



Delibera 110/21/CONS

Avvio del procedimento istruttorio e della consultazione pubblica concernente la proposta di impegni presentata da TIM ai sensi degli articoli 76 e 79 CCEE riguardante il coinvestimento nelle reti ad altissima capacità

CONTRIBUTO VODAFONE



INDICE DEL CONTRIBUTO

	pagine
EXECUTIVE SUMMARY	3
1. L'articolo 76 della Direttiva UE 2018/1972	5
2. La costituzione di FiberCop e l'offerta di co-investimento	6
2.1 L'articolo 76 ed il principio di non discriminazione	7
2.2 La realizzazione di una rete ad altissima capacità	8
2.3 L'offerta di co-investimento deve essere resa pubblica in modo tempestivo	10
3. La condivisione del rischio a lungo termine ed il riconoscimento di diritti strutturali	10
3.1 Gli accordi di acquisto in IRU ed il Minimum Commitment	12
3.2. I servizi di accesso passivi proposti da TIM ai co-investitori	13
3.2.1 L'accesso all'armadio ottico in modalità IRU	13
3.2.2 Il servizio Semi-GPON <i>pay per use</i> con minimi garantiti	16
3.2.3 Il servizio <i>Full GPON</i>	21
3.3. I servizi di accesso attivi proposti da TIM ai co-investitori e ai non co-investitori	23
4. Il principio di co-determinazione e il modello di <i>governance</i> proposto	24
4.1 Il principio di co-determinazione	25
4.2 Le criticità del modello di <i>governance</i> proposto	25
5. Le garanzie di un'offerta aperta e comunicata tempestivamente	26
6. Il principio di buona fede	28
7. Alcuni aspetti procedurali	29



EXECUTIVE SUMMARY

Vodafone desidera innanzitutto evidenziare di essere favorevole a qualsivoglia iniziativa volta a garantire una concorrenza infrastrutturale, ottimizzare gli investimenti degli operatori, accelerando il dispiegamento delle nuove infrastrutture a Banda Ultra Larga in piena coerenza con il percorso di liberalizzazione e competitività del mercato. E dunque di non essere, in principio, contraria a proposte di co-investimento laddove queste ultime fossero effettivamente volte a perseguire i suddetti obiettivi. In tale ottica, una proposta di co-investimento, per essere efficace, oltre a dover soddisfare i requisiti (cumulativi) individuati dal Legislatore Europeo (cfr. Direttiva 2018/1972) deve garantire di essere tale da non porre le condizioni per una ri-monopolizzazione del mercato da parte dell'operatore detentore di SMP.

Ciò premesso, si rileva innanzitutto come la proposta di co-investimento presentata da TIM non appaia essere stata formulata nel rispetto del principio di **buona fede** richiamato dall'art. 76 EECC: [REDACTED]

A ciò si aggiunga che, se tale progetto di co-investimento fosse letto [REDACTED] - a contemplare le esigenze degli eventuali co-investitori in ottica appunto di coinvestimento, ovvero definizione congiunta degli investimenti nella nuova rete.

Considerazioni ulteriormente rafforzate dal fatto che non sussistono adeguate garanzie di autonomia e di indipendenza finanziaria, di FiberCop, ovvero il veicolo attraverso il quale si realizza il suddetto coinvestimento, tenuto conto che TIM mantiene una quota di controllo pari al 58%, nomina il CEO, il CTO e, previo consenso di KKR, l'Antitrust and Regulatory Chief Officer nonché 5 membri del CdA, cioè la maggioranza rispetto ai 9 membri totali.

In questo quadro si inserisce la consultazione pubblica avviata da codesta Autorità con delibera 110/21/CONS, riguardante l'aderenza della proposta di co-investimento avanzata da Telecom Italia alle **condizioni previste dall'Art.76 del EECC**. In relazione a tale valutazione e svolte le precisazioni di cui sopra, Vodafone ritiene che la proposta di coinvestimento di Telecom Italia non rispetti numerose (se non tutte) condizioni previste dal quadro europeo. Tra quelle di maggiore rilevanza si segnalano:

- L'assenza di **diritti strutturali** in relazione alle infrastrutture oggetto di co-investimento, [REDACTED]
- L'**insostenibilità economica** dell'offerta pubblicata da TIM, con la conseguente incapacità dell'offerta di co-investimento di garantire un'adeguata e sostenibile concorrenza di lungo periodo sui mercati al dettaglio.



- L'assenza di qualsivoglia **diritto di co-determinazione** per i co-investitori [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

Nel presente documento Vodafone presenta un'analisi dettagliata dell'offerta tecnica ed economica presentata da TIM, dalla quale emergono evidenti criticità sulla sostenibilità della proposta e sugli effetti che tale proposta rischia di avere, se accettata.

Da un lato, infatti, l'offerta relativa all'**accesso passivo in IRU**, presenta forti profili di insostenibilità economica, confermati peraltro da TIM e Fastweb nel procedimento I850 avviato dall'Autorità Antitrust. Pertanto, questo tipo di offerta non sarà in grado di garantire quello che dovrebbe essere uno dei benefici degli accordi di co-investimento stipulabili ai sensi dell'art. 76 EECC, ovvero [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

Con riferimento alla seconda parte dell'offerta, relativa allo schema di acquisto del prodotto Semi GPON con minimi garantiti, [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

In ultimo, la totale assenza di informazioni tecniche ed economiche relative [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]

appare chiaro l'intento dell'operatore *incumbent* di **incentivare gli operatori** – contrariamente a quanto ufficialmente dichiarato - [REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] è sempre stato il principio fondamentale della regolamentazione pro-competitiva assicurando agli operatori attivi sul mercato di competere con l'*incumbent* anche in termini di qualità ed innovazione.

Infine, si ritiene utile osservare che la struttura dell'offerta proposta nel suo complesso da TIM - che incentiva l'infrastrutturazione al cabinet dei *competitor* - è concettualmente in contrasto con le logiche seguite da TIM in merito al **processo di switch-off** della rete in rame. In tale processo, che vede la rete TIM migrare nel suo complesso verso nodi che sono collocati nella parte superiore della rete, appare contraddittorio proporre un modello di co-investimento disperso sul territorio a livello di cabinet.

Tutto ciò premesso, Vodafone rileva come:



- 1) Gli accordi pregressi tra TIM, Fastweb e Tiscali, non essendo riconducibili al perimetro dell'art. 76, costituiscono una palese ed oggettiva violazione della normativa vigente in tema di non discriminazione.
- 2) La proposta di TIM non costituisce una forma di coinvestimento ex articolo 76 CCE e dunque non può in alcun caso essere considerata idonea ai fini di una de-regolamentazione dei servizi VHCN forniti da TIM.

Considerato il mancato rispetto delle condizioni previste dall'Art.76 EECC, si richiede a codesta Autorità di volere senza indugio procedere all'accertamento di tali numerose carenze e di rigettare la proposta come presentata da TIM essendo la stessa in palese inottemperanza con quanto stabilito dal codice europeo.

1. L'articolo 76 della Direttiva UE 2018/1972

L'Art. 76 comma 1 del nuovo Codice Europeo delle Comunicazioni stabilisce che: *"Le imprese che sono state designate come detentrici di un significativo potere di mercato in uno o più mercati rilevanti ai sensi dell'articolo 67 possono offrire impegni in conformità della procedura di cui all'articolo 79 e fatto salvo il presente paragrafo, secondo comma, per aprire al coinvestimento **la realizzazione di una nuova rete ad altissima capacità** che consista di elementi in fibra ottica fino ai locali degli utenti finali o alla stazione di base, ad esempio proponendo la contitolarità o la **condivisione del rischio a lungo termine** attraverso cofinanziamento o accordi di acquisto che comportano **diritti specifici di carattere strutturale** da parte di altri fornitori di reti o servizi di comunicazione elettronica."*

Quando valuta tali impegni, l'autorità nazionale di regolamentazione determina, in particolare, se l'offerta di coinvestimento soddisfa **tutte** le condizioni seguenti:

a) è **aperta** in qualsiasi momento durante il periodo di vita della rete a qualsiasi fornitore di reti o servizi di comunicazione elettronica;

b) **consentirebbe ad altri coinvestitori** che sono fornitori di reti o servizi di comunicazione elettronica di **competere**

efficacemente e in modo sostenibile sul lungo termine nei mercati a valle in cui l'impresa designata come detentrici di un significativo potere di mercato è attivo, secondo modalità che comprendono:

i) **condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie** che consentano l'accesso all'intera capacità della rete nella misura in cui essa sia soggetta al coinvestimento;

ii) **flessibilità in termini del valore e della tempistica della partecipazione** di ciascun coinvestitore;

iii) **la possibilità di incrementare tale partecipazione** in futuro; e

[...]

c) è **resa pubblica dall'impresa in modo tempestivo** e, se l'impresa non possiede le caratteristiche elencate all'articolo 80, paragrafo 1, almeno sei mesi prima dell'avvio della realizzazione della nuova rete; tale periodo può essere prolungato in funzione delle circostanze nazionali;

[...]

e) è **conforme almeno ai criteri di cui all'allegato IV ed è presentata in buona fede.**



Come si avrà modo di argomentare nel seguito, nessuno degli elementi sopra elencati – TUTTI essenziali ai sensi dell'art. 76 EECC - appare garantito dalla proposta di co-investimento pubblicata da TIM.

