



Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 15 dicembre 2020;

SENTITO il Relatore Presidente Roberto Rustichelli;

VISTO l'articolo 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE);

VISTO il Regolamento n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTA la documentazione agli atti;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. Telecom Italia S.p.A. (di seguito anche "TIM") è una società attiva nell'installazione e nella fornitura di infrastrutture di telecomunicazioni, nonché nell'offerta dei relativi servizi. In particolare, TIM è titolare della rete telefonica, sulla quale fornisce servizi al dettaglio ai consumatori finali e servizi di accesso all'ingrosso ad altri operatori che non possiedono una rete di accesso per raggiungere il cliente finale. TIM fornisce servizi di telefonia fissa, mobile e satellitare, servizi di trasmissione dati e accesso a *Internet*, servizi di connettività, servizi di rete e accesso a infrastrutture, servizi connessi al commercio elettronico, creazione di siti web, offerta di soluzioni *Internet/Intranet/Extranet* alle aziende, vendita di spazi pubblicitari *on-line* e

servizi multimediali. Nel 2019, il fatturato complessivo realizzato a livello mondiale dal Gruppo Telecom è stato di circa 17,97 miliardi di euro, di cui circa 14 miliardi derivanti da vendite in Italia.

2. Fastweb S.p.A. (di seguito anche “Fastweb” o “FW”) fornisce servizi di telecomunicazioni a banda larga e ultra-larga, rivolgendo la propria offerta sia alla clientela residenziale, sia alla clientela affari ed è uno dei principali operatori concorrenti dell'*ex* monopolista. È altresì attiva nel mercato dei servizi di telecomunicazione mobile. Fastweb è controllata al 100% da Swisscom Italia S.r.l., a sua volta soggetta al controllo di Swisscom AG, una società con sede in Svizzera, che fornisce servizi di telecomunicazione per clienti residenziali e affari e rappresenta l'operatore *incumbent* del mercato elvetico. Nel 2019 FW ha generato ricavi per 2,25 miliardi di euro.

3. Teemo Bidco S.à. r.l. (nel seguito “Teemo”), con sede in Lussemburgo, è una società controllata dal fondo di investimenti KKR & Co. Inc. (“Fondo KKR”) per il tramite della gestione KKR Global Infrastructure Investor III L.P., società incorporata alle Isole Cayman.

4. FiberCop S.p.A. (di seguito “FiberCop”) è una società costituita nel novembre 2020, il cui capitale sociale è attualmente detenuto al 100% da TIM, in cui confluirà la rete secondaria di TIM. FiberCop si prefigge lo scopo di essere un veicolo per la realizzazione di reti secondarie in fibra ottica. In tal senso, il progetto prevede che Teemo e Fastweb entrino nel capitale sociale della società. Ad esito della consultazione giurisdizionale, avviata da TIM il 7 settembre 2020, la Commissione Europea ha determinato che l'operazione – consistente nel conferimento in FiberCop della rete secondaria di TIM e del contestuale ingresso di KKR (al 37,5%) e Fastweb (al 4,5%) – non si configura come concentrazione ai sensi del Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese.

5. Tiscali Italia S.p.A. (di seguito anche “Tiscali”) fornisce servizi di telecomunicazioni a banda larga e ultra-larga ed è altresì attiva nel mercato dei servizi di telecomunicazione mobile, in qualità di operatore mobile virtuale (MVNO). Nel 2019 Tiscali ha generato ricavi per 140,8 milioni di euro.

II. ELEMENTI DI FATTO E DI DIRITTO

6. In data 31 agosto 2020, TIM ha comunicato al pubblico di aver approvato l'accordo con il Fondo KKR e Fastweb relativo alla costituzione di FiberCop,

in cui verranno conferite la rete secondaria di TIM (dall'armadio di strada alle abitazioni dei clienti) e la rete in fibra sviluppata da Flash Fiber S.r.l. ("Flash Fiber"), la *joint-venture* partecipata da TIM (all'80%) e Fastweb (al 20%).

