

Milano, 7 giugno 2021

Spettabile

AGCOM

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Direzioni reti e servizi di comunicazioni elettroniche

c.a. responsabile del procedimento

dott.ssa Valeria Ambrosio

Centro Direzionale, Isola B5 – “Torre Francesco”

80143 – Napoli

a mezzo pec all'indirizzo agcom@cert.agcom.it
anticipato a mezzo mail all'indirizzo drs@agcom.it

Oggetto: Proposta di Impegni di coinvestimento in reti ad altissima capacità notificata ai sensi degli articoli 76 e 79 CCEE – Contributo di Retelit

Egregi Signori,

in considerazione della proroga dei termini di cui alla delibera n. 169/21/CONS e in conformità a quanto previsto dall'allegato A della delibera n. 110/21/CONS, la scrivente società Retelit (Gruppo Retelit) invia le seguenti osservazioni in merito alla consultazione in oggetto.

Nel presente documento, Retelit intende ribadire le riflessioni critiche formulate in risposta alla precedente consultazione sul progetto c.d. “FiberCop”.

È da rilevare che la presente consultazione si inserisce in un contesto di produzione normativa di estrema importanza, alla luce dell'adozione da parte del Legislatore delle Legge di Delegazione europea n. 53/2021 e della consultazione conseguentemente avviata dal MiSE, in relazione allo schema di decreto legislativo di recepimento della Direttiva UE 2018/1072.

Nei giorni successivi alla originaria scadenza della consultazione sul progetto di separazione legale volontaria denominato FiberCop (Delibera 637/20/CONS), TIM ha reso pubblica e notificato a

Codesta Autorità l'offerta di coinvestimento nella nuova rete in fibra ottica di FiberCop, in qualità di operatore SPM nel mercato di accesso 3a (ad eccezione del Comune di Milano).

A sostegno della propria offerta, l'incumbent ha invocato le norme rilevanti del nuovo Codice europeo delle Comunicazioni Elettroniche per qualificare la stessa come proposta "di coinvestimento". Il progetto si baserebbe su un piano di sviluppo infrastrutturale che sarà completato nel 2025, con previsione di copertura del 75% delle UIT nelle aree nere e grigie (secondo la mappatura Infratel 2020).

Nonostante nel documento si parli di «*condivisione del rischio a lungo termine*» e di «*modello di co-investimento "aperto"*», la **proposta** avanzata da **TIM** presenta evidenti criticità, confermando i rischi di distorsione della concorrenza e di situazioni strutturali di vantaggio competitivo da parte di un soggetto a danno del mercato.

Retelit segnala, in particolare, le **seguenti criticità**:

1. Mancanza di trasparenza – l'intero progetto di separazione legale volontaria notificato dall'operatore SPM è caratterizzato dalla mancanza di trasparenza in relazione agli aspetti più rilevanti. Ciò ha determinato un'**asimmetria** che rischia di porre gli operatori alternativi all'*incumbent* in una condizione di **incertezza, instabilità e non prevedibilità dello scenario competitivo e del quadro regolamentare** applicabile.

Anzitutto, il mercato non ha avuto la possibilità di conoscere gli elementi di dettaglio degli accordi siglati fra TIM e Tiscali, nonché fra TIM, Fastweb e FiberCop.

Nelle considerazioni introduttive della delibera 110/21/CONS Codesta Autorità rileva che, con lettera del 18 febbraio 2021, TIM ha comunicato che "*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*"; inoltre, in risposta a una richiesta di ulteriori chiarimenti di Codesta Autorità, del 1° marzo 2021, in merito alla validità, efficacia e riservatezza dei suddetti contratti stipulati con Fastweb e Tiscali, TIM avrebbe chiarito che "*[...] nessuno dei suddetti accordi di co-investimento è efficace inter partes*", in quanto oggetto di modifiche e revisioni "*nell'ambito delle negoziazioni in corso tra le parti*".

La condotta dell'operatore SPM potrebbe essere qualificata come strumentale e di *gaming* regolamentare, finalizzata a condizionare l'intero procedimento di notifica e la valutazione degli impegni da parte dell'ANR.