2 La costituzione di FiberCop e l'offerta di co-investimento

Prima di entrare nel merito dell'analisi puntuale degli elementi dell'offerta presentata da TIM, Vodafone ritiene essenziale svolgere alcune considerazioni in merito ad un aspetto centrale: dalla lettura della documentazione pubblicata da TIM emerge una **confusione artatamente ingenerata da TIM che sembra alle volte utilizzare come "sinonimi" la costituzione di FiberCop e il progetto di co-investimento.**

Se da una parte infatti, TIM ha presentato la costituzione di FiberCop come un **progetto volontario di separazione legale ai sensi dell'art. 50 ter** del D. Lgs 259/2003, analizzando la documentazione si ravvisa ad esempio a pg. 6 questa affermazione dell'operatore *incumbent*: *"il presente progetto di separazione legale della rete di accesso determina un miglioramento del quadro competitivo, in quanto prevede, sin dalla costituzione di FiberCop, la realizzazione di un'infrastruttura FTTH nella disponibilità, per servire i rispettivi clienti di TIM e di altri operatori partecipanti al co-investimento attraverso una partecipazione azionaria (Fastweb) o una partecipazione strategica (Tiscali). Resta, inoltre, aperta la possibilità per gli altri operatori interessati di partecipare al co-investimento in fasi successive, così come previsto dall'art. 76 CCEE"*¹.

E nella stessa direzione vanno le dichiarazioni di Tiscali e Fastweb laddove:

- i) nel comunicato stampa pubblicato il 27 agosto 2020, Tiscali² dichiarava *"questo accordo è tra i primi in Europa secondo il principio di co-investimento come definito dalla Commissione europea."*
- ii) *"il progetto di co-investimento in vista del quale Fastweb ha sottoscritto un insieme di accordi preliminari con FiberCop e TIM è, infatti, un progetto inteso a realizzare una forma di co-investimento aperto ai sensi dell'art. 76 del CCEE."*³

Dunque, sembra si voglia sostenere che Fastweb e Tiscali si qualificano già come co-investitori ai sensi dell'art. 76 e che gli altri operatori eventualmente interessati potranno partecipare al progetto in fasi successive.

Di seguito si riportano le ragioni per le quali la costituzione di FiberCop non rispetta nessuno dei criteri richiesti affinché un accordo di co-investimento sia qualificabile come ottemperante ai sensi dell'art. 76

¹ Separazione legale volontaria della rete fissa di accesso di TIM – Notifica ex art. 50 ter del Codice delle Comunicazioni Elettroniche (Annesso 1 Allegato B Delibera 637/20/CONS - pg. 6)

² <https://www.tiscali.com/download/informazioni-relative-allaccordo-preliminare-stipulato-con-tim-il-27-agosto-us/?wpdmdl=15541&refresh=60ab74bcd211621849276>

³ Documento depositato da Fastweb ("Procedimento I850_richiesta di informazioni") nell'ambito del procedimento I850 avviato dall'Autorità Antitrust (Istruttoria sui contratti per la costituzione di FiberCop).



Per rendere chiara la numerosità delle attività intercorse tra le parti, [REDACTED]
[REDACTED] gli accordi siglati con Fastweb risultano essere:

- i) 5 accordi sottoscritti tra Fastweb e TIM;
- ii) 4 accordi sottoscritti tra Fastweb, TIM e Flash Fiber;
- iii) una *commitment letter* tra Fastweb, TIM e KKR;
- iv) un contratto tra Fastweb e Tiscali.

TUTTI questi accordi sono stati negoziati e chiusi tra giugno e dicembre 2020.

Ben prima della pubblicazione dell'offerta di co-investimento da parte di TIM avvenuta, come noto, a fine gennaio 2021.

Eppure, tutti i soggetti coinvolti parlano di accordi di co-investimento da analizzare ai sensi dell'art. 76 del CCEE!

E a nulla vale il fatto che gli accordi siglati nel 2020 tra TIM e Tiscali e tra TIM, Fastweb e FiberCop risultano ad oggi sospesi⁵.

Dall'analisi della documentazione, risulta infatti ormai accertato che gli accordi in questione prevedevano condizioni di partecipazione al co-investimento e di accesso alla rete dell'SMP diverse da quelle offerte a tutti gli altri operatori del mercato.

Sembrerebbe quindi che l'attuale decisione di rinegoziarne l'oggetto sia volta a correggere *ex post* la precedente anomalia che aveva visto l'operatore SMP sottoscrivere accordi, nel corso del 2020, in maniera non trasparente e discriminatoria senza che l'Autorità ne avesse valutato la coerenza rispetto alla regolamentazione vigente⁶.

E di qui la speciale responsabilità dell'operatore SMP ad operare in spregio alla normativa vigente al sol fine di evitare il dispiegamento di una sostenibile e duratura concorrenza.

Alla luce di tutto quanto sopra, è evidente che gli accordi sottoscritti tra TIM, FiberCop, Fastweb e Tiscali rappresentino una grave violazione del principio di non discriminazione indicato dall'art. 76 come elemento essenziale ai fini dell'applicazione della normativa europea. A nulla vale il fatto che al momento tali accordi risultino sospesi. E' ferma convinzione di Vodafone che tali accordi non possano in ogni caso qualificarsi come co-investimento ai sensi dell'art. 76 e pertanto si richiede a codesta Autorità di chiarire questo aspetto.

2.2 La realizzazione di una nuova rete ad altissima capacità

⁵ Dalla delibera 110/21/CONS emerge infatti che l'operatore incumbent avrebbe 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" e che "allo stato, quindi, nessuno dei suddetti accordi di co-investimento è efficace inter partes" e che "entrambi sono destinati ad essere rivisti e modificati, nell'ambito delle negoziazioni in corso tra le parti".

⁶ Non è chiaro, tuttavia, se sia stata data anche solo parziale attuazione a tali accordi nei mesi passati, nonché quale sarà il contenuto della rinegoziazione e, in particolare, se saranno previste nuovamente condizioni particolari per la fornitura di servizi necessari per attivare gli accessi alla semi-GPON in rete secondaria (i.e., i servizi sulla rete primaria di TIM per collegare i CRO oggetto dell'Offerta di co-investimento). [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]



L'infrastruttura sottesa all'azione di FiberCop non è in linea con quanto indicato dall'art. 76 ai fini di un possibile progetto di co-investimento.

E' noto infatti che FiberCop "sarà titolare delle infrastrutture passive della rete di accesso secondaria, sia in rame che in fibra, acquisite mediante il trasferimento dei corrispondenti asset attualmente in capo a TIM e alla società Flash Fiber"⁷.

Dunque, FiberCop sarà titolare

- i) della rete secondaria in rame di TIM;
- ii) della nuova rete secondaria in fibra oggetto dei piani di *roll-out* dichiarati da TIM;
- iii) della rete di Flash Fiber già esistente che confluirà nel perimetro FiberCop⁸.

Orbene l'art. 76 stabilisce chiaramente che la prima caratteristica necessaria ai fini dell'applicazione del quadro ivi delineato è rappresentato dall'elemento della novità dell'infrastrutture considerata.

