresentando sostanzialmente un rapporto equivalente all'esclusiva, lasciando permanere una integrazione verticale di fatto in quanto i servizi venduti a TIM costituiscono la parte più significativa e irrinunciabile del volume di affari di FiberCop.

58. Secondo gli operatori, questo legame di interdipendenza esclusiva tra FiberCop e TIM – in virtù di clausole quali la durata contrattuale trentennale, la clausola di Maggiore Favore, la clausola di esclusiva secondo la quale TIM dovrà acquistare in esclusiva da FiberCop i servizi di accesso (per tutta la durata del MSA), i servizi di rete (fino al 2029) e i servizi immobiliari ed energetici (per i prossimi 6 anni) – dimostra che FiberCop potrà continuare la propria operatività e i propri investimenti a fronte dei ricavi *retail* di TIM che le garantiscono la redditività necessaria. I legami fra FiberCop e TIM e le esclusive di acquisto trentennali di TIM nei confronti di FiberCop, il fatto che la stessa FiberCop qualifichi TIM come il proprio *anchor client* (come dichiarato da FiberCop nel procedimento I-874), renderebbero – a parere degli operatori – ineliminabile e congenito l'incentivo di FiberCop a favorire TIM a scapito degli altri operatori, discriminandoli.

59. Alcuni operatori ritengono dunque che l'Autorità svolga un'analisi del tutto incompleta e di carattere solo formale e che, invece, una lettura dell'art. 91 comma 1 che ne consideri la *ratio* e l'effettivo tenore letterale implica una valutazione sostanziale come si evincerebbe dal considerando 208 del CCEE che implicherebbe una approfondita analisi dei rapporti tra FiberCop e TIM volta ad accertare che – alla luce dei rapporti economici indicati nel MSA – FiberCop non abbia effettivamente e sostanzialmente “*incentivi a discriminare tra i fornitori a valle*”. All'esito di tale valutazione sostanziale – secondo gli operatori – non potrebbe che risultare che TIM e FiberCop mantengono ancora legami significativi e interessi reciproci che rendono non integrati gli estremi dell'*wholesale only*. Dunque, gli operatori affermano che spetta all'Autorità non tanto e non solo verificare se TIM sia o meno l'unico cliente di FiberCop (ossia ci sia una esclusiva in senso stretto), quanto piuttosto di verificare se nei fatti le relazioni tra le due società ed il peso relativo di tali scambi commerciali siano talmente significativi da influenzare in modo determinante il mutuo comportamento e realizzare nella realtà un vincolo di tipo verticale tra le due società. L'esito della verifica, secondo gli operatori, non potrebbe che evidenziare che il MSA crea legami contrattuali penetranti che mettono in dubbio l'indipendenza di FiberCop e che pongono le parti in una situazione tale da godere dei medesimi incentivi di un'impresa verticalmente integrata. Tali legami, ad avviso degli operatori, potrebbero incentivare comportamenti

discriminatori e compromettere la concorrenza, come già oggetto di indagine da parte dell'AGCM (caso I874).

60. Alcuni operatori osservano inoltre che l'effetto del MSA ed i relativi incentivi per FiberCop a mettere in atto pratiche discriminatorie a favore di TIM non è solo un rischio teorico o prospettico ma si sta già concretizzando in azioni messe in atto da FiberCop che già stanno producendo effetti negativi sulle dinamiche di mercato. Un esempio in tal senso sarebbe rappresentato dai meccanismi di sconto sui volumi introdotti da FiberCop dopo luglio 2024 e concepiti in modo tale che, anche se teoricamente disponibili per tutti gli operatori, sono nei fatti accessibili solo a TIM e/o sui servizi acquistati da TIM. L'operatore si sofferma anche sulla recente promozione *One Step* di FiberCop relativa ai servizi di logistica, consegna ed installazione degli apparati CPE, che ad avviso della società è altamente discriminatoria in quanto concepita per favorire esclusivamente TIM, essendo questo l'unico in grado di rispettare le soglie di volumi richiesti sui servizi attivi offerti da FiberCop.

61. Un operatore evidenzia che FiberCop tende a discriminare a favore degli operatori che richiedono servizi attivi rispetto a quelli che richiedono l'accesso alle infrastrutture, osservando che in tal senso la separazione strutturale non abbia prodotto un operatore interessato a valorizzare gli *asset* fisici della rete (e riferisce di un rifiuto recente da parte di FiberCop di negoziare un'offerta massiva). Pertanto, l'operatore invita l'Autorità, nell'ambito della più ampia analisi di mercato, a valutare l'imposizione di obblighi regolamentari anche sulle infrastrutture civili e a monitorare attentamente i comportamenti di FiberCop, per evitare – da parte di FiberCop – restrizioni all'accesso alle proprie infrastrutture fisiche, forzando l'uso di servizi a livelli più bassi della scala degli investimenti, e l'utilizzo di tali restrizioni nell'accesso alle infrastrutture fisiche per condizionare i comportamenti degli operatori alternativi.

