



OSSERVAZIONI DI SKY ITALIA S.R.L.

EXECUTIVE SUMMARY

Con la Delibera in oggetto questa Spettabile Autorità ha avviato una consultazione pubblica concernente la proposta di impegni di co-investimento in reti ad altissima capacità (di seguito “Very High Capacity Network” o “VHCN”) presentata da TIM, ai sensi degli articoli 76 e 79 del Codice Europeo delle Comunicazioni Elettroniche (di seguito “CCEE”).

Pur essendo in linea di principio favorevole a piani di investimento in roll-out di reti FTTH, quale quello previsto dalla mission di FiberCop¹, nel caso specifico oggetto della presente consultazione la Scrivente ritiene che l’offerta di co-investimento pubblicata da TIM necessiti di un’attenta valutazione da parte di codesta Autorità in quanto **le decisioni prese a valle della presente consultazione pubblica:**

- potrebbero **impattare in maniera significativa l’assetto competitivo** del settore delle comunicazioni elettroniche sia a livello *wholesale* che *retail*;
- **creeranno un precedente rilevante nell’applicazione dell’art.76 del CCEE**, influenzando in maniera significativa la definizione del regime regolamentare applicabile alle future reti VHCN, sviluppate sulla base degli impegni di co-investimento negli altri Paesi europei.

L’offerta pubblicata da TIM rappresenta infatti il primo caso in Europa di un (asserito) ‘progetto di co-investimento’ in reti VHCN a valle dell’approvazione del nuovo CCEE, e della conseguente introduzione di incentivi Regolamentari per progetti di coinvestimento di natura pro-competitiva.

Secondo il CCEE infatti, nel caso in cui un’offerta di co-investimento **rispetti i requisiti definiti dall’art. 76** e l’Allegato IV, così come declinati dalle Linee Guida del BEREC² (di seguito “quadro normativo di riferimento”), l’Autorità potrà accertare se le condizioni offerte migliorino le dinamiche competitive in misura tale da **non rendere più necessaria una regolamentazione ex-ante in un determinato mercato all’ingrosso**³ (in relazione alla nuova rete VHCN)⁴.

¹ Riportato a pagina 22 dell’Allegato B alla Delibera oggetto di consultazione.

² BEREC Guidelines to foster the consistent application of the conditions and criteria for assessing co-investments in new very high capacity network elements, nel prosieguo anche “**Linee Guida BEREC**” o “**BEREC Guidelines**”, disponibili al seguente link: https://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/regulatory_best_practices/guidelines/9727-berec-guidelines-to-foster-the-consistent-application-of-the-conditions-and-criteria-for-assessing-new-very-high-capacity-network-elements-article-76-1-and-annex-iv-eecc).

³ Considerando n. 170 CCEE

⁴ Resta in ogni caso la possibilità per il Regolatore di “imporre, mantenere o adeguare misure correttive in conformità degli articoli da 68 a 74 per quanto concerne le nuove reti ad altissima capacità al fine di risolvere notevoli problemi di concorrenza in mercati specifici qualora stabilisca che, viste le caratteristiche specifiche di



A tal riguardo, sulla base dell'analisi effettuata dalla Scrivente -descritta in maniera dettagliata nel prosieguo del presente contributo- risulta evidente come **l'offerta di co-investimento pubblicata da TIM sia in aperta violazione dei requisiti definiti dal quadro normativo di riferimento.**

È quindi opinione di Sky Italia che **l'offerta di co-investimento di TIM non sia qualificabile come un co-investimento ai sensi dell'art. 76** del CCEE e che quindi, con riferimento alla rete VHCN oggetto dell'offerta di co-investimento, risulti **necessario imporre in capo a TIM gli obblighi regolamentari previsti dagli artt. 46, 47, 48, 49 e 50 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche.** Infatti, le condizioni tecniche ed economiche contenute nell'offerta di co-investimento comporterebbero un progressivo rafforzamento della posizione di TIM, e quindi limiterebbero - anziché promuovere - una concorrenza efficace e sostenibile nel lungo periodo nel mercato all'ingrosso e nel mercato dettaglio dell'accesso a banda larga e ultra-larga da postazione fissa (di seguito "mercato all'ingrosso" e "mercato al dettaglio").

Pertanto, in linea con quanto già espresso a codesta Autorità nell'ambito della consultazione pubblica di cui alla Delibera 637/20/CONS, si rileva che:

- gli obblighi regolamentari vadano estesi alla neo-costituita società FiberCop, soggetta all'attività di direzione e coordinamento da parte della stessa TIM ai sensi dell'art. 2497 c.c.;
- ulteriori interventi regolamentari siano necessari onde evitare che la presenza di scambi infragruppo (tra TIM e FiberCop) si traduca in un impatto negativo sulle condizioni competitive nei mercati all'ingrosso e al dettaglio dell'accesso a banda larga e ultra larga da postazione fissa, ovvero sul benessere dei consumatori.

Inoltre, si sottolinea come l'offerta di co-investimento non sia oltretutto idonea a mitigare in maniera significativa le problematiche competitive connesse all'integrazione verticale dell'operatore TIM ed al suo significativo potere di mercato⁵, riscontrate in tutte le precedenti analisi di mercato dell'Autorità, ed anzi molte di tali problematiche verrebbero aggravate dall'offerta in questione, come meglio chiarito nel prosieguo.

La Scrivente rileva infine che, sebbene sulla base di quanto riportato nella Delibera di avvio della presente consultazione, gli accordi *"siglati tra TIM e Tiscali, nonché tra TIM, Fastweb e FiberCop trasmessi all'Autorità in data 22 gennaio 2021, non sono attivi al momento e sono in fase di rinegoziazione, in modo da allinearne l'oggetto al contenuto dell'Offerta"*, è

tali mercati, detti problemi di concorrenza non potrebbero essere risolti altrimenti" (rif. art.76 par.2 comma 3 del CCEE).

⁵ Per una disamina puntuale si rimanda integralmente al contributo inviato da Sky in data 15 marzo 2021, nell'ambito della consultazione pubblica di cui alla Delibera 637/20/CONS.



ferma convinzione della Scrivente che tali accordi non potranno in ogni caso qualificarsi come co-investimento ai sensi dell'art. 76 del CCEE.

[

OMISSIS

]

Anche per tale motivo, Sky ritiene che l'offerta di co-investimento di TIM non soddisfi le condizioni e i criteri pertinenti previsti dall'art. 76 del CCEE, dall'Allegato IV e dalle relative linee guida predisposte dal BEREC e, pertanto, ai sensi di quanto previsto dall'art. 79, co. 2 del Codice, non avrebbe dovuto nemmeno essere sottoposta a market test⁶.

⁶ L'art. 79, co. 2, del CCEE recita infatti (enfasi aggiunta) *"Per valutare gli impegni offerti da un'impresa ai sensi del paragrafo 1 del presente articolo, l'autorità nazionale di regolamentazione, **salvo ove tali impegni non soddisfino chiaramente una o più condizioni o criteri pertinenti**, esegue un test del mercato, in particolare in merito alle condizioni offerte, conducendo una consultazione pubblica delle parti interessate, in particolare i terzi direttamente interessati."*



ULTERIORI ASPETTI DI NATURA PROCEDURALE

Preme rilevare come, secondo l'art. 79.1 del CCEE, qualora le imprese designate come detentrici di SMP⁷ offrano all'Autorità nazionale di regolamentazione impegni quali "il coinvestimento nelle reti ad altissima capacità ai sensi dell'articolo 76", l'offerta di tali impegni debba essere "sufficientemente dettagliata, anche per quanto riguarda i tempi e l'ambito della loro applicazione, nonché la loro durata, per consentire all'autorità nazionale di regolamentazione di svolgere la sua valutazione ai sensi del paragrafo 2 del presente articolo".

Come dimostrato nel prosieguito del presente contributo, la Scrivente ritiene che **l'offerta di coinvestimento** pubblicata da TIM lo scorso 29 gennaio, come integrata e modificata con nota del 25 marzo 2021, **non soddisfi i sopra citati requisiti**, in quanto carente in merito ad alcune delle informazioni essenziali, necessarie a garantire la trasparenza informativa richiesta dal CCEE. Risulta infatti evidente l'opacità, ed in alcuni casi la totale assenza, delle informazioni riferibili a:

- il rispetto del principio di non-discriminazione interna-esterna con TIM e tra i non-coinvestitori (access seekers);
- le modalità attraverso le quali verrà garantito il rispetto del principio di Equivalence of Inputs (Eol) per i servizi di FiberCop;
- le condizioni applicabili alla rete primaria per l'erogazione di servizi di accesso Full-GPON;
- il processo e i criteri adottati per la valutazione delle richieste dei co-investitori riguardo modifiche al piano di roll-out e/o dell'architettura di rete;
- i prezzi applicabili ai non co-investitori -e per i co-investitori in riferimento alle linee eccedenti il 110% dei minimi garantiti del semi-GPON- a partire dal 2028.

Anche per tali motivi, e come meglio argomentato nel prosieguito, ai sensi di quanto previsto dall'art. 79, co. 2 del Codice, l'offerta di TIM non avrebbe dovuto essere sottoposta dall'Autorità a market test che, peraltro, è stato avviato in assenza di qualsivoglia indicazione circa le preliminari valutazioni compiute dall'Autorità in merito alla ammissibilità della proposta di impegni⁸.

In ogni caso, laddove, a seguito degli esiti della presente consultazione, TIM procedesse a rivedere e modificare la propria offerta di co-investimento anche al fine di tener conto di

⁷ Significativo Potere di Mercato.

⁸ Ad esempio sono assenti le informazioni sulle valutazioni effettuate da codesta Autorità al fine di verificare (i) se i termini finanziari per l'accesso al co-investimento proposti da TIM riflettono il livello di rischio associato agli investimenti, e se consentono a potenziali co-investitori di competere in maniera efficace e sostenibile nel lungo periodo con TIM Retail, in linea con par. 79,80,81,82,83 pag. 16/7 delle BEREC Guidelines e (ii) se i termini offerti ai non-coinvestitori consentono a questi ultimi di rimanere competitivi nel mercato, in linea con par. 135 pag. 27 delle BEREC Guidelines.



eventuali indicazioni preliminari dell'Autorità, tale offerta non dovrebbe essere ritenuta direttamente accettabile nell'ambito del presente procedimento, ma dovrebbe, invece, essere oggetto di un nuovo procedimento o, in ogni caso, sottoposta ad una nuova consultazione pubblica. Gli operatori, infatti, dovrebbero essere messi nelle condizioni di esprimere le proprie osservazioni anche in merito alle eventuali modifiche apportate da TIM alla proposta di co-investimento. Costituirebbe difatti un grave vulnus ai diritti di partecipazione al procedimento amministrativo degli operatori, l'approvazione da parte di questa Autorità di un'offerta di coinvestimento che non sia stata sottoposta in ogni suo aspetto a consultazione pubblica.

Difatti, come anticipato e come meglio chiarito di seguito, la presente consultazione è stata avviata in un contesto in cui non solo le informazioni rese disponibili al mercato sono incomplete e in ogni caso intempestive – circostanza che già di per sé contrasta con lo scopo del market test e ne mina inevitabilmente l'affidabilità – ma addirittura in una situazione di palese disparità e asimmetria informativa, in cui alcuni operatori (ovvero Fastweb e Tiscali), hanno avuto accesso, e continuano tutt'ora ad avere accesso, a informazioni non rese note agli altri operatori, che pertanto non sono stati posti nella condizione di poter partecipare pienamente al presente market test, in violazione di quanto previsto dalla disciplina euro unitaria.