Come ulteriormente chiarito dal BEREC:

*"The specific regulatory treatment foreseen in Article 76 should be exclusively granted to VHCN that are "new", not to the roll-out of VHCN that were publicly announced before the EECC entered into force in December 2018. In those cases, the SMP operator already decided to undertake the investment, without considering the additional regulatory incentives that the EECC provides for."*⁹

*"The goal of Article 76 is thus to induce investments in new VHCN elements, not to create windfall effects for investments that were publicly announced before the EECC entered into force."*¹⁰

La circostanza che nel coinvestimento si faccia riferimento alla rete in fibra già sviluppata o già pianificata di Flash Fiber si pone in aperto contrasto con quanto sopra indicato.

E' la stessa TIM ad affermare che *"gli obiettivi di roll-out di Flash Fiber erano stati pressoché completati" (al 2020) e che secondo TIM "il modello FiberCop rappresenta un miglioramento rispetto a Flash Fiber, perché mentre viene garantito un livello simile di controllo sulle risorse di rete, si passa da un modello chiuso per due soli operatori a un modello aperto. Al riguardo, va osservato che sono previste modifiche agli apparati di rete già installati nelle 29 città di Flash Fiber al fine di aggiungere ulteriori GPON per gli operatori interessati"*¹¹

E tali affermazioni appaiono in netto contrasto con quanto chiaramente stabilito dal BEREC che sul punto è molto chiaro: *"(18) In BEREC's view, Article 76 does not cover investments in existing physical*

⁷ Separazione legale volontaria della rete fissa di accesso di TIM – Notifica ex art. 50 ter del Codice delle Comunicazioni Elettroniche (Annesso 1 Allegato B Delibera 637/20/CONS - pg.4)

⁸ Come noto, il progetto Flash Fiber è stato annunciato nel 2016 e il *roll-out* della rete in fibra è avvenuto principalmente tra il 2017 ed il 2020, con maggiore incisività nel 2018-2019. Dunque, si tratta di un progetto già annunciato nel 2016 e di fatto oggi concluso.

⁹ Berec Guidelines to foster the consistent application of the conditions and criteria for assessing co-investments in new very high capacity network elements (article 76 (1) and Annex IV EECC) - (14)

¹⁰ Berec Guidelines to foster the consistent application of the conditions and criteria for assessing co-investments in new very high capacity network elements (article 76 (1) and Annex IV EECC) - (15)

¹¹ Procedimento AGCM 1850 – Documento allegato da TIM al verbale dell'incontro tra AGCM, TIM e FiberCop avvenuto in data 22 marzo 2021, pg. 6-7.



infrastructure nor the mere construction of physical infrastructure on a stand-alone basis. 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 would still pertain to infrastructure that already exists, and that was built before the entry into force of the EECC provisions”.

E' evidente che il progetto Flash Fiber - comunicato nel 2016 con un *roll-out* effettuato nel 2018 e nel 2019 – rappresenta un secondo elemento di inottemperanza della proposta presentata da TIM ai sensi dell'art. 76 deve dunque essere escluso dal perimetro dell'offerta di co-investimento.

2.3 L'offerta di co-investimento deve essere resa pubblica in modo tempestivo

FiberCop non può ricadere nel perimetro di applicazione dell'art. 76 – ed in particolare Fastweb e Tiscali non possono essere considerati co-investitori – poiché **gli accordi sottoscritti**, oltre ad assumere un evidente carattere discriminatorio a danno degli altri competitor, **se inseriti nel contesto dell'art. 76 comma 1 lett. c) non ne rispettano i criteri di trasparenza.**

Con riferimento alla nuova rete in fibra in rete secondaria, in base alle informazioni fornite da TIM (disponibili sul suo sito *wholesale*) la copertura FTTH di FiberCop comprende 37 Comuni (in aggiunta alle 29 città raggiunte dalla rete in fibra di Flash Fiber) che risultano già raggiunte dalla secondaria di TIM. In pratica, TIM avrebbe già iniziato a coprire alcuni dei Comuni sottesi al progetto FiberCop con rete in fibra in secondaria. Anche in questo contravvenendo a quanto stabilito dall'art. 76¹² che richiede un orizzonte temporale non inferiore ai 6 mesi dalla comunicazione del progetto di co-investimento, all'avvio della posa della fibra.

Dunque, la circostanza che almeno 66 Comuni siano stati già realizzati/siano in corso di realizzazione si pone in conflitto con il dettato normativo rappresentando un ulteriore fattore contrario alla qualificazione del progetto FiberCop come un co-investimento ex art. 76 EECC.

3. La condivisione del rischio a lungo termine e il riconoscimento di diritti strutturali

¹² Ed anche dal BEREC: “(107) *The aim of this provision is to allow the potentially interested providers of electronic communications networks and/or services to participate in the project from the beginning of the deployment (i.e. the rollout) of the new network, having at their disposal enough time to evaluate all the elements needed to take the most appropriate decision before the deployment starts and to allow them to compete from the beginning with the SMP operator. The EECC considers appropriate that a period of at least six months is allowed to companies, for these to carry out all the internal steps needed to participate in the co-investment project. Nevertheless, each NRA, based on the national circumstances, may extend that period under justified reasons in the context of the commitment procedure. The practical declaration of the “timely manner” principle is therefore an announcement period for the co-investment offer not shorter than six months prior to the official start of deployment of the project.*”

(110) *It is clear from the text that the relevant period of at least six months starts from the date of the publication of the co-investment offer and ends when the deployment of the new network starts.*”



La proposta di co-investimento pubblicata da TIM presenta diverse modalità di partecipazione che dovrebbero garantire sia il riconoscimento di diritti strutturali che la condivisione del rischio:

- 1) Una modalità di partecipazione mediante acquisto di infrastrutture dedicate in IRU di splitter e connessioni dedicate presso l'armadio ottico;
- 2) Una modalità di partecipazione mediante un *commitment* all'acquisto di un minimo garantito di accessi assumendo un impegno finanziario interamente predefinito *ex ante*.

Per la disamina delle diverse modalità di partecipazione proposte da TIM, si è innanzitutto fatto riferimento a quanto indicato nelle BEREC Guidelines.

Si ritiene dunque utile proporre di seguito una sintesi degli elementi di maggiore rilievo contenuti nella documentazione europea.

"(23). [...] Article 76 names co-ownership and long-term risk sharing as examples. The latter might take the form of co-financing or purchase agreements giving rise to specific rights of a structural character by other providers of electronic communications networks or services."

"(25). As to the latter [long-term risk sharing], the EECC refers to the structural nature of purchase agreements by stating in Recital (198) that "[...] purchase agreements which constitute co-investments entail the acquisition of specific rights to capacity of a structural character, involving a degree of co-determination and enabling co-investors to compete effectively and sustainably in the long term in downstream markets in which the undertaking designated as having significant market power is active. 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."

"(26) While acknowledging that the EECC only refers to structural rights in the context of purchase agreements, BEREC considers that the structural nature would constitute an important underlying consideration when assessing any co-investment agreement under Article 76."

"(31) Finally, determining the structural nature of the one-way access model requires a case-by-case analysis. Such agreements could be implemented via long-term co-financing schemes that foresee minimum buying commitments and volume discounts or take the form of purchase agreements through Indefeasible Rights of Use (hereafter "IRUs")."

"(32) The one-way access model based on purchase agreements provides the IRUs' holders with some of the characteristics that are associated with ownership such as the right to exclusive use over long-term periods, although it may grant the holders with a limited degree of co-determination and/or the right to make decisions on new investments, upgrades, etc. Alongside the ownership structure, other factors such as the governance structure provided for in the agreement may in this regard become relevant."

"(33) In that context, 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).

Anche alla luce di quanto osservato nel paragrafo precedente in merito agli accordi sottostanti la costituzione di FiberCop, Vodafone ha analizzato la struttura del progetto di co-investimento proposto da TIM con particolare attenzione posta sulle condizioni caratterizzanti il c.d. One Way Access Model. In presenza di questo modello, le linee guida del BEREC affermano che le Autorità nazionali di regolamentazione dovranno svolgere un'analisi caso per caso per verificare che le modalità di partecipazione all'offerta garantiscano effettivamente diritti di carattere strutturale ai co-investitori. Gli elementi che il BEREC indica come rilevanti per tale valutazione sono:

- La presenza di accordi di acquisto mediante IRU
- La presenza di accordi di acquisto con minimi garantiti
- La *Governance* del veicolo utilizzato per l'attuazione del progetto di co-investimento e il grado di co-determinazione attribuito ai co-investitori e dunque la possibilità riconosciuta ai medesimi di prendere parte ed influenzare le decisioni strategiche quali, il roll-out della rete, le attività di manutenzione e fornitura dei servizi, il grado di evoluzione/adattamento degli accordi tra le parti.