62. Un operatore osserva altresì che non solo FiberCop risultava essere l'operatore SMP ma anche che TIM *retail* detiene la maggior quota di mercato degli accessi fissi *broadband* e *ultrabroadband* e, pertanto, anche se FiberCop può formalmente vendere ad altri operatori, tali condizioni non la rendono indipendente come dovrebbe esserlo un operatore "*wholesale only*". Inoltre, l'operatore sottolinea che la contendibilità della domanda sul mercato *wholesale* è limitata con effetti escludenti per gli altri soggetti *wholesale*, disincentivati ad investire, riducendo la concorrenza e quindi la possibilità di scelta per gli operatori *retail*.

63. Il medesimo operatore evidenzia poi che le clausole presenti negli accordi tra TIM e FiberCop sui servizi in IRU potrebbero potenzialmente consentire a TIM di beneficiare di un indebito vantaggio competitivo mantenendo un'integrazione verticale

nascosta tra TIM e FiberCop e fornendo così loro la possibilità di favorirsi reciprocamente, con evidenti vantaggi economici/finanziari che risulterebbero pertanto essere riservati solo a TIM tramite questo meccanismo.

64. In relazione alla banda *bitstream* venduta da TIM a FiberCop, alcuni operatori ritengono che, sebbene non esistano previsioni contrattuali che definiscano una esclusiva formale, vi sia comunque una esclusiva di fatto. Difatti, un operatore sostiene che solo TIM ha una capillarità tale da poter garantire il grado di diffusione necessario per poter vendere tali tipologie di servizi *wholesale* a livello nazionale che risulterebbero essere un bene difficilmente replicabile visti gli investimenti necessari per realizzarli e pertanto considerabili come una *essential facilities*. Un altro operatore sul punto rileva che l'alternativa all'acquisto del servizio da TIM – ossia l'approvvigionamento del servizio di trasporto da un altro operatore *wholesale* – risulterebbe nella pratica inapplicabile, in quanto richiederebbe a FiberCop di acquistare da un soggetto attivo sul medesimo mercato di riferimento, e quindi in concorrenza diretta. Tale ipotesi, sebbene astrattamente percorribile, si scontra con evidenti ostacoli in termini, tra gli altri, economici, nonché con l'interesse di FiberCop stessa a non alimentare un operatore concorrente nel mercato *wholesale*.

65. Un altro operatore ritiene che il fatto che TIM acquisisce da FiberCop in esclusiva tutti i c.d. servizi di rete ed i servizi di *engineering* comporta che TIM, diversamente da qualsiasi altro operatore sul mercato, rinuncia ad avere alcuna autonomia nella gestione e sviluppo della propria infrastruttura e che dipende integralmente da FiberCop per tali aspetti. Ne consegue che, più che essere un operatore *retail*, TIM si configura come un *reseller* di servizi integralmente ideati e prodotti da FiberCop, lasciando quindi FiberCop verticalmente integrato nella produzione di servizi all'ingrosso ed al dettaglio, delegando a TIM la sola rivendita di questi ultimi.

66. Alcuni operatori rappresentano come la separazione tra TIM e FiberCop, pur essendo formalmente dichiarata e regolamentata, sollevi alcune perplessità in termini di effettiva autonomia operativa e percezione da parte del mercato. In particolare, gli operatori rilevano che, nelle sue attività di *operation*, FiberCop continua ad avvalersi di mezzi operativi - quali autovetture e tecnici - recanti il marchio TIM, generando una sovrapposizione di immagine che può alimentare confusione presso il cliente finale. I rispondenti osservano che quest'ultimo, trovandosi ad interagire con tecnici apparentemente riconducibili a TIM, potrebbe non comprendere con chiarezza se il servizio sia erogato da quest'ultima o da un operatore terzo che si avvale delle infrastrutture di FiberCop.



67. Un altro operatore concorda solo parzialmente con le conclusioni raggiunte dall’Autorità in relazione alla sussistenza delle condizioni di cui al comma b), in quanto ritiene che l’MSA determini un’esclusiva di fatto almeno nei seguenti tre elementi: i) l’esclusiva di fatto nell’offerta *wholesale* di servizi B2B forniti da FiberCop a TIM, ii) l’esclusiva di fatto nei servizi di “Banda Ethernet” forniti da TIM a FiberCop e iii) l’esclusiva di fatto negli sconti a volume sui servizi attivi FTTH forniti da FiberCop a TIM.

68. Per tutte le ragioni sopra evidenziate, la maggior parte degli operatori ritiene che non possa essere applicato a FiberCop il regime regolatorio di tipo “*wholesale only*” in quanto non sono soddisfatte le condizioni indicate nell’articolo 91 del Codice.

69. Un operatore evidenzia altresì che il documento posto in consultazione pubblica parte da un ulteriore presupposto errato da un punto di vista normativo, ed ossia che nel caso di qualificazione di FiberCop quale operatore *wholesale only* si applicherebbe automaticamente a quest’ultima “*il trattamento regolamentare previsto dal suddetto articolo 91 al comma 2, meno stringente rispetto a quello previsto per un operatore SMP verticalmente integrato*”, in quanto il Codice non prevede alcuna forma di automatismo tra *wholesale only* ed alleggerimento degli obblighi regolamentari, ma le valutazioni del comma 1 devono essere integrate con le valutazioni previste: i) dal comma 2 dello stesso articolo, che consistono nel valutare se un eventuale più favorevole trattamento regolamentare sia “*giustificato in base a un’analisi di mercato che comprenda una valutazione in prospettiva del probabile comportamento dell’impresa designata come detentrica di un significativo potere di mercato*” e ii) dal comma 4, che prevede che in ogni caso l’Autorità possa imporre “*uno o più obblighi di cui agli articoli 80, 82, 83 o 85*” qualora “*sulla base di prove dei termini e delle condizioni offerti dall’impresa ai clienti a valle, conclude che sono sorti o potrebbero sorgere problemi di concorrenza a scapito degli utenti finali*”.