1. Analisi dell'offerta di co-investimento

Nel valutare la corrispondenza delle caratteristiche dell'offerta di co-investimento con l'art. 76 del CCEE e con le BEREC Guidelines, la Scrivente si è focalizzata sulle 7 prospettive seguenti, per ciascuna delle quali sono riportate osservazioni dettagliate nel Capitolo 3 del presente contributo:

1. Co-investment scope (i.e. "portata" del coinvestimento);
2. Open Offer (i.e. natura aperta dell'offerta);
3. Condizioni offerte ai co-investitori Fair Reasonable and Non Discriminatory (i.e. eque, ragionevoli e non discriminatorie, di seguito "FRAND") e basate sulla Equivalence of Input ("EOI");
4. Entità delle garanzie di accesso previste in favore dei co-investitori;
5. Flessibilità garantita ai co-investitori;
6. Trasparenza del co-investimento;
7. Condizioni riservate ai richiedenti l'accesso che non aderiscono al co-investimento.

La Figura 1 riporta in sintesi i risultati emersi sulla base dell'analisi effettuata.

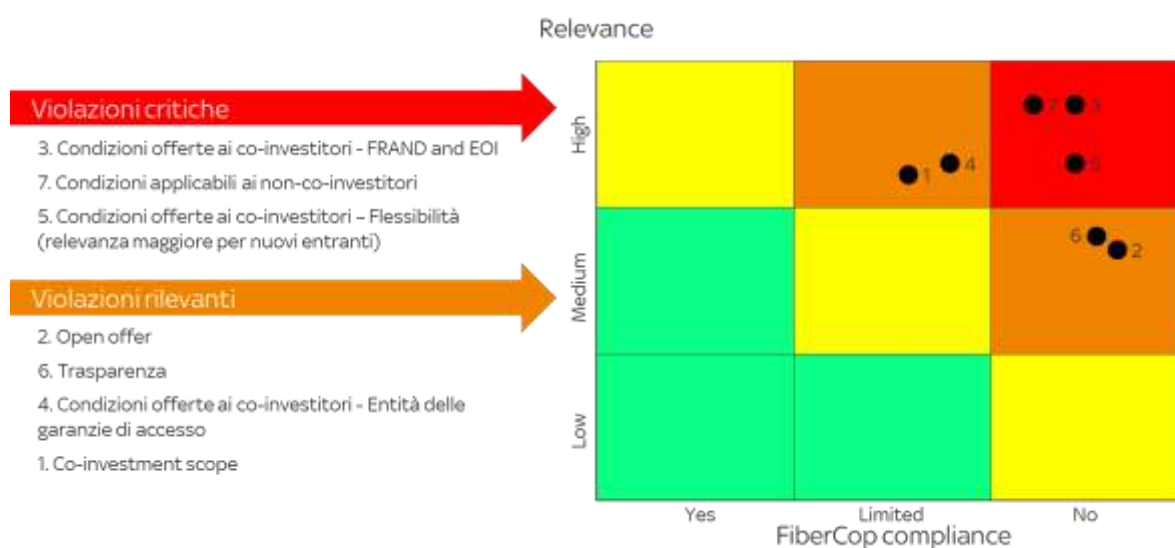


Figura 1 – Compliance offerta di co-investimento

Come si evince dalla figura 1, appare evidente come **l'offerta di co-investimento non sia qualificabile come un co-investimento ai sensi dell'art. 76 del CCEE** e quindi **non possa comportare una revisione ed un alleggerimento degli obblighi regolamentari** in capo a TIM in relazione alla rete VHCN.

Dall'analisi effettuata, risulta infatti che l'offerta di co-investimento, ha come effetto quello di ridurre, anziché promuovere, la concorrenza nei mercati all'ingrosso ed al dettaglio, rafforzando la posizione della stessa TIM.



Ciò in ragione di severe e molteplici violazioni del quadro normativo di riferimento e delle conseguenti criticità dal punto di vista concorrenziale illustrate di seguito:

- la copertura Flash Fiber (esistente e pianificata) e la copertura FiberCop nelle aree "nere" non rappresentano una "nuova" VHCN ai sensi dell'art. 76;
- l'offerta di co-investimento dovrebbe essere aperta per adesioni durante tutta la vita utile della rete e non solo fino al 2027;
- l'offerta di co-investimento **non garantisce ai co-investitori la possibilità di competere in modo efficace e sostenibile con TIM nel mercato al dettaglio**;
- i co-investitori non vengono messi in condizione di acquisire diritti relativi a capacità di carattere strutturale di lungo periodo, ovvero le condizioni tecniche ed economiche offerte per la modalità in IRU risultano tanto gravose da essere peggiorative rispetto ai prezzi offerti ai non co-investitori;
- l'offerta discrimina gli operatori nuovi entranti, gli operatori di piccole dimensioni nonché quelli attivi nel segmento business;
- l'offerta di co-investimento viola il principio di tempestività, o, con le parole delle BEREC Guidelines, il "timely manner principle" nella pubblicazione dell'offerta di co-investimento, conferendo a TIM un "first mover advantage", ovvero un vantaggio competitivo rispetto agli altri operatori che sono costretti a "inseguire" le scelte di TIM;
- l'offerta di co-investimento viola il principio di non-discriminazione mediante l'asimmetria informativa in favore di Fastweb e Tiscali riguardo alle condizioni applicabili al co-investimento;
- l'offerta di co-investimento non garantisce ingressi nel mercato da parte di operatori efficienti che non aderiscono al co-investimento, né permette a questi ultimi di rimanere competitivi.

Si rimanda al Capitolo 3 del presente contributo per un approfondimento dettagliato di tali punti.

In linea con quanto appena esposto, risulta evidente a parere della Scrivente come l'offerta di co-investimento pubblicata da TIM si inserisca all'interno di una più ampia strategia volta a rafforzare la dominanza dell'incumbent sia nei mercati all'ingrosso che nel mercato al dettaglio dell'accesso a banda larga e ultra-larga da postazione fissa (di seguito rispettivamente "mercato all'ingrosso" e "mercato al dettaglio").

Per quanto concerne invece il mercato all'ingrosso infatti, l'offerta di co-investimento - anziché rimuovere o quantomeno mitigare la posizione di dominanza di TIM - ha come effetto quello di **rafforzare il significativo potere di mercato dell'incumbent** rispetto a quanto individuato da codesta Autorità con Delibera n. 348/19/CONS, in virtù delle seguenti criticità:



- **Rete primaria di TIM come input essenziale per accedere al co-investimento:**
il perimetro di FiberCop limitato alla sola rete secondaria, unitamente alla scelta di posizionare i cabinet in fibra ottica (di seguito “CROs”) in prossimità dei cabinet in rame esistenti, rende di fatto la rete primaria di TIM un asset indispensabile per aderire al co-investimento, rafforzando quindi la posizione di TIM nel mercato wholesale:
 - ciò risulta evidente considerando un’architettura di rete di FiberCop che prevede tra i 60 mila ed i 75 mila CROs⁹ e che rende quindi economicamente impraticabile una modalità di adesione al co-investimento attraverso una rete primaria proprietaria su larga scala.
- **Effetto di lock-in/preemption della domanda wholesale:** i co-investitori devono impegnarsi ad acquistare da FiberCop linee corrispondenti ad almeno il 10% delle unità immobiliari tecniche (UIT) coperte nei comuni prescelti, con un impegno di durata decennale. Questa percentuale corrisponde ad una quota di mercato di c. 15-20% nel mercato retail¹⁰, pari a quella dei principali OLOs (Vodafone, Fastweb, Windtre), i quali sono quindi spinti a vincolare la loro intera domanda esistente al fornitore FiberCop -traducendo quindi il co-investimento in un’esclusiva di fatto- in virtù di:
 - una struttura dei prezzi crescente in funzione dell’anno di adesione al co-investimento;
 - un meccanismo di tolleranza fissato al 110% dei minimi garantiti, con tariffe:
 - eccessivamente elevate, applicabili fino al 2027, per gli acquisti effettuati oltre tale soglia;
 - definite su base commerciale negli anni successivi al 2027.
- **Soglia d’ingresso per l’acquisto dell’IRU** che prevede l’obbligo per i potenziali co-investitori di acquisire il servizio IRU in relazione a tutti i CRO presenti nei comuni da questi ultimi selezionati e che quindi (i) **implica un’esclusiva di fatto** e (ii) preclude oltretutto possibili esternalità positive derivanti dalla concorrenza infrastrutturale all’interno delle municipalità contendibili.
- Vincolo posto al **numero massimo di splitter primari** all’interno del CRO (massimo 2) che limita in maniera significativa la capacità dei potenziali co-investitori di competere nel mercato wholesale con TIM.

⁹ Stima interna Sky sulla base delle informazioni rese pubbliche da TIM.

¹⁰ Vengono prese a considerazione 24,5 milioni di UIT totali presenti a livello nazionale, all’interno delle quali sono presenti circa 15 milioni di linee attive (pari al 61%). Pertanto, alle 170 UIT collegate in media ad ogni CRO corrispondono 104 linee attive, e 17 linee attive (pari ad un commitment del 10% sul CRO) corrisponde ad una quota di mercato del 16,3%.



Quanto appena esposto trova inoltre riscontro nei rilievi dell'istruttoria Antitrust 1850 in corso, secondo cui tramite l'offerta di co-investimento TIM e FiberCop rafforzerebbero la propria posizione competitiva nel mercato all'ingrosso dell'accesso a banda larga e ultra-larga da postazione fissa¹¹.

Il capitolo 3 riporta l'analisi dettagliata degli elementi dell'offerta di co-investimento che concorrono ad impattare negativamente la contendibilità del mercato al dettaglio.

2. Mantenimento degli obblighi regolamentari in capo a TIM e FiberCop in relazione alla rete VHCN

In considerazione di quanto sopra, la Scrivente ritiene che **non siano verificate le condizioni di cui al Considerando n. 170¹² e all'art. 76.2 del CCEE¹³** e che pertanto -in relazione alla rete VHCN oggetto dell'offerta di co-investimento pubblicata da TIM- sia necessario nella prossima analisi di mercato:

- mantenere in capo a TIM gli obblighi in materia di accesso, trasparenza, contabilità dei costi, non discriminazione (ivi incluso il mantenimento di un test di replicabilità delle offerte al dettaglio), di separazione contabile e controllo dei prezzi, così come definiti da questa Autorità per i servizi in FTTH con Delibera n. 348/19/CONS;
- notificare anche FiberCop quale operatore SMP ed estendere anche a quest'ultima gli obblighi di accesso, trasparenza, contabilità dei costi, non discriminazione e controllo dei prezzi.

Come nuovo entrante, risulta particolarmente rilevante per la Scrivente, un quadro regolatorio che garantisca certezza e prevedibilità delle condizioni economiche applicabili ai servizi *wholesale*, nonché un approccio regolamentare virtuoso di spinta alla continua

¹¹ Come riportato nel documento di avvio dell'Istruttoria 1850 "Il rafforzamento della posizione competitiva di TIM e FiberCop è connessa a: (i) struttura variabile (e crescente al crescere delle quantità) delle tariffe di accesso alla fibra secondaria di FiberCop, nonché nella sottrazione al controllo di Fastweb delle decisioni di infrastrutturazione di Flash Fiber"; (ii) vincoli di acquisto dei servizi erogati da TIM-FiberCop per una parte consistente della domanda di servizi di accesso all'ingrosso; (iii) la progressiva dismissione della rete infrastrutturale di Tiscali"

¹² Tale considerando prevede "[...] gli accordi commerciali, compresi quelli di co-investimento e di accesso [...] se sostenibili e tali da migliorare le dinamiche della concorrenza, possono contribuire a far ritenere che un determinato mercato all'ingrosso non necessiti di una regolamentazione ex ante".

¹³ Tale articolo prevede "Se conclude, prendendo in considerazione i risultati del test del mercato condotto conformemente all'articolo 79, paragrafo 2, che l'impegno di co-investimento offerto soddisfa le condizioni indicate al paragrafo 1 del presente articolo, l'autorità nazionale di regolamentazione rende l'impegno vincolante ai sensi dell'articolo 79, paragrafo 3, e non impone obblighi supplementari a norma dell'articolo 68 per quanto concerne gli elementi della nuova rete ad altissima capacità subordinate agli impegni, se almeno un potenziale co-investitore ha stipulato un accordo di co-investimento con l'impresa designata come detentrica di un significativo potere di mercato".



efficienza da parte dell'operatore incumbent, con conseguente riduzione delle barriere all'ingresso e maggiore contendibilità del mercato.