3.1 Gli accordi di acquisto in IRU e il Minimum Commitment

Ad avviso di Vodafone, è opportuno innanzitutto sottoporre all'attenzione di codesta Autorità un primo dato: la proposta di TIM manca degli elementi essenziali per permettere ad un soggetto economico di valutare effettivamente un proprio eventuale interesse ad investire.

In teoria un progetto di investimento infrastrutturale dovrebbe quantificare le voci sottostanti (sia esse)

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]



E questo è un dato molto grave, ad avviso di chi scrive, poiché **non viene permesso ai propri competitor di valutare in buona fede una proposta di co-investimento, sebbene la medesima TIM dichiari il progetto come aperto a tutto e a tutti.**

Ma di questo si avrà modo di approfondire nel proseguo del presente contributo laddove la stessa Commissione Europea prevede tra i criteri essenziali ai fini dell'applicazione dell'art. 76 vi è anche il rispetto del **principio della buona fede.**

Fatta dunque questa premessa che dimostra come TIM abbia di fatto reso impossibile una completa valutazione di tipo imprenditoriale del progetto proposto, Vodafone ha comunque proceduto – utilizzando i dati a disposizione - ad analizzare preliminarmente la sostenibilità economica dei prodotti di accesso offerti da TIM, alcuni dei quali oggetto della proposta di co-investimento, altri esclusi da tale perimetro ma resi disponibili da TIM, ovvero:

- 1) i prodotti passivi di accesso al CRO in modalità IRU, il servizio semi-GPON in modalità *pay per use* con minimi garantiti e il servizio Full GPON
- 2) i prodotti attivi VULA FTTH, Bitstream FTTH e le nuove funzionalità FTTH come descritte nell'integrazione alla proposta di co-investimento pubblicata da TIM in data 21 aprile u.s.

3.2 I servizi di accesso passivi proposti da TIM ai co-investitori

3.2.1 L'ACCESSO ALL'ARMADIO OTTICO IN MODALITA' IRU

Nel caso di accesso al CRO:

- i. il co-investigatore ha diritto ad avere splitter dedicati (uno primario e uno secondario) e le bretelle ottiche di connessione tra i due ad un canone IRU ventennale di 3.500 euro. Il numero di splitter primari massimo, in avvio, è pari a due. Ulteriori splitter per cabinet potranno essere richiesti. La soglia minima è rappresentata da tutti gli armadi ottici installati in un singolo Comune/nell'insieme di Comuni prescelti.
Tale servizio consente al co-investigatore per la durata ventennale dell'IRU di acquisire accessi Semi-GPON in modalità *pay per use* nell'area di riferimento senza assumere commitment sui "minimi garantiti".
- ii. Alle voci di costi sopra riportate, è necessario poi aggiungere il costo afferente all'infrastruttura di rete primaria (propria o acquisita in IRU) necessaria per il rilegamento del cliente finale.

Per la valutazione del servizio proposto, la Scrivente ha innanzitutto svolto un'analisi economica di sostenibilità di tale prodotto.

Le componenti di rete – e di costo – considerate nell'analisi sono quelle relative alla rete di accesso.

Al fine di erogare un servizio al cliente finale, infatti, un operatore co-investigatore dovrà sostenere il costo afferente la rete secondaria (Semi-GPON + accesso al CRO) a cui si deve aggiungere il costo relativo alla rete primaria su infrastruttura proprietaria o acquisita in IRU da un concorrente, TIM od OLO.

Sono state pertanto considerate le seguenti componenti:



- Contributo di attivazione (inclusivo dell'installazione del CPE presso casa cliente): valore indicato nella proposta di co-investimento pari a 70,00 euro per cliente
- Canone di accesso alla secondaria: valore indicato nella proposta di co-investimento pari a 8,50 euro per cliente per mese
- Accesso al CRO effettuato su 40 cabinet per Comune¹⁴: valore indicato nella proposta di co-investimento pari a 3.500 euro/cabinet * 40
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- Costi in rete primaria per il rilegamento dei 40 cabinet: 3.500 euro/cabinet * 40 cabinet¹⁵

Ebbene, l'entità dei costi sopra descritti, che sottendono la rete di accesso, è talmente sproporzionata, che il progetto di co-investimento prospettato potrebbe essere sostenibile esclusivamente qualora l'operatore detenga una quota di mercato non inferiore [REDACTED]

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

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

In questo scenario, per diventare co-investitore la Scrivente dovrebbe incrementare la propria market share [REDACTED]

E la situazione non è diversa se [REDACTED]
[REDACTED]

Appare di tutta evidenza dunque che nessun operatore concorrente potrà partecipare credibilmente come co-investitore utilizzando l'accesso al CRO in IRU.

D'altra parte, alla stessa conclusione sono giunte anche TIM e Fastweb.

Da un accesso agli atti effettuato nell'ambito del procedimento I850, l'Autorità Antitrust - svolgendo alcune considerazioni proprio sull'appetibilità dei prodotti offerti da TIM nella proposta di co-investimento - osserva che *"la valutazione dei minimi garantiti va considerata anche in relazione alla reale capacità di un'offerta in IRU di essere alternativa, posto che non è stata scelta nemmeno da TIM e Fastweb, i soggetti più grandi ed infrastrutturati, e potrebbe quindi non essere un'alternativa percorribile per gli operatori, in considerazione della non convenienza in termini finanziari"*¹⁶.

¹⁴ Valore individuato come rapporto tra HHs coperte da una centrale e numero medio di accessi sottesi ad un cabinet dichiarato da TIM.

¹⁵ Il costo della primaria è calcolato sulla base del canone IRU a 20 anni e dei servizi accessori come riportati nell'ultima offerta di riferimento TIM sui servizi di accesso NGAN approvata (2019-2020)

¹⁶ Fonte: Osservatorio Trimestrale AGCOM n. 1/2021.

¹⁷ [REDACTED]
[REDACTED]

¹⁸ Verbale dell'incontro avvenuto in data 22 marzo 2021 tra AGCM, TIM e FiberCop nell'ambito del procedimento I850 -- Accordi FiberCop.



In merito poi all'infrastruttura in rete in primaria, la Scrivente osserva che nelle dichiarazioni di TIM è proprio su questa porzione di rete che dovrebbero dispiegarsi gli effetti benefici, in termini di creazione di concorrenza infrastrutturale, conseguenti all'approvazione ed attuazione dell'offerta di co-investimento proposta.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Dunque, una prima conclusione è d'uopo: **la concorrenza infrastrutturale in rete primaria non si creerà con il progetto di co-investimento proposto**, che non pare cambiare i fondamentali economici e tecnici di mercato.

[REDACTED]

[REDACTED]

Da questa prima analisi risulta evidente che lo scenario prospettato relativamente alla creazione di una concorrenza infrastrutturale tra operatori in rete primaria, per mezzo del servizio di accesso al CRO proposto, sia del tutto irrealistica. Al contrario, Vodafone ritiene che il reale obiettivo dell'incumbent sia esattamente opposto, ovvero il ripristino ed il mantenimento di un potere di mercato particolarmente elevato sui mercati *wholesale* dei prodotti attivi e passivi. E tale affermazione, come si avrà modo di argomentare nel proseguo, appare abbastanza evidente alla luce della struttura di *pricing* e della tipologia di prodotti di accesso che TIM include nel progetto di co-investimento.



3.2.2 IL SERVIZIO SEMI-GPON PAY PER USE CON MINIMI GARANTITI

Nel caso di servizi semi-GPON in modalità *pay per use*, la proposta di co-investimento prevede che:

- i. La soglia tecnica minima è pari ad un numero di accessi non inferiore al 10% delle UIT coperte da FiberCop da acquistare in un periodo di 10 anni dall'anno di adesione nei comuni selezionati dal co-investitore.
- ii. Il canone di eventuali volumi che superano la soglia dichiarata del 110% sarà maggiore e corrispondente o al canone applicato ai non co-investitori (con una maggiorazione dunque del 22%) o al canone applicato ai co-investitori nell'anno in cui avviene l'incremento (con una maggiorazione del 2% per ogni anno).

