

DELIBERA N. 406/24/CONS

PROVVEDIMENTO CAUTELARE, AI SENSI DELL'ARTICOLO 33, COMMA 8 DEL CODICE - NELL'AMBITO DEL PROCEDIMENTO DI CUI ALLA DELIBERA N. 315/24/CONS - CONCERNENTE LA SOSPENSIONE DELL'APPLICABILITÀ DEGLI OBBLIGHI REGOLAMENTARI IN CAPO A TIM S.P.A. A SEGUITO DELLA CESSIONE DELLA RETE FISSA

L'AUTORITÀ

NELLA sua riunione di Consiglio del 23 ottobre 2024;

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, recante “*Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*”;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, recante “*Istituzione dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*”, di seguito denominata *Autorità*;

VISTA la direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 dicembre 2018, che istituisce *il codice europeo delle comunicazioni elettroniche (rifusione)* (CCEE o Codice UE);

VISTO il decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259 recante, “*Codice delle comunicazioni elettroniche*”, come modificato, da ultimo, dal decreto legislativo 24 marzo 2024, n. 48, recante “*Disposizioni correttive al decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 207, di attuazione della direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio dell’11 dicembre 2018, che modifica il decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante il codice delle comunicazioni elettroniche*” (di seguito il Codice);

VISTA la delibera n. 401/10/CONS, del 22 luglio 2010, recante “*Disciplina dei tempi dei procedimenti*”, e successive modifiche e integrazioni;

VISTA la delibera n. 223/12/CONS, del 27 aprile 2012, recante “*Adozione del nuovo Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità*” (di seguito, “*Regolamento*”), come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 332/24/CONS dell’11 settembre 2024;

VISTA la delibera n. 383/17/CONS, del 5 ottobre 2017, recante “*Adozione del regolamento recante la disciplina dell’accesso ai sensi degli articoli 22 e seguenti della*

legge 7 agosto 1990, n. 241 e degli articoli 5 e seguenti del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33”, come da ultimo modificato con delibera n. 205/23/CONS;

VISTA la delibera n. 107/19/CONS, del 5 aprile 2019, recante il “*Regolamento concernente le procedure di consultazione nei procedimenti di competenza dell’Autorità*”;

VISTA la Raccomandazione della Commissione europea sulla promozione normativa della connettività Gigabit (*Raccomandazione Gigabit*) del 6 febbraio 2024 (C/2024/0523 final);

VISTA la delibera n. 114/24/CONS, del 30 aprile 2024, recante “*Analisi coordinata dei mercati dei servizi di accesso alla rete fissa ai sensi dell’articolo 89 del Codice*”;

CONSIDERATA la separazione strutturale della rete di TIM e, in particolare:

- che, in data 30 maggio 2024, la Commissione europea ha approvato, con decisione ai sensi dell’articolo 6, par. 1, lett. b) del Regolamento 139/2004, pubblicata in data 5 settembre 2024, l’operazione di concentrazione (notificata in data 19 aprile 2024) concernente l’acquisizione da parte di Optics Bidco S.r.l., società appartenente al Fondo KKR, dell’infrastruttura di rete fissa di TIM, e, più precisamente, degli *asset* di rete primaria da essa direttamente detenuti, oltre che della quota di maggioranza di TIM nella società FiberCop S.p.A., proprietaria della rete secondaria di TIM (M.11386 – KKR/NETCO);
- che la suddetta operazione è divenuta operativa in data 1° luglio 2024, come comunicato da TIM con lettera pervenuta il 2 luglio 2024 (Prot. AGCOM n. 182344), in cui TIM afferma che il 1° luglio 2024 le parti hanno dato esecuzione all’operazione approvata dalla Commissione europea, che TIM ha trasferito il proprio ramo d’azienda di cui sopra alla controparte e che, pertanto, TIM non è più titolare di rete fissa e cessa di essere un operatore verticalmente integrato;

VISTA la delibera n. 315/24/CONS dell’11 settembre 2024 di avvio del procedimento istruttorio di analisi dei mercati dei servizi di accesso alla rete fissa ai sensi dell’articolo 89 del Codice in considerazione della separazione strutturale della rete fissa di accesso di TIM;

CONSIDERATO che il suddetto articolo 89, comma 2, del Codice, prevede che l’Autorità valuti l’effetto del progetto di separazione sugli obblighi normativi esistenti e, a tal fine, conduca un’analisi dei vari mercati collegati alla rete d’accesso secondo la procedura di cui all’articolo 78 del Codice, relativa all’analisi dei mercati, a seguito della

quale deve decidere se imporre, mantenere, modificare o rimuovere gli obblighi regolamentari conformemente agli articoli 23 e 33 del Codice;

VISTA la lettera del 1° luglio 2024 (Prot. 182355 del 2 luglio 2024), nella quale TIM afferma di non ritenersi più vincolata agli obblighi regolamentari precedentemente a lei imposti nella sua qualità di operatore verticalmente integrato, essendo ora TIM – a seguito della cessione della rete fissa di accesso – un soggetto presente esclusivamente sul mercato *retail* di rete fissa al pari degli altri concorrenti;

VISTA la successiva lettera del 2 settembre 2024 (Prot. 227291), nella quale TIM ribadisce all’Autorità la necessità di accertare la sopravvenuta inapplicabilità, dalla data del *closing* dell’operazione, dell’obbligo di replicabilità delle offerte al dettaglio di accesso alla rete fissa, in quanto non più operatore integrato verticalmente e, in subordine, richiede di adottare un provvedimento cautelare di immediata sospensione dell’obbligo di replicabilità delle offerte al dettaglio ai sensi dell’articolo 33, comma 8, del Codice non essendo “*in dubbio la sussistenza di circostanze straordinarie, che richiedano ad AGCom un intervento di urgenza a salvaguardia della concorrenza e, in definitiva, a tutela degli interessi generali degli utenti*”;

CONSIDERATO che l’articolo 33, comma 8, del Codice prevede che in circostanze straordinarie l’Autorità, ove ritenga che sussistano motivi di urgenza per salvaguardare la concorrenza e tutelare gli interessi degli utenti, in deroga alla procedura di cui ai commi 3 e 4, può adottare adeguati provvedimenti temporanei cautelari aventi effetto immediato, in coerenza con le disposizioni del Codice;

CONSIDERATI i tempi di conclusione dell’analisi di mercato, avviata con delibera n. 315/24/CONS, che stabilirà, *inter alia*, la conferma, la modifica o la revoca degli obblighi esistenti imposti con delibera n. 114/24/CONS;

CONSIDERATA l’opportunità di valutare nell’immediato – nell’ambito del menzionato procedimento di analisi di mercato – la sussistenza dei presupposti di cui all’articolo 33, comma 8, del Codice, per l’adozione di un provvedimento temporaneo cautelare ai fini di garantire la concorrenza e tutelare gli interessi degli utenti;

CONSIDERATO inoltre quanto segue:

1. Nell’ambito del procedimento avviato con delibera n. 315/24/CONS ai sensi dell’articolo 89, comma 2, del Codice, l’Autorità valuterà l’effetto dell’operazione di separazione sugli obblighi normativi esistenti – imposti in capo a TIM/FiberCop con la delibera n. 114/24/CONS – conducendo una nuova analisi dei vari mercati collegati alla rete d’accesso secondo la procedura di cui all’articolo 78 del Codice, a seguito della quale

deciderà se imporre, mantenere, modificare o rimuovere gli obblighi regolamentari imposti, conformemente alle procedure di cui agli articoli 23 e 33 del Codice, applicando – se del caso – l’articolo 91 (“*Imprese attive esclusivamente sul mercato all’ingrosso*”).

2. Con la delibera n. 114/24/CONS, nelle aree del territorio italiano in cui è stata riscontrata una posizione di significativo potere di mercato della società TIM e della allora controllata società FiberCop (TIM/FiberCop)¹, l’Autorità ha imposto in capo a queste ultime l’intero *set* di obblighi regolamentari previsti dal Codice relativi alla fornitura dei servizi di accesso locale all’ingrosso (mercato 1) e dei servizi di capacità dedicata all’ingrosso (mercato 2), ossia gli obblighi di accesso, trasparenza, non discriminazione, separazione contabile, controllo dei prezzi e contabilità dei costi.