In tale ottica, la Scrivente ritiene che **tutti i servizi passivi *wholesale* forniti da FiberCop, ivi incluso il servizio full-GPON, dovranno essere assoggettati al controllo di prezzo per il tramite del modello BU-LRIC** di cui alla Delibera n. 348/19/CONS.

Come già argomentato dalla Scrivente nell'ambito del contributo alla consultazione pubblica di cui alla Delibera 637/20/CONS, la Scrivente considera imprescindibile che le condizioni tecniche ed economiche del servizio passivo full-GPON, così come quelle del semi-GPON siano esplicitate dall'Agcom in coerenza con il modello di costo BU-LRIC di cui alla Delibera n. 348/19/CONS, che già chiaramente ne valorizza il costo per gli OAO in termini di canone mensile. Tale valore è infatti già calcolato dall'Agcom per l'anno 2021 in **€11,63/mese¹⁴**.

Al fine di evitare che la presenza di scambi infragruppo (es. tra TIM e FiberCop) si traduca in un impatto negativo sulle condizioni competitive (sia *wholesale* che *retail*), nonché sul benessere dei consumatori, si ritiene inoltre necessario che TIM e FiberCop rendano trasparenti all'interno della propria contabilità Regolatoria, e con evidenza separata, i costi, i ricavi ed i relativi volumi dei servizi all'ingrosso venduti agli OAO e quelli relativi ai servizi trasferiti tra TIM e FiberCop stessa.

Occorre infine evitare che la struttura di scambi infragruppo si traduca in un "doppio conteggio" di fattori di costo quali i costi commerciali o altri fattori quali il WACC.

Una definizione degli obblighi regolamentari in linea con quanto appena esposto risulta inoltre necessaria in virtù della presenza nel mercato, anche a valle dell'offerta di co-investimento, di problematiche competitive connesse all'integrazione verticale di TIM ed al suo status di operatore dominante -riscontrate da codesta Autorità in tutte le precedenti analisi di mercato.

Infatti, e come argomentato in dettaglio dalla Scrivente nell'ambito della consultazione pubblica di cui alla Delibera 637/20/CONS, a valle della creazione di FiberCop permarranno elementi rilevanti di integrazione verticale che conferirebbero a TIM e FiberCop un notevole vantaggio competitivo nei mercati all'ingrosso 3a e 3b relativi al Resto d'Italia, non replicabili dagli altri concorrenti.

¹⁴ Fonte: tabella 15 da Annesso 1 del Documento V - delibera n. 348/19/CONS.

La Scrivente ritiene inoltre che, a partire dal prezzo sopra citato, andrebbero applicate le successive riduzioni in linea con quanto esposto dalla Scrivente nell'ambito della consultazione pubblica di cui alla Delibera 637/20/CONS.

Tale riduzione risulta oltretutto già evidente in virtù della struttura dei costi di FiberCop per il semi-GPON, come deducibili dall'offerta di co-investimento e sulla base dei quali la Scrivente stima [

OMISSIS

].



Permane quindi il rischio concreto, anche a valle dell'offerta di co-investimento, che TIM e FiberCop possano, in assenza di adeguati obblighi Regolamentari, alterare a proprio vantaggio la competizione nei mercati all'ingrosso ed al dettaglio.

Ad esempio, in assenza di un obbligo di accesso locale in postazione fissa, FiberCop potrebbe rifiutarsi di fornire il proprio servizio full-GPON (o fornirlo a condizioni proibitive) e ciò non consentirebbe ad operatori alternativi di fornire servizi di accesso centrale all'ingrosso in concorrenza con TIM Wholesale, se non tramite infrastrutture proprie e quindi a valle di una mole di investimenti tale da scoraggiare il loro ingresso ed espansione nel mercato.

A parere della Scrivente inoltre, anche in presenza di un obbligo di accesso e nonostante gli impegni di co-investimento, TIM e FiberCop potrebbero mettere in atto politiche anti-competitive sia con riferimento ai prezzi che alle condizioni di fornitura dei propri servizi in fibra.

In particolare, nell'ambito dei servizi forniti ai non co-investitori, TIM potrebbe effettuare sussidi incrociati, praticando per i servizi VULA e semi-GPON¹⁵ prezzi predatori nelle aree competitive e prezzi strumentalmente eccessivi nel resto d'Italia. La medesima politica di prezzo potrebbe essere praticata da FiberCop per il servizio full-GPON fornito a co-investitori e non.

In assenza di un obbligo di non-discriminazione, TIM e FiberCop potrebbero altresì agire sulle condizioni tecnico/qualitative di fornitura e di disponibilità del servizio, ad esempio applicando ai non co-investitori condizioni di provisioning e assurance estremamente sfavorevoli e tali da non consentirgli di rimanere competitivi nel mercato¹⁶.

Infine, TIM potrebbe adottare pratiche di margin o price squeeze introducendo dei prezzi retail difficilmente replicabili dagli OAO sulla base dei prezzi wholesale esistenti, riducendo la contendibilità del mercato al dettaglio (i.e., market foreclosure).

¹⁵ Sulla base dell'offerta di co-investimento, i servizi agli operatori che non aderiscono al co-investimento verranno venduti direttamente da TIM. Pag. 44 Allegato B della Delibera oggetto del presente provvedimento.

¹⁶ A tal riguardo si rammenta che secondo l'art. 76 CCEE e le BEREC Guidelines, le condizioni applicate ai non-co-investitori devono garantire "efficient access seekers to enter the market and/or remain a relevant competitive force".



3. ANALISI DI DETTAGLIO SULLA COMPLIANCE DELL'OFFERTA DI CO-INVESTIMENTO VERSO IL QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO

La presente sezione del contributo riporta le considerazioni di SKY sull'offerta di co-investimento pubblicata da TIM.

Come descritto nel par. 1.2, a partire dalle BEREC Guidelines la Scrivente ha individuato i 7 criteri che un'offerta di co-investimento dovrebbe soddisfare per essere considerato *compliant ai sensi dell'art. 76* e dell'Allegato IV del CCEE.



Figura 2 – requisiti CCEE/BEREC per offerta di co-investimento

L'analisi condotta dalla Scrivente è volta a valutare in maniera dettagliata la compliance dell'offerta di co-investimento rispetto a tali criteri, per ciascuno dei quali sono riportate specifiche osservazioni nei paragrafi successivi.

3.1. Co-investment scope (Rilevanza: **Alta**; Compliance: **Limitata**)

Si riportano di seguito i principali elementi di criticità individuati.

➤ **La copertura Flash Fiber (esistente e pianificata) e la copertura FiberCop nelle aree nere non rappresentano una "nuova" VHCN ai sensi dell'art. 76**

Secondo l'art. 76.1 del CCEE, le imprese che sono state designate come detentrici di un significativo potere di mercato in uno o più mercati rilevanti possono offrire impegni per aprire al co-investimento la realizzazione di una **nuova rete ad altissima capacità** (di



seguito “new VHCN”) che consista di elementi in fibra ottica fino ai locali degli utenti finali o alla stazione BTS.

Con riferimento a cosa può essere considerato come “new VHCN” ai sensi dell’art. 76 del CCEE, le BEREC Guidelines (par. 2.1.2) chiariscono due aspetti fondamentali:

- I. lo specifico trattamento Regolamentare previsto dall’art. 76 **non va garantito a VHCN esistenti** né al piani di roll-out di VHCN annunciati pubblicamente in data antecedente l’entrata in vigore del CCEE (dicembre 2018)
- II. incentivi Regulatori ai sensi dell’art. 76 sono previsti esclusivamente in relazione a “New VHCN” realizzate attraverso il co-investimento in **aree caratterizzate da incertezza economica (es. scarsa domanda o basse economie di densità)**

Risulta quindi evidente che, in linea con le BEREC Guidelines, i ca. 2,3 milioni di unità immobiliari, cd. **dwellings¹⁷ di copertura in FTTH - esistente e pianificata - da parte Flash Fiber non sono qualificabili come co-investimento ai sensi dell’art. 76 CCEE.**

Al contrario, sulla base delle informazioni pubblicate da TIM, la proposta di co-investimento include le reti VHCN -esistenti e pianificate- in 28 delle 29 città oggetto del piano di investimento di Flash Fiber, oggetto degli impegni sottoscritti da TIM e Fastweb nell’ambito del procedimento 1799 e resi pubblici in data 9 Aprile 2018¹⁸, antecedente l’entrata in vigore del CCEE e quindi in **chiara violazione delle BEREC Guidelines.**

A parere della Scrivente, pare inoltre privo di fondamento regolamentare il tentativo di TIM di inserire le reti Flash Fiber all’interno dello scope del co-investimento in virtù della previsione di *“adeguamenti significativi della rete non considerati dal progetto iniziale, anche al fine di accrescere la flessibilità delle soluzioni tecniche disponibili per realizzare il co-investimento”*¹⁹

Innanzitutto TIM, nella sua proposta, parla di investimenti da realizzare “ove necessari”, e dunque tutt’altro che certi. Inoltre le BEREC Guidelines chiariscono che **investimenti incrementali in infrastrutture fisiche esistenti non possono qualificarsi come “new VHCN”**. Secondo il BEREC infatti:

- *“Article 76 does not cover investments in existing physical infrastructure [...] This applies in particular to the upgrade or renovation of existing physical infrastructure, even when such upgrade or renovation is undertaken for the specific purposes of deploying a VHCN. This is because such upgrade or renovation*

¹⁷ Stima interna Sky, che esclude le unità immobiliari coperte da Flash Fiber a Milano.

¹⁸ <https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2018/4/alias-9230>.

¹⁹ Par.4.4 Offerta di Co-investimento.



would still pertain to infrastructure that already exists, and that was built before the entry into force of the EECC provisions²⁰.

- *“physical infrastructure means any element of a network which is intended to host other elements of a network without becoming itself an active element of the network, such as [...], **cabinets**, buildings or entries to buildings [...]*²¹”.

Come si evince dalla proposta di co-investimento, i soli - ed eventuali - **interventi sulla rete Flash Fiber** riguarderebbero un adeguamento del sistema di splitting all'interno dei cabinet²², e che quindi secondo quanto appena esposto, **non sono qualificabili come investimento in una “new VHCN”**.

Secondo il CCEE e le BEREC Guidelines inoltre, e come precedentemente riportato, incentivi Regulatori ai sensi dell'art. 76 adrebbero garantiti esclusivamente a “New VHCN” realizzate attraverso il co-investimento in **aree caratterizzate da incertezza economica (es. scarsa domanda o basse economie di densità)**.

Le BEREC Guidelines chiariscono infatti che *“Regarding what should be deemed a “new” VHCN, Recital (198) of the EECC refers to the benefits that co-investments may bring, in an economic environment that is characterized by “current uncertainty” regarding the rate of materialisation of demand for very high capacity broadband services, as well as general economies of scale and density²³” e che “The purpose of Article 76 is thus to overcome such existing uncertainty, by affording a specific regulatory treatment to new VHCN²⁴”*

Ciò implica che, in linea con il Considerando n. 198 del CCEE²⁵, **il roll-out di reti VHCN nelle cd. aree nere non è qualificabile come co-investimento ai sensi dell'art. 76 del CCEE**. Tali aree sono infatti contraddistinte da dinamiche di mercato e caratteristiche topologiche/demografiche di per sé sufficienti a giustificare un investimento in reti VHC, come dimostra il fatto che siano ad oggi in gran parte coperte da Open Fiber, e non necessitano quindi di incentivi Regulatori.

Dalle informazioni pubblicate da TIM, riportate nella tabella in basso, risulta invece che **circa il 60% della copertura pianificata da FiberCop** - ed aperta al co-investimento -

²⁰ Par. 18 BEREC Guidelines, pag.6.

²¹ Nota 9 delle BEREC Guidelines.

²² Note 15 e 16 offerta di co-investimento.

²³ Par. 12 BEREC Guidelines, pag. 5.

