



Prot-OPF-21/12/2017-0001832

Autorità per le garanzie nelle comunicazioni
Direzione reti e servizi di comunicazioni elettroniche
Centro Direzionale, Isola B5, Torre Francesco
80143 Napoli

c.a. **Dott. Enrico Maria Cotugno**

Responsabile del procedimento

PEC: agcom@cert.agcom.it

Anticipato via mail a: e.cotugno@agcom.it.

Oggetto: risposta Open Fiber alla consultazione pubblica di cui alla delibera n. 422/17/CONS “Avvio del procedimento per la modifica del regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche e utenti”

1. OF e il modello di business wholesale only

Open Fiber SpA (d’ora in avanti anche “OF”) è un operatore di telecomunicazioni, pariteticamente partecipato dalle società Enel S.p.A. e CDP Equity S.p.A., in possesso di un’autorizzazione generale per l’installazione e la fornitura di una rete di comunicazione elettronica ai sensi dell’articolo 25 del Decreto Legislativo 1 agosto 2003 n. 259, che - nel quadro delle iniziative previste dalla Strategia Italiana per la banda ultra larga - ha l’obiettivo di realizzare reti FTTH in tutti i cluster del territorio nazionale.

OF è un operatore non verticalmente integrato attivo solo nel mercato all’ingrosso. Il modello di *business* di OF è quindi di tipo *wholesale-only*: *la società intende realizzare, gestire e mantenere le reti per offrire l’accesso wholesale attivo e passivo a tutti gli operatori di mercato.*

Tale modello si differenzia in modo netto rispetto a quello delle società integrate verticalmente e presenta evidenti effetti pro-concorrenziali ben evidenziati da Agcom e AGCM nell’Indagine Conoscitiva congiunta del 2014 “*dal momento che rimuove ab origine gli incentivi ad attuare*

condotte discriminatorie sotto il profilo economico e tecnico da parte del gestore della rete e costituisce, dunque, la più solida base per consentire il pieno rispetto del principio della parità di trattamento, fondamentale per assicurare una piena concorrenza nella fornitura dei servizi agli utenti finali”¹.

Coerentemente OF garantisce e fornisce accesso alla propria rete, a tutti gli operatori, a condizioni eque e non discriminatorie e non compete sul mercato per la vendita dei servizi ai clienti finali.

Open Fiber si pone sul mercato come acceleratore degli investimenti in reti NGA, in tal modo favorendo raggiungimento degli obiettivi dell’Agenda Digitale Europea e della Strategia BUL. L’ingresso di OF modificherà quindi l’assetto dei mercati, portando questi ultimi verso l’auspicata concorrenza infrastrutturale.

L’obiettivo di OF, infatti, è quello di raggiungere con una rete integralmente in fibra ottica circa 20 milioni di Unità Immobiliari (UI) al 2022.

Il piano industriale di OF, punta a colmare il gap competitivo dell’Italia e mira a soddisfare l’esigenza di una *Gigabit Society* in linea anche con gli orientamenti più avanzati dei *policy makers*.



Nei cluster *cd* C&D, invece, OF si è aggiudicata i primi 2 bandi di gara Infratel che riguardano la connessione di 9,3 Milioni di Unità Immobiliari.

OF ha già siglato la concessione sia per i cinque lotti della prima gara Infratel (per circa 4,6 milioni di Unità Immobiliari) sia per i sei lotti della seconda gara (per circa 4,7 milioni di Unità Immobiliari), per un investimento messo a gara di circa 2.65 miliardi di euro.

¹ IC48 “Indagine conoscitiva sulla concorrenza statica e dinamica nel mercato dei servizi di accesso e sulle prospettive di investimento nelle reti di telecomunicazioni a banda larga e ultra-larga” punto 45.