Un'eventuale correzione, inoltre, non eliminerebbe *ex post* gli effetti anticoncorrenziali nei mercati retail e wholesale determinati dagli accordi a partire da agosto 2020, in assenza di visibilità e conoscenza degli elementi di dettaglio da parte del mercato e senza che AGCom ne abbia valutato la coerenza con il sistema di regole vigenti.

In secondo luogo, l'intero procedimento è segnato dalla scarsa trasparenza nei rapporti fra TIM e FiberCop in relazione alle condizioni applicate a TIM per l'acquisto dei servizi dalla nuova società (vale a dire, l'accesso alla rete secondaria oggetto del co-investimento).

Il mercato si confronta con una proposta di co-investimento notificata da TIM/FiberCop agli altri operatori, mentre non risulta chiaro quale sia il regime applicabile a TIM. A ciò si aggiunge il fatto

che, analogamente, non sono note le condizioni applicate da TIM a FiberCop per una serie di servizi per i quali TIM opera da fornitore esclusivo di FiberCop¹.

Ciò pone, evidentemente, dei rischi di discriminazione: è possibile che le condizioni applicate all'operatore SPM siano diverse rispetto a quelle applicate agli altri co-investitori.

2. Difformità rispetto alle condizioni previste dall'art. 76 CECE – Con la Direttiva UE 2018/1072 è stata posta significativa attenzione all'introduzione di misure finalizzate allo sviluppo della connettività, al potenziamento degli investimenti in reti BUL, all'accesso a reti VHCN. Il tutto, in un contesto che dovrà assicurare il mantenimento delle dinamiche concorrenziali, di tutela dei consumatori e di consolidamento del mercato interno.

Il modello di coinvestimento, nelle intenzioni del **Legislatore comunitario**, offre vantaggi in termini di condivisione di costi e rischi, consentendo alle imprese diverse dall'operatore dominante di investire a condizioni economicamente ragionevoli, **promuovendo una concorrenza sostenibile a lungo termine** in particolare nelle **aree in cui la concorrenza basata sulle infrastrutture potrebbe non essere sufficiente**.

Nel considerando introduttivo 198, l'atto riconosce che il co-investimento può essere realizzato anche con *"accordi di acquisto"*, purché tali accordi *"implichino l'acquisizione di diritti specifici relativi a capacità di carattere strutturale, che coinvolgono un grado di codeterminazione e consentono ai co-investitori di competere efficacemente e in modo sostenibile a lungo termine nei mercati a valle in cui l'impresa designata come detentrica di un significativo potere di mercato è attiva"*.

L'offerta di co-investimento deve, quindi, caratterizzarsi **per trasparenza, equità, ragionevolezza e non discriminazione** delle condizioni offerte di utilizzo delle reti ad altissima capacità. Criteri che paiono disconosciuti dall'**offerta notificata da TIM**, per le seguenti ragioni:

- **Impossibilità nella valutazione dei rischi** - La proposta notificata da TIM, in mancanza di informazioni sui costi di realizzazione degli investimenti infrastrutturali, non permette una valutazione della ripartizione dei costi e dei rischi di impresa fra i partecipanti, ponendo i) il rischio di applicazione di condizioni inique e ii) l'ipotesi che, così come formulata, la proposta non conduca a vantaggi per i co-investitori.
- **Impedimenti all'acquisto di capacità strutturale** - La condivisione del rischio di investimento nell'offerta proposta da TIM si realizzerebbe attraverso due tipologie di accordi: i) acquisti in IRU