7. FiberCop sarà partecipata da TIM che deterrà il 58% del capitale sociale, dal Fondo KKR che deterrà il 37,5%, e da Fastweb che deterrà il 4,5%. La società offrirà servizi all'ingrosso di accesso passivo della rete secondaria in rame e fibra. FiberCop "*farà leva sull'infrastruttura in fibra già posata da FlashFiber, [...] TIM sarà il fornitore esclusivo per la costruzione e la manutenzione delle reti e fornirà ulteriori servizi a FiberCop*"¹.

8. L'operazione, riguardante la costituzione di FiberCop e la successiva cessione delle quote di partecipazione al Fondo KKR, non ricade nell'ambito di applicazione del Regolamento CE n. 139/2004, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione, in quanto FiberCop non esercita stabilmente tutte le funzioni di una entità economica autonoma (assenza del requisito di *full functionality*), prevalendo quindi gli aspetti di coordinamento.

9. L'operazione è costituita da una serie di contratti tra TIM, FiberCop, Teemo e Fastweb di natura reciproca, tra i quali si evidenziano: (i) i contratti di cessione reciproca di diritti IRU² tra TIM e FiberCop; (ii) il contratto di servizio tra FiberCop e TIM per la costruzione e manutenzione della rete; (iii) i contratti di trasferimento delle quote di Flash Fiber tra TIM, Fastweb e FiberCop; (iv) il *Memorandum of Understanding* (MoU) tra FiberCop e Fastweb. Altresì, come annunciato dalla stessa TIM, quest'ultima ha sottoscritto con Tiscali un *Memorandum of Understanding* (MoU) relativo all'accesso alla rete di TIM, il quale sarebbe funzionale al coinvestimento in FiberCop.

10. Secondo quanto dichiarato pubblicamente da TIM, FiberCop sarà un veicolo per effettuare un progetto di coinvestimento ai sensi dell'articolo 76 della Direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche (nel seguito, "Codice europeo delle comunicazioni elettroniche" o "CECE"). Sul punto si osserva che, benché siano state già ampiamente definite le condizioni tecnico-economiche del progetto FiberCop tra TIM, Fastweb e FiberCop, non è stata pubblicata alcuna offerta iniziale di coinvestimento da parte di TIM.

¹ Comunicato stampa di TIM del 31 agosto 2020.

² *Indefeasible right of use* (diritto irrevocabile d'uso) è una forma contrattuale che permette di acquisire l'utilizzo esclusivo, non ristretto e non revocabile di una parte di un sistema di telecomunicazione, di solito a lungo termine.

III. VALUTAZIONI

III.1 I mercati rilevanti

11. L'insieme dei descritti accordi intercorrenti tra TIM, Teemo, FiberCop, Fastweb e Tiscali costituiscono un'intesa tra imprese, suscettibile di essere valutata ai sensi dell'articolo 101 del TFUE. In particolare, si osservi che la Commissione Europea ha determinato che l'operazione – consistente nel conferimento in FiberCop della rete secondaria di TIM e nel contestuale ingresso di KKR e Fastweb nel capitale sociale di FiberCop – non si configura come concentrazione ai sensi del Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, in quanto FiberCop non costituisce una impresa comune a pieno titolo³.

12. Ciò posto, si ricorda che, nei casi riguardanti intese, la definizione del mercato rilevante è essenzialmente volta a individuare le caratteristiche del contesto economico e giuridico nel quale si colloca il coordinamento fra imprese.

13. Ai fini della valutazione di un'intesa, infatti, l'individuazione del mercato rilevante, ancorché utile per circoscrivere con precisione e focalizzare l'analisi dei comportamenti delle imprese coinvolte, risulta funzionale all'individuazione dell'ambito merceologico e territoriale nel quale si manifesta un coordinamento fra imprese e si realizzano gli effetti derivanti dall'illecito concorrenziale.