Esporranno quindi alcune valutazioni relative a diversi profili riguardanti il servizio semi GPON *pay per use* proposto. Si vedrà come tale servizio presenta molteplici problematiche, tali da non renderlo né appetibile ad un potenziale co-investitore, né idoneo a soddisfare i requisiti dell'art. 76 EECC, soprattutto con riferimento ai seguenti aspetti:

1. Orizzonte temporale dell'investimento
2. Soglia minima di acquisto
3. Andamento dei canoni nel tempo

1. Il primo aspetto critico da analizzare è quello relativo all'orizzonte temporale di 10 anni, caratteristica che rende il servizio semi GPON non conforme alle previsioni dell'art. 76 poiché non idoneo a garantire nessun diritto strutturale ad un ipotetico co-investitore.

Sulla base di quanto previsto nella documentazione pubblicata da TIM, un anno prima della scadenza dei 10 anni, gli accordi dei co-investitori saranno rinegoziati in buona fede dalle parti, tenendo conto dei termini e delle condizioni in essere nell'ultimo anno e di eventuali variazioni significative riscontrate nel mercato e nella fornitura dei servizi oggetto dell'offerta.

Dunque, le condizioni tecniche ed economiche al termine dei contratti di co-investimento, **oltre a non essere note al momento, sono comunque caratterizzate da un'ampia incertezza e variabilità, nonché da un grande spazio di discrezionalità in capo al contraente più forte.**

Le condizioni contrattuali sopra descritte configurano infatti

[REDACTED]

Tale situazione è incompatibile con i principi del co-investimento, dal momento che un co-investitore – nel significato più proprio del termine – assume dei rischi di lungo periodo per sviluppare un'infrastruttura comune.

In una situazione del genere ci si dovrebbe attendere che il medesimo continui a beneficiare di un prezzo agevolato anche e soprattutto al completamento della posa della nuova infrastruttura atteso che trascorsi 10 anni (20 anni nel caso di accesso al CRO) i costi di realizzazione dell'infrastruttura risulteranno in parte ammortizzati ed i rischi derivanti dalla domanda di molto ridotti se non azzerati.



La validità della visione di Vodafone sulla costruzione di un accordo di co-investimento bilanciato e sufficientemente robusto nel lungo periodo risulta confermata da quanto indicato anche dal BEREC, il quale afferma esplicitamente che:

- *"(49) [...] BEREC considers that, for the purposes of Article 76, the lifetime of the network can only be understood with reference to the **expected life of the commercial co-investment scheme during which the network is fully operative**, rather than the technical operating lifetime of any of the network components (that is likely longer than the commercial lifetime). BEREC considers that 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. This expected lifetime would then inform decisions on the exemption and the NRA assessment of the suitability of the offer in terms of factors such as the openness of the co-investment scheme."*
- *"(60) In general, co-investment offers 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."*

Dunque, si ritiene che anche per questo aspetto, l'offerta non sia in linea con le previsioni stabilite dall'art. 76 risultando inidonea a garantire l'attribuzione di diritti strutturali ad un possibile co-investitore.

2. Un secondo aspetto ancor più critico è la soglia del *minimum commitment* prevista.

Come noto, il servizio semi GPON si caratterizza per la previsione dell'impegno del co-investitore ad acquistare almeno il 10% delle UIT di ciascun Comune, valore che tenuto conto della *market penetration* italiana corrispondente ad una quota di mercato nell'intorno del 16%.

E tale dato risulta confermato anche alla luce dei risultati dell'analisi economica fatta da Vodafone, in continuità con quanto fatto per il servizio di accesso al CRO.

In particolare, anche con riferimento al servizio semi GPON la Scrivente ha svolto un'analisi economica di sostenibilità di tale prodotto.

Le componenti di rete – e di costo – considerate nell'analisi sono sempre e solo quelle relative alla rete di accesso. Ed in particolare:

- Contributo di attivazione (inclusivo dell'installazione del CPE presso casa cliente): valore indicato nella proposta di co-investimento e pari a 70,00 euro per cliente
- Canone di accesso alla secondaria: valore indicato nella proposta di co-investimento e pari a 8,50 euro per cliente
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- Costi in rete primaria per il rilegamento di tutti i 40 cabinet: 3.500 euro/cabinet * 40 cabinet¹⁹

Ebbene, le voci di costo sottese alla fornitura di clienti retail tramite l'offerta di servizi semi GPON di FiberCop, rendono l'investimento sostenibile esclusivamente per un operatore che abbia una quota di mercato [REDACTED]

¹⁹ Il costo della primaria è calcolato sulla base del canone IRU a 20 anni e dei servizi accessori come riportati nell'ultima offerta di riferimento TIM sui servizi di accesso NGAN approvata (2019-2020)



[REDACTED]
[REDACTED]
Per le stesse ragioni sopra esposte, una così elevata soglia minima di Ingresso rende di fatto non sottoscrivibile l'offerta [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

In altri termini, la struttura di prodotti proposta rende più conveniente acquistare gli accessi da TIM come non co-investitore piuttosto che diventare co-investitore. [REDACTED]
[REDACTED]

3. Il terzo elemento critico è rappresentato dall'andamento crescente dei canoni del servizio semi-GPON che, all'aumentare della quantità richiesta da un co-investitore, aumentano.

[REDACTED]
[REDACTED] Scrivente però ritiene utile svolgere alcune considerazioni che seppure teoriche possono essere utili al corretto inquadramento della proposta presentata da TIM ed al suo totale disallineamento con gli obiettivi dichiarati e con le peculiarità richieste dal quadro normativo indicato nell'art. 76.

Le BEREC Guidelines al punto 133 indicano in maniera molto chiara che;

- Con riferimento ai co-investitori *"the prices for access to very high capacity network elements may vary over time. For example, prices may be higher in the beginning reflecting higher retail prices of the co-investors and/or demand uncertainty and could then be reduced over time."*
- Con riferimento ai non co-investitori: *"Furthermore, effective wholesale price levels for access seekers could be higher than for co-investors to reflect the risk that co-investors incur, and to maintain the incentives to participate in the co-investment. The price differential would effectively be limited by the condition that efficient access seekers should be able to enter the market and/or remain a relevant competitive force".*

Come noto l'opzione di accesso in *pay per use* con minimi garantiti prevede l'applicazione di prezzi differenziati tra gli accessi che concorrono al minimo garantito del 10% delle UIT (più la soglia di tolleranza del 10% nell'intero periodo di dieci anni dall'adesione) e gli eventuali acquisti eccedenti tale soglia, 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%) o - in caso di comunicazione preventiva dello sfioramento delle quantità - è prevista l'applicazione del canone applicato ai co-investitori nell'anno in cui avviene lo sfioramento della soglia (si tenga presente che il canone proposto per i co-investitori cresce del 2% ogni anno).

Tale previsione, oltre ad essere in palese contrasto con tutti i [REDACTED]
[REDACTED] appare volta a disincentivare una crescita di quota di mercato oltre [REDACTED]
[REDACTED] ed è 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 quanto più possibile i clienti che utilizzano tale rete e [REDACTED]
[REDACTED]

L'effetto netto che si avrebbe sul mercato sarebbe proprio quello che il BEREC definisce come contrario alla *ratio* perseguita dall'articolo 76 ovvero: *"Finally, BEREC considers that 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. This is because such limits could result in an outcome where the retail market is de facto shared between co-investors, and such an outcome would run counter to the aim of promoting effective and sustainable long term competition at the downstream level" (102).

Anche in questo caso, dunque, la proposta di TIM non è in linea con quanto previsto dalle linee guida del BEREC.

[REDACTED]

- [REDACTED]
- [REDACTED]

Queste ad avviso di Vodafone le caratteristiche che un progetto di co-investimento di una rete in fibra nella tratta secondaria dovrebbe avere, in linea con i criteri di sostenibilità economica e con i principi stabiliti nelle Linee Guida pubblicate dal BEREC.

Con riferimento alla individuazione di un soglia di ingresso massima, si ritiene utile partire dalla proposta di TIM laddove viene prevista una duplice soglia minima in ragione della dimensione dell'operatore interessato.