70. Al riguardo un altro operatore rileva che anche nell’ipotesi in cui un operatore soddisfi i criteri per essere designato operatore “*wholesale only*”, l’Autorità non è tenuta a rimuovere in parte o in toto gli obblighi regolamentari gravanti in capo a questo se constata la persistenza di problemi di concorrenza nei mercati all’ingrosso e/o al dettaglio. L’operatore raccomanda pertanto che l’Autorità continui a imporre misure correttive a FiberCop e sviluppare un solido meccanismo di supervisione *ex ante* in relazione alle offerte commerciali di FiberCop nel mercato dell’accesso all’ingrosso.

71. Un altro operatore esprime pieno supporto all’azione dell’Autorità in relazione alle conclusioni contenute nel documento sottoposto a consultazione. In merito alla verifica svolta dall’Autorità l’operatore precisa comunque che l’estensione



di tale verifica agli acquisti di FiberCop sulla base di eventuali accordi di esclusiva tra FiberCop e TIM (e/o qualunque altro operatore *retail*), basata su una interpretazione estensiva della norma non risulta né giustificata né proporzionata, in quanto gli eventuali acquisti da parte di FiberCop in esclusiva di servizi di TIM non comportano alcun rischio di discriminazione nella fornitura dei servizi *wholesale* della stessa FiberCop agli operatori *retail*.

72. L'operatore osserva che, come esplicitamente descritto nel considerando 208 del CCEE, un operatore *wholesale only* può determinare un notevole impatto pro-competitivo, grazie alla creazione di un mercato all'ingrosso dinamico ed effetti positivi per la concorrenza a valle, soprattutto in quanto, a differenza di un operatore verticalmente integrato, non ha incentivi a discriminare qualità e prezzo dei servizi forniti ai diversi operatori attivi a valle. L'operatore evidenzia che, conseguentemente, l'operatore strutturalmente separato, che risulti in una posizione di significativo potere di mercato nell'accesso *wholesale*, deve essere soggetto ad una regolazione meno intrusiva rispetto a quella prevista per un operatore SMP integrato verticalmente, adattando proporzionalmente gli obblighi alla più favorevole situazione concorrenziale.

73. L'operatore ritiene che sia pienamente soddisfatto da FiberCop il requisito di cui all'articolo 91, comma 1, lett. b) del Codice in quanto:

- i. l'MSA non prevede alcuna esclusiva in relazione all'offerta dei servizi di FiberCop in favore di TIM;
- ii. la clausola MFC ("*Most Favoured Condition*") in favore di TIM non equivale, per definizione, alla sussistenza di un rapporto di esclusiva, in quanto si applica a prestazioni e servizi che sono offerti anche ad altri operatori, e non può ritenersi di per sé pregiudizievole per la concorrenza e per il mercato;
- iii. le scontistiche individuate dall'MSA in favore di TIM (peraltro, al momento non applicate in attesa delle verifiche da parte delle Autorità competenti) non configurano un rapporto di esclusiva di FiberCop nei confronti di TIM.

74. Secondo la società, i requisiti previsti dalla lettera b) dell'art. 91, comma 1, risultano parimenti soddisfatti, anche nell'interpretazione estensiva fornita dall'Autorità. Pur accogliendo tale conclusione, l'operatore sottolinea, infatti, che essa è impropriamente cautelativa. Al riguardo, osserva che la *ratio* del divieto di esclusiva, come chiarito dal considerando 208 del CCEE e dalla teoria della regolazione, è quella di assicurare l'assenza di vincoli contrattuali che inducano l'operatore *wholesale only* a discriminare, nella fornitura dei propri servizi all'ingrosso, tra i propri clienti a valle,

attivi in un mercato al dettaglio dei servizi di comunicazione elettronica. Secondo l'operatore, quindi, la finalità pro-concorrenziale nei mercati al dettaglio porta a considerare che il vincolo posto per gli operatori *wholesale only* debba riguardare solo i contratti "attivi" di fornitura e non quelli "passivi" di acquisto da operatori presenti nel mercato al dettaglio in quanto solo i primi potrebbero procurare all'impresa a valle un vantaggio suscettibile di determinare uno squilibrio concorrenziale a discapito degli utenti finali. Viceversa, in caso di acquisti in esclusiva da parte dell'operatore *wholesale*, l'impresa a valle riceverebbe un beneficio economico non diverso da quello che potrebbe derivarle da un accordo di esclusiva concluso con qualsiasi altro cliente. Secondo l'operatore, invece, l'interpretazione estensiva adottata dall'Autorità porta a includere nella valutazione, anche i rapporti in cui FiberCop è acquirente di servizi, di qualsiasi tipo, da operatori *retail*. Tale estensione – secondo la società – non appare neanche proporzionata in quanto potrebbe limitare la libertà d'impresa di FiberCop senza motivazioni economiche o concorrenziali concrete.