3. In tale ambito, al fine di verificare il rispetto dell’obbligo di non discriminazione, nonché dell’obbligo di controllo dei prezzi, la delibera n. 114/24/CONS, all’articolo 10, comma 9, ha confermato l’applicazione dei *test* di replicabilità su tutte le offerte dei servizi di accesso al dettaglio di TIM (inclusi i *bundle*) al fine di verificarne la replicabilità economica e tecnica da parte di un operatore efficiente. L’Autorità in particolare ha ritenuto che il mantenimento di un *test* di replicabilità delle offerte al dettaglio dell’operatore SMP, che consenta di verificare la non discriminazione tecnico-economica, costituisca un importante strumento di vigilanza per il regolatore sulle eventuali discriminazioni commesse dall’operatore SMP verticalmente integrato nella fornitura dei servizi di accesso all’ingrosso alla rete fissa². Conseguentemente, al fine di consentire lo svolgimento dei suddetti *test* di prezzo, ai sensi dell’articolo 37, comma 11, della delibera n. 114/24/CONS, TIM è tenuta comunicare all’Autorità le nuove condizioni di offerta dei servizi di accesso al dettaglio, nonché le modifiche alle condizioni di offerta preesistenti, con almeno 20 giorni di anticipo rispetto alla data prevista per la loro commercializzazione, salvo quanto stabilito al successivo articolo 38 in merito alle gare per pubblici appalti ed alle procedure ad evidenza pubblica per la selezione del fornitore. Con riferimento a queste ultime, l’articolo 38 sancisce l’obbligo per TIM di comunicare l’avvenuta aggiudicazione dei contratti entro il termine di 30 giorni dalla stipula ai fini della verifica da parte dell’Autorità, che può avvenire d’ufficio oppure su segnalazione di un operatore alternativo.

4. In data 1° luglio 2024 si è perfezionata l’operazione di cessione a KKR del ramo di azienda di TIM costituito dagli *asset* di rete fissa e della quota di maggioranza di TIM

¹ L’Autorità ha riscontrato la posizione di significativo potere di mercato di TIM/FiberCop in tutto il territorio italiano ad eccezione di 14 Comuni per il mercato dei servizi di accesso locale all’ingrosso (mercato 1) e 4 Comuni per il mercato dei servizi di capacità dedicata all’ingrosso (mercato 2).

² Cfr. Documento VI della delibera n. 114/24/CONS, punto 137.

nella società FiberCop S.p.A., proprietaria della rete secondaria di TIM. In pari data è stato altresì sottoscritto tra TIM e la nuova società risultante dall'operazione "NetCo" (denominata "FiberCop") un *Master Services Agreement* ("MSA") teso a disciplinare, tra l'altro, i servizi che saranno oggetto di prestazione, a decorrere dalla suddetta data, da parte di FiberCop in favore di TIM.

5. L'operazione di concentrazione è stata autorizzata, in data 30 maggio 2024, dalla Commissione europea ai sensi dell'articolo 6, par. 1, lett. b) del Regolamento 139/2004, (decisione pubblicata in data 5 settembre 2024 - M.11386 – KKR/NetCo³). Nella propria decisione la Commissione afferma *inter alia* che: "*The Transaction will eliminate the vertical wholesale-retail integration of TIM. Following the Transaction, NetCo and TIM will operate at different levels of the supply chain: NetCo as a wholesale supplier and TIM (through its subsidiary ServCo) as a retail supplier [...]*". (cfr. paragrafo 6, pag. 2).

6. Pertanto, la Commissione europea ha accertato il mutamento della struttura del mercato conseguente all'operazione che vede dunque le due società, TIM e NetCo (FiberCop), non appartenenti più alla stessa proprietà ed operanti in due mercati diversi della filiera verticale dei servizi di accesso alla rete fissa, rispettivamente nel mercato al dettaglio e nel mercato all'ingrosso.

7. Da un punto di vista societario, dunque, TIM non si presenta più come un operatore verticalmente integrato nei mercati dei servizi di accesso alla rete fissa, ma risulta essere attivo unicamente nel mercato *retail*.

8. Si evidenzia che l'Autorità analizzerà i suddetti cambiamenti strutturali del mercato nell'ambito del procedimento istruttorio di analisi di mercato avviato con delibera n. 315/24/CONS, al fine di aggiornare il quadro regolamentare dei mercati dei servizi di accesso all'ingrosso alla rete fissa di cui alla delibera n. 114/24/CONS, sulla base delle mutate condizioni strutturali del mercato e delle nuove dinamiche concorrenziali. L'Autorità aggiornerà innanzitutto la definizione dei mercati rilevanti, in particolare dal punto di vista geografico, e valuterà quindi le condizioni di concorrenzialità degli stessi e gli effetti della separazione strutturale realizzata nei vari mercati collegati alla rete d'accesso al fine di valutare il mantenimento, la modifica o la rimozione gli obblighi regolamentari vigenti, applicando – qualora ne ricorrano i presupposti – la disciplina prevista dall'articolo 91 del Codice, relativa alle imprese attive esclusivamente nel mercato all'ingrosso.

³ Decisione disponibile al seguente link: "[M.11386 - KKR / NETCO \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/TXT/?uri=CELEX:2024_09_05_11386)".

9. A tale ultimo riguardo, occorre precisare che l'accertata separazione societaria e proprietaria non implica necessariamente l'assenza di relazioni verticali tra le due società ai sensi dell'articolo 91 del Codice e, dunque, la natura di operatore *wholesale only* di FiberCop. Spetta infatti all'Autorità valutare nell'ambito della nuova analisi di mercato – anche mediante un'attenta analisi dell'analisi del MSA siglato da FiberCop e TIM – la sussistenza delle caratteristiche che qualificerebbero FiberCop quale operatore *wholesale only* ai sensi del Codice.

10. Nella propria istanza del 2 settembre 2024 (Prot. 227291), TIM ha rappresentato all'Autorità la necessità di accertare la sopravvenuta inapplicabilità, dalla data del *closing* dell'operazione, dell'obbligo di replicabilità delle offerte al dettaglio di accesso alla rete fissa, in quanto non più operatore integrato verticalmente e, in subordine, di adottare un provvedimento cautelare di immediata sospensione dell'obbligo di replicabilità delle offerte al dettaglio ai sensi dell'articolo 33, comma 8, del Codice non essendo *“in dubbio la sussistenza di circostanze straordinarie, che richiedano ad AGCom un intervento di urgenza a salvaguardia della concorrenza e, in definitiva, a tutela degli interessi generali degli utenti”*. La società, ha evidenziato che l'operazione di separazione perfezionatasi il 1° luglio 2024 conferma inequivocabilmente che TIM *“ha cessato di essere un operatore integrato verticalmente”* divenendo un operatore che *“acquista i servizi di accesso all'ingrosso di FiberCop, al pari di ogni altro operatore, alle condizioni tecniche ed economiche previste dalla regolamentazione vigente”*.

11. Il verificarsi delle suddette circostanze comporta, secondo TIM, non solo il venire meno dei presupposti su cui l'Autorità ha basato le proprie valutazioni sull'imposizione dell'obbligo di replicabilità con delibera n. 114/24/CONS ma *“anche il contestuale insorgere di una situazione di eccezionale pregiudizio per TIM, ove tale obbligo non fosse ritenuto inapplicabile a far data dal 1° luglio 2024”*.

12. In aggiunta, l'operatore evidenzia che il radicale cambiamento del modello di *equivalence* conseguente al *closing* dell'operazione, oltre ai servizi di accesso ora acquistati da TIM, riduce la significatività di alcuni aspetti fondanti la metodologia stessa di applicazione del *test* di prezzo, quale in particolare la determinazione del *mix* produttivo, da ultimo regolato con la delibera n. 30/23/CIR.

13. Considerata l'istanza di TIM e considerati altresì i tempi previsti per la chiusura dell'istruttoria avviata con delibera n. 315/24/CONS, da svolgere secondo le procedure indicate nell'articolo 78 del Codice, si ritiene che, nelle more della conclusione dell'analisi di mercato, sussistano i requisiti di straordinarietà ed urgenza che giustificano l'adozione di un provvedimento temporaneo concernente l'immediata sospensione degli adempimenti inerenti l'obbligo di replicabilità delle offerte al dettaglio di TIM.