In particolare TIM afferma che *"al fine di consentire di partecipare al co-investimento anche agli operatori la cui base di clientela non consentirebbe il raggiungimento della soglia tecnica del 10%, è previsto un accesso agevolato al co-investimento per i piccoli operatori con una quota di mercato retail degli accessi a banda larga e ultra larga a livello nazionale inferiore al 5% [...] tali operatori saranno considerati co-investitori a tutti gli effetti ed avranno accesso ai prezzi dell'offerta di co-investimento per l'utilizzo della semi-GPON a condizioni che assumano l'impegno di acquistare in un periodo di dieci anni dall'anno di adesione un numero di accessi pari almeno all'1% delle UIT coperte da FiberCop nei comuni selezionati dal co-investitore come aree geografiche oggetto del co-investment."*²⁰

La proposta di TIM prevede dunque:

- una soglia di ingresso dell'1% che, considerato l'indice di penetrazione, corrisponderebbe ad una quota di mercato media minima dell'1,6% per operatori con quota di mercato inferiore al 5%
- una soglia di ingresso del 10% che, come detto, corrisponde ad una quota di mercato del 16% per operatori con quote di mercato superiori al 5%.

Andando ad analizzare i dati dell'osservatorio trimestrale AGCOM di dicembre 2020 si osserva che:

²⁰ Offerta di co-investimento di TIM nella nuova rete in fibra di FiberCop – 29 gennaio 2021 (pg. 14 par. 5.1.2).



- TIM è l'unica con una quota di mercato certamente superiore al 16%
- Vodafone, WindTre e Fastweb risultano avere una quota nell'intervallo compreso tra 5% e 16% (rispettivamente 16,4% VO - 14% WindTre - 15,2% Fastweb)
- Linkem, EOLO e Tiscali hanno quote rispettivamente di 3,8%, 3% e 2,4%

La soglia del 10% indicata da TIM è evidentemente irragionevole sia se analizzata singolarmente (come sopra evidenziato) sia se analizzata rispetto alla soglia dell'1%.

Appare [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

L'unico operatore non escluso appare TIM.

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

[REDACTED]
[REDACTED]

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

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

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

E' di tutta evidenza da quanto sopra che l'offerta proposta da TIM – con una soglia di ingresso molto elevata e con un trend di prezzo crescente – non risulta economicamente sostenibile per un operatore anche di grandi dimensioni sul mercato.

Vodafone ritiene che l'offerta – per incentivare la partecipazione di un operatore a diventare un co-investitore – dovrebbe seguire le logiche indicate dalle Linee Guida BEREC e più in generale le logiche economiche sottese alle economie di scala:

i) l'individuazione di una soglia [REDACTED]
[REDACTED]

ii) la definizione di una struttura di *pricing* [REDACTED]
[REDACTED]



3.2.3 IL SERVIZIO FULL GPON

Alla luce di quanto sopra esposto, la Scrivente sottolinea che l'offerta di servizi passivi al cabinet non risultando sostenibile dal punto di vista economico, non creerà nessuna forma di concorrenza infrastrutturale tra operatori, come erroneamente sostenuto da TIM.

[REDACTED]

Per tale ragione, è opinione di Vodafone che la proposta di TIM non creerà nessuna concorrenza infrastrutturale tra operatori in rete primaria poiché nessun operatore acquisterà i servizi offerti da TIM al cabinet, né in modalità IRU né in modalità semi GPON *pay per use*.

Sulla base dello sviluppo del mercato italiano dall'avvio della liberalizzazione ad oggi e sulla base dell'esperienza di Vodafone, si ritiene che il modello attuale di regolamentazione basato sull'ULL sia quello che in miglior misura ha consentito ai concorrenti di competere e di ridurre, seppur molto lentamente, il potere di mercato dell'ex monopolista sul mercato retail.

Dal punto di vista tecnico, il modello di concorrenza infrastrutturale con accesso fisico in centrale, che si è dimostrato efficace nel rame, secondo quanto affermato dalla stessa TIM, può tecnicamente essere riproposto nello sviluppo delle reti in fibra. Infatti, è TIM stessa nella propria proposta di co-investimento pubblicata a prevedere che *"FiberCop offrirà, su base commerciale, i seguenti servizi wholesale non regolati: [...] Full GPON, comprensive di servizi su rete primaria acquistati da TIM, a seguito di specifiche richieste di operatori"*²¹.

Sul punto preme innanzitutto osservare che TIM sembra aver introdotto per la prima volta un'offerta passiva FTTH (GPON e Semi-GPON), riservandone l'accesso solo a chi sottoscrive le condizioni poste con la propria Offerta, ma rifiutandosi di formulare un'offerta di riferimento regolamentata per il servizio di accesso passivo (GPON) alla rete di TIM, rivolta a tutto il mercato.

È evidente che l'introduzione di tale servizio nell'ambito dell'Offerta di co-investimento dimostrando in modo inequivocabile la sussistenza delle condizioni tecniche per l'offerta di tale servizio, dimostrano anche l'applicabilità dell'obbligo di accesso in capo a TIM previsto dall'articolo 6 comma 3 della Delibera 348/19/CONS.

La fornitura ad oggi di tale servizio di accesso ai soli operatori che hanno sottoscritto un accordo con TIM (ovvero Fastweb) e a prezzi commerciali appare un'evidente violazione del principio di non discriminazione da parte dell'operatore SMP, [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

²¹ Offerta di co-investimento di TIM nella nuova rete in fibra di FiberCop – 29 gennaio 2021 (pg. 11 nota 21).



- 1) Non spiazzerebbe gli investimenti in infrastrutture ULL già effettuati dal mercato nei precedenti 20 anni di liberalizzazione;
- 2) incentiverebbe gli operatori concorrenti ad aderire al progetto di coinvestimento, garantendo adeguate economie di scala in centrale per lo sviluppo di nuove reti, abbattendo quindi i costi fissi sostenuti da ciascun operatore e riducendo il grado di incertezza sul ritorno degli investimenti;
- 3) Sarebbe compatibile concettualmente ed operativamente con i processi di *decommissioning* avviati da TIM. D'altronde, è la stessa TIM ad affermare che "il piano di FiberCop è fasato con il programma di *decommissioning* delle centrali TIM"²², poiché connesso con l'obiettivo di razionalizzare il numero delle centrali, concentrando le linee su quelle più grandi e di livello superiore²³. In tale processo, che vede la rete TIM migrare nel suo complesso verso nodi che sono collocati nella parte superiore della rete, appare contraddittorio proporre un modello di co-investimento disperso sul territorio a livello di cabinet.

Lo stesso BEREC sottolinea poi l'importanza rivestita dalla qualità dei servizi di accesso *wholesale* offerti dall'operatore *incumbent* in particolar modo nei modelli One way access laddove è esplicitamente previsto e chiarito che:

- "(75) 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. Therefore, 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.**"
- "(89) This implies that access only needs to be granted to new network elements that are subject to the co-investment. Other elements of the network – e.g. other parts of the SMP operator's network that are not part of the co-investment scheme and possibly already existed before – are generally not covered by this requirement and thus do not need to be accessible under the co-investment offer. However, in some cases compliance with this condition could be complex and there might be cases where it is necessary to grant access to (some) other elements of the network (e.g. by offering wholesale products that use other parts of the network) in order to ensure that co-investors are able to compete effectively and sustainably. The assessment if such access is necessary for other co-investors to compete effectively and sustainably is dependent on the specific circumstances of the co investment in question and thus **should be done by NRAs on a case-by-case basis.**"

²² Parere tecnico sull'architettura di rete, sul modello operativo e i servizi di FiberCop a firma del professor Trecordi, depositato da Telecom Italia nell'ambito del procedimento in oggetto.

²³ Come noto, il processo di switch-off presentato da TIM ed approvato da codesta Autorità prevede lo spegnimento di più del 60% delle centrali TIM oggi attive sul territorio.



Si ritiene dunque essenziale che nel progetto di co-investimento proposto da TIM, codesta Autorità preveda:

[REDACTED]

3.3 I servizi di accesso attivi proposti da TIM ai co-investitori e ai non co-investitori

In base alla proposta presentata dall'*incumbent*, il co-investigatore potrà - in via del tutto teorica! - essere fisicamente al CRO, accedendo ai servizi passivi oggi inclusi nella proposta, oppure potrà richiedere la predisposizione dei necessari apparati e la disponibilità della rete primaria (ed eventualmente del trasporto nazionale) ad un altro degli operatori presenti al CRO o a TIM, così da fruire di un servizio attivo funzionalmente analogo al VULA FTTH o al Bitstream FTTH.