75. In merito ai servizi che FiberCop acquista da TIM su base esclusiva (fornitura dei servizi mobili per ufficio e servizi "Real Estate"), ancorché non rientranti nella verifica prevista dall'art. 91 CCEE, l'operatore comunque sottolinea che:

- a) entrambe le tipologie di servizio sono di natura ancillare rispetto all'attività d'impresa svolta da FiberCop ed hanno una incidenza pressoché trascurabile sui costi annuali complessivi sostenuti da quest'ultima, avendo l'unico obiettivo di consentire a FiberCop di operare nella fase di avvio della propria attività;
- b) i servizi mobili per ufficio risultano estranei al mercato dell'accesso alla rete fissa oggetto di analisi e sono servizi non regolamentati;
- c) anche i servizi "Real Estate" (sub-locazione di spazi industriali in immobili presi in locazione da TIM) costituiscono comunque "servizi secondari" rispetto a quelli propri dei mercati oggetto dell'analisi;
- d) la rinuncia espressa di TIM e FiberCop all'applicazione della clausola *Preferred Supplier Clause* per i servizi mobili d'ufficio, comunicata all'Autorità a marzo 2025 dai due operatori con separate comunicazioni, sterilizza il legame duraturo che tale clausola avrebbe potuto determinare negli anni a seguire la durata della scadenza dell'impegno di acquisto, che in ogni caso appare in linea con le prassi commerciali;
- e) FiberCop può comunque avvalersi della facoltà di recesso, in tutto o in parte, dall'acquisto dei servizi immobiliari con 12 mesi di preavviso, anche nel corso del primo termine di 6 anni.

76. Pertanto, secondo l'operatore, anche sotto questo profilo, esorbitante rispetto ai corretti ambiti di analisi, non verrebbe in alcun modo pregiudicata la verifica positiva delle condizioni previste dall'art. 91 del Codice nei confronti di FiberCop.

77. Anche un altro operatore ritiene che l'art. 91, comma 1, lett. b del CCEE riguardi unicamente le esclusive che vincolano, verso terzi, le forniture dell'impresa di cui si deve indagare la natura *wholesale only* (i.e., FiberCop), non le eventuali esclusive concesse da terzi a favore di detta impresa e/o in capo/a beneficio di suoi fornitori. Per tale ragione, l'operatore ritiene, anche in principio, irrilevanti, tanto l'esclusiva sulla telefonia mobile aziendale, quanto, *a fortiori*, quella sui servizi *real estate*, concesse da TIM a FiberCop, in quanto si tratta di forniture che non inibiscono, in alcun modo, a FiberCop l'erogazione dei servizi *wholesale a retailer* diversi da TIM in condizioni di piena parità (come, del resto, impone la regolamentazione vigente in capo all'operatore SMP). In ogni caso la società evidenzia che è venuta meno l'applicazione del meccanismo di fornitore preferenziale a beneficio di TIM, una volta scaduto il contratto di fornitura dei citati servizi mobili. Per contro, un altro operatore ritiene che le valutazioni rese dall'Autorità all'esito della scarna analisi da essa condotta sui servizi mobili d'ufficio e immobiliari non siano comunque corrette in quanto avrebbero dovuto escludere, quantomeno per la durata di tali vincoli, la sussistenza in capo a FiberCop delle condizioni necessarie ai fini della qualifica di operatore *wholesale only*.

78. Un operatore sottolinea inoltre che la controprova che FiberCop deve essere qualificato come operatore *wholesale only* è costituita dal fatto che il TAR ha confermato che TIM è, sin dalla data di perfezionamento dell'operazione di separazione, un soggetto "*retail-only*" e che tale situazione (ossia, "*che sia venuta meno l'integrazione verticale Telecom*") è talmente inconfutabile, che la rimozione degli obblighi asimmetrici ancora in capo a TIM, aveva "*natura vincolata*" per l'Autorità.

4. Parere reso dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

79. Ai sensi dell'art. 91, comma 1, del Codice, l'Autorità ha richiesto – in data 17 aprile 2025 (prot. n. 99549) – all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) di formulare il proprio parere sul documento (Allegato B alla delibera n. 103/25/CONS) recante la *Verifica della sussistenza in capo a FiberCop S.p.A. delle condizioni di "operatore wholesale only" ai sensi dell'articolo 91 del Codice*.

80. Il parere dell'AGCM (parere S5234) è stato trasmesso all'Autorità in data 15 maggio 2025 (prot. n. 120916).

81. L'AGCM ha espresso una posizione adesiva sull'analisi svolta dall'Autorità per la verifica dei requisiti di cui all'articolo 91, comma 1, del Codice, necessari per qualificare un operatore attivo nell'offerta di servizi di accesso all'ingrosso alla rete fissa come *wholesale only*.

82. In particolare, l'AGCM – avendo constatato, in primo luogo, che FiberCop non è attiva nei mercati *retail* dei servizi di comunicazione elettronica – concorda sulla sussistenza del requisito *ex* articolo 91, comma 1, lettera a).