²⁴ Par. 13 BEREC Guidelines, pag. 5.

²⁵ Il considerando 198 recita *“In considerazione dell'attuale incertezza circa il tasso di materializzazione della domanda di servizi a banda larga ad altissima capacità nonché, in generale, per le economie di scala e di densità, gli accordi di coinvestimento offrono vantaggi significativi in termini di condivisione di costi e rischi e consentono così alle imprese di dimensioni minori di investire a condizioni economicamente razionali, promuovendo una concorrenza sostenibile a lungo termine anche in aree in cui la concorrenza basata sulle infrastrutture potrebbe non essere efficiente. [...] Al contrario, accordi di accesso commerciale limitati all'affitto di capacità non danno origine a tali diritti e pertanto non dovrebbero essere considerati coinvestimenti.”*



è prevista all'interno delle cosiddette **aree nere**, e quindi in evidente **violazione delle BEREC Guidelines**. [**OMISSIS**

OMISSIS

OMISSIS]

➤ **FiberCop non fornisce ai co-investitori diritti di capacità di carattere strutturale**

Secondo le BEREC Guidelines, uno degli elementi più importanti da prendere in considerazione nel processo di valutazione della compatibilità di una proposta di co-investimento con l'art. 76 del CCEE, è rappresentato dal **carattere strutturale dell'accordo proposto dall'operatore in posizione dominante ("SMP")**²⁶.

In riferimento ad un modello di accesso basato su "one-way-access", il Considerando n. 190 del CCEE infatti chiarisce che *"purchase agreements which constitute co-investments entail the acquisition of specific rights to capacity of a structural character involving a degree of co-determination [...] By contrast, commercial access agreements that are limited to the rental of capacity do not give rise to such rights and therefore should not be considered to be co-investments."*

A tal riguardo, è parere della Scrivente che l'offerta di co-investimento in merito ai "diritti specifici relativi a capacità di carattere strutturale" sia in **evidente violazione** del requisito appena esposto.

Sulla base delle informazioni pubblicate da TIM, risulta evidente infatti che:

- L'opzione di acquisto del **semi-GPON** in pay-per-use, soggetto a minimi garantiti, si configura come un **accordo commerciale** (simile ad uno sconto volume) relativo al mero acquisto di capacità in una logica variabile;
- L'opzione **IRU** riguarda invece l'utilizzo in esclusiva dei soli apparati collocati all'interno del CRO (massimo 2 splitter), e quindi di una porzione di rete del tutto marginale che **non può qualificarsi come l'attribuzione di un diritto strutturale**. Al contrario a titolo esemplificativo, un'opzione di IRU per l'intera rete secondaria potrebbe altresì configurarsi come un diritto di carattere

²⁶ Par. 25 BEREC Guidelines, pag. 7 "BEREC considers that the structural nature would constitute an important underlying consideration when assessing any co-investment agreement under Article 76".



strutturale, in linea con le BEREC Guidelines,²⁷ in quanto si conferirebbero al co-investitore diritti simili a quelli di un proprietario di infrastruttura.

La Scrivente ritiene inoltre che lo schema di co-investimento proposto da FiberCop non sia compliant con il CCEE e le BEREC Guidelines in quanto **non viene garantito ai co-investitori il grado di codeterminazione** necessario per consentire loro di agire in modo simile ad un proprietario di una rete, al fine di poter competere efficacemente e in modo sostenibile a lungo termine nei mercati a valle dove TIM è SMP²⁸.

Secondo le BEREC guidelines, infatti, *“providing the co-investors with sufficient capacity to take relevant strategic decisions as to, for instance (and depending on the specific type of agreement and business model), the roll-out, maintenance of the VHCN, the service provision and the adaptation/evolution of the agreement may in many cases be an important element to take into consideration in the assessment of the agreement, as highlighted in Recital (198)²⁹”*

Sulla base dell’offerta di co-investimento invece si evince la violazione di tali requisiti in quanto:

- La scelta delle aree oggetto di investimento, il piano di roll-out, processo di manutenzione e provisioning, nonché l’architettura di rete e la collocazione dei CRO sul territorio sono stati **già pre-determinate in via esclusiva da TIM**, in linea con le proprie esigenze commerciali.
- la previsione dell’offerta di co-investimento secondo cui FiberCop si impegna a tenere in massima considerazione, ove tecnicamente ed economicamente sostenibili, le proposte dei co-investitori relative al piano di roll-out³⁰, **non offre adeguate garanzie di co-determinazione ai co-investitori**, anche considerando la discrezionalità che FiberCop si riserva nell’esaminare tali proposte (i.e., non sono indicati i requisiti che verranno utilizzati da FiberCop nel valutare le richieste dei co-investitori).
- La previsione secondo la quale *“Sarà valutata la possibilità di consentire ai co-investitori di gestire in autonomia le attività di delivery e assurance degli accessi in fibra”*, non **garantisce ai co-investitori di gestire in autonomia le attività di delivery e assurance, [OMISSIS]** in virtù dell’assenza di informazioni dettagliate di processo, nonché della elevata discrezionalità che FiberCop si riserva nel garantire o meno tale opzione ai co-investitori.

²⁷ Par. 32 BEREC Guidelines, pag. 8.

²⁸ Considerando n. 190 CCEE.

²⁹ Par. 33 BEREC Guidelines, pag.9.

³⁰ Par. 5.2 Offerta di co-investimento.



A parere della Scrivente infatti la limitata possibilità per il co-investitore di impiegare una società terza per il servizio di fornitura e manutenzione degli accessi (c.d. System Unico di Delivery e Assurance) rappresenta un elemento di notevole importanza, in quanto inibisce possibilità di differenziazione per gli OAO, ad esempio proponendo al cliente servizi e prestazioni aggiuntive, e quindi loro capacità di competere in modo efficace a lungo termine con TIM Retail.

3.2. Open Offer (Rilevanza: **Media**; Compliance: **No**)

Si riportano di seguito i principali elementi di criticità individuati.

➤ **L'offerta di co-investimento dovrebbe essere aperta per adesioni durante tutta la vita utile della rete**

Secondo l'art. 76.1.a del CCEE, un'offerta di co-investimento deve essere *"aperta in qualsiasi momento durante il periodo di vita della rete a qualsiasi fornitore di reti o servizi di comunicazione elettronica"*, al fine di essere eleggibile per il trattamento Regolamentare previsto dagli articoli 76 e 79 del CCEE.

A tal riguardo, le BEREC Guidelines chiariscono che:

- *"there needs to be a possibility for potential and different types of electronic communications providers to join the co-investment at any moment during the lifetime of the network, i.e. with no cut-off date set by the SMP operator for the co-investment"*³¹;
- *"Thus, in order to assess whether an offer is open during the lifetime of a network, an NRA should check that no cut-off date during the lifetime is set by the SMP operator, in terms of validity of the offer"*³²;
- *"the lifetime of the network can only be understood with reference to the expected life of the commercial co-investment scheme, as set in the co-investment agreement, during which the network is fully operative"*³³;
- *the expected commercial lifetime of the co-investment scheme should be included in the proposal made by the SMP operator as part of the submission for regulatory exemptions under Article 76.*

In base a quanto appena esposto, è parere della Scrivente che l'offerta di co-investimento sia in **aperta violazione dei requisiti definiti dall'art. 76 del CCEE**, e dalle BEREC Guidelines, in quanto:

- prevede la possibilità di **adesione fino al 2027**, non consentendo quindi adesioni durante l'intera vita utile della rete;

³¹ Par. 35 BEREC Guidelines, pag. 9.

³² Par. 36 BEREC Guidelines, pag. 9.

³³ Par. 49 BEREC Guidelines, pag. 11.



- **non indica la vita utile attesa** dello schema di co-investimento (che pur tuttavia si desume essere non inferiore ai 20 anni di applicabilità delle condizioni offerte per l'IRU).

L'offerta, inoltre, non contiene informazioni su possibili adeguamenti della capacità della rete al fine di soddisfare le richieste di adesione dei co-investitori in caso di saturazione della capacità della stessa, e tale elemento a parere della Scrivente ne limita ulteriormente il carattere inclusivo e di "apertura" al mercato.

La Scrivente ritiene pertanto che quanto esposto dimostri chiaramente come l'offerta di co-investimento, sia ben lungi dal rappresentare una reale apertura della rete al mercato e uno strumento pro-competitivo. Ma vi è di più. A parere della Scrivente, tale offerta si inserisce all'interno di una più ampia **strategia di TIM volta ad utilizzare FiberCop** per soddisfare le necessità di business delle proprie Divisioni Retail e Wholesale [**OMISSIS**] nonché a **garantirsi un vantaggio competitivo nel medio e lungo termine**, come esposto in maniera dettagliata nel prosieguo del documento.

- **L'offerta di co-investimento discrimina piccoli operatori e nuovi entranti, e non consente ai co-investitori di competere in maniera efficace con TIM**

Secondo le BEREC Guidelines "*the offer shall not be exclusive to particular ECN/ECS and/or services providers or types of ECN/ECS providers*³⁴", e quindi l'offerta dovrebbe prevedere condizioni "*Fair, Reasonable and non-discriminatory*" (i.e. FRAND) che permettano a tutti gli operatori interessati di aderire al co-investimento.

Tale requisito, secondo il BEREC, è da considerarsi rispettato se l'offerta di co-investimento garantisce ai co-investitori di competere in modo efficace e sostenibile nel lungo termine nei mercati a valle dove è attivo l'operatore SMP³⁵.

A parere della Scrivente, e come illustrato in maniera dettagliata nelle sezioni successive, **l'offerta di co-investimento non soddisfa tali requisiti** in quanto le condizioni offerte:

- introducono **elementi di discriminazione** (i.e., barriere all'ingresso ed alla crescita) per operatori di piccole dimensioni e nuovi entranti;
- sono volte a **limitare**, invece che promuovere, la **capacità dei co-investitori di competere** in maniera efficace e sostenibile con TIM nel mercato retail.

Si rimanda alle sezioni successive del documento per ulteriori dettagli in merito.

³⁴ Par. 37 BEREC Guidelines, pag. 9.

³⁵ Nota 12 BEREC Guidelines, pag. 9.



3.3. Condizioni FRAND e basate su EOI (Rilevanza: **Alta**; Compliance: **No**)

Secondo le BEREC Guidelines, condizioni di accesso al co-investimento basate su “*fair, reasonable and non-discriminatory terms*” rappresentano un elemento chiave per garantire ai co-investitori la possibilità di “*compete effectively and sustainably in the long term in downstream markets in which the undertaking designated as having significant market power is active*”³⁶.

A tal riguardo, è opinione della Scrivente che la struttura dell’offerta di co-investimento non rispetti tale requisito, in virtù di **violazioni sostanziali delle BEREC Guidelines** in relazione a:

- I. Condizioni economiche;
- II. Struttura dei prezzi;
- III. Tipologia e qualità dei servizi di accesso.

I principali elementi di criticità individuati dalla Scrivente sono descritti in dettaglio nel prosieguo del presente paragrafo.

➤ **L’offerta non garantisce il rispetto del principio di non-discriminazione**

In qualità di nuovo entrante, la Scrivente sottolinea innanzitutto che, con riferimento al principio di non-discriminazione, secondo le BEREC Guidelines le condizioni offerte ai co-investitori “*shall ensure that smaller undertakings or undertakings with less financial capacity are not discriminated against, nor excluded from participating in the co-investment*”³⁷. Tale requisito **non risulta soddisfatto dall’offerta di co-investimento**, come dimostrato ampiamente nel paragrafo 3.5 relativo al requisito “flessibilità garantita ai co-investitori”.

È opinione della Scrivente inoltre che l’offerta di co-investimento non contenga garanzie adeguate relative al principio di **non-discriminazione tra i co-investitori e TIM**.

A tal riguardo, e come comunicato a codesta Autorità in occasione della consultazione pubblica relativa al progetto di Separazione Volontaria di TIM (rif. delibera 637/20/CONS), la Scrivente ritiene innanzitutto che siano necessari ulteriori interventi regolamentari al fine di evitare una discriminazione di prezzo in favore di TIM, con impatto negativo sulle condizioni competitive (sia *wholesale* che *retail*).