2. Lo schema di provvedimento sottoposto a consultazione

Passando ora alla analisi del provvedimento in oggetto, si dichiara sin da subito che OF è contraria a quanto prospettato dalla consultazione stessa, nella misura in cui prefigura l'eventuale *"..integrazione del contraddittorio al fine di coinvolgere operatori che potrebbero aver concorso a causare il disservizio, ancorché non aventi alcun rapporto contrattuale con l'utente disservito, al fine di accertarne le responsabilità in termini indennizzatori"*.

Con tale previsione - *della cui legittimità giuridica peraltro si dubita come meglio vedremo più appresso* - ogni controversia tra un cliente e il suo Operatore *retail*, potrebbe vedere potenzialmente coinvolta anche OF, per il mero fatto che l'operatore *retail* usa per la fornitura del proprio servizio l'infrastruttura di rete di OF.

Ove mai si dovesse concretizzare in tale direzione la riforma della delibera 173/07/CONS, OF vedrebbe di fatto snaturate le sue caratteristiche di un operatore *wholesale-only*, e sarebbe costretta, nonostante sia l'unico soggetto nel panorama nazionale delle telecomunicazioni a non essere verticalmente integrato, a corredarsi di una complessa ed onerosa organizzazione - anche in termini di risorse - di cui invece non ha previsto di dotarsi, atteso che il suo modello di business, per scelta industriale e per impegni presi con il concedente Infratel, non prevede interazioni contrattuali con i clienti finali.

Come ben sa codesta Autorità, infatti, la mole di procedure di conciliazione e/o contenziosi, che vedono annualmente coinvolti gli operatori *retail* presso i Corecom o presso l'Autorità stessa, richiede infatti una organizzazione ad *hoc* che, tuttavia, non trova giustificazione logica e giuridica per un operatore *wholesale-only*.

3. Considerazioni giuridiche

Preliminarmente, si precisa che il testo delle disposizioni di cui agli artt. 19 e 22 dello schema di provvedimento non è del tutto chiaro, prestandosi a letture non univoche. In effetti, dalla lettera delle norme citate non si evince, con certezza, che le menzionate disposizioni, nel far riferimento alla partecipazione di "altri operatori", intendano effettivamente prefigurare anche il coinvolgimento di un operatore *wholesale-only*, privo di quindi di qualsivoglia rapporto contrattuale con i clienti. Tuttavia, le premesse della delibera 422/17/CONS e il quesito n. 4 fanno

emergere l'orientamento dell'Autorità di accertare responsabilità, in termini di indennizzo, anche in capo a operatori che non hanno alcun rapporto contrattuale con gli utenti finali, fra cui potrebbe rientrare anche OF (si veda, segnatamente, il quesito 4, di seguito riportato: “[s]i *condivide l'orientamento dell'Autorità di prevedere l'integrazione del contraddittorio al fine di coinvolgere operatori che potrebbero aver concorso a causare il disservizio, ancorché non aventi alcun rapporto contrattuale con l'utente disservito, al fine di accertarne le responsabilità in termini indennizzatori?*”).

Ciò posto, e con riserva di formulare sul punto più analitiche considerazioni, si può sin d'ora rilevare che un tale orientamento - ove confermato - risulterebbe del tutto privo di coerente fondamento giuridico.

(i) Difetto di base giuridica

In primo luogo, si osserva che nello specifico comparto delle comunicazioni elettroniche il regime degli indennizzi trova la sua principale base giuridica nelle previsioni della direttiva 2002/22/CE sul servizio universale. Nondimeno, sia il considerando 30 che le ulteriori previsioni della direttiva - e, segnatamente, l'art. 34 - circoscrivono il campo di applicazione *ratione personae* del regime in materia di indennizzi ai soli operatori che hanno (o che comunque intrattengono) relazioni contrattuali con gli utenti finali.