83. In secondo luogo, l'AGCM osserva che, da un lato, FiberCop non ha esclusive di vendita nel mercato *retail*, essendo un operatore che offre i propri servizi di accesso anche in forza degli obblighi derivanti dalla regolamentazione vigente e che, dall'altro, in relazione ad alcune potenziali criticità relative agli obblighi di acquisto di FiberCop da TIM di servizi di rete mobile e immobiliari, come previsti dal *Master Service Agreement*, le relative clausole contrattuali non ostano al soddisfacimento dei requisiti di cui all'articolo 91, comma 1, lettera b), del Codice, in quanto i servizi interessati non riguardano la parte centrale delle attività oggetto del procedimento di analisi dei mercati di accesso alla rete fissa e sono disposizioni contrattuali in parte transitorie e legate alla garanzia di continuità aziendale di FiberCop nel periodo successivo alla scissione societaria e proprietaria da TIM.

84. L'AGCM afferma inoltre che, per i servizi mobili, la circostanza che TIM e FiberCop si sono impegnate a non applicare la clausola del *Preferred Supplier* appare rimuovere il rischio che l'obbligo di acquisto si protragga eccessivamente nel tempo, oltre il fabbisogno fisiologico dettato dall'esigenza di continuità aziendale. Analogamente, per i servizi immobiliari, l'AGCM ritiene che la clausola che conferisce a FiberCop una facoltà di recesso anticipato rispetto alla durata iniziale di sei anni dell'obbligo di acquisto appaia idonea a limitare i potenziali profili di criticità ai sensi dell'articolo 91, comma 1, lettera b), del Codice.

85. Pertanto, l'AGCM concorda con le analisi svolte dall'Autorità nella propria delibera n. 103/25/CONS e dunque con la conclusione secondo cui il *test* dell'articolo 91, comma 1, del Codice è soddisfatto da FiberCop che, pertanto, esclusivamente ai sensi e per gli effetti della richiamata disciplina normativa, può essere qualificato come un operatore *wholesale only*.

5. Valutazioni dell'Autorità

Osservazioni sugli aspetti procedurali

Necessità del completamento dell'istruttoria inerente all'analisi di mercato nel suo complesso

86. L'Autorità evidenzia che la scelta di condurre, nell'ambito del procedimento di analisi di mercato avviato con delibera n. 315/24/CONS, una consultazione pubblica preliminare relativa unicamente alla verifica della sussistenza in capo a FiberCop delle condizioni di “operatore *wholesale only*” previste dal comma 1 dell'art. 91 del Codice è stata dettata dall'importanza che riviste questa caratterizzazione ai fini dell'analisi di mercato in corso, rappresentandone un presupposto, oltre che dalla considerazione che si tratta della prima applicazione di tale norma su larga scala da parte di una Autorità di regolazione europea.

87. In tal senso, l'Autorità precisa che la consultazione pubblica di cui alla delibera n. 103/25/CONS è stata solo una fase preliminare volta a raccogliere informazioni e opinioni del mercato sul tema; gli esiti di tale consultazione sono recepiti nel presente schema di provvedimento relativo all'intera analisi di mercato sottoposto a consultazione pubblica nazionale ai sensi dell'art. 23 del Codice.

88. L'Autorità chiarisce inoltre che, fino a quando non si sarà concluso il presente procedimento di analisi di mercato avviato con delibera n. 315/24/CONS, resteranno in vigore tutti gli obblighi regolamentari imposti con la precedente analisi di mercato di cui alla delibera n. 114/24/CONS e, dunque, non vi è alcun alleggerimento degli obblighi regolamentari a conclusione di tale fase del procedimento, come ipotizzato da alcuni rispondenti.

89. Si intende altresì evidenziare che lo svolgimento di una consultazione preliminare unicamente sull'applicazione dell'art. 91, comma 1 del Codice, non è contraria né alla *ratio* né alla lettera di tale norma in quanto la verifica della natura *wholesale only* di un operatore imposta dal suddetto comma è concettualmente autonoma rispetto alla valutazione della competitività dei mercati rilevanti oggetto di analisi ed alla definizione dei rimedi. L'art. 91, al comma 1, si limita infatti a richiedere all'Autorità di verificare la sussistenza delle seguenti due condizioni inerenti all'impresa in esame: 1) la non operatività dell'impresa (anche attraverso controllate e controllanti) nei mercati *retail* dei servizi di comunicazione elettronica e 2) l'assenza di relazioni contrattuali di “esclusiva” (anche di fatto) con imprese che operano nei mercati *retail*.

90. Nei successivi commi dell'articolo 91 il legislatore si riferisce, invece, a come la qualifica di *wholesale only* dell'operatore SMP (oggetto del comma 1) possa incidere sulla definizione dei rimedi tenuto conto del livello di competitività dei mercati rilevanti. Pertanto, la qualifica di operatore *wholesale only* concettualmente prescinde dal livello di competitività dei mercati oggetto di analisi e costituisce un presupposto essenziale per la definizione dei rimedi.