14. L'evento straordinario della finalizzazione della separazione proprietaria della rete di accesso di TIM ha indubbiamente creato un mutamento strutturale importante del mercato di cui l'Autorità deve necessariamente tenere conto analizzandone, quanto prima, l'impatto sulla regolamentazione esistente che, tuttavia, potrà essere modificata solo all'esito del procedimento di analisi di mercato di cui all'articolo 89 del Codice in conformità alle regole stabilite dal medesimo Codice.

15. Tuttavia è altrettanto indubbio che l'obbligo di replicabilità delle offerte *retail* sancito dagli articoli 10 (comma 9), 37 e 38 della delibera n. 114/24/CONS, sarebbe destinato a insistere nei confronti di una società (TIM S.p.A.) che, a seguito del predetto evento strutturale, non risulta più attiva nei mercati *wholesale* e non presenta più alcun legame societario con l'operatore proprietario della rete d'accesso (FiberCop), come accertato dalla Commissione europea nella decisione M.11386 – KKR/NetCo.

16. Appare dunque, *prima facie*, ragionevole che, nelle more dello svolgimento dell'analisi di mercato, gli adempimenti inerenti l'obbligo di replicabilità delle offerte *retail* di TIM vengano sospesi alla luce dei mutamenti di mercato intercorsi a seguito dell'operazione di separazione in quanto l'obbligo in questione, imposto all'esito della precedente analisi di mercato in ragione della natura di operatore verticalmente integrato della società TIM, viene oggi a gravare nei confronti di una società non più attiva nel mercato regolamentato (ossia i mercati dell'accesso all'ingrosso alla rete fissa).

17. L'applicazione di tale obbligo, anche nelle more della conclusione dell'analisi di mercato, risulterebbe pertanto sproporzionata e non giustificata in quanto destinata a creare un oggettivo pregiudizio concorrenziale nei confronti di TIM che, dal 1° luglio 2024, essendo attiva unicamente nel mercato *retail*, si troverebbe a operare in condizioni asimmetriche e non paritarie rispetto agli altri operatori che concorrono in tale mercato.

18. Tali significative circostanze, unite altresì alle considerazioni evidenziate in merito alla perdita di significatività di alcuni aspetti fondanti la metodologia stessa di applicazione del *test* di prezzo (quale in particolare la determinazione del *mix* produttivo) determinata dal radicale cambiamento del modello di *equivalence* conseguente al *closing* dell'operazione nonché dai servizi di accesso ora acquistati da TIM in base all'MSA siglato con FiberCop, appaiono giustificare la sospensione, in via cautelare, degli adempimenti inerenti l'obbligo di replicabilità delle offerte *retail* di TIM fino alla conclusione dell'analisi di mercato avviata con delibera n. 315/24/CONS: solo a seguito dell'istruttoria condotta nel rispetto della procedura di cui all'articolo 78 del Codice, infatti, l'Autorità potrà effettuare tutte le valutazioni di merito e deliberare definitivamente in materia, confermando o meno le disposizioni oggetto del presente provvedimento cautelare relative all'obbligo di replicabilità.

19. Per quanto sopra argomentato, nelle more della conclusione del procedimento istruttorio avviato con delibera n. 315/24/CONS, tutte le offerte di TIM di servizi di accesso al dettaglio (inclusi i *bundle*) non dovranno essere sottoposte alla verifica da parte dell’Autorità della replicabilità tecnica ed economica, prevista dall’articolo 10, comma 9, della delibera n. 114/24/CONS.

20. Conseguentemente, TIM non è tenuta ad assolvere – fino alla conclusione dell’analisi di mercato di cui alla delibera n. 315/24/CONS – gli adempimenti, previsti dall’articolo 37, comma 11, della delibera n. 114/24/CONS, ossia di comunicare all’Autorità le nuove condizioni di offerta dei servizi di accesso al dettaglio, nonché le modifiche alle condizioni di offerta preesistenti, con almeno 20 giorni di anticipo rispetto alla data prevista per la loro commercializzazione. Analogamente, nel medesimo arco temporale, TIM non sarà tenuta a comunicare – entro il termine di 30 giorni dalla stipula – l’avvenuta aggiudicazione dei contratti relativi alle offerte dei servizi di accesso alla rete telefonica pubblica in postazione fissa che sono forniti in ambito di gare per pubblici appalti o in ambito di procedure ad evidenza pubblica per la selezione del fornitore promosse da clienti privati, come previsto dal successivo articolo 38 della suddetta delibera.

VISTA la delibera n. 352/24/CONS, del 24 settembre 2024, recante “*Avvio della consultazione pubblica relativa all’adozione di un provvedimento cautelare, ai sensi dell’articolo 33, comma 8 del Codice, concernente la sospensione dell’applicabilità degli obblighi regolamentari in capo a Tim S.p.A. a seguito della cessione della rete fissa*”;

VISTI i contributi prodotti, nell’ambito della consultazione pubblica di cui alla delibera n. 352/24/CONS, dall’Associazione Italiana Internet Provider (AIIP) e dalle società, Colt Technology Services S.p.A., Edison S.p.A., Fastweb S.p.A., FiberCop S.p.A., Iliad S.p.A., Retelit S.p.A, Open Fiber S.p.A., Sky Italia S.r.l., TIM S.p.A., Vodafone Italia S.p.A., Vianova S.p.A., Wind Tre S.p.A.⁴;

CONSIDERATO in particolare quanto segue:

21. TIM ha presentato un contributo che ricalca sostanzialmente la propria istanza del 2 settembre 2024, e osserva in particolare quanto segue.

i. Con la perdita dell’integrazione verticale, sono venuti meno i presupposti giuridici per il mantenimento, in capo a TIM, di obblighi asimmetrici connessi con

⁴ Acquisiti dall’Autorità rispettivamente con i seguenti protocolli: 268723, 268131, 268140, 268153, 267270, 267457, 267184, 268227, 267380, 265857, 269921, 267196 e 266679.

una non più attuale condizione di significativo potere nei mercati dei servizi di accesso all'ingrosso alla rete fissa. Per tale sopravvenuta circostanza, si rende necessario che a TIM sia garantita la possibilità, sin dalla data del *closing*, di competere ad armi pari con gli altri operatori concorrenti, che si trovano adesso nelle sue stesse condizioni infrastrutturali.

ii. Come indicato nel MSA, i servizi di accesso all'ingrosso offerti da FiberCop, oggetto di regolamentazione in una determinata area geografica, saranno prestati a TIM, in tale area geografica, in conformità ai termini e condizioni (inclusi i prezzi) stabiliti dalla regolamentazione medesima e sino al venir meno della stessa. Ne consegue che, sin quando l'Autorità non adotterà le proprie determinazioni in esito alla prossima analisi di mercato relativamente al mercato all'ingrosso, TIM sarà tenuta, in tutte le aree nelle quali sono applicabili i prezzi regolati ai sensi della delibera n. 114/24/CONS, a corrispondere a FiberCop i prezzi previsti dalle Offerte di Riferimento *pro tempore* vigenti. La piena efficacia, a far data dal 1° luglio 2024, delle condizioni sopra richiamate conferma inequivocabilmente che TIM:

- a. ha cessato di essere un operatore integrato verticalmente nel mercato dei servizi di accesso alla rete fissa;
- b. acquista i servizi di accesso all'ingrosso da FiberCop, al pari di ogni altro operatore, alle condizioni tecniche ed economiche previste dalla regolamentazione vigente⁵.

iii. Ciò che rileva dal 1° luglio 2024 è dunque la sopravvenuta non proporzionalità del *test* di replicabilità tecnica ed economica delle offerte al dettaglio di TIM in quanto le offerte che verrebbero sottoposte al *test* di replicabilità non sarebbero in alcun modo riferibili all'operatore SMP nella fornitura dei servizi di accesso all'ingrosso alla rete fissa, stante l'incontrovertibile circostanza che TIM non è più presente in tale mercato. Non assume, di conseguenza, più alcuna concreta rilevanza il paventato rischio di condotte discriminatorie, che trovino la loro origine nella possibilità per TIM di far leva sulla propria integrazione nel mercato a monte. Invece, l'applicazione dell'obbligo di replicabilità alle offerte *retail* di TIM, anche nelle more della conclusione dell'analisi di mercato, creerebbe un oggettivo pregiudizio concorrenziale nei confronti di TIM che, dal 1° luglio 2024, essendo attiva unicamente nel mercato *retail* si troverebbe a operare in condizioni

⁵ TIM riporta sinteticamente i valori economici complessivi delle "fatture" di acquisto mensili nei confronti di FiberCop per i servizi regolamentati.

asimmetriche e non paritarie rispetto agli altri operatori che concorrono in tale mercato.

iv. È del tutto evidente, infine, la perdita di significatività di alcuni aspetti fondanti la metodologia stessa di applicazione del *test* di prezzo (quale in particolare la determinazione del *mix* produttivo), determinata dal radicale cambiamento del modello di *equivalence* conseguente al *closing* dell'operazione.