14. In considerazione della portata degli accordi in esame e delle attività delle imprese coinvolte, si ritiene di individuare⁴: (i) il *mercato dei servizi di accesso all'ingrosso alla rete fissa a banda larga e ultra-larga*; (ii) il *mercato dei servizi di telecomunicazioni al dettaglio su rete fissa a banda larga e ultra-larga*

15. Il mercato dei servizi di accesso all'ingrosso alla rete fissa a banda larga e ultra-larga (nel seguito anche “mercato all'ingrosso”), di dimensione geografica nazionale, è definito dal punto di vista merceologico come il mercato dei servizi che permettono agli operatori di telecomunicazione di fornire servizi ai clienti finali tramite l'accesso alla rete locale fissa a banda

³ Cfr. Comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (2008/C 95/01).

⁴ Cfr. Provvedimento AGCM n. 28162 del 25 febbraio 2020, caso A514 – *Condotta fibra Telecom Italia*; Provvedimento AGCM n. 27102 del 28 marzo 2018, caso I799 – *Tim-Fastweb-Realizzazione rete in fibra*.

larga e ultra-larga. L'accesso alla rete locale che connette il cliente finale è un fattore produttivo necessario per potere operare nel mercato a valle dei servizi di telecomunicazioni al dettaglio. Per gli operatori che intendano predisporre un'offerta di servizi di telecomunicazioni rivolta alla clientela finale, l'approvvigionamento di servizi di accesso alla rete locale è essenziale, nella misura in cui non è possibile servire la clientela finale senza disporre di un accesso alla rete locale.

16. Quanto agli elementi di rete che costituiscono la rete di accesso locale all'ingrosso (vedi Figura 1 *infra*), è possibile distinguere tra rete primaria e rete secondaria. La rete primaria è costituita dal rilegamento tra la centrale ed i singoli armadi stradali, mentre la rete secondaria costituisce il rilegamento tra gli armadi stradali e la sede dell'utente⁵. Nel caso di tecnologie RTG⁶/ADSL, sia la rete primaria che la rete secondaria sono basate su collegamenti in rame; con le tecnologie FTTC (*fiber to the cabinet*) vi è una combinazione tra rilegamenti in fibra (rete primaria) e rilegamenti in rame (rete secondaria), a cui viene associato un armadio stradale in tecnologia EVDSL⁷ con alimentazione elettrica, che rappresenta una evoluzione della tecnologia ADSL; nel caso di architetture FTTH (*fiber to the home*) o FTTB (*fiber to the building*), sia la rete primaria, che la rete secondaria sono costituite da rilegamenti in fibra ottica e, in questo caso l'armadio stradale (*optical cabinet* o centro nodale ottico) non è alimentato da energia elettrica.

Figura 1 – Schema esemplificativo degli elementi di rete che costituiscono la rete locale di accesso all'ingrosso.



17. Quanto ai servizi che compongono il mercato, occorre distinguere due macro tipologie di servizi. Il primo gruppo riguarda l'accesso locale all'ingrosso in postazione fissa, costituito da servizi di accesso fisico (anche

⁵ La rete secondaria costituisce il *sub-loop*, mentre il *local loop* è costituito dalla somma tra rete primaria e rete secondaria.

⁶ Rete telefonica Generale.

⁷ *Enhanced very high bit rate digital subscriber line*.

definiti di tipo passivo, come ad esempio, i servizi ULL⁸ e SLU⁹) e da alcuni servizi di accesso virtuali o attivi (VULA¹⁰). Tali servizi sono connotati da un livello locale, presupponendo la connessione degli operatori alternativi alla centrale di TIM. Il secondo gruppo di servizi di accesso all'ingrosso è composto dai cosiddetti servizi di accesso centrale a banda larga o ultra-larga all'ingrosso, consistente nei servizi *bitstream*¹¹. Tali servizi sono erogati ad un livello geografico più aggregato, in quanto gli operatori scelgono di rilegarsi con nodi di tipo nazionale o regionale e, pertanto, tali servizi coinvolgono non solo la rete di accesso ma anche un tratto della rete di trasporto (*backhauling* a monte della centrale). Tali servizi presentano un grado di virtualizzazione delle risorse di rete elevato, tale da rendere gli operatori che utilizzano tale servizio dei meri *reseller* “avanzati” del servizio del fornitore all'ingrosso.