In particolare si ritiene necessario che TIM e FiberCop rendano trasparenti all’interno della propria contabilità regolatoria, e con evidenza separata, i costi, i ricavi ed i relativi volumi dei servizi all’ingrosso venduti agli OAO e quelli relativi ai servizi trasferiti tra TIM e FiberCop stessa.

³⁶ Par. 53 BEREC Guidelines, pag. 12.

³⁷ Par. 58 BEREC Guidelines, pag. 13.



La Scrivente inoltre segnala all'attenzione di codesta Autorità, l'opacità dell'offerta di co-investimento riguardo l'applicabilità del principio di non discriminazione in relazione ai seguenti elementi e ne chiede contestualmente la verifica. Ovvero, non risulta chiaro se:

- TIM è soggetta alla medesima struttura di minimi garantiti applicabile ai co-investitori ed ha quindi dovuto comunicare a FiberCop i propri impegni annuali e complessivi di fatturato per 10 anni a partire dall'anno di adesione al co-investimento;
- il meccanismo di tolleranza del 110% sui minimi garantiti è applicabile a TIM;
- come verrà garantita la non-discriminazione tra TIM e i co-investitori per la definizione dei prezzi applicabili ai volumi eccedenti la soglia di tolleranza, soggetti a negoziazione commerciale con FiberCop;
- TIM può, come gli altri co-investitori, comunicare esclusivamente entro il 30 giugno di ogni anno un eventuale incremento dei minimi garantiti per l'anno successivo;
- TIM ha accesso a massimo 2 splitter in ogni CRO, in linea con quanto garantito agli altri co-investitori;
- come viene garantita la non-discriminazione nella valutazione delle proposte di TIM e degli altri co-investitori riguardo eventuali modifiche/prioritizzazioni del piano di roll-out.

A parere di Sky, risulta inoltre evidente come, in prima istanza, **condizioni privilegiate** nell'accesso alla rete di TIM/FiberCop **sarebbero state concesse a favore di Fastweb e di Tiscali** sulla base degli accordi tra le parti siglati **nel 2020**³⁸, quindi **in violazione del principio di non-discriminazione**.

La Scrivente rileva, sulla base della delibera in oggetto della presente consultazione, che tali accordi *"non sono attivi al momento e sono in fase di rinegoziazione, in modo da allinearne l'oggetto al contenuto dell'Offerta"*.

Ciononostante, appare evidente come sia Fastweb che Tiscali abbiano avuto accesso alla proposta di co-investimento con modalità e tempistiche [

OMISSIS

].

³⁸ Elementi desumibili dagli atti del fascicolo di cui al procedimento Agcm I850.



➤ **Assenza di un chiaro impegno da parte di FiberCop riguardo il rispetto dell'Equivalence of Inputs**

Come indicato nell' Allegato IV del CCEE e ribadito dalle BEREC Guidelines³⁹, l'offerta di co-investimento dovrebbe garantire accesso a tutti i potenziali co-investitori sulla base di Equivalence of Input (di seguito "EOI").

La Scrivente ritiene che l'offerta di co-investimento non offra garanzie adeguate con riguardo al rispetto di tale principio.

Al momento infatti, le uniche informazioni di dettaglio rese disponibili al mercato riguardo le modalità attraverso le quali TIM e FiberCop si impegnano a garantire EOI, sono contenute nel Progetto di separazione di TIM, dove si afferma che la costituzione di FiberCop non determinerà alcun impatto per gli OAO che potranno continuare ad acquistare da TIM, coerentemente con il Nuovo Modello di Equivalence:

- in *full equivalence* i servizi SLU, ULL e VULA-FTTH e;
- in *equivalence plus* i servizi WLR, bitstream rame, VULA-FTTC e bitstream NGA.

A parere della Scrivente, tale previsione non è tuttavia idonea a garantire in maniera efficace il rispetto del principio di non discriminazione, in quanto risultano esclusi dal modello di *Equivalence of Input* (EOI) i servizi offerti da FiberCop, quali il semi-GPON ed il full-GPON, quest'ultimo realizzato utilizzando come input i servizi su rete primaria (regolati) acquistati da TIM.

La Scrivente ritiene opportuno che FiberCop fornisca i propri servizi agli OAO e a TIM agli stessi termini e condizioni, usando gli stessi sistemi e processi, al fine di garantire il rispetto del principio di non discriminazione.

Pur tuttavia, tale garanzia non si evince dalla modalità di vendita all'ingrosso dei servizi in fibra da parte di FiberCop prevista dal progetto di separazione e dall'offerta di co-investimento, che verrà realizzata mediante sistemi e processi esistenti, avvalendosi, in particolare, della piattaforma sviluppata da Flash Fiber.

➤ **Assenza di informazioni adeguate riguardo le condizioni applicabili alla rete primaria**

Secondo le BEREC Guidelines *"the financial terms enabling effective and sustainable competition are mainly determined by the effective wholesale prices that co-investors have to pay to supply end-users using the SMP operator's network"*⁴⁰.

A tal riguardo, la Scrivente rileva:

³⁹ Par. 55 BEREC Guidelines, pag. 13.

⁴⁰ Par. 73 BEREC Guidelines, pag. 17.



- **l'assenza di informazioni** relative al prezzo e alle condizioni applicabili al **servizio full-GPON**, servizio di rilevanza chiave a parere della Scrivente -come illustrato ampiamente nel prosieguo del documento- per garantire ai co-investitori la possibilità di competere in maniera efficace e sostenibile con TIM;
- **la presenza di informazioni parziali** relative alle condizioni applicabili alle nuove funzionalità offerte da TIM a partire dal 2021 per l'utilizzo della propria **rete primaria** per accedere al co-investimento attraverso l'acquisto di un servizio **VULA-like**:
 - non vengono offerte al momento garanzie riguardo il rispetto del principio di non-discriminazione, obbligo di accesso, Equivalence of Input, ecc.;
 - tale servizio inoltre, come riportato da TIM, non fa parte dello "scope" del co-investimento⁴¹. Pertanto, le condizioni proposte da TIM, ivi incluso il prezzo, sono quindi soggette ad eventuali variazioni in virtù delle valutazioni di codesta Autorità, in linea con la Regolamentazione vigente.

A parere della Scrivente **l'accesso alla rete primaria, rappresenta un input essenziale per consentire ai co-investitori di aderire al co-investimento**: ciò risulta evidente considerando un'architettura di rete di FiberCop che prevede tra i 60 mila ed i 75 mila CROs⁴² e che rende quindi economicamente impraticabile una modalità di adesione al co-investimento attraverso una rete primaria proprietaria su larga scala.

Risulta evidente quindi come l'assenza di informazioni dettagliate sulle condizioni applicabili alla rete primaria, **non permetta di avere visibilità sul costo wholesale effettivo** che gli operatori dovranno sostenere per fornire servizi ai propri clienti e quindi:

- pregiudica la possibilità per gli operatori di prendere decisioni informate riguardo l'opportunità di adesione al co-investimento;
- introduce ulteriori elementi di discriminazione, favorendo quegli operatori dotati di una propria infrastruttura di rete primaria ed operatori che utilizzano servizi wholesale di tipo attivo⁴³.

⁴¹ Integrazione de Offerta di co-investimento di TIM nella nuova rete in fibra di FiberCop pubblicata in data 29 gennaio 2021. Par. 3.3, pag. 6.

⁴² Stima interna Sky a partire dall'offerta di co-investimento.

⁴³ Le nuove funzionalità offerte da TIM sono infatti utilizzabili esclusivamente per servizi wholesale di tipo attivo (es. VULA FTTH).



➤ **L'ambito del co-investimento deve essere esteso al servizio full-GPON per garantire “efficient e sustainable competition” nel mercato**

Secondo le BEREC Guidelines, in caso di one-way access model, la tipologia di accesso wholesale garantito ai co-investitori riveste un ruolo chiave nel garantire o meno la possibilità di competere in maniera efficace e sostenibile con l'operatore SMP⁴⁴.

A tal riguardo la Scrivente rileva come TIM, nonostante abbia informato tutto il mercato (e questa Autorità) di avere modificato l'architettura tecnica e di aver conseguentemente reso disponibile attraverso FiberCop (o alternativamente TIM wholesale) un'offerta di servizi full-GPON, non abbia inserito tale prodotto all'interno dell'offerta di co-investimento.

Secondo l'offerta di co-investimento infatti, il servizio full-GPON sarà reso disponibile da FiberCop su base commerciale, con condizioni negoziate tra le parti e quindi tuttora ignote al mercato, oltretutto all'interno di un contesto in cui TIM assume in maniera pretestuosa⁴⁵ che tale prodotto non sia regolamentato, e quindi non soggetto ad obblighi di accesso e di non discriminazione, né tantomeno a vincoli sui prezzi praticabili.

Risulta evidente come tale servizio - alla cui introduzione da parte di TIM e FiberCop, Sky guarda con favore - sia di particolare rilevanza per il mercato wholesale e largamente utilizzato dagli OAO che accedono a reti concorrenti a quelle di TIM, nelle aree maggiormente remunerative del Paese. Ciò in quanto un servizio passivo del tipo full-GPON garantisce agli operatori più infrastrutturati minori costi e maggiore flessibilità tecnico/qualitativa nella gestione del servizio all'utente finale rispetto ai servizi attivi del tipo VULA, anche in ottica di sempre maggiore convergenza con i servizi audiovisivi ad elevato consumo di banda.

Utilizzando un servizio full-GPON infatti, un operatore ha **maggiore autonomia dal punto di vista strategico** e può, ad esempio, decidere di investire in soluzioni tecnologiche innovative (es. da GPON a XGS-PON o a NGPON2), allo scopo di **differenziarsi** e garantirsi un **vantaggio competitivo** nei confronti degli altri operatori.

Al contrario, l'utilizzo di un servizio wholesale di tipo attivo, de-facto **vincola i co-investitori alle scelte tecnologiche di TIM/FiberCop**, ed ha quindi come effetto

⁴⁴ Par. 75 BEREC Guidelines, pag. 17 “Especially in one-way access models, the type of wholesale access to the network that is being granted to other co-investors, as well as the quality of the wholesale access, are of particular importance. There can be circumstances where potential co-investors would need a specific type of wholesale access (e.g. passive access products like unbundled fibre access) to compete effectively and sustainably in the long term in downstream markets in which the SMP operator is active”.

⁴⁵ Seppur si rileva come il servizio ULL GPON sia comunque previsto dagli obblighi di accesso di cui all'art. 6, comma 3 della Delibera 348/19/CONS: “TIM è soggetta all'obbligo di fornire agli operatori alternativi i seguenti servizi di accesso locale alla propria rete in fibra ottica: i) accesso alle infrastrutture di posa; ii) accesso alla fibra spenta nelle tratte di rete primaria e secondaria; iii) accesso al segmento di terminazione, iv) accesso disaggregato alla rete in fibra ottica a livello di centrale locale, laddove ciò risulti essere tecnicamente possibile.”



principale quello di **inibire e limitare** - anziché promuovere - la possibilità dei co-investitori di competere in maniera efficace e sostenibile con TIM, con un effetto negativo sulla stessa evoluzione tecnologica del settore.⁴⁶

Si segnala inoltre quanto già ribadito dalla Scrivente nel proprio contributo alla Delibera 637/20/CONS, ovvero che ai sensi dell'art. 6, comma 3 della delibera 348/19/CONS, è già prevista l'obbligatorietà dell'offerta di unbundling della fibra ottica, ove tecnicamente fattibile, con un prezzo "base" massimo applicabile per il 2021 pari a €11,63/mese.

Considerando quindi che come dichiarato dalla stessa TIM, il cambio di architettura ha reso tecnicamente fattibile l'erogazione del servizio full-GPON (tanto che farà parte dei servizi offerti da FiberCop su base commerciale), è ferma convinzione della Scrivente che tale servizio debba essere inserito all'interno dello scope dell'offerta di co-investimento, con un prezzo in pay per use definito in modo trasparente a partire dal tetto massimo di cui alla Delibera 348/19/CONS (€11,63/mese per il 2021).