22. Analogamente, FiberCop ha fornito un contributo adesivo allo schema di provvedimento sottoposto a consultazione pubblica sottolineando, in sintesi, quanto segue.

- i. Sussistono i fondati motivi di urgenza richiesti dall'articolo 33, comma 8 del Codice, relativi alla necessità salvaguardare la concorrenza e tutelare gli interessi degli utenti, in quanto gli obblighi di replicabilità tecnica ed economica oggetto della sospensione (articolo 10, comma 9, 37 e 38 della delibera n. 114/24/CONS), imposti all'esito della precedente analisi di mercato in ragione della natura di operatore verticalmente integrato di TIM, a partire dalla data di cessione della rete fissa di accesso (1° luglio 2024), gravano ingiustificatamente su una società non più attiva nei mercati dell'accesso all'ingrosso alla rete fissa, creando un grave pregiudizio concorrenziale che si riflette, in ultima analisi, sui consumatori finali.
- ii. La definitiva cessione da parte di TIM della propria rete fissa di accesso e la perdita di qualsiasi forma di controllo o collegamento tra TIM e FiberCop (disintegrazione verticale) fa venir meno la designazione di TIM come operatore SMP ai sensi del Codice e, sicuramente, ciò rientra tra le circostanze eccezionali che possono giustificare un provvedimento temporaneo di natura cautelare, a maggior ragione se si considera che il mercato dell'accesso fisso *retail* non rientra più da tempo nella lista dei mercati rilevanti suscettibili di regolamentazione *ex ante* ai sensi della Raccomandazione (UE) 2020/2245.
- iii. La Decisione della Commissione europea di assenso alla concentrazione *Case* M.11386 KKR/NetCo, pubblicata lo scorso 9 settembre 2024, riconosce la perdita di controllo/collegamento di TIM su FiberCop e, in particolare, che la transazione elimina l'integrazione verticale *wholesale-retail* di TIM nel mercato dei servizi di accesso da postazione fissa e riconosce che TIM e FiberCop operano in due mercati separati.
- iv. Dal momento del perfezionamento dell'operazione di cessione della rete fissa di accesso di TIM sono pertanto venute meno le ragioni regolamentari che avevano portato l'Autorità a imporre in capo a TIM gli obblighi di replicabilità. Il controllo

dei prezzi *retail*, sulla base di un *test* di replicabilità, era una misura che derivava dall'applicazione degli articoli 81 (obblighi di non discriminazione) e 82 (separazione contabile) del Codice, giustificata esclusivamente da una situazione di integrazione verticale (controllo o collegamento) tra l'impresa SMP nei mercati all'ingrosso e l'impresa *retail* nei mercati collegati a valle. Le verifiche di replicabilità delle offerte di accesso al dettaglio di TIM costituivano uno strumento di vigilanza utilizzabile dal regolatore esclusivamente con riferimento alle eventuali discriminazioni commesse dall'operatore SMP verticalmente integrato nella fornitura dei servizi di accesso all'ingrosso alla rete. Pertanto, la cessione dell'infrastruttura di accesso fisso elimina completamente alla radice, in primo luogo, la *ratio* dell'obbligo e, in secondo luogo, la significatività e l'applicabilità della metodologia dei *test* di prezzo sull'offerta di servizi di accesso fisso al dettaglio da parte di TIM.

23. Per contro, gli operatori alternativi (OAO) rispondenti hanno sollevato una serie di asserite criticità sia di natura procedurale sia di merito circa l'adozione da parte dell'Autorità di un provvedimento cautelare volto a sospendere, nelle more della conclusione dell'analisi di mercato avviata con delibera n. 315/24/CONS, l'applicazione degli obblighi in capo a TIM relativi alla replicabilità delle offerte *retail*. Nel seguito si riportano le principali osservazioni presentate dagli OAO sullo schema di provvedimento sottoposto a consultazione pubblica, rimandando per i dettagli ai singoli contributi degli stessi pubblicati contestualmente alla presente delibera sul sito *web* dell'Autorità.

A) Assenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento cautelare

24. La quasi totalità degli OAO rispondenti ha reclamato la mancanza dei requisiti richiesti dal Codice per l'adozione da parte dell'Autorità del provvedimento cautelare sottoposto a consultazione.

Difetto di istruttoria

25. Alcuni OAO rimarcano che in caso di separazione volontaria da parte dell'impresa SMP verticalmente integrata, il regolatore deve valutare gli impatti su tutti gli obblighi nell'ambito di un procedimento di analisi di mercato, ai sensi dell'articolo 89, comma 2, del Codice, per cui l'Autorità non potrà adottare alcun provvedimento temporaneo in via d'urgenza, ma sarà tenuta a proseguire con l'analisi di mercato avviata con la delibera n. 315/24/CONS, unica procedura idonea a garantire un'istruttoria piena e trasparente in contraddittorio con tutti gli operatori del mercato e le autorità nazionali ed europee competenti.

26. Alcuni OAO affermano che l'articolo 33, comma 8, del Codice sia inapplicabile al caso in esame, in quanto la norma richiederebbe che l'adozione delle misure urgenti possa avvenire solo al termine della consultazione pubblica avviata per l'analisi di mercato al solo scopo di anticipare l'esecutività del provvedimento rispetto al termine di due mesi dall'invio della proposta alla Commissione e alle altre Autorità di regolazione (commi 3 e 4 dell'articolo 23). Diversamente, la disposizione non avrebbe specificato che i provvedimenti urgenti sono adottati in deroga alla procedura di cui ai commi 3 e 4 del medesimo articolo 33 (appunto la consultazione europea). La deroga, dunque, riguarderebbe non il completamento dell'istruttoria ma unicamente la fase relativa al coinvolgimento della Commissione. Tali OAO, pertanto, ritengono che l'Autorità, se adottasse un provvedimento urgente (secondo lo schema di provvedimento in oggetto) ai sensi di tale norma, commetterebbe una grave illegittimità e determinerebbe inoltre una distorsione della concorrenza nel mercato di riferimento, in danno degli utenti finali, senza aver prima adeguatamente proceduto ad acquisire tutti gli elementi di conoscenza e di giudizio nel rispetto della procedura prescritta dall'articolo 89 del Codice.

27. Un operatore rimarca che la rimozione degli obblighi afferenti alle verifiche di replicabilità, per il rispetto degli obblighi di non discriminazione tuttora vigenti, senza una previa approfondita analisi del MSA e dei suoi effetti discriminatori, darebbe luogo ad un provvedimento viziato da difetto di istruttoria ed eccesso di potere e sarebbe gravemente contraria al primario obiettivo dell'Autorità di tutelare la concorrenza.

28. Alcuni OAO rimarcano che i provvedimenti di urgenza in esame possono essere adottati solo in casi eccezionali e soprattutto devono avere per natura e contenuto carattere provvisorio senza poter incidere (con definitività) sugli assetti competitivi sottostanti e che nessuno di questi presupposti ricorre.