18. In tale mercato, TIM rappresenta l'operatore che eroga la maggioranza dei servizi di accesso. In particolare, con riferimento all'accesso di tipo locale, la quota di TIM è superiore al 90% delle linee nel 2018¹², la restante quota è rappresentata da altri operatori quali Open Fiber S.p.A. e Fastweb. Quest'ultima fornisce servizi di accesso locale all'ingrosso, prevalentemente il servizio VULA, anche mediante l'utilizzo del veicolo Flash Fiber¹³. Con riferimento ai servizi di accesso centrale all'ingrosso, TIM detiene una quota di mercato in volume pari a circa il 50% nel 2018, Fastweb e Tiscali detengono rispettivamente quote di mercato in volume del 11% e 2% circa degli accessi centrali all'ingrosso¹⁴.

19. Il mercato dei servizi di telecomunicazioni al dettaglio su rete fissa a banda larga e ultra-larga (nel seguito anche “mercato al dettaglio”), di

⁸ L'ULL (*Unbundling of the local loop*) è un servizio di accesso passivo alla rete fissa che consente di acquisire in affitto la portante in rame che collega la centrale e la sede dell'utente finale. In particolare, l'operatore alternativo accede alla centrale di TIM e installa i propri apparati (co-locazione) e si rilega alla rete primaria e secondaria in rame per fornire servizi ADSL.

⁹ Lo SLU (*Sub-Loop Unbundling*) è un servizio di accesso all'ingrosso alla rete fissa che consente di acquisire in affitto la portante di rame che rilega l'armadio di strada e la sede dell'utente finale (la cosiddetta rete secondaria). È un servizio di accesso passivo che può essere offerta in un contesto di rete FTTC. In particolare, l'operatore ha la necessità di avere una propria rete in fibra fino all'armadio stradale.

¹⁰ Il *Virtual Unbundled Local Access* (VULA) è un servizio di accesso all'ingrosso alla rete fissa di tipo virtuale, consistente nella fornitura di una capacità di rete attiva. In particolare, in assenza di rete primaria propria, l'operatore alternativo acquista un accesso virtuale, cioè attivo, che consente di erogare un servizio in assenza di rilegamenti propri in rete primaria.

¹¹ Il *Bitstream* è una categoria di servizi di accesso virtuali all'ingrosso che consiste nella fornitura dell'accesso alla rete locale e a un tratto di rete di trasporto, fino al punto di consegna del traffico più prossimo dell'operatore acquirente.

¹² Cfr. Delibera AGCOM n. 348/19/CONS, recante “*Analisi coordinata dei mercati dei servizi di accesso alla rete fissa ai sensi dell'articolo 50 ter del Codice*”, documento IV.

¹³ Cfr. Provvedimento AGCM n. 27102 del 28 marzo 2018, caso I799 – *Tim-Fastweb-Realizzazione rete in fibra*.

¹⁴ Cfr. Delibera AGCOM n. 348/19/CONS, recante “*Analisi coordinata dei mercati dei servizi di accesso alla rete fissa ai sensi dell'articolo 50 ter del Codice*”, documento IV.

dimensione geografica nazionale, è definito dal punto di vista del prodotto come l'insieme di servizi di rete fissa voce e dati a banda larga e ultra-larga destinati agli utenti finali. Tale mercato presenta strutturalmente una natura oligopolistica, benché si registri un confronto concorrenziale di più sostenuta intensità rispetto al collegato mercato a monte dei servizi di accesso all'ingrosso. In tale mercato, TIM è l'unico operatore verticalmente integrato in possesso di una rete di accesso con copertura dell'intero mercato geografico nazionale. Le quote di mercato in volume, al giugno 2020, sono rappresentate nella Tabella 1 *infra*.