91. In aggiunta, si specifica che nelle proprie valutazioni oggetto della consultazione di cui alla delibera n. 103/25/CONS l'Autorità ha analizzato integralmente l'MSA, e dunque gli elementi sostanziali che regolano i rapporti tra FiberCop e TIM che ne derivano, ma unicamente ai fini dell'applicazione dell'articolo 91, comma 1, oggetto di consultazione e, dunque, per le sole valutazioni concernenti la non operatività dell'impresa (anche attraverso controllate e controllanti) nei mercati *retail* dei servizi di comunicazione elettronica e l'assenza di relazioni contrattuali di "esclusiva" (anche di fatto) di FiberCop con imprese che operano nei mercati *retail*. L'impatto delle previsioni dell'MSA e delle clausole ivi contenute sulle dinamiche competitive è stato tenuto in debito conto dall'Autorità nell'ambito dell'analisi del livello di concorrenza dei mercati e conseguentemente nella definizione dei rimedi.

Necessità di attendere la conclusione del procedimento antitrust

92. Proprio perché il contenuto dell'MSA è risultato non incidere sull'esistenza in capo a FiberCop delle condizioni di operatore *wholesale only* ex art. 91, per le ragioni in precedenza illustrate, gli esiti del procedimento *antitrust* I-874 – volto a verificare la sussistenza nell'MSA siglato tra TIM e FiberCop di eventuali profili di intesa potenzialmente restrittiva della concorrenza, ai sensi dell'art. 101 TFUE – non sono destinate ad avere impatto su tali valutazioni, oggetto del presente procedimento di analisi di mercato. Piuttosto, i suddetti esiti – inclusa la valutazione degli impegni presentati dalle Parti del procedimento I-874¹¹ che potranno essere accettati e resi vincolanti dall'AGCM, anche con eventuali modifiche, e le conseguenti variazioni di alcune clausole dell'MSA – potranno incidere sulla valutazione delle problematiche competitive dei mercati oggetto dell'analisi in corso e sulla modulazione dei conseguenti obblighi regolamentari (in ossequio al principio di proporzionalità) da imporre in capo a FiberCop nei mercati 1B e 2B, ove è stato individuato come operatore SMP. Al riguardo, la proposta regolamentare dell'Autorità, illustrata nel Documento VI

¹¹ Come illustrato nell'Allegato B, il 9 luglio 2025 FiberCop ha comunicato all'Autorità di aver provveduto, in data 18 giugno 2025, a depositare in AGCM una proposta di Impegni volta a superare le criticità concorrenziali ipotizzate dall'AGCM nel provvedimento di apertura dell'istruttoria I874.

del presente schema di provvedimento, include le modalità per recepire gli esiti del procedimento *antitrust* I-874.

93. D'altronde, la stessa AGCM nel proprio parere reso all'Autorità in merito alla delibera n. 103/25/CONS e alle relative valutazioni dell'Autorità sottoposte a consultazione ha espresso una posizione adesiva all'analisi svolta dall'Autorità per la verifica dei requisiti di cui all'articolo 91, comma 1, del Codice. L'AGCM concorda infatti sulla sussistenza di entrambi i requisiti *ex* articolo 91, comma 1, e non solleva alcuna problematica in relazione ai legami con la propria istruttoria in corso ai fini della qualifica di FiberCop quale operatore *wholesale only*, né in relazione alle tempistiche della consultazione pubblica preliminare svolta dall'Autorità.

Sussistenza delle caratteristiche di cui al comma 1, lettera a) dell'art. 91 del Codice

94. L'Autorità prende atto che la maggioranza dei partecipanti condivide la propria valutazione in merito al soddisfacimento da parte di FiberCop dei requisiti di cui al comma 1, lettera a) dell'art. 91 del Codice. Con riferimento alle perplessità sollevate da alcuni operatori riguardanti il ruolo del MEF all'interno del capitale sociale di FiberCop, nonché la partecipazione indiretta del MEF in TIM, soprattutto alla luce delle recenti operazioni societarie che hanno coinvolto le società Poste italiane e TIM e che hanno determinato un aumento significativo della partecipazione di Poste in TIM (in seguito alla rilevazione della quota di Vivendi), si osserva quanto segue.

95. Come già evidenziato nel documento sottoposto a consultazione il MEF non detiene partecipazione di controllo in FiberCop, secondo quanto sancito dalla Commissione europea nella propria decisione del 30 maggio 2024 (*Case M.11386 - KKR/NETCO*), dove si specifica che, per le Questioni Strategiche su cui il MEF avrà diritto di veto, tali diritti di veto sono limitati alla tutela delle questioni strategiche di interesse pubblico e di sicurezza nazionale. Tali diritti sono un complemento (e un presupposto) ai poteri che il Governo italiano già possiede attraverso le condizioni imposte a NetCo dalla Presidenza italiana del Consiglio dei Ministri attraverso la Decisione del 16 gennaio 2024 presa ai sensi della normativa *Golden Power*. La Commissione conclude che il diritto di veto del MEF non incide sulle decisioni strategiche relative a NetCo.

96. Di conseguenza, essendo FiberCop controllata esclusivamente da KKR – come affermato dalla Commissione europea nella suddetta Decisione – il maggior ruolo assunto dal MEF in TIM, attraverso la società Poste Italiane, non rileva ai fini dell'applicazione dell'articolo 91, comma 1 lettera a.