29. Un operatore richiama un ulteriore aspetto procedurale, relativo all'imposizione di tempistiche assai stringenti per la partecipazione del mercato (15 giorni) – ritenendo che il riferimento alla delibera n. 107/19/CONS contenuto nello schema di provvedimento sottoposto a consultazione sia superato dal d. lgs 207/2021 che all'articolo 23 stabilisce che l'Autorità deve garantire *“la possibilità di presentare le proprie osservazioni sul progetto di misura entro un termine ragionevole tenendo conto della complessità della questione e, salvo circostanze eccezionali, in ogni caso non inferiore a trenta giorni.”*

Assenza di circostanze straordinarie

30. Alcuni OAO ritengono che non sussistano i requisiti di straordinarietà che nella proposta dell'Autorità giustificano la rimozione immediata dell'obbligo di replicabilità in

capo a TIM. Secondo gli operatori, l'operazione di separazione societaria in esame non può infatti essere considerata un evento straordinario a fini regolamentari, in quanto il progetto di separazione di TIM è stato annunciato a novembre del 2023 e pertanto era da tempo ben noto sia al mercato che all'Autorità, come dimostrato dal fatto che già nella delibera n. 114/24/CONS erano state predisposte previsioni specifiche laddove tale progetto fosse stato effettivamente portato a termine.

Assenza dei motivi di urgenza

31. Molti OAO non ravvedono i “*motivi di urgenza per salvaguardare la concorrenza e tutelare gli interessi degli utenti*”, avendo l'Autorità già avviato il procedimento di analisi di mercato, unico ambito nel quale sarà possibile valutare l'appropriatezza o meno dell'attuale obbligo posto in capo a TIM e non avendo dato evidenza del fatto che tale obbligo abbia arrecato o stia arrecando un danno dal punto di vista competitivo a quest'ultima. Di contro la revoca, seppur temporanea, di un obbligo che poi dovesse ritenersi ancora applicabile a conclusione del procedimento di analisi di mercato priverebbe i concorrenti di una salvaguardia essenziale per garantire loro la possibilità di competere a pari condizioni con TIM.

32. Alcuni OAO sottolineano che appare ancora meno opportuno eliminare l'obbligo previsto dall'articolo 38 della delibera n. 114/24/CONS di comunicare – entro il termine di 30 giorni dalla stipula – l'avvenuta aggiudicazione dei contratti relativi alle offerte dei servizi di accesso alla rete fissa forniti in ambito di gare per pubblici appalti o in ambito di procedure ad evidenza pubblica per la selezione del fornitore promosse da clienti privati. Al riguardo, gli operatori osservano che il segmento di mercato dei servizi di accesso al dettaglio dedicati agli utenti affari e alla PA è decisamente concentrato, nel quale oltre l'80% dei volumi di affari è appannaggio di 3 operatori (TIM, Fastweb e Vodafone) e, dunque, meritevole di essere attenzionato dal regolatore anche ai fini del procedimento istruttorio di cui alla delibera n. 352/24/CONS. Tale obbligo peraltro, secondo gli operatori, non comporta alcun pregiudizio competitivo per TIM trattandosi di una mera comunicazione a valle dell'aggiudicazione dei contratti e pertanto risponde ancora meno alle caratteristiche di urgenza necessarie per l'approvazione di una misura cautelare.

33. Un operatore ritiene che alla luce delle evidenze di mercato (*trend* delle quote di mercato), mancano i presupposti di urgenza e pregiudizio concorrenziale ai danni di TIM, per un intervento di sospensione immediata dell'obbligo di replicabilità da parte del regolatore. In particolare, tale operatore – osservando che la quota di mercato di TIM sulla tecnologia FTTH appare in costante crescita, al contrario di quella dei principali

concorrenti – ritiene che sia il mercato intero che rischia di essere irreparabilmente danneggiato dalla sospensione dall’obbligo in esame. L’operatore osserva che se, a seguito di sospensione, TIM decidesse di intervenire con offerte al ribasso, i clienti attivati con le offerte FTTH non saranno in alcun modo contendibili. Anche a seguito di un tempestivo intervento dell’Autorità, non vi sarebbe possibilità di ripristinare la situazione precedente e si avrebbe, dunque, un danno irreparabile sul mercato. Dunque, l’osservazione delle quote di mercato, in costanza di applicazione dell’obbligo di replicabilità, mostrerebbe che l’urgenza derivante dal danno in capo a TIM per l’eventuale mantenimento del suddetto obbligo non sia in alcun modo dimostrata, ed anzi che la stessa sia difficilmente dimostrabile sulla base delle evidenze di mercato.

Assenza di fumus boni juris

34. Secondo alcuni OAO manca il presupposto giuridico del “*fumus boni iuris*” del provvedimento cautelare, ovvero la pregiudiziale circostanza che il contenuto delle suddette obbligazioni regolamentari, per le quali si propone la sospensione, sarà realisticamente stralciata nel provvedimento finale della nuova analisi di mercato che è stata recentemente avviata. Ad avviso di un operatore, solo se si avesse la “certezza assoluta” che FiberCop abbia veramente implementato un modello “*wholesale only*” con una offerta all’ingrosso non discriminatoria realizzando, per l’effetto, la completa assenza di relazioni verticali potrebbe essere ultronea, o comunque sproporzionata, una preventiva verifica di replicabilità delle offerte di TIM, in quanto solo in questo caso quest’ultima società sarebbe oggi un operatore costretto “*a operare in condizioni asimmetriche e non paritarie rispetto agli altri operatori che concorrono in tale mercato*” come sostiene TIM. Secondo l’operatore, questa “certezza assoluta” oggi non sussiste in quanto i servizi offerti da FiberCop a TIM dal 1° luglio 2024 sono regolati dal MSA dal cui contenuto (ignoto nei dettagli) dipende l’effettiva non discriminazione degli *input wholesale* forniti a TIM rispetto al resto del mercato.

35. Anche un altro operatore sottolinea che anticipare la rimozione dell’obbligo di replicabilità delle offerte *retail* di TIM è ad oggi del tutto immotivato e pregiudizievole per il mercato, anche alla luce dell’esistenza del MSA che garantisce a TIM condizioni diverse da quelle applicate agli altri operatori del mercato. L’unica strada possibile per eliminare l’obbligo di replicabilità è attendere il completamento dell’analisi di mercato considerato altresì che la certezza della validità o meno del mantenimento dell’obbligo di replicabilità non può che esservi solo a seguito dell’istruttoria condotta nel rispetto della procedura di cui all’articolo 78 del Codice.

36. Un altro operatore ha rimarcato che la sintesi del MSA pubblicata dalla Commissione europea riporta alcuni aspetti assolutamente preoccupanti e nessuna garanzia in merito all'assenza di clausole anti-competitive o discriminatorie per il mercato a favore di TIM. Tale operatore sostiene che una eventuale sospensione dell'obbligo di replicabilità e *test* di prezzo in capo a TIM potrebbe essere concessa solo dalla data in cui TIM rendesse pubblico l'MSA e dichiarasse che tutte le condizioni ivi riportate riservate a TIM sono da subito applicabili a tutti gli operatori del mercato. In mancanza di ciò, secondo l'operatore, nessuna sospensione temporanea dell'obbligo di replicabilità e *test* di prezzo in capo a TIM deve essere applicata e anzi deve essere previsto dall'Autorità un nuovo *test* di prezzo, che tenga conto dell'attuale scenario.

B) Integrazione verticale e necessità di analisi del Master Service Agreement

37. Secondo gli OAO, le clausole del MSA determinerebbero un forte livello di integrazione tra FiberCop e TIM e creerebbero forti incentivi affinché FiberCop adotti comportamenti e strategie atte a favorire gli interessi di TIM a scapito degli interessi degli altri OAO per il tramite anche di indebiti vantaggi competitivi a favore di TIM nel mercato al dettaglio. A titolo esemplificativo, ciò si potrebbe sostanziare in una riduzione dei servizi offerti, un peggioramento delle condizioni economiche degli stessi e in sconti a volume accessibili di fatto solo a TIM.