Tabella 1 – Accessi al dettaglio a banda larga e ultra-larga (giugno 2020)¹⁵

Operatore	Numero di accessi a banda larga e ultra-larga (mln di linee)	Quota di mercato (%)
Tim	7,52	42,2%
Vodafone	2,96	16,6%
Fastweb	2,69	15,1%
Wind Tre	2,49	14,0%
Linkem	0,67	3,8%
Eolo	0,49	2,8%
Tiscali	0,43	2,4%
Altri	0,54	3,0%
Totale	17,81	100,0

III.2 Gli accordi oggetto di analisi

20. L'oggetto del presente procedimento è rappresentato da una serie di accordi intercorsi tra TIM, Teemo, FiberCop, Fastweb e Tiscali concernenti i servizi di accesso all'ingrosso a banda larga ed ultra-larga.

21. L'accordo di costituzione di FiberCop prevede che TIM conferisca a FiberCop il proprio ramo d'azienda costituito dai cespiti afferenti alla rete secondaria in rame e in fibra, nonché dai segmenti di terminazione. TIM inoltre conferirà a FiberCop la quota dell'80% di Flash Fiber, società di scopo, costituita insieme a Fastweb per realizzare una rete secondaria in fibra ottica in 29 città¹⁶.

¹⁵ Cfr. AGCOM, Osservatorio delle comunicazioni n. 3/2020.

¹⁶ Cfr. Provvedimento AGCM n. 27102 del 28 marzo 2018, caso I799 – *Tim-Fastweb-Realizzazione rete in fibra*.

22. Contestualmente all'operazione di costituzione di FiberCop, Fastweb conferirà la propria partecipazione in Flash Fiber, per un valore pari al 4,5% del capitale sociale di FiberCop.

23. Secondo quanto dichiarato da TIM, lo scopo di FiberCop è di dare un impulso decisivo per dispiegare rapidamente in Italia una rete a banda ultra larga attraverso l'impiego di tecnologie ottiche con architettura GPON¹⁷-FTTH, entro il 2025. FiberCop dovrebbe rivestire il ruolo di un'impresa che realizza reti di nuova generazione e opera esclusivamente sui mercati all'ingrosso delle risorse di rete passive (infrastrutture di posa, collegamenti in fibra, collegamenti in rame) della sola rete secondaria. FiberCop dovrebbe rappresentare quel veicolo in grado di aggregare tutti gli investitori potenziali che intendono realizzare reti a banda ultra larga, secondo le modalità previste per il coinvestimento dall'articolo 76 del CECE.

24. Conseguentemente, FiberCop, oltre a rappresentare un veicolo permanentemente aperto agli investitori esterni, dovrebbe offrire anche le proprie risorse passive a tutti gli operatori, compresa TIM, a condizioni ragionevoli e non discriminatorie. FiberCop si avvarrà di TIM, in esclusiva, per costruire la rete secondaria FTTH, per attivare e mantenere le linee, nonché per svolgere *[omissis]**.

25. TIM *wholesale* continuerà a essere un ramo di azienda del Gruppo Telecom Italia, indipendente da FiberCop e operante sul mercato dei servizi attivi (ad esempio, VULA FTTC/H e *Bistream* FTTC/H). FiberCop offrirà solo servizi passivi, quali l'accesso alle infrastrutture di posa in rete secondaria, l'accesso alla tratta di adduzione, l'accesso alla fibra spenta in rete secondaria e l'accesso al segmento di terminazione in rame e in fibra, nonché l'erogazione di reti semi-GPON¹⁸ e GPON¹⁹, *backhauling* della fibra, collegamenti punto-punto.