¹ A titolo puramente esemplificativo: Progettazione, costruzione e manutenzione delle infrastrutture di posa di FiberCop; Progettazione, costruzione e manutenzione della rete secondaria orizzontale in rame e in fibra; Progettazione, costruzione e manutenzione dei segmenti terminali in rame e in fibra; Attivazione e disattivazione dei collegamenti in rete secondaria su rame e fibra; Sviluppo della connettività in fibra ottica e rame per accesso a Stazioni Radio Base/Small Cell e/o collegamenti ottici P2P business; Gestione delle attività di *assurance* esterne al perimetro dell'Offerta di Riferimento - *reception, customer recognition, diagnosi front end* e risoluzione; Realizzazione di spazi tecnologici attrezzati per connessione fisica; Aggiornamento delle banche dati relative alla rete di FiberCop; Servizi di IT non inerenti alle attività di business di FiberCop - ad esempio, verranno forniti i servizi su SAP, ERP, IT security; Servizi generali, ad es. amministrativi, allestimento spazi ad uso ufficio, eventuale rivendita da parte di TIM agli OAO di servizi *wholesale* per conto di FiberCop, ecc.).

a 20 anni in modalità *pay per use* di apparati dell'infrastruttura in fibra dedicati al singolo co-investitore o ii) *commitment* all'acquisto di "minimi garantiti" di servizi di accesso in modalità *pay per use* per un periodo di 10 anni a partire dall'anno di adesione.

La scrivente società rileva che gli **IRU** non possono essere ascritti fra i "*diritti specifici relativi a capacità di carattere strutturale*", limitandosi alla **disponibilità esclusiva degli apparati collocati al Cabinet ripartilinea** (es., max 2 splitter). Il diritto di occupare (al massimo 2) splitter primari non può certo qualificarsi come attribuzione di un diritto strutturale, risolvendosi un mero acquisto di servizi di accesso.

Lo stesso Legislatore comunitario, allo scopo di prevenire distorsioni, ha tuttavia previsto nel Codice europeo che gli "***accordi di accesso commerciale limitati all'affitto di capacità ... non dovrebbero essere considerati coinvestimenti***".

L'ipotesi alternativa di accesso in *pay per use* per un periodo di 10 anni sulla base di **minimi garantiti** presenta, invece, una **duplice criticità**. In primo luogo, **non garantisce l'accesso a diritti allineati all'intera vita dell'infrastruttura**, ponendosi in contrasto con quanto disposto dall'art. 76 della Direttiva. In secondo luogo, prevede l'impegno del co-investitore all'acquisto di almeno il 10% delle UI tecniche di ciascun comune (corrispondente al 16% delle linee attive): la soglia di accesso si traduce in una barriera per i player alternativi ai grandi operatori di mercato e privi di un'ampia *customer base*.

Alle considerazioni espresse si aggiunga, infine, che l'offerta pare riservata nei fatti al mercato consumer, con **esclusione di servizi al mercato business**, nonostante nel documento si parli dell'obiettivo di realizzazione di una rete di accesso VHC "punto-punto" anche in aree grigie.

L'impossibilità di co-investire nelle connessioni P2P dovrebbe essere censurata, tanto più considerando che nella comunicazione fatta da TIM (ex art. 50 ter) è prevista la "*costituzione in favore di TIM del diritto d'uso delle fibre ottiche in rete secondaria utilizzate per i suoi servizi P2P business e per le Stazioni Radio Base/Small Cell e per adempiere agli obblighi assunti in base a contratti stipulati con OAO per la durata rimanente di tali contratti (i.e. gli ordini/i servizi attualmente in essere)*". L'operatore SPM potrà fruire, senza alcun corrispettivo, di fibre ottiche dedicate a tali servizi, mentre i co-investitori ne resterebbero esclusi, se non acquisendo poi il servizio da FiberCop al di fuori dell'offerta di co-investimento.

- **Distorsioni concorrenziali – L'offerta di co-investimento**, così come promossa, **limita una concorrenza sostenibile a lungo termine** e si pone in contrasto con la lettera dell'art. 76.1.b).

Il limite numerico di accesso agli splitter primari (max 2) impedisce l'emersione di una sana concorrenza sul mercato wholesale, restringendo la capacità di offerta dei co-investitori. Il pregiudizio non può ritenersi superato dal generico impegno a verificare la fattibilità di richieste eccedenti.