97. In ogni caso, come indicato nel comma 3 dell'articolo 91 del Codice, in caso di variazione della compagine azionaria di FiberCop che conduca alla modifica delle circostanze di cui al comma 1, lettere a), l'Autorità potrà rivedere in qualsiasi momento la propria decisione al riguardo.

98. Circa l'osservazione di alcuni operatori sulla necessità di effettuare la verifica di cui all'art. 91, comma 1, lettera a, considerando la non operatività dell'impresa (anche attraverso controllate o controllanti) nei mercati *retail* dei servizi di comunicazione elettronica in tutti i territori dell'Unione Europea e non solo nel Paese di origine della società sotto esame, l'Autorità ribadisce che ai fini dell'applicazione della norma appare rilevante solo l'eventuale attività *retail* svolta dall'operatore in Italia dato che la dimensione geografica dei mercati rilevanti oggetto di analisi e dei quali si deve, dunque, analizzare il grado di concorrenza al fine di intervenire con un'azione regolamentare *ex ante* per risolvere eventuali problemi competitivi, è circoscritta al contesto nazionale o a parte di esso.

99. In relazione alla criticità sollevata da un operatore secondo cui il soddisfacimento dei requisiti di cui all'art. 91, comma 1, lett. a) verrebbe meno a causa della vendita da parte di FiberCop dei servizi di tipo *Easy IP*, che – a suo avviso – costituiscono servizi di tipo “*resale*” di dubbia compatibilità con lo “*status*” di *wholesale only*, si evidenzia quanto segue. *Easy IP*, nonostante sia un servizio “vestito” (nel senso che fornisce accesso, trasporto *bitstream* e trasporto IP Internet) è comunque un servizio *wholesale* fornito da FiberCop agli operatori ed è, quindi, esclusa una relazione di vendita diretta ai clienti finali. Dunque, *Easy IP* non costituisce un servizio al dettaglio. Inoltre, *Easy IP* è un servizio fornito a condizioni commerciali (ai sensi delle precedenti delibere di analisi di mercato dell'Autorità), relativamente al quale FiberCop non ha particolari obblighi regolamentari, se non con riferimento alle componenti regolamentate che lo costituiscono.

Sussistenza delle caratteristiche di cui al comma 1, lettera b) dell'art. 91 del Codice

100. In relazione alla posizione espressa dalla maggior parte dei rispondenti sul mancato soddisfacimento dei requisiti di cui all'articolo 91, comma 1, lettera b, del Codice in virtù delle previsioni e clausole contenute nel MSA siglato da TIM e FiberCop, che a loro avviso creerebbero un legame quasi strutturale tra le due società determinando sostanzialmente un rapporto equivalente all'esclusiva e che l'Autorità avrebbe ommesso di considerare mediante un'interpretazione eccessivamente restrittiva della lettera della norma e un'analisi di carattere solo formale e non sostanziale, si osserva quanto segue.

101.L'Autorità ritiene di avere correttamente interpretato il dettato del primo comma dell'art. 1 lett. b che richiede di verificare se l'impresa non sia *tenuta a trattare* con un'unica impresa attiva in un mercato al dettaglio dei servizi di comunicazione elettronica, *in virtù di un contratto di esclusiva o di un accordo che rappresenta di fatto un contratto di esclusiva*. Si è proceduto in particolare a verificare se, in base ai rapporti negoziali esistenti (descritti anche nel MSA, per quanto concerne i rapporti con TIM), FiberCop vende in esclusiva, anche di fatto, i propri servizi a un'impresa attiva in un mercato al dettaglio dei servizi di comunicazione elettronica, o acquista in esclusiva, anche di fatto, servizi da tali imprese (TIM o altre). Ebbene dalle risultanze istruttorie, è emerso che il MSA tra FiberCop e TIM non mostra alcun accordo di esclusiva in tal senso, anche di fatto, né che vi sono altri accordi di esclusiva con altre imprese attive nei mercati al dettaglio. Si precisa quindi che – contrariamente a quanto affermato da alcuni rispondenti – l'Autorità ha analizzato le previsioni e clausole citate dai rispondenti in consultazione, quali *inter alia*: i) la durata del MSA, ii) il meccanismo di sconti a volumi sui servizi VULA FTTH, iii) le clausole del *Most Favourable Client* (MFC) e del fornitore preferenziale (*Preferred Supplier Clause*), iv) la previsione che vincola TIM ad acquistare unicamente da FiberCop anche nelle aree che saranno coperte in futuro da FiberCop (dove ora TIM compra da terzi), v) la concessione di diritti IRU sui rilegamenti in fibra ottica dedicati ai clienti aziendali. L'Autorità ha valutato che tali previsioni e clausole del MSA – peraltro oggetto dell'istruttoria *antitrust* in corso – non incidono sulle valutazioni cui al comma 1, lett. b, dell'articolo 91 in quanto non si traducono in un vincolo per FiberCop a trattare in esclusiva con TIM (anche di fatto). Diversamente, le medesime previsioni, potrebbero alterare le corrette dinamiche competitive dei mercati all'ingrosso e al dettaglio di accesso alla rete fissa.