26. TIM, FiberCop, Fastweb hanno altresì stipulato un contratto (*[omissis]*), *[omissis]*, che presenta (i) obblighi minimi di acquisto in termini di ricavi; (ii) clausole di preferenza del fornitore all'ingrosso; (iii) una struttura di

¹⁷ Collegamenti punto-multipunto in fibra ottica presenti nella rete di accesso che origina dalla centrale e termina nella borchia dell'unità immobiliare.

* Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

¹⁸ Collegamenti punto-multipunto in fibra ottica presenti nella rete secondaria comprensivi dei segmenti di terminazione in fibra ottica. Con riferimento alle reti punto-multipunto, occorre tenere in considerazione il fattore di *splitting*. Infatti, poiché parte della rete trasporterà il segnale di diverse linee, maggiori saranno i fattori di suddivisione della rete e minore sarà la potenzialità della stessa, anche con riferimento alla capacità della rete di essere a prova di futuro.

¹⁹ Collegamenti punto-multipunto in fibra ottica presenti nella rete di accesso che origina dalla centrale e termina nella borchia dell'unità immobiliare.

scontistica che limita la capacità concorrenziale di Fastweb nei mercati all'ingrosso e al dettaglio dei servizi di comunicazione a banda larga ed ultra-larga.

27. In merito al contratto stipulato tra TIM e Tiscali, si rileva la presenza, a fronte di un prezzo vantaggioso, di un obiettivo di dismissione della rete infrastrutturale di Tiscali, con la conseguente erogazione da parte di TIM di servizi attivi a livello centrale (*bitstream*) per un numero di linee estremamente elevato, che si ritiene atta a soddisfare l'intera domanda di Tiscali. Secondo quanto affermato dall'Amministratore Delegato di Tiscali, *“Mentre prima usavamo la rete di accesso di TIM, cui associavamo una nostra infrastruttura nazionale, oggi [...] rinunciavamo a una nostra rete nazionale indipendente passando a utilizzare quella dell'operatore wholesale”*²⁰.

III.3 Le possibili criticità degli accordi dal punto di vista concorrenziale

28. Il progetto FiberCop intende, secondo quanto affermato da TIM, stimolare gli investimenti per l'ammodernamento della rete fissa di telecomunicazioni al fine di favorire la transizione alle reti di telecomunicazione ad alta capacità in fibra. Tale obiettivo è stato altamente apprezzato dall'Autorità in passato²¹ e, proprio in tale ottica, il presente procedimento intende analizzare alcuni elementi critici degli accordi in esame che appaiono avere un effetto opposto agli obiettivi di sviluppo e coinvestimento, producendo una riduzione della concorrenza infrastrutturale che è un importante promotore degli investimenti in fibra ottica. In particolare, poiché un progetto di sviluppo condiviso delle infrastrutture di rete in fibra ottica appare uno strumento in grado di determinare svariate efficienze, occorre – proprio in un'ottica di promozione della concorrenza dinamica – eliminare le restrizioni alla concorrenza non necessarie all'ottenimento di tali benefici, nonché le restrizioni che potrebbero ostacolare l'infrastrutturazione stessa del Paese, quali quelle che attenuano la concorrenza infrastrutturale o che tendono a privilegiare l'uso della rete rame.

29. Prima di osservare i singoli elementi critici, occorre rilevare che la struttura di FiberCop e le sue caratteristiche tecnico-economiche sono state definite precedentemente alla procedura di consultazione pubblica ai sensi degli articoli 76 e 79 del CECE; tale circostanza può avere un impatto sull'effettiva idoneità dei contratti stipulati a stimolare gli investimenti. Infatti,

²⁰ Cfr. Lettera prot. n. 0083306 del 10 novembre 2020, all. 3.

²¹ Cfr. Provvedimento AGCM n. 25172 del 05 novembre 2014, caso IC48 – *Mercati di accesso e reti di telecomunicazioni a banda larga e ultra larga.*

il CECE prevede un procedimento trasparente e