38. Gli OAO affermano che persisterebbe un'integrazione verticale occulta che si realizza attraverso le disposizioni del MSA e in specie delle clausole di esclusiva e delle clausole del cliente e fornitore preferito, in forza delle quali TIM può godere delle migliori condizioni contrattuali offerte sul mercato da FiberCop e quest'ultima viene ad essere preferita da TIM rispetto a qualsiasi altro fornitore, *ceteris paribus*; con obblighi di acquisto e di fornitura di lunga durata in riferimento a specifici *input*. Un operatore sottolinea quindi che lo schema di provvedimento non considera l'analisi economica e d'impatto del MSA che evidenzia in maniera chiara la profonda interdipendenza che continuerà a legare per lungo tempo TIM a FiberCop e viceversa. Senza l'esame puntuale delle condizioni previste dal MSA, secondo gli operatori, anche alla luce dell'articolo 91 del Codice, non è possibile considerare come presupposto di fatto che sia venuta meno la separazione verticale fra *wholesale* e *retail*. Non ricorrono, pertanto – secondo gli operatori – i presupposti, neppure in via d'urgenza per toccare alcuno degli obblighi imposti con la vigente analisi di mercato.

39. Alcuni OAO sottolineano come in virtù dei meccanismi di sconto previsti dal MSA a favore di TIM, qualsiasi sforzo gli operatori alternativi faranno per negoziare con FiberCop contratti favorevoli, magari anche in cambio di impegni, TIM ne godrà automaticamente e, naturalmente, non vale il viceversa (MFC - *most favourable clause*).

Inoltre un OAO sottolinea che, per come è concepito, il sistema di sconti a volume dei servizi VULAH – nonostante teoricamente applicabile a tutti – fornisce un vantaggio competitivo selettivo e indebito a TIM che potrà fruire praticamente da subito del tasso di sconto massimo, al contrario degli altri OAO.

40. Un OAO sottolinea che le clausole del MSA sull'IRU gratuito (600 milioni di euro di IRU concessi gratuitamente a TIM da FiberCop) potrebbero potenzialmente consentire a TIM di beneficiare di un indebito vantaggio competitivo mantenendo un'integrazione verticale nascosta tra TIM e FiberCop e fornendo così loro la possibilità di favorirsi reciprocamente.

41. Gli OAO rilevano che le clausole del MSA che regola i rapporti tra TIM e FiberCop – in larga parte non note – accorderebbero a TIM indebiti vantaggi derivanti anche dalla lunghissima durata dell'accordo (di fatto 30 anni) che consentirebbe a FiberCop e TIM di potersi reciprocamente agevolare e privilegiare rispetto ai concorrenti che rimarrebbero invece discriminati /svantaggiati.

42. Gli OAO evidenziano che TIM continuerà ad essere attiva nel mercato *wholesale*, fornendo a FiberCop degli *input* essenziali per la fornitura dei propri servizi agli OAO, tra cui la banda *bitstream* che incide in maniera non trascurabile sulla struttura di costo dell'offerta e quindi sulla replicabilità da parte di TIM (che invece auto-produce tale servizio al costo).

43. Un operatore aggiunge che lo stesso piano aziendale di FiberCop e, di conseguenza, la valutazione di 18,8 miliardi di euro di FiberCop dipendono fortemente dalla domanda di TIM. Pertanto, per garantire i ricavi alla base del *Business Plan* che ha portato ad una valutazione di 18,8 miliardi di euro, secondo l'operatore, FiberCop ha un forte incentivo a favorire la competitività di TIM e, parallelamente, a penalizzare la concorrenza esercitata dagli OAO. L'operatore evidenzia che in assenza un adeguato intervento regolamentare a tutela del corretto funzionamento del mercato, tali incentivi e strategie ridurranno la capacità degli OAO di competere efficacemente, determinando un impatto negativo sulla contendibilità del mercato e sul benessere dei consumatori.

C) Rischio di un danno irreversibile alla concorrenza

44. Secondo alcuni OAO, la proposta di provvedimento, se dovesse essere approvata, metterebbe il mercato di fronte al rischio di un serio danno concorrenziale in nessun modo recuperabile. Infatti, essendo TIM oggi nella condizione di praticare offerte non replicabili dagli altri OAO, la sospensione *tour-court* in via cautelare dell'obbligo di replicabilità tecnico/economica offre a TIM l'effettiva possibilità di attivare offerte commerciali predatorie *retail* e *business*. Un eventuale intervento *ex-post* da parte

dell’Autorità per la verifica di offerte commerciali anomale arriverebbe in ogni caso in ritardo rispetto a danni concorrenziali sul mercato non recuperabili, sia per quanto riguarda offerte sul mercato residenziale che, ancora più grave, in ambito gare ad evidenza pubblica.

45. Un OAO sostiene che nessuna indicazione viene data dall’Autorità su quali sarebbero le misure che verrebbero adottate per compensare gli effetti negativi sul mercato derivanti dalla suddetta sospensione, qualora l’analisi di mercato dovesse poi giungere alla conclusione che la separazione societaria tra TIM e FiberCop di fatto non fa venire meno una relazione verticale tra le due società.

D) Modifiche al test di prezzo

46. Alcuni operatori sottolineano che – nelle more della conclusione dell’analisi di mercato – il *test* di prezzo deve necessariamente subire alcune modifiche rispetto a quello attualmente vigente per tener conto della nuova organizzazione di TIM e degli importanti temi relativi all’attuale contesto di mercato, nonché dei servizi *wholesale* che TIM prevede di acquistare da FiberCop sulla base del MSA: deve includere le componenti di ricavo e costo dei contenuti video al fine di mantenere la capacità del *test* di intercettare tempestivamente, ed eventualmente bloccare, le offerte dell’operatore *incumbent* sempre più caratterizzate, ormai da anni strutturalmente, dalla presenza di *cross-subsidy* tra la componente di accesso fisso e la componente dei contenuti. Al riguardo, un operatore ritiene che il superamento del *mix* produttivo non giustifichi la sospensione dell’applicabilità del *test* di prezzo poiché l’Autorità ha a disposizione tutti gli strumenti ed i poteri per ricalcolare il *mix* produttivo.

47. RITENUTO di replicare alle osservazioni evidenziate dai rispondenti come segue:

A) Assenza dei presupposti per l’adozione del provvedimento cautelare

Difetto di istruttoria

48. Circa i presunti difetti di istruttoria sostenuti da alcuni OAO, si sottolinea che il comma 8 dell’articolo 33 del Codice (che traspone a livello nazionale il comma 10 dell’articolo 32 CCEE), afferma il potere dell’Autorità di adottare provvedimenti aventi effetto immediato in deroga alla procedura ordinaria che prevede, oltre alla consultazione pubblica nazionale, anche la consultazione pubblica europea disciplinata dai commi 3 e 4 del medesimo articolo. Ciò in ragione del fatto che la complessità del procedimento

delineato potrebbe risultare inadeguata rispetto all'esigenza di un intervento tempestivo sul mercato.

49. La consultazione pubblica nazionale sulla proposta di misura cautelare è stata svolta – anche se con tempistiche più ridotte rispetto ai 30 giorni usuali per le ovvie ragioni legate alla natura del provvedimento – mentre non è stata prevista la consultazione europea, conformemente alla lettera ed alla *ratio* dell'articolo 33, comma 8, del Codice.

50. A tale riguardo, si ritiene che la suddetta norma non richieda che l'adozione del provvedimento cautelare possa avvenire solo a seguito di una consultazione pubblica nazionale relativa all'intera analisi di mercato – come affermato da alcuni OAO – ma si limiti a prescrivere, ai fini dell'adozione dello stesso, la verifica della sussistenza di “*circostanze straordinarie*” e di “*urgenti motivi di agire onde salvaguardare la concorrenza e tutelare gli interessi degli utenti*” evitando, dal punto di vista procedurale, la consultazione europea sulla misura in questione. La norma, dunque, consente di derogare alla fase relativa al coinvolgimento della Commissione ma senza per questo implicare necessariamente la conclusione della consultazione pubblica nazionale riguardante l'intera analisi di mercato. La consultazione pubblica nazionale è sì richiesta ma si intende quella relativa alla misura cautelare da adottare.