Analoghe censure devono essere estese alla previsione di prezzi differenziati per gli accessi che concorrono al minimo garantito del 10%, nel quadro dell'opzione *pay per use*, e per gli eventuali accessi incrementali, per i quali è previsto il pagamento dei medesimi prezzi previsti per gli

operatori che non aderiscono al co-investimento (più elevati di oltre il 20%) e non le condizioni economiche intuitivamente più vantaggiose previste dall'Offerta di co-investimento.

Tali condizioni paiono volte a disincentivare una crescita di quota di mercato oltre il livello corrispondente al minimo garantito, risultando in contrasto con la caratteristica di un accordo che abbia elementi di tipo strutturale e che dovrebbe incentivare il titolare di diritti assimilabili alla proprietà di una infrastruttura ad accrescere la propria **customer base** e, di conseguenza, il ritorno degli investimenti.

- **Duplicazione degli investimenti e mancata realizzazione di nuove infrastrutture** – La disposizione normativa comunitaria pare, inoltre, **disattesa** nella misura in cui prevede che il co-investimento si concretizzi con la ***“realizzazione di una nuova rete ad altissima capacità”***.

A FiberCop, infatti, verrà conferita la rete in fibra ottica sviluppata da Flash Fiber: sulla base delle informazioni pubbliche, il fatto che almeno 58 città siano state già coperte è in contrasto con il testo del Codice.

A quanto detto si aggiunga che il previsto intervento della nuova società nelle aree nere pregiudica la caratteristica incentivante del co-investimento, secondo quanto disposto dall'art. 76, di accelerazione degli investimenti nelle aree in cui la concorrenza infrastrutturale potrebbe non essere sufficiente.

- **Mancata garanzia di un adeguato grado di codeterminazione** – Sin dal considerando introduttivo 198, il Legislatore comunitario ha posto l'accento sull'esigenza di associare alle iniziative di co-investimento un **grado di codeterminazione** che consenta *“ai coinvestitori di competere efficacemente e in modo sostenibile a lungo termine nei mercati a valle in cui l'impresa designata come detentrica di un significativo potere di mercato è attiva”*.

Per le modalità in cui è strutturata, **l'Offerta di TIM impedisce una reale compartecipazione all'impresa infrastrutturale**, in quanto: i) TIM progetta, definisce in piena autonomia il piano di *roll-out* della rete, costruisce, esegue la sua manutenzione in via esclusiva e fornisce tutti i servizi necessari a FiberCop per operare sul mercato; ii) l'ipotesi di proposte veicolate dai co-investitori a FiberCop sul piano di *roll-out* non garantisce alcun diritto di codeterminazione, posto che il par. 5.2. dell'Offerta prevede al massimo un *best effort*, disponendo che tali proposte *“ove tecnicamente e economicamente sostenibile, saranno tenute nel massimo conto da FiberCop”*; iii) le attività di *delivery* e *assurance* degli accessi in fibra restano, salvo eccezioni, nell'area di competenza estranea agli OAO; iv) le soglie di accesso e le modalità di commitment previste per la partecipazione al progetto rappresenterebbero, infatti, barriere impeditive e, quindi, incompatibili con il principio della codeterminazione.

- **Inadempimento dei termini temporali** – ai sensi dell'art. 76.1.c), per essere qualificata come tale, l'offerta di co-investimento deve essere resa pubblica almeno sei mesi prima dell'avvio della realizzazione della nuova rete. Condizione vanificata dalle iniziative di TIM.

Per quanto detto, Retelit invita Codesta Autorità a rilevare, nell'**Offerta notificata da TIM**, l'**assenza dei requisiti dettati dal Legislatore comunitario all'art. 76** della Direttiva UE 2018/1072, in relazione al modello di co-investimento.

La scrivente società ribadisce l'auspicio, già espresso nelle precedenti occasioni di consultazione, che venga definito un quadro regolamentare che faciliti una reale compartecipazione – e condivisione dei rischi – e una parità di trattamento fra gli attori del mercato TLC nei progetti infrastrutturali d'interesse primario per il Paese.

Un cordiale saluto.

Retelit S.p.A.

(ing. Federico Protto)