102.Per tali ragioni, l'Autorità ha valutato l'impatto dell'MSA sulla concorrenzialità dei mercati dei servizi di accesso alla rete fissa ai fini della definizione degli obblighi regolamentari da imporre in capo a FiberCop nei mercati 1B e 2B (ove è stato individuato come operatore SMP) tenendo naturalmente conto anche degli eventuali sviluppi dell'istruttoria *antitrust* I874, che possono condurre ad una modifica di alcune di dette clausole. Si rimanda per i dettagli al Documento VI del presente schema di provvedimento.

103.L'Autorità ritiene di avere effettuato dunque una verifica conforme alla *ratio* ed alla lettera del primo comma dell'art. 91 del Codice, che – come già evidenziato precedentemente – si limita a richiedere una valutazione circa la sussistenza di sole due condizioni che riguardano unicamente l'impresa in esame e non il mercato, ossia: 1) che l'impresa non operi (anche attraverso controllate e controllanti) nei mercati *retail* dei

servizi di comunicazione elettronica e 2) che non abbia relazioni contrattuali di “esclusiva”, anche di fatto, con imprese che operano nei mercati *retail*.

104. Una volta qualificato l’operatore come *wholesale only*, l’Autorità è poi chiamata – come si legge nei successivi commi dell’art. 91 – a definire i rimedi più consoni tenuto conto del livello di competitività dei mercati rilevanti. È in questa fase che rileva il contenuto del MSA che tanto preoccupa il mercato. L’impatto delle previsioni dell’MSA e delle clausole ivi contenute è dunque stato tenuto in debito conto dall’Autorità nell’ambito dell’analisi del livello di concorrenza dei mercati e conseguentemente nella definizione dei rimedi (Documento VI).

105. Proprio per le suddette considerazioni e per quanto illustrato nel Documento VI, contrariamente a quanto paventato da un operatore nell’ambito della consultazione di cui alla delibera n. 103/25/CONS, l’Autorità non intende applicare all’operatore SMP qualificato “*wholesale only*” in modo automatico il trattamento regolamentare previsto dal suddetto articolo 91 al comma 2, meno stringente rispetto a quello previsto per un operatore SMP verticalmente integrato. In questo senso, quantunque il dettato dell’art. 91 limita la discrezionalità tecnica basata sulle risultanze delle analisi di mercato normalmente attribuita all’Autorità, in quanto tale norma individua i rimedi regolamentari da imporre a un operatore SMP qualificato anche *wholesale only* (solo obblighi di accesso e non discriminazione, nonché eventualmente prezzi equi e ragionevoli), si concorda pienamente con un altro operatore che ciò non equivale ad alcuna forma di automatismo tra qualifica di *wholesale only* dell’operatore SMP ed alleggerimento degli obblighi regolamentari. Come già detto, infatti – ai sensi del comma 2 dell’Articolo 91 – l’Autorità può imporre, *conformemente al principio di proporzionalità*, oltre agli obblighi di accesso alla rete e di non discriminazione anche obblighi inerenti a prezzi equi e ragionevoli, *se giustificato in base a un’analisi di mercato che comprenda una valutazione in prospettiva del probabile comportamento dell’impresa designata come detentrica di un significativo potere di mercato*. In aggiunta, come anche evidenziato da un rispondente, ai sensi del successivo comma 4, l’Autorità è tenuta a rivedere gli obblighi imposti all’impresa a norma del medesimo art. 91 *se, sulla base di prove dei termini e delle condizioni offerti dall’impresa ai clienti a valle, conclude che sono sorti o potrebbero sorgere problemi di concorrenza a scapito degli utenti finali che richiedono l’imposizione di uno o più obblighi di cui agli articoli 80, 82, 83 o 85, o la modifica degli obblighi imposti a norma del comma 2 della medesima norma*.

106. In conclusione, non vi è alcun automatismo nell’imposizione dei rimedi in capo all’operatore SMP *wholesale only* ex art. 91 del Codice. Ed è proprio in tal senso

che va interpretato il Considerando 208 del CCEE, citato in consultazione dalla maggioranza dei rispondenti. Contrariamente a quanto rappresentato da alcuni rispondenti, tale considerando non fornisce indicazioni sulla *ratio* e sull'applicazione dell'art. 91, comma 1 (ossia sulle caratteristiche che deve avere un operatore per essere qualificato *wholesale only*) ma piuttosto sulle possibili dinamiche competitive che possono derivare sul mercato in presenza di un operatore SMP che sia anche *wholesale only* e, dunque, sulla *ratio* e applicazione dei commi successivi al comma 1 dell'art. 91, attinenti l'imposizione di obblighi regolamentari all'impresa SMP *wholesale only*. Infatti, detto Considerando, pur affermando che taluni rischi per la concorrenza derivanti dal comportamento di operatori attivi esclusivamente sul mercato all'ingrosso potrebbero essere minori di quelli associati alle imprese integrate verticalmente, specifica che tale circostanza si verifica solo se non vi siano incentivi da parte dell'operatore a praticare discriminazioni tra i fornitori a valle, evidenziando conseguentemente che la risposta in termini di regolamentazione dovrebbe essere proporzionalmente meno intrusiva, ma dovrebbe mantenere in particolare la possibilità di introdurre obblighi relativi a una determinazione dei prezzi equi e ragionevoli.