51. Non si condivide altresì la tesi di altri OAO secondo cui, in caso di separazione volontaria da parte dell'impresa SMP verticalmente integrata, il regolatore non potrebbe adottare provvedimenti cautelari ai sensi dell'articolo 33 in quanto tenuto a valutare gli impatti dell'operazione nell'ambito di un procedimento di analisi di mercato, ai sensi dell'articolo 89, comma 2, del Codice, che garantisce un'istruttoria piena e trasparente in contraddittorio con tutti gli operatori del mercato e le autorità nazionali ed europee competenti. È proprio l'articolo 89 del Codice che richiama la possibilità del regolatore – nell'ambito dell'analisi di mercato – di applicare l'articolo 33 (“*Sulla base della propria analisi, l'Autorità [...] impone, mantiene, modifica o revoca obblighi conformemente alle procedure di cui agli articoli 23 e 33 [...]*”) e dunque anche di adottare provvedimenti cautelari.

52. Proprio perché di natura cautelare il provvedimento non può basarsi su una approfondita istruttoria che verrà svolta solo nell'ambito dell'analisi di mercato a seguito della quale l'Autorità stabilirà se rendere permanente il provvedimento cautelare che per sua natura è di carattere provvisorio. Ai fini dell'adozione del cautelare l'Autorità deve unicamente ravvisare una circostanza eccezionale che dia luogo alla necessità di agire con urgenza per salvaguardare la concorrenza e tutelare gli interessi degli utenti.

53. Per quanto infine attiene all'osservazione di un OAO che lamenta le tempistiche stringenti per la consultazione pubblica (15 giorni invece che 30) che

sarebbero – a suo avviso – contrarie all’articolo 23 del Codice secondo cui l’Autorità deve garantire “*la possibilità di presentare le proprie osservazioni sul progetto di misura entro un termine ragionevole tenendo conto della complessità della questione e, salvo circostanze eccezionali, in ogni caso non inferiore a trenta giorni*”, si rileva che la corrispondente norma del Codice europeo (articolo 23 CCEE) riporta la dicitura “*Fatti salvi i casi che rientrano nell’ambito di applicazione dell’articolo 26 o 27 o dell’articolo 32, paragrafo 10*” laddove l’articolo 32, comma 10, riguarda appunto l’adozione delle misure cautelari ed è stato trasposto a livello nazionale dall’articolo 33, comma 8, del Codice. In ogni caso la norma indica che il termine deve essere “*in ogni caso non inferiore a trenta giorni*”, ma “*salvo circostanze eccezionali*” e l’adozione di un provvedimento cautelare rientra in questa categoria. Pertanto, è conforme all’articolo 23 del Codice il Regolamento dell’Autorità di cui alla delibera n. 107/19/CONS, all’articolo 4, comma 2, il quale prevede che in circostanze eccezionali e urgenti la durata della consultazione pubblica possa essere motivatamente ridotta a quindici giorni.

Assenza di circostanze straordinarie

54. La delibera n. 114/24/CONS di analisi dei mercati dell’accesso ha definito la regolamentazione basandosi sull’allora vigente assetto organizzativo di TIM (separazione legale TIM-FiberCop), considerando dunque l’operatore SMP come soggetto verticalmente integrato nei mercati *wholesale* e *retail* dell’accesso alla rete fissa. Il nuovo progetto di separazione strutturale della rete di accesso di TIM è stato sì notificato dalla società, ai sensi dell’articolo 89 del Codice, il 19 gennaio 2024 ma, come noto, da un primo esame del progetto, lo stesso appariva incompleto in quanto risultavano mancanti o prive del necessario livello di dettaglio o di stabilità, diverse informazioni essenziali per il suo esame nell’ambito di un’analisi dei mercati collegati alla rete di accesso. L’Autorità mancava dunque di elementi essenziali per la valutazione del progetto di cui è venuta a conoscenza solo a luglio 2024. Pertanto, considerati i tempi necessari – allora non preventivabili – per la conclusione della valutazione del nuovo progetto di separazione strutturale di TIM, l’Autorità ha reputato necessario concludere l’analisi di mercato allora in corso (avviata con delibera n. 637/20/CONS), al fine di assicurare al mercato certezza regolamentare e non creare vuoti normativi fino alla definizione del futuro quadro regolamentare che terrà conto della nuova separazione di carattere strutturale.

55. Considerato dunque che l’Autorità ha definito le regole con la delibera n. 114/24/CONS basandosi sull’allora vigente assetto organizzativo e societario di TIM/FiberCop (separate legalmente ma appartenenti allo stesso gruppo), la finalizzazione della separazione proprietaria della rete di accesso di TIM verificatasi in data 1° luglio 2024 ha indubbiamente creato un mutamento strutturale importante del mercato di cui

l'Autorità deve necessariamente tenere conto. Si ritiene che tali circostanze siano da considerarsi straordinarie ai fini dell'adozione di un provvedimento cautelare come quello in esame che si fonda essenzialmente sul dato di fatto che FiberCop e TIM operano ora in due mercati diversi.

Assenza dei motivi di urgenza

56. Non si ritiene condivisibile la tesi degli OAO secondo cui i “*motivi di urgenza per salvaguardare la concorrenza e tutelare gli interessi degli utenti*” non sussisterebbero nel caso di specie, avendo l'Autorità già avviato il procedimento di analisi di mercato, unico ambito nel quale sarà possibile valutare l'appropriatezza o meno dell'attuale obbligo posto in capo a TIM e non avendo dato evidenza del fatto che tale obbligo abbia arrecato o stia arrecando un danno dal punto di vista competitivo a quest'ultima. Si rileva che la pendenza di un'analisi di mercato – procedimento complesso che implica di regola tempi abbastanza lunghi in virtù soprattutto delle consultazioni nazionali ed europee – è proprio l'ambito in cui l'articolo 33 può essere applicato dato che la *ratio* della norma è quella di evitare la procedura *standard* per velocizzare l'adozione di misure urgenti. La sospensione dell'obbligo in capo a TIM non dovrebbe verosimilmente creare danni alla concorrenza in quanto TIM non opera più nei mercati *wholesale* regolamentati e inoltre, anche nel caso ci fossero relazioni verticali derivanti dal MSA - l'Autorità adotterà nell'analisi gli adeguati rimedi *wholesale* in capo a FiberCop al fine di garantire a tutti i richiedenti l'accesso di competere a pari condizioni. La permanenza degli obblighi in questione in capo a TIM costituirebbe invece un aggravio non giustificato per un operatore attivo, al pari degli altri, nel mercato *retail* (non soggetto a interventi di regolamentazione *ex ante* da parte dell'Autorità).

Assenza di fumus boni juris

57. Come illustrato nei paragrafi 60 e seguenti, l'obbligo di replicabilità delle offerte al dettaglio di TIM, imposto da ultimo con la delibera n. 114/24/CONS, e la conseguente verifica da parte dell'Autorità di tali offerte mediante lo svolgimento dei *test* di prezzo, è stata sinora giustificata dalla circostanza che l'operatore avente SMP nei mercati all'ingrosso fosse anche operatore integrato verticalmente nei corrispondenti mercati al dettaglio.

58. In seguito al perfezionamento dell'operazione di cessione della rete fissa di accesso di TIM e alla conseguente eliminazione dell'integrazione verticale di FiberCop, già accertata dalla Commissione europea, è dunque venuta meno la *ratio* sottostante

l'imposizione dell'obbligo regolamentare di replicabilità delle offerte al dettaglio di rete fissa di TIM.

59. L'Autorità nell'ambito dell'analisi di mercato, anche attraverso l'esame del MSA, stabilirà se FiberCop possa essere qualificato come operatore *wholesale only* ai sensi dell'articolo 91 del Codice e, conseguentemente, imporrà gli obblighi regolamentari appropriati. In nessun caso – anche se FiberCop dovesse non risultare operatore *wholesale only* – l'Autorità potrà imporre obblighi regolamentari a TIM, soggetto acquirente dei servizi di accesso all'ingrosso di FiberCop ed operante (a seguito della separazione), dal lato dell'offerta, unicamente nei mercati attualmente definiti come non suscettibili di regolamentazione *ex ante*.