➤ **Condizioni unfair applicabili all'accesso al CRO in modalità IRU (di seguito "IRU in accesso")**

Risulta evidente a parere della Scrivente, come le condizioni applicabili all' IRU non possono considerarsi né eque, né tantomeno ragionevoli in virtù di:

- **prezzi elevati** -3.500 euro *upfront* per IRU del CRO a 20 anni- e non proporzionati al valore di mercato degli apparati concessi in IRU;
- dimensionamento medio del CRO (170 UI) che consente **limitate economie di scala**;
- **soglia d'ingresso irragionevole**⁴⁷, che implica un'esclusiva di fatto nelle aree contendibili, precludendo oltretutto possibili externalità positive derivanti dalla concorrenza infrastrutturale.

La Scrivente rileva infatti che il corrispondente valore mensile dell'IRU in accesso (equivalente a 3.500 Euro su 20 anni) risulta essere di circa 38,7 Euro/mese per singolo CRO⁴⁸. Suddividendo tale valore per 15,5 clienti (valore medio clienti per CRO

⁴⁶ Secondo il BEREC infatti -al fine di garantire carattere pro-competitivo all'offerta di co-investimento- "*if the set of access products is limited by the SMP operator, NRAs have to assess whether additional wholesale products need to be included in the co-investment offer or whether changes to the quality of access are necessary*" ed inoltre "*For this evaluation, past decisions on imposed access remedies could potentially be used as assessment material*". Par. 75 BEREC Guidelines, pag. 17. Nota 30 BEREC Guidelines, pag. 17.

⁴⁷ Obbligo per i co-investitori di acquisire il servizio IRU in relazione a tutti i CRO presenti nei comuni da questi ultimi selezionati.

⁴⁸ Stima ottenuta utilizzando il WACC per i servizi FTTH definito da Agcom con Delibera 348/19/Cons.



corrispondente ad una quota di mercato del 15%⁴⁹, pari alla quota degli OAOs principali presenti sul mercato) si determina un costo unitario corrispondente pari a 2,49Euro/mese per cliente.

Tale valore rappresenta fino al 30%⁵⁰ dei costi sostenuti dai co-investitori (inclusa TIM) che aderiscono al co-investimento acquistando il servizio semi-GPON in pay-per use e -paradossalmente- comporta un prezzo equivalente superiore ai prezzi offerti ai non co-investitori a partire dal 2026 (10,4 Euro/mese), quindi, in combinazione con soglie d'ingresso irragionevoli ed estremamente stringenti, fa sì che:

- le condizioni applicabili all'IRU in accesso risultino impraticabili dal punto di vista economico per qualsiasi operatore;
- i co-investitori siano quindi indotti ad optare per l'utilizzo di servizi semi-GPON in pay-per-use, come dimostrato dalle modalità di adesione al co-investimento delle stesse TIM che Fastweb⁵¹.

Come già ampiamente dimostrato all'interno del presente paragrafo, le condizioni offerte per i servizi semi-GPON in pay-per-use, [

OMISSIS

] confermano una

non-compliance sostanziale dell'offerta di co-investimento con l'art. 76 EECC e con le BEREC Guidelines.

➤ **La struttura dei prezzi non riflette il livello di rischi legati all'investimento di TIM/FiberCop**

Secondo le BEREC Guidelines, le differenze di prezzo contenute all'interno dell'offerta di co-investimento devono riflettere il diverso livello di rischio associato agli investimenti sostenuti nel roll-out della nuova rete VHC⁵².

Nel valutare la compliance della struttura dei prezzi proposta con l'art. 76 del CCEE, secondo le BEREC Guidelines *"NRAs could make use in particular of information that forms the basis for the network deployment's business case. For example, information about anticipated costs, expected evolution of demand and revenues, as well as the resulting economic risk associated with the deployment might be of interest to the NRAs and could be evaluated"*⁵³.

⁴⁹ Vengono prese a considerazione 24,5 milioni di UIT totali presenti a livello nazionale, all'interno delle quali sono presenti circa 15 milioni di linee attive (pari al 61%). Pertanto, alle 170 UIT collegate in media ad ogni CRO corrispondono 104 linee attive, ed una quota del 15% corrisponde a c. 15,5 linee attive.

⁵⁰ Stimata prendendo a riferimento il costo per il semi-GPON in pay-per-use valido per ingressi nel 2021 (8,5 Euro/mese).

⁵¹ Fonte: accesso agli atti procedimento Agcm I850.

⁵² Par. 57 BEREC Guidelines, pag. 13.

⁵³ Par. 80 BEREC Guidelines, pag. 18.



A tal riguardo, sulla base del piano di roll-out di FiberCop, risulta evidente come la struttura dei prezzi proposta da TIM **non segua la struttura dei rischi associati agli investimenti intrapresi, in aperta violazione con l'art. 76 del CCEE e le BERC Guidelines**.

TIM e FiberCop infatti assumono un rischio effettivo nel momento in cui l'investimento stesso viene effettuato (ovvero una volta avvenuto il cash-out finanziario), e pertanto necessità di essere remunerato. In tale contesto, risulta non giustificata quindi una struttura dei prezzi crescente, con premi per il rischio a partire dal 2021, per investimenti che saranno effettuati ad esempio nel 2025.

A parere della Scrivente tale previsione introduce inoltre **potenziali livelli di discriminazione tra i co-investitori**. Si prendano ad esempio a riferimento:

- (i) un ipotetico co-investitore A interessato esclusivamente a municipalità dove la rete sarà disponibile nel 2021;
- (ii) un ipotetico co-investitore B interessato esclusivamente a municipalità dove la rete sarà disponibile nel 2025.

Ipotizzando che i co-investitori intendano aderire al co-investimento optando per un servizio semi-GPON in pay-per-use, entrambi i co-investitori saranno verosimilmente, sulla base della struttura dei prezzi proposta da TIM, incentivati a sottoscrivere la proposta di co-investimento nel 2021.

È evidente come in tal caso il co-investitore B risulterà senza dubbio penalizzato con riferimento all'obiettivo del minimo garantito pari al 10% delle linee in 10 anni in quanto:

- l'operatore A avrà a disposizione 10 anni per raggiungere il 10% delle linee richieste;
- l'operatore B potrà invece iniziare ad acquisire nuovi clienti nel 2025, e quindi avrà a disposizione soltanto 6 anni per rispettare il proprio commitment.

Alternativamente, per ovviare alle difficoltà appena esposte ed avere a disposizione 10 anni per raggiungere il minimo garantito, l'operatore B potrebbe decidere di aderire al co-investimento nel 2025, quindi a prezzi più alti e a condizioni altrettanto svantaggiose e discriminatorie nei confronti dell'operatore A.

Tale previsione tariffaria proposta da TIM/FiberCop **non riflette dunque il reale rischio economico assunto dalle parti. Ciò anche considerando il business plan presentato agli investitori da TIM**, secondo cui il breakeven di FiberCop -anche solo con l'ingresso di TIM e Fastweb- è in grado di garantire un breakeven già dal 2025 (EBITDA-Capex positivo), con marginalità sui ricavi dell'azienda elevatissime (oltre il 70%).⁵⁴

⁵⁴ Si veda <https://www.gruppotim.it/content/dam/gt/investitori/webcast/2020/FiberCop-and-TIM-CPD-Equity-Lol.pdf>.



➤ Ulteriori criticità individuate

Secondo le BEREC Guidelines “*co-investment agreements should be designed to last over the commercial lifetime of the network as the general intention of co-investment agreements is to pool and share costs and risks of investments in very high capacity networks in the long term*”⁵⁵

Risulta evidente come tale requisito non sia rispettato dalle le **condizioni applicabili al servizio semi-GPON in Pay-per-use valide soltanto per 10 anni**, ai termini dei quali non risulta presente nessun vincolo/impegno di continuità di fornitura del servizio, ovvero garanzie su prezzi e condizioni “FRAND”.

Tale previsione conferma quanto già evidenziato in precedenza, ossia che l’offerta di co-investimento -anziché rappresentare una reale apertura della rete al mercato-

[**OMISSIS**]

A parere della Scrivente inoltre, la previsione secondo cui a partire dal 1° Gennaio 2030 tutti i prezzi applicabili saranno adeguati al **tasso annuo di inflazione non può considerarsi compliant con i requisiti FRAND** definiti dalle BEREC Guidelines, in quanto:

- non giustificata considerando la struttura dei contratti wholesale esistenti, osservabili sul mercato;
- non proporzionata all’andamento dei costi sottostanti, in virtù di un auspicabile incremento nel tempo dell’efficienza produttiva dell’operatore SMP.

La Scrivente rileva infine come, in contrasto con quanto indicato dalle BEREC Guidelines, l’offerta di co-investimento **non contiene informazioni riguardo le condizioni applicabili ad un’eventuale conclusione anticipata dell’accordo di co-investimento**. Secondo le BEREC Guidelines⁵⁶ anche tali condizioni devono essere basate su condizioni FRAND, e dovrebbero essere descritte in maniera sufficientemente dettagliata all’interno dell’offerta di co-investimento.

3.4. Entità delle garanzie di accesso (Rilevanza: **Alta**; Compliance: **Limitata**)

Si riportano di seguito i principali elementi di criticità individuati.

➤ L’ambito del co-investimento deve essere esteso al servizio full-GPON per garantire “efficient e sustainable competition” nel mercato

Secondo le BEREC Guidelines, al netto di limitazioni tecniche dovute all’architettura di rete, l’offerta di co-investimento dovrebbe garantire “unrestricted access to the technical capacity of the network”, inclusa la possibilità di un accesso wholesale di tipo passivo⁵⁷,

⁵⁵ Par. 60 BEREC Guidelines, pag. 14.

⁵⁶ Par. 54 e 60 BEREC Guidelines, pag. 12 e 13.

⁵⁷ Par. 87 BEREC Guidelines, pag. 19.



garantendo accesso agli elementi di rete necessari *“to ensure that co-investors are able to compete effectively and sustainably”⁵⁸*.

Come illustrato ampiamente nel precedente paragrafo, il **servizio full-GPON assume un ruolo cardine nell’assicurare concorrenzialità del mercato retail** ed inoltre -sulla base delle informazioni fornite dalla stessa TIM- **non esistono limitazioni tecniche** che ne precludano l’inclusione all’interno dell’offerta di co-investimento. Si ribadisce pertanto che l’esclusione del servizio full-GPON dallo scope del co-investimento rappresenta una **evidente violazione dei requisiti definiti dalle BEREC Guidelines**.

➤ **Tolleranza massima del 110% dei minimi garantiti e prezzi applicabili sopra tale soglia limitano la capacità dei co-investitori di competere con TIM**

Secondo le BEREC Guidelines non dovrebbero esserci limiti al *“number of end-users that the co-investors can address on the retail level”⁵⁹*.

A parere della Scrivente, seppure da un punto di vista formale l’offerta di co-investimento non ponga limiti al numero di linee acquistabili da un co-investigatore, **tale possibilità risulta preclusa da un punto di vista sostanziale**, in violazione quindi delle BEREC Guidelines.

Con riferimento al servizio semi-GPON in pay-per-use, la Scrivente ritiene infatti che le condizioni offerte da TIM introducano de-facto **un CAP alla capacità dei co-investitori di acquisire market share addizionale**, e quindi ne limitino la possibilità di competere in maniera efficace con TIM.

I co-investitori sono infatti soggetti a:

- un meccanismo di tolleranza pari al 110% dei minimi garantiti, che appare irragionevole ed estremamente limitante;
- prezzi eccessivamente elevati fino al 2027 per gli acquisti eccedenti tale soglia, con un incremento fino al 22% rispetto ai prezzi del co-investimento⁶⁰;
- prezzi soggetti a negoziazione commerciale per gli acquisti oltre il 110% dei minimi garantiti negli anni a seguire, basati quindi su condizioni tuttora ignote al mercato e che, in virtù della permanenza di integrazione verticale, FiberCop avrà interesse con ogni probabilità a fissare ad un livello tale da limitare ulteriormente la capacità dei co-investitori di competere con TIM.