Come sopra anticipato, sulla base dell'offerta pubblicata da TIM, si configurerà una situazione tale per cui:

- i) gli operatori alternativi non co-investitori, usufruiranno dei soli servizi VULA FTTH o Bitstream FTTH forniti da TIM per il rilegamento dei propri clienti finali;
- ii) anche gli operatori co-investitori – a causa della non sostenibilità economica del servizio di accesso al CRO e dei servizi semi-GPON - usufruiranno anch'essi dei servizi VULA FTTH e Bitstream FTTH forniti da TIM. A questi, in via del tutto ipotetica ad oggi, si aggiunge il servizio Full GPON, unico servizio passivo in centrale.

Vale la pena sottolineare sul punto però che come dichiarato da TIM, "*FiberCop offrirà i seguenti servizi non regolati: [...] Semi-GPON ed eventualmente, a seguito di specifiche richieste di operatori, full GPON comprensive di servizi su rete primaria acquistati da TIM*"²⁴

il servizio Full GPON dunque:

- i) È l'unico servizio passivo erogato in centrale TIM
- ii) essendo un servizio fuori dal perimetro dell'offerta non è soggetto ad alcun impegno/obbligo di fornitura;
- iii) nelle dichiarazioni di TIM il pricing di questo servizio sarà definito su basi commerciali oggi non note
- iv) TIM non ha reso disponibili informazioni sulla qualità del servizio e sulla qualità dei processi di *deliveryed assurance* che verranno utilizzati per la fornitura, "eventuale" del servizio

Dunque, ad oggi, gli operatori alternativi che decidessero di co-investire hanno a disposizione unicamente le informazioni in merito ai servizi passivi al cabinet – non sostenibili – ed ai servizi attivi VULA FTTH e Bitstream FTTH. [REDACTED]

Un'ultima considerazione rimane da svolgere con riferimento a quanto pubblicato dall'operatore *incumbent* nell'integrazione del 21 aprile: TIM fornirà alcune nuove funzionalità - non oggetto del co-investimento - "*che consentiranno di configurare sulle Semi GPON dei servizi FTTH da parte di TIM a partire dal 2021 e per la durata del co-investimento*". Le funzionalità proposte "*aggregano, per singola*

²⁴ Separazione legale volontaria della rete fissa di accesso di TIM – Notifica ex art. 50 ter del Codice delle Comunicazioni Elettroniche (25 Novembre 2020) – par. 3.4



richiesta, l'utilizzo dell'OLT in centrale, della primaria in fibra fino al cabinet ottico (CRO) e dell'ONT nella sede del cliente, in modo da consentire ad un operatore che ha acquistato sul mercato (non necessariamente nell'ambito dell'Offerta) tratte in fibra in rete di accesso secondaria, di far configurare su tali tratte un servizio attivo da TIM, dandoglielo in gestione. TIM gestirebbe tali tratte collegandole ai propri splitter negli armadi ottici."

L'offerta di tali "funzionalità" conferma l'intenzione di TIM di spostare la concorrenza *wholesale* sui servizi attivi piuttosto che sui servizi passivi, maggiormente efficaci in termini di efficienza ed innovazione tecnologica, e conferma altresì la violazione dell'art. 6, comma 3 della delibera 348/19/CONS, relativa alla mancanza di un'offerta di riferimento GPON *pay per use* da parte di Telecom Italia.

Tutto quanto sopra evidenzia come nessuna delle modalità offerte da Telecom Italia comporti l'acquisizione di diritti di natura strutturale, nonché come le condizioni dell'offerta (e della sua integrazione) appaiono unicamente volte:

i) al mancato rispetto degli obblighi di natura regolamentare già esistenti in relazione alla configurazione di un'offerta di tipo passivo a tutto il mercato

ii) al ripristino e mantenimento di una *market share* crescente sul mercato *wholesale* attraverso la costruzione di un progetto che non rende acquistabili i servizi di accesso.

4. Il principio di co-determinazione e il modello di governance proposto

*"(25). As to the latter [long-term risk sharing], the EECC refers to the structural nature of purchase agreements by stating in Recital (198) that "[...] purchase agreements which constitute co-investments entail the acquisition of **specific rights to capacity of a structural character**, involving a **degree of co-determination** and enabling co-investors to **compete effectively and sustainably in the long term in downstream markets** in which the undertaking designated as having significant market power is active. 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."*

*(32) The one-way access model based on purchase agreements provides the IRUs' holders with some of the characteristics that are associated with ownership such as the right to exclusive use over long-term periods, although it may grant the holders with a limited degree of **co-determination and/or the right to make decisions on new investments, upgrades, etc.** Alongside the **ownership structure**, other factors such as the **governance structure** provided for in the agreement may in this regard become relevant.*

Tra i principali elementi sottesi al concetto di diritto strutturale per il co-investitore, vi è i) il grado di co-determinazione e dunque la possibilità riconosciuta ai co-investitori di prendere parte ed influenzare le decisioni strategiche quali il *roll-out* della rete, le attività di manutenzione e fornitura dei servizi, il grado di evoluzione/adattamento degli accordi tra le parti e ii) la *Governance* del veicolo utilizzato per l'attuazione del progetto di co-investimento. Entrambe queste variabili presentano forti criticità ad avviso di Vodafone.



4.1 IL PRINCIPIO DI CO-DETERMINAZIONE

È un corollario della condizione che il co-investimento realizzato attraverso accordi di acquisto assicuri l'acquisizione di diritti specifici relativi a capacità di carattere strutturale, che ai co-investitori sia garantito un qualche grado di codeterminazione che consenta loro di agire in modo simile a quanto garantito ad un proprietario di una rete al fine di poter competere efficacemente e in modo sostenibile a lungo termine nei mercati a valle.

Tale condizione non sembra soddisfatta nell'Offerta di TIM che rileva, al contrario, la chiara volontà dell'*incumbent* non solo di controllare FiberCop ma anche di non rinunciare ad alcuna delle prerogative che tale situazione di controllo le garantisce di diritto al fine di assicurare ai co-investitori un ragionevole grado di codeterminazione. Infatti:

- TIM progetta, (pre) 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;
- la previsione secondo cui i co-investitori potranno sottoporre le proprie proposte a FiberCop in merito al piano di *roll-out* non garantisce alcun diritto di codeterminazione posto che il par. 5.2. dell'Offerta prevede al massimo un *best effort*, genericamente disponendo che tali proposte "*ove tecnicamente ed economicamente sostenibile, saranno tenute nel massimo conto da FiberCop*";
- anche la circostanza che "*sarà valutata la possibilità di consentire ai co-investitori di gestire in autonomia le attività di delivery e assurance degli accessi in fibra*" è qualificabile più in termini di *best effort* che di diritto garantito ai co-investitori di gestire in autonomia le attività di *delivery* e di *assurance*;

4.2 LE CRITICITA' DEL MODELLO DI GOVERNANCE PROPOSTO

"Alongside the ownership structure, other factors such as the governance structure provided for in the agreement may in this regard become relevant."

"In that context, 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)."

Anche con riferimento a questo elemento, è necessario richiamare il fatto che la struttura di *governance* di FiberCop non presenta alcuna delle garanzie ritenute necessarie dal BEREC per valutare la bontà dello schema di co-investimento proposto. FiberCop è infatti strutturata prevedendo il mantenimento in capo a TIM di una quota di controllo pari al 58%, della capacità da parte di TIM di nominare il CEO, il CTO e, previo consenso di KKR, l'Antitrust and Regulatory Chief Officer (ARCO) nonché 5 membri del CdA, cioè



la maggioranza rispetto ai 9 membri totali. Inoltre, il CdA delibererà a maggioranza semplice e TIM sarà il fornitore esclusivo di FiberCop per la progettazione, costruzione e manutenzione delle reti.

A ciò si aggiunge che il modello FiberCop non presenta adeguate caratteristiche di autonomia e indipendenza finanziaria e strategica rispetto al controllo dell'operatore *incumbent* integrato. TIM rimane infatti il soggetto titolare della progettazione, costruzione e manutenzione della nuova rete in fibra.

È evidente pertanto che l'attuale *governance* guidata da TIM configura una situazione in conflitto di interessi, nella quale l'operatore *incumbent* non avrà alcun incentivo a contemplare le esigenze degli eventuali co-investitori ai fini della definizione degli investimenti nella nuova rete e del piano di *roll-out*.