Coerentemente con tali previsioni, a livello nazionale, l'art. 84, co. 1, del Codice delle comunicazioni elettroniche prevede che “L'Autorità, ai sensi dell'articolo 1, commi 11, 12 e 13, della legge 31 luglio 1997, n. 249, adotta procedure extragiudiziali trasparenti, non discriminatorie, semplici e poco costose per l'esame delle controversie tra i consumatori e le imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica, relative alle disposizioni di cui al presente Capo ed inerenti alle **condizioni contrattuali** o all'**esecuzione dei contratti** riguardanti la fornitura di tali reti o servizi. Tali procedure consentono una equa e tempestiva risoluzione delle controversie prevedendo, nei casi giustificati, un sistema di rimborso o di **indennizzo**, fermo restando la tutela giurisdizionale dei contraenti prevista dalla vigente normativa”.

Le disposizioni dianzi citate, che la stessa Autorità pone a fondamento del proprio intervento, definiscono quindi chiaramente il campo di applicazione soggettivo del regime degli indennizzi di cui trattasi. In particolare, nell'istituire modalità *ad hoc* di composizione/risoluzione di controversie, in chiave indennitaria, esse chiaramente (e correttamente) limitano la sfera

applicativa di tali tutele al rapporto consumeristico, e cioè alla costituzione ed esecuzione della relazione contrattuale intercorrente fra la clientela finale e il prestatore di servizi *retail*. Non vi è quindi alcuna giustificazione per ipotizzare una (indebita) estensione di tali strumenti anche ad “altri operatori” - specie se focalizzati sul modello *wholesale-only* - i quali agiscono nel comparto come meri fornitori di servizi ad altri operatori di comunicazione elettronica (B2B), senza intrattenere alcun rapporto economico-contrattuale con la clientela finale (B2C).

Sotto tale profilo, quindi, l’iniziativa ipotizzata dall’autorità risulterebbe del tutto priva di coerente base giuridica.

(ii) Violazione dell’art. 23 Cost.

L’assenza di base giuridica implica altresì un’autonoma violazione del principio di riserva di legge sancito dall’art. 23 Cost. In effetti, come confermato dalla conferente giurisprudenza, le ipotesi di indennizzo contemplate dalla legislazione speciale di tutela del consumatore svolgono una funzione di ristoro del disagio patito dall’utente e sono, perciò stesso, svincolate dai canoni risarcitori classici, nonché dai relativi presupposti soggettivi e oggettivi propri della responsabilità contrattuale. In tale contesto, quindi, l’indennizzo si configura come prestazione “imposta”, disciplinata da norme primarie, di fonte europea e nazionale, specificamente attinenti alla protezione della sfera di interessi dei consumatori.

Ciò posto, mentre la previsione di un regime di soluzione delle controversie con riconoscimento di obbligo di indennizzo a carico dell’impresa trova un solido ancoraggio di legge con riguardo al rapporto consumeristico, tale fondamento giuridico è, come detto, del tutto assente nella diversa ipotesi in cui una pretesa indennitaria venga avanzata nei confronti di soggetti che - come appunto OF - non hanno (né possono avere, in ragione del loro modello di *business*) alcuna relazione contrattuale con i clienti finali.

In presenza di tali circostanze, quindi, l’iniziativa prefigurata dall’Autorità appare altresì incompatibile con il canone enunciato dall’art. 23 Cost che, come rilevato dalla giurisprudenza costituzionale, riserva al (solo) legislatore il compito di “*indicare compiutamente il soggetto e l’oggetto della prestazione imposta*”, confinando l’intervento della pubblica amministrazione alla specificazione quantitativa dell’imposizione.

(iii) Violazione dei principi di parità di trattamento e proporzionalità

In ogni caso la norma ipotizzata dall’Autorità si pone in aperto contrasto con i principi di parità di trattamento e proporzionalità.