Preme inoltre evidenziare come le caratteristiche dell’offerta di co-investimento appena esposte siano **ancora più penalizzanti per gli operatori di piccole dimensioni e**

⁵⁸ Par. 89 BEREC Guidelines, pag. 20.

⁵⁹ Par. 90 BEREC Guidelines, pag.20.

⁶⁰ Differenza percentuale tra €10,4/mese e €8,5/mese.



per i nuovi entranti come Sky. Si rimanda al successivo paragrafo per considerazioni di dettaglio a riguardo.

➤ **L'offerta di co-investimento limita la capacità dei co-investitori di competere con TIM nel mercato wholesale**

Con riferimento all'opzione IRU in accesso, è parere della Scrivente che il vincolo posto al numero di splitter primari sia tale da limitare in maniera significativa la capacità dei potenziali co-investitori di competere nel mercato wholesale con TIM.

Secondo l'offerta di co-investimento infatti, ciascun co-investigatore ha diritto ad un massimo di 2 splitter all'interno del CRO. Ciò implica che qualora un co-investigatore volesse predisporre un'offerta wholesale relativa a servizi di tipo passivo, potrebbe fornire al massimo una GPON per un solo cliente, riservandosi un'altra GPON per soddisfare le richieste dei propri clienti retail.

A tal riguardo, la Scrivente innanzitutto ribadisce come non risulti chiaro se tale vincolo sia applicabile alla stessa TIM, ed inoltre ritiene che tale limitazione:

- **non sia giustificata da vincoli tecnologici** legati all'architettura di rete di FiberCop, ma sia idonea a limitare la concorrenzialità del mercato wholesale. Infatti non sembra sussistere un vincolo tecnico relativo al numero massimo di splitter installabili all'interno del CRO, come evidenziato dalla stessa TIM all'interno dell'offerta di co-investimento⁶¹;
- **non può considerarsi mitigata** dalla previsione, del tutto generica, secondo cui *"l'eventuale richiesta di ulteriori (più di 2) splitter da parte di un medesimo operatore sarà sottoposta a verifica di fattibilità"*⁶². Non viene infatti fornita nessuna garanzia che tali richieste verranno accolte da FiberCop, che oltretutto sembra possa riservarsi un elevato livello di discrezionalità nel valutarle.

Risulta quindi evidente, a parere della Scrivente, che le condizioni offerte da TIM e FiberCop sono in **aperta violazione del par. 85 delle BEREG Guidelines** secondo cui *"co-investors must be allowed to have access to the full capacity/performance of the network, including the possibility to provide services (i.e. wholesale and retail services) without undue restriction by the SMP operator"*.

3.5. Flessibilità garantita ai co-investitori (Rilevanza: **Alta**; Compliance: **No**)

Si riportano di seguito i principali elementi di criticità individuati.

⁶¹Par. 4.2 Offerta di co-investimento, pag. 7 *"l'architettura di FiberCop risulta nativamente in grado di offrire servizi semi-GPON a una pluralità di operatori non predefinita, anche in fasi successive alla realizzazione"*.

⁶² Par. 4.2 Offerta di co-investimento, pag. 9.



➤ **L'offerta discrimina nuovi entranti, operatori di piccole dimensioni ed operatori attivi nel segmento business**

Secondo l'art. 76.1.b del CCEE, un'offerta di co-investimento deve garantire un adeguato livello di flessibilità in termini sia del valore dell'impegno finanziario che delle tempistiche di partecipazione all'investimento.

Con riferimento al valore della partecipazione, le BEREC Guidelines indicano che:

- *"Flexibility in terms of the value of the participation of each co-investor could be achieved [...] offering co-investors the option to commit more or less capital for a larger or smaller share of the project or options to purchase an IRU to different amounts of capacity"*⁶³
- *"In principle, small providers of electronic communications networks and/or services should not be prevented from participating in the co-investment. [...]. The minimum share should not be specified in such a way that it prevents the participation of undertakings that would otherwise make a material positive contribution to promoting effective and sustainable long-term competition in any downstream markets in which the undertaking designated as having SMP is active"*⁶⁴

A tal riguardo, è opinione della Scrivente che le condizioni dell'offerta di co-investimento non garantiscono la flessibilità richiesta dalle BEREC Guidelines e siano particolarmente penalizzanti per i nuovi entranti.

Per aderire al co-investimento, i nuovi entranti dovranno infatti definire ex-ante i minimi garantiti (per i 10 anni successivi all'adesione al co-investimento) sulla base del proprio business plan, che è per sua natura soggetto ad una maggiore aleatorietà rispetto alle previsioni di vendita degli OAOs principali (che possono altresì contare su una customer base consolidata).

In tale contesto, ed in considerazione di un meccanismo di tolleranza pari al 110% dei minimi garantiti, con prezzi eccessivamente elevati fino al 2027 per gli acquisti eccedenti tale soglia (c. +22%) e soggetti a negoiazione commerciale negli anni a seguire, ne consegue che i nuovi entranti (ed operatori di piccole dimensioni):

- sarebbero incentivati ad assumersi impegni corrispondenti a volumi estremamente sfidanti, il che aumenterebbe in maniera non proporzionale il rischio da essi assunto, precludendo la scelta di adesione al co-investimento;
- alternativamente potrebbero optare per impegni prudenziali ed in questo caso si troverebbero di fronte ad una struttura di prezzo proibitiva che

⁶³ Par. 92 BEREC Guidelines, pag.21.

⁶⁴ Par. 95 BEREC Guidelines, pag.21.



precluderebbe e limiterebbe - anche ad operatori efficienti- un virtuoso percorso di crescita nel mercato.

Sulla base di quanto esposto risulta evidente quindi come esistano che le condizioni offerte da TIM introducano **barriere all'adesione al co-investimento e barriere alla crescita** per i nuovi entranti ed operatori di piccole dimensioni, **in aperta violazione dei requisiti delle BEREC Guidelines sopra esposti.**

A parere della Scrivente inoltre, la proposta di co-investimento **non offre adeguate tutele di non-discriminazione** per i piccoli operatori.

Gli operatori di piccole dimensioni possono infatti aderire al co-investimento esclusivamente acquistando la rete primaria da TIM o da altri co-investitori presenti al CRO. Risulta evidente infatti come, in assenza di previsioni specifiche, tali operatori sarebbero esposti ad atteggiamenti discriminatori e potenzialmente ostativi da parte dei propri competitor nel mercato retail, che potrebbero ad esempio negare l'accesso al CRO e rifiutare l'attivazione di linee aggiuntive, o applicare condizioni di provisioning e assurance estremamente sfavorevoli e tali da non consentirgli di rimanere competitivi nel mercato.

Infine, è opinione della Scrivente che la struttura dei minimi garantiti precluda l'adesione al co-investimento di operatori attivi esclusivamente nel comparto Business.

➤ **L'offerta non garantisce ai co-investitori la flessibilità necessaria per competere in maniera efficace e sostenibile con TIM nel mercato retail**

Sempre con riferimento al requisito "flessibilità garantita ai co-investitori", secondo il BEREC *"the level of participation of a provider of electronic communications networks and/or services should not place a limit on the retail market share which they may compete for"*⁶⁵

Come illustrato nel precedente paragrafo, **tale possibilità risulta sostanzialmente preclusa ai co-investitori** in quanto le condizioni applicabili al semi-GPON in pay-per-use introducono **un tetto** alla capacità di questi ultimi di acquisire **market share addizionale.**

A parere della Scrivente tale criticità è mitigata in maniera insufficiente dalla possibilità offerta ai co-investitori di incrementare la propria partecipazione di anno in anno. Tale previsione⁶⁶ infatti non è sufficiente a garantire la flessibilità auspicata dalle BEREC Guidelines in quanto:

- si tratta di un meccanismo estremamente rigido e viene garantita soltanto fino al 30 giugno la possibilità di comunicare la propria volontà di aumentare

⁶⁵ Par. 102 BEREC Guidelines, pag.22.

⁶⁶ Par. 5.1.3 Offerta di co-investimento, pag. 15.



la propria partecipazione per l'anno successivo, applicando prezzi più alti per i volumi incrementali;

- ogni anno i co-investitori rimarranno soggetti alle limitazioni sopra esposte insite nelle condizioni applicabili al semi-GPON e quindi **permarranno barriere alla concorrenza dinamica nel mercato retail**.

➤ **L'offerta di co-investimento dovrebbe essere aperta per adesioni durante tutta la vita utile della rete**

Relativamente alla flessibilità in termini di tempistiche di partecipazione al co-investimento, le BEREC Guidelines ribadiscono che *"the co-investment offer may allow potential co-investors and third-party undertakings to join the project (i.e. potential participants that are not in the initial list of co-investors) at different stages regardless of the stages of the co-investment project"*⁶⁷.

Quanto appena esposto conferma le osservazioni della Scrivente di cui al Par. 3.2: l'offerta di co-investimento prevede la possibilità di **adesione fino al 2027**, precludendo possibilità di adesione durante l'intera durata di esercizio della rete, e quindi in **aperta violazione dei requisiti definiti dall'art. 76 del CCEE e dalle BEREC Guidelines**.

3.6. Trasparenza (Rilevanza: **Media**; Compliance: **No**)

Si riportano di seguito i principali elementi di criticità individuati.

➤ **Violazione del "timely manner principle" nella pubblicazione dell'offerta di co-investimento conferisce un "first mover advantage" a TIM**

Secondo l'art. 76.1 (c) del CCEE, un' offerta di co-investimento deve essere *"made public by the undertaking in a timely manner and, if the undertaking does not have the characteristics listed in Article 80, at least six months before the start of the deployment of the new network"*.

Al contrario, sulla base degli annunci di TIM⁶⁸, si evince come il roll-out della rete VHCN di cui all'offerta di co-investimento sia stato avviato a febbraio 2021, ossia a meno di un mese dalla pubblicazione dell'offerta di co-investimento (nonché antecedentemente la pubblicazione dell'integrazione all'offerta del 25 marzo 2021), e quindi in **chiara violazione delle BEREC Guidelines**. Inoltre, la Scrivente sottolinea come aspetti estremamente rilevanti della offerta di co-investimento (es., condizioni per i non co-investitori e applicabili

⁶⁷ Par. 96 BEREC Guidelines, pag.21.

⁶⁸ Si riporta a titolo esemplificativo uno dei tanti annunci effettuati da TIM, a partire da Gennaio 2021, riguardo l'avvio del roll-out della rete VHCN in scope del co-investimento. <https://www.gruppotim.it/it/archivio-stampa/mercato/2021/CS-TIM-fibra-ultraveloce-Chiavari.html>.



per acquisti eccedenti la soglia del 110% dei minimi garantiti), siano stati divulgati esclusivamente ad Aprile 2021, ossia 2 mesi dopo l'avvio del roll-out della rete.

È opinione della Scrivente che quanto appena esposto non rappresenti una mera violazione di aspetti procedurali delle BEREC Guidelines, ma comporti potenziali **impatti rilevanti per l'assetto competitivo nel mercato retail**, a vantaggio di TIM.

In relazione ad un'offerta di coinvestimento pubblicata da un operatore verticalmente integrato, le BEREC Guidelines indicano infatti che *"the six-month period may be prolonged based on national circumstances. Such prolongation may be justified by reasons strictly related to the co-investment scheme, for example, by the need for other co-investors to prepare for the start of marketing activity (so that the SMP operator does not get a first-mover advantage), by complex co-investment schemes or products, or the need to implement new interfaces"*⁶⁹.