Per ottenere questo risultato, occorrerebbe infatti prevedere adeguate garanzie di autonomia e di indipendenza finanziaria, progettuale, operativa e di sviluppo di FiberCop rispetto a TIM, al momento totalmente assenti.

E' opinione di chi scrive che tutti questi elementi – nel loro insieme, e valutati congiuntamente alle criticità sulla co-determinazione sopra affrontata - siano fortemente critici e rischino di avere un impatto negativo sul mercato italiano delle comunicazioni elettroniche.

La mancanza di effettivi diritti di co-determinazione e la debolezza della *governance* proposta rappresentano due ulteriori elementi di grave criticità, che confermano il quadro d'insieme che appare delinearsi: la volontà dell'ex monopolista di ripristinare una situazione di forte dominanza sui mercati *wholesale* e *retail*, nonché di dipendenza dei competitor dalla rete di TIM e dalle sue scelte architetturali e di innovazione tecnologica²⁵.

5. Le garanzie di un'offerta aperta e comunicata tempestivamente

Secondo l'art. 76, comma 1, lett. a) del CECE, 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 da art. 76 e art. 79 del CECE.

In base a quanto appena esposto l'offerta di co-investimento è in aperta violazione dei requisiti definiti dall'art. 76 e dalle Linee guida del BEREC, in quanto:

²⁵

[REDACTED]



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

Si rileva inoltre come l'offerta, non contenga neppure 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 ne limita ulteriormente il carattere inclusivo e di "apertura" al mercato.

L'offerta di co-investimento presentata da TIM risulta dunque non ottemperante a quanto stabilito dall'art. 76 comma 1 lett. a).

In aggiunta a ciò e come anticipato nei precedenti paragrafi, l'offerta è stata pubblicata solo a fine gennaio 2021 e, come sopra evidenziato ad oggi, risulta che FiberCop abbia già iniziato la realizzazione della nuova rete, in violazione di quanto previsto dall'art. 76, comma 1, lett. c).

Il mancato rispetto del periodo di almeno 6 mesi previsto dalla normativa suddetta ne vanifica l'obiettivo perfettamente indicato dal BEREK, ovvero:

- *"(107) The aim of this provision is to allow the potentially interested providers of electronic communications networks and/or services to participate in the project from the beginning of the deployment (i.e. the rollout) of the new network, having at their disposal enough time to evaluate all the elements needed to take the most appropriate decision before the deployment starts and to allow them to compete from the beginning with the SMP operator. The EECC considers appropriate that a period of at least six months is allowed to companies, for these to carry out all the internal steps needed to participate in the co-investment project. Nevertheless, each NRA, based on the national circumstances, may extend that period under justified reasons in the context of the commitment procedure. The practical declaration of the "timely manner" principle is therefore an announcement period for the co-investment offer not shorter than six months prior to the official start of deployment of the project."*
- *"(110) It is clear from the text that the relevant period of at least six months starts from the date of the publication of the co-investment offer and ends when the deployment of the new network starts."*

Risulta evidente a tal riguardo come la violazione del "timely manner principle" - in combinazione con un piano di *roll-out* ed un'architettura di rete predeterminati 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. Il rischio è dunque che TIM agisca da "*first mover*", avendo un vantaggio competitivo non replicabile dagli altri co-investitori.

Da tutto quanto sopra emerge chiaramente come l'offerta presentata da TIM non risulti ottemperante con quanto stabilito dall'art. 76 comma 1 lett. c).



6. Il principio di buona fede

Come già anticipato sopra, l'offerta presentata da TIM si ritiene in palese contrasto con il principio di buona fede richiamato dall'art. 76. Emerge infatti dalla delibera 110/21/CONS che:

- In data 22 gennaio 2021 TIM comunicava all'Autorità gli accordi già sottoscritti con Fastweb e Tiscali su servizi di accesso attualmente sottoposti a specifici obblighi regolamentari;
- in data 29 gennaio TIM notificava sempre ad AGCOM la propria offerta di co-investimento ai sensi dell'art 76 e 79 del EECC;
- in data 18 febbraio TIM chiariva, a seguito di specifica richiesta dell'Autorità 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"*
- tale posizione veniva ribadita in data 1° marzo in risposta ad una richiesta di ulteriori chiarimenti di codesta Autorità, in merito alla validità, efficacia e riservatezza dei suddetti contratti stipulati con Fastweb e Tiscali. In tale occasione TIM avrebbe chiarito che *"Allo stato, quindi, nessuno dei suddetti accordi di coinvestimento è efficace inter partes"* e che *"entrambi sono destinati ad essere rivisti e modificati, nell'ambito delle negoziazioni in corso tra le parti"*.
- in data 20 marzo 2021, in occasione della comunicazione dei risultati finanziari relativi al 1Q21 TIM ribadiva la validità del suo piano strategico di realizzazione della rete unica (comprensiva di rete primaria e secondaria) di cui, evidentemente, FiberCop costituisce una prima tappa.

Da quanto sopra, risulta quindi ormai accertato - qualora ci fossero mai stati dubbi - che ancor prima di aver presentato l'offerta di co investimento per la quale si chiede l'applicazione di un regime regolatorio agevolato, TIM avesse stipulato con Fastweb e Tiscali gli accordi in questione prevedendo condizioni di accesso alla rete dell'SMP diverse da quelle offerte a tutti gli altri operatori del mercato, in aperta violazione dei vigenti obblighi di non discriminazione.

[REDACTED]

- [REDACTED]
- [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]



[REDACTED]

[REDACTED] Questo modo di procedere impedisce il consolidarsi di progetti stabili di investimento e quindi non consente agli operatori concorrenti di programmare i propri investimenti e la politica commerciale per gli anni a venire in quanto privi delle informazioni minime necessarie a tale scopo. Si crea così una forte asimmetria informativa tra TIM e gli OLO riguardo alla situazione infrastrutturale di riferimento e al quadro regolamentare per gli anni a seguire. [REDACTED]

[REDACTED]

I risultati dell'analisi economica dell'offerta di co-investimento letti insieme ad una ricostruzione delle azioni intraprese da TIM negli anni - mostrano ad avviso di chi scrive molto chiaramente - la totale inottemperanza del comportamento di TIM al principio di buona fede richiamato come elemento essenziale per l'applicazione dell'art. 76 EECC e dunque l'insussistenza dei requisiti necessari ad accettare la proposta di TIM ai sensi dell'art. 76 con un alleggerimento degli obblighi riconducibili a tale quadro normativo.

7. Alcuni aspetti procedurali

Alla luce di tutto quanto sopra, è opinione di Vodafone che l'offerta di co-investimento di TIM - in quanto inottemperante alla quasi totalità delle condizioni e dei criteri pertinenti previsti dal quadro normativo europeo e dalle linee guida predisposte dal BEREC - ai sensi di quanto previsto dall'art. 79, comma 2 EECC, non avrebbe dovuto nemmeno essere sottoposta a market test. Ad ogni modo, 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 eventuali conclusioni 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.

Tenuto conto dell'importanza dei temi trattati, nonché della novità dello strumento regolamentare introdotto dal legislatore europeo, 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 un grave vulnus ai diritti di partecipazione al procedimento amministrativo degli operatori, l'approvazione da parte di questa Autorità di un'offerta di co-investimento che non sia stata sottoposta in ogni suo aspetto a consultazione pubblica.

Difatti, come sopra detto, la presente consultazione è stata avviata in un contesto in cui non solo le informazioni rese disponibili al mercato sono del tutto incomplete ed in ogni caso intempestive - circostanza che già di per sé contrasta con i requisiti previsti dall'art. 76 e con lo stesso scopo del market



test minandone inevitabilmente l'affidabilità. [REDACTED]

Considerata l'ampiezza delle situazioni di mancato rispetto delle condizioni previste dall'Art.76 EECC, si richiede a codesta Autorità ai sensi dell'art. 79 di volere senza indugio procedere all'accertamento di tali carenze e di rigettare la proposta come presentata da TIM essendo la stessa palesemente inottemperante.

In subordine, laddove TIM rivedesse sostanzialmente le caratteristiche dell'offerta – anche alla luce dei suggerimenti proposti dal mercato – Vodafone ritiene che tale offerta modificata dovrebbe comunque essere sottoposta nuovamente a market test al fine di garantire a tutti i soggetti coinvolti il diritto di partecipazione al procedimento amministrativo che, nel caso di specie, risulta centrale per l'evoluzione del mercato italiano.