Quanto al principio di parità di trattamento, basti rilevare che il regime prefigurato verrebbe a sottoporre ad una stessa disciplina categorie di soggetti che si trovano in situazioni oggettivamente diverse:

- in primo luogo, come già rilevato, rispetto all’obiettivo perseguito (tutela del consumatore) la posizione delle imprese operanti a livello retail e che, pertanto, sono parte giuridica del rapporto consumeristico non può certo essere assimilata a quella – del tutto diversa - di imprese che partecipano unicamente a rapporti B2B, senza alcun legame contrattuale con il consumatore
- in secondo luogo, una ulteriore e ingiustificata disparità di trattamento si verifica anche ad un diverso livello. Invero, a tutto concedere, l’Autorità potrebbe al più considerare un coinvolgimento dell’operatore *wholesale incumbent*, Telecom Italia, in ragione della specifica circostanza che tale operatore: (a) ha natura integrata, essendo presente contestualmente al livello *wholesale* e *retail*; e (b) conseguentemente ha un chiaro incentivo a tenere, a livello *wholesale*, condotte dilatorie, ostruzionistiche e, in definitiva, discriminatorie e/o escludenti, allo specifico fine di preservare/incrementare il proprio potere di mercato a livello *retail*. Tali incentivi chiaramente non sussistono nel caso di un operatore *wholesale-only* come OF; ciò trova puntuale riscontro anche nella precitata indagine congiunta Agcom e AGCM del 2014.

Quanto al principio di proporzionalità - che impone di individuare la soluzione che, in coerenza con l’obiettivo perseguito, arrechi il minor onere possibile per i soggetti incisi - si osserva brevemente quanto segue:

- il coinvolgimento di terzi operatori *wholesale-only* nell’ambito delle, già complesse, procedure delle soluzioni di controversie in sede amministrativa: (a) non è oggettivamente necessario al fine del ristoro del consumatore, che è facilmente conseguito con l’accertamento del solo disservizio patito dall’utente nell’ambito del rapporto di cui è parte; e (b) rischia quindi di complicare inutilmente il procedimento, aggravando gli oneri istruttori, determinando una dilatazione dei tempi, in distonia l’obiettivo di rapida tutela perseguito.

- a ciò si aggiunga che il regime prefigurato
 - o costringerebbe l'operatore *wholesale-only* a modificare la propria organizzazione. Esso dovrebbe infatti attrezzarsi per la gestione di vicende che sono del tutto estranee al suo modello di business e alla sua stessa natura imprenditoriale, con dispendio di risorse economiche e professionali manifestamente ingiustificato e sproporzionato;
 - o esporrebbe, paradossalmente, l'operatore *wholesale-only* ad una indebita duplicazione di procedure e responsabilità, dovendo far fronte ad un tempo al coinvolgimento nelle procedure oggi ipotizzate dall'Autorità, nonché (in caso di suo asserito disservizio) alle possibili pretese avanzate nei suoi confronti dalla sua controparte aziendale in esercizio dei tipici rimedi contrattuali (ad esempio per violazione di uno specifico standard di servizio contemplato nello SLA del contratto inter-operatori).

Si osservi infine che la "forzatura" ipotizzata nello schema di provvedimento non può trovare neanche giustificazione in supposte esigenze di tutela delle imprese operanti a livello *retail*. In effetti, anche qualora il disservizio patito dal consumatore sia in qualche modo riconducibile all'operatore *wholesale*, l'operatore *retail* che abbia versato l'indennizzo per il disservizio accertato si avvarrà degli strumenti contrattuali, invalsi nella prassi di settore, al fine di rimediare a questo tipo di situazioni: è noto infatti che i contratti B2B contemplano - anche (ma non solo) nel settore delle comunicazioni elettroniche - clausole tipizzate specificamente destinate ad evitare il rischio di disservizio e, ove questo si verifichi, a disciplinare le conseguenze (anche di tipo economico) dell'eventuale inadempimento del fornitore; tutto ciò, si badi, in esercizio dei normali rimedi contrattuali e non nel quadro del regime degli indennizzi consumeristici.

Francesco Nonno

Direttore Regolamentazione

Il presente documento è sottoscritto con firma digitale ai sensi dell'art. 21 del d.lgs. 82/2005. La riproduzione dello stesso su supporto analogico è effettuata da Enel Italia srl e costituisce una copia integra e fedele dell'originale informatico, disponibile a richiesta presso l'Unità emittente.