B) Integrazione verticale e necessità di analisi del Master Service Agreement

60. L'obbligo di replicabilità delle offerte al dettaglio di TIM, imposto da ultimo con la delibera n. 114/24/CONS, e la conseguente verifica da parte dell'Autorità di tali offerte mediante lo svolgimento dei *test* di prezzo, ha sempre avuto il fine di verificare indirettamente che l'operatore avente SMP nei mercati dei servizi dell'accesso all'ingrosso ed integrato verticalmente nei corrispondenti mercati al dettaglio non adottasse, nella fornitura dei servizi di accesso all'ingrosso, comportamenti discriminatori tra l'impresa *retail* collegata o controllata e gli altri operatori richiedenti l'accesso all'ingrosso alla rete fissa. La misura regolamentare in questione è stata dunque imposta in attuazione degli obblighi di non discriminazione di cui all'articolo 81 del Codice e di controllo dei prezzi di cui all'articolo 85 del Codice, al fine di verificare se le condizioni economiche e tecniche di offerta al dettaglio proposte dall'operatore SMP integrato verticalmente siano sostenibili da parte di un operatore alternativo efficiente.

61. Ebbene, tale misura regolamentare è stata sinora giustificata esclusivamente dalla circostanza che l'operatore avente SMP nei mercati all'ingrosso fosse anche operatore integrato verticalmente nei corrispondenti mercati al dettaglio.

62. In seguito al perfezionamento dell'operazione di cessione della rete fissa di accesso di TIM è dunque venuta meno la *ratio* sottostante l'imposizione dell'obbligo regolamentare di replicabilità delle offerte al dettaglio di rete fissa di TIM. Infatti – come anche accertato dalla Commissione europea nella propria decisione di assenso alla concentrazione *Case M.11386 KKR/NetCo* – in seguito all'operazione di separazione, TIM non detiene alcuna partecipazione in FiberCop e quest'ultima non è integrata verticalmente nel mercato dei servizi di accesso al dettaglio da postazione fissa. A seguito dell'operazione di separazione solo FiberCop opera nel mercato dei servizi di accesso all'ingrosso sottoposto alla regolamentazione *ex ante*, mentre TIM è attiva solo in mercati

attualmente non suscettibili di regolamentazione *ex ante* e, pertanto, l’Autorità non ha potestà per imporre obblighi regolamentari autonomi in capo a tale società. Per tali ragioni, sin dalla data del *closing* dell’operazione (1° luglio 2024), la misura risulta non giustificata.

63. Tutte le relazioni verticali di tipo commerciale tra FiberCop e TIM che dovessero instaurarsi in virtù del MSA e che – a detta degli intervenienti – potrebbero attribuire a TIM una posizione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti saranno debitamente prese in considerazione in fase di definizione del nuovo trattamento regolamentare da imporre in capo al soggetto FiberCop, a conclusione dell’analisi di mercato di cui alla delibera n. 315/24/CONS, laddove sarà identificato con operatore con significativo potere di mercato. In ogni caso, si fa presente che tutte le clausole contenute nel MSA che attengono all’acquisto da parte di TIM di servizi di accesso alla rete FiberCop a condizioni (inclusive di quelle economiche) diverse da quelle regolamentate, o al trattamento negoziale specifico riservato a TIM, inclusa la menzionata MFC - *most favourable clause*, al momento non sono applicate in quanto non approvate dall’Autorità (e nemmeno, ad oggi, comunicate da FiberCop per l’approvazione ai sensi dell’articolo 42 della delibera n.114/24/CONS).

64. In sintesi, TIM è tenuta a corrispondere a FiberCop i prezzi stabiliti dalla regolamentazione: le altre disposizioni del MSA che individuano prezzi e condizioni difforni, come ad esempio la scontistica prevista per il servizio VULA FTTH, potranno trovare applicazione solo al venir meno della disciplina regolatoria o comunque all’approvazione da parte dell’Autorità. Al riguardo, si fa presente che TIM ha attestato di acquistare i servizi di accesso regolati a prezzi e condizioni fissati dalla regolamentazione.

65. L’Autorità, nell’ambito dell’analisi di mercato, verificherà le clausole contenute nel MSA al fine di adottare la regolamentazione gravante sull’operatore SMP più opportuna per assicurare la presenza di un *level playing field* tra tutti gli operatori richiedenti l’accesso al fine di garantire una corretta competizione nei corrispondenti mercati al dettaglio e nell’interesse degli utenti finali.

66. Da ultimo, in relazione alla circostanza evidenziata da alcuni operatori secondo cui la fornitura da parte di TIM a FiberCop della banda *bitstream* inciderebbe in maniera non trascurabile sulla replicabilità delle offerte al dettaglio di TIM, si evidenzia che tale *input* riguarda un servizio all’ingrosso non sottoposto a regolamentazione venduto da TIM a FiberCop e che, pertanto, non sarebbe rilevante ai fini della verifica della replicabilità. Permane in ogni caso, a garanzia delle consistenze attive tramite il servizio

bitstream, l'imposizione - ex articolo 5, comma 4, della delibera n. 114/24/CONS - di prezzi non superiori a quelli fissati per il 2023 per via regolamentare.

C) Rischio di un danno irreversibile alla concorrenza

67. Alla luce delle precedenti argomentazioni, non si condivide la posizione degli OAO secondo cui il presente provvedimento cautelare, se approvato, metterebbe il mercato di fronte al rischio di un serio danno concorrenziale in nessun modo recuperabile.

68. Innanzitutto, in linea con quanto osservato da un rispondente alla consultazione, l'applicazione degli obblighi di replicabilità delle offerte al dettaglio di TIM, anche nelle more della conclusione dell'analisi di mercato avviata con delibera n. 315/24/CONS, essendo non più giustificata ai sensi del quadro regolamentare di riferimento determinerebbe un oggettivo pregiudizio concorrenziale a danno di TIM che, essendo separata strutturalmente dalla società fornitrice dei servizi di accesso all'ingrosso (FiberCop) e attiva nel mercato dell'accesso fisso *retail* non sottoposto a regolamentazione *ex ante*, si troverebbe a operare in condizioni asimmetriche e non paritarie rispetto agli altri concorrenti in tale mercato.

69. Con riferimento alle preoccupazioni manifestate dagli OAO in consultazione, si ribadisce che l'Autorità arginerà eventuali comportamenti discriminatori tra i richiedenti l'accesso che dovesse mettere in atto la società FiberCop attraverso l'imposizione di opportune misure regolamentari in capo alla stessa FiberCop (dunque nel mercato dei servizi di accesso all'ingrosso), laddove quest'ultima risulterà avere un significativo potere di mercato, oltre che in esito ad attività in sede di vigilanza. In nessun modo, l'Autorità potrà imporre dei rimedi in capo alla società TIM che non risulta attiva nei mercati dell'accesso all'ingrosso sottoposti a regolamentazione.

D) Modifiche al test di prezzo

70. In virtù di tutto sin qui esposto, ritenendo non giustificato l'obbligo di replicabilità delle offerte al dettaglio di TIM già dalla data del perfezionamento dell'operazione di separazione, non è accoglibile la richiesta di alcuni operatori di modificare – nelle more della conclusione dell'analisi di mercato – le modalità di svolgimento del *test* di prezzo rispetto a quello attualmente vigente per tener conto della

nuova organizzazione di TIM, nonché dei servizi *wholesale* che TIM prevede di acquistare da FiberCop sulla base del MSA.

VISTI gli atti del procedimento;

UDITA la relazione del Presidente;

DELIBERA

Art. 1

1. Ai sensi dell'articolo 33, comma 8, del Codice, in via cautelare, gli adempimenti inerenti all'obbligo di replicabilità delle offerte al dettaglio di TIM, imposti dagli articoli 10, comma 9, 37 e 38 della delibera n. 114/24/CONS, sono sospesi fino alla conclusione del procedimento istruttorio avviato con delibera n. 315/24/CONS.

Il presente provvedimento può essere impugnato davanti al Tribunale amministrativo regionale del Lazio entro 60 giorni dalla data di pubblicazione dello stesso.

La presente delibera è pubblicata sul sito *web* dell'Autorità: www.agcom.it e notificata alle società TIM S.p.A. e FiberCop S.p.A..

Roma, 23 ottobre 2024

IL PRESIDENTE
Giacomo Lasorella

Per attestazione di conformità a quanto deliberato

IL SEGRETARIO GENERALE

Giulietta Gamba