In linea con le BEREC Guidelines, risulta evidente a tal riguardo come la violazione del "timely manner principle" -in combinazione con un piano di roll-out ed un'architettura di rete⁷⁰ pre-determinati in via esclusiva da TIM secondo le proprie esigenze commerciali- permetteranno alla stessa di sfruttare fin da subito il pieno potenziale della nuova rete FTTH. Ciò le garantirebbe quindi un **vantaggio competitivo da "first mover", non replicabile dagli altri co-investitori**, i quali dovranno al contrario sostenere ulteriori investimenti, con tempi e costi ad essi associati, ad esempio per implementare le nuove interfacce di rete e/o ridefinire le proprie strategie commerciali.

➤ **Violazione del principio di non-discriminazione dovuto ad asimmetria informativa in favore di Fastweb e Tiscali**

Con riferimento alle garanzie di trasparenza, le BEREC Guidelines sottolineano che, ai sensi dell'art. 76 del CCEE, l'offerta di co-investimento *"should be available on a transparent and non-discriminatory basis"*⁷¹.

A tal riguardo, la Scrivente evidenzia come sia Fastweb che Tiscali abbiano avuto accesso alla proposta di co-investimento [**OMISSIS**] in **violazione quindi del requisito di non-discriminazione appena esposto**.

Sulla base di informazioni comunicate da TIM, i due operatori risultavano infatti consapevoli dei termini del co-investimento già nel 3Q del 2020 (data di pubblicazione degli accordi con TIM e FiberCop).

⁶⁹ Par. 114 BEREC Guidelines, pag. 25.

⁷⁰ Si fa particolare riferimento alla distribuzione dei CROs in prossimità dei cabinet esistenti.

⁷¹ Par. 121 BEREC Guidelines, pag.26.



I medesimi termini dell'offerta sono invece stati resi noti al mercato soltanto a gennaio 2021, comportando quindi un'**asimmetria informativa a favore di Fastweb e Tiscali**, [**OMISSIS**

]

- I suddetti operatori hanno potuto partecipare alla definizione di decisioni strategiche di FiberCop, quali il roll-out e l'architettura della rete (es. posizionamento CRO), con garanzie di co-determinazione non concesse a nessun altro co-investitore;
- [**OMISSIS**

]

- Fastweb e Tiscali hanno beneficiato inoltre di un orizzonte temporale più esteso per predisporre il business case propedeutico alla scelta di adesione al co-investimento, nonché per ricalibrare la propria strategia commerciale nelle aree oggetto del co-investimento.

➤ **Insufficiente trasparenza informativa**

Secondo l'art. 79.1 del CCEE, e come ribadito dalle BEREC Guidelines⁷², qualora le imprese designate come detentrici di SMP offrano all'autorità nazionale di regolamentazione impegni quali *"il coinvestimento nelle reti ad altissima capacità ai sensi dell'articolo 76"*, l'offerta di tali impegni deve essere *"sufficientemente dettagliata, anche per quanto riguarda i tempi e l'ambito della loro applicazione, nonché la loro durata, per consentire all'autorità nazionale di regolamentazione di svolgere la sua valutazione"*.

In linea con quanto riportato nei paragrafi precedenti del presente contributo, la Scrivente ritiene che l'offerta di coinvestimento sia carente in merito ad alcune delle informazioni chiave e quindi non garantisca la trasparenza informativa necessaria sulla base dell'art. 79.1 del CCEE e dalle BEREC Guidelines. A tal riguardo si ribadiscono l'opacità, ed in alcuni casi la totale assenza, delle informazioni riferibili a:

- il rispetto del principio di non-discriminazione interna-esterna con TIM e tra i non-coinvestitori (access seekers);
- le modalità attraverso le quali verrà garantito il rispetto del principio di Equivalence of Inputs (EOI) per i servizi di FiberCop;

⁷² Par. 106 BEREC Guidelines, pag. 25 "Necessary elements of the offer must be published on the website for interested undertakings to understand the offer ("shall be available and easily identified on the website of the undertaking)".



- le condizioni applicabili alla rete primaria per l'erogazione di servizi di accesso Full-GPON;
- il processo e i criteri adottati per la valutazione delle richieste dei co-investitori riguardo modifiche al piano di roll-out e/o dell'architettura di rete;
- i prezzi applicabili ai non co-investitori -e per i co-investitori in riferimento alle linee eccedenti il 110% dei minimi garantiti del semi-GPON- a partire dal 2028;
- il processo e i criteri adottati per la valutazione delle richieste dei co-investitori di utilizzare una società terza per il servizio di fornitura e manutenzione degli accessi (c.d. System Unico di Delivery e Assurance).

3.7. Condizioni riservate ai richiedenti accesso che non aderiscono al co-investimento (Rilevanza: **Alta**; Compliance: **No**)

Si riportano di seguito i principali elementi di criticità individuati.

- **L'offerta di co-investimento non garantisce ingressi nel mercato da parte di operatori efficienti che non aderiscono al co-investimento, né permette a questi ultimi di rimanere competitivi**

Secondo le BEREC Guidelines l'offerta di co-investimento deve garantire "competitiveness of the market" e quindi sulla base delle condizioni offerte ai non co-investitori "efficient access seekers should be able to enter the market and/or remain a relevant competitive force"⁷³.

A tal proposito **la Scrivente ritiene innanzitutto necessario un intervento da parte di codesta Autorità volto alla valutazione della congruità con i requisiti definiti dal CCEE dei prezzi e condizioni offerte da TIM ai non co-investitori. Tale richiesta trova conferma nelle BEREC Guidelines**, secondo cui "NRAs need to assess the offer against the background of national market characteristics to decide whether it allows efficient access seekers to enter the market and/or remain a relevant competitive force and therefore meet the requirements of Article 76 (1) (d)"⁷⁴.

Risulta evidente a tal riguardo a parere della Scrivente come le **condizioni offerte ai non co-investitori** non consentano a questi ultimi di rimanere competitivi nel mercato (i.e., rispetto all'operatore SMP), e precludano la possibilità di ingresso nel mercato da parte di nuovi operatori efficienti, **in aperta violazione delle BEREC Guidelines**.

In linea con quanto riportato nei paragrafi precedenti, ciò risulta innanzitutto evidente sulla base di:

⁷³ Par. 124 BEREC Guidelines, pag. 27.

⁷⁴ Par. 135 BEREC Guidelines, pag.28.



- prezzi eccessivamente elevati per gli acquisti del semi-GPON nel 2026 e nel 2027, con un incremento fino al 22% rispetto ai prezzi del co-investimento;
- prezzi del semi-GPON soggetti a negoiazione commerciale a partire dal 2028, basati quindi su condizioni tuttora ignote al mercato e che, in virtù della permanenza di integrazione verticale, FiberCop avrà interesse con ogni probabilità a fissare ad un livello tale da limitare ulteriormente la capacità dei non co-investitori di competere con TIM;
- assenza di informazioni riguardo le condizioni applicabili al servizio full-GPON, servizio che a parere della Scrivente riveste un ruolo chiave nel garantire concorrenzialità del mercato;
- assenza di informazioni chiare sulle modalità con cui i co-investitori possono avvalersi di una società terza per il servizio di fornitura e manutenzione degli accessi (c.d. System Unico di Delivery e Assurance).

La **preclusione al Semi-GPON fino al 2025** a parere della Scrivente inoltre:

- introduce elementi di discriminazione verso quegli operatori che hanno investito -o pianificano di investire- dotandosi di rete primaria proprietaria per raggiungere i CROs;
- non è coerente con i requisiti delle BEREC Guidelines.

Secondo le BEREC Guidelines infatti, un'offerta di co-investimento può garantire un vantaggio da "first mover" ai co-investitori. Pur tuttavia, la durata di tale vantaggio "depends on the degree of risk incurred by the co-investors. A longer period may be justified, if the risk is high, e.g. where the rollout cost per customer is particularly high and there is significant uncertainty about future demand and willingness to pay for high bandwidths"⁷⁵

A tal riguardo, come evidenziato nel par.2.1, gran parte del roll-out di FiberCop è previsto nelle aree nere, caratterizzate da bassi rischi e bassa incertezza economica.

Risulta quindi evidente, contrariamente a quanto riportato da TIM all'interno dell'offerta di co-investimento⁷⁶, come un "first-mover advantage" garantito ai co-investitori per 5 anni con riferimento all'utilizzo del semi-GPON, non sia giustificato, né proporzionale ai rischi assunti dai co-investitori, e quindi **in violazione dei requisiti delle BEREC Guidelines**.

La Scrivente inoltre richiama l'attenzione dell'Autorità sui prezzi relativi al servizio VULA-H offerto ai non co-investitori.

⁷⁵ Par. 132 BEREC Guidelines, pag. 28.

⁷⁶ A partire dal 2026, dopo un periodo temporale idoneo a non pregiudicare gli incentivi a partecipare al co-investimento, in aggiunta ai suddetti servizi attivi di VULA-H e bitstream FTTH, TIM si impegna ad offrire ai non co-investitori anche il servizio passivo di accesso Semi- pay-per-use" (rif: Integrazione dell'offerta di co-investimento di TIM, Par. 3.2, pag.5).



A partire dalla tariffa VULA regolamentata per il 2021 di cui al modello BU-LRIC della Delibera 348/19/CON (15,2 Euro/mese), si evince un prezzo implicito della rete primaria (inclusiva di apparati attivi OLT e ONT) di 4,8 Euro/mese⁷⁷ per i non-coinvestitori, più alto rispetto ai 3,9 Euro/mese previsti dalla nuova offerta di TIM⁷⁸ proposta ai co-investitori.

A tal riguardo, è parere della Scrivente, che quanto appena esposto rappresenti **un'indebita discriminazione di prezzo da parte di TIM**, in quanto insiste su elementi di rete che non sono in scope del co-investimento.

Infine, e come riportato nel Par. 3.6, risulta evidente come sulla base delle condizioni offerte da TIM, non esistano adeguate garanzie di non-discriminazione tra i non co-investitori. A tal riguardo, la Scrivente richiede contestuale verifica da parte di codesta Autorità con riferimento alle condizioni offerte ai non co-investitori onde evitare **una violazione delle BEREC Guidelines** secondo cui *“Non-discrimination applies among access seekers⁷⁹”*.

➤ **Accesso al footprint di Flash Fiber deve essere garantito sulla base delle condizioni attuali**

Secondo l'art. 76.1.d del CCEE, un'offerta di co-investimento deve garantire accesso al footprint VHCN esistente (al momento della pubblicazione dell'offerta) alle medesime condizioni applicate precedentemente alla realizzazione della nuova rete VHCN. A tal riguardo le BEREC Guidelines chiariscono che:

- *“According to Article 76 (1) (d) existing and potential new access seekers have to benefit from the outset (i.e. the activation of the VHCN) from the same quality, speed, conditions, and end-user reach that were available before the deployment”⁸⁰.*
- *The term “conditions” includes prices, processes for ordering and repair, provision of information, etc. End-users addressable before the deployment should also be addressable thereafter”⁸¹.*

In base a quanto esposto nelle sezioni precedenti del presente contributo, è parere della Scrivente che l'offerta di co-investimento sia **coerente in maniera limitata con i requisiti sopra esposti**, in quanto - al contrario delle condizioni riportate nell'offerta di co-investimento - **l'accesso alla copertura di Flash Fiber dovrebbe essere concesso sulla base delle condizioni attualmente applicabili**, ovvero:

⁷⁷ Definito considerando il prezzo del semi-GPON offerto ai non co-investitori a partire dal 2026, e pari a 10,4 Euro/mese.

⁷⁸ Introduzione di funzionalità abilitanti l'attivazione di accessi FTTH https://wdc.wholesale.telecomitalia.it/tw_news/2021/03/29/introduzione-di-funzionalita-abilitanti-lattivazione-di-accessi-ftth/

⁷⁹ Par. 138 BEREC Guidelines, pag. 29.

⁸⁰ Par. 126 BEREC Guidelines, pag.27.

⁸¹ Par. 127 BEREC Guidelines, pag.27.



- prezzi soggetti a cost-orientation;
- obbligo di accesso;
- tutele di non discriminazione ed EOI;
- condizioni tecniche (SLAs) applicabili ai servizi di manutenzione, provisioning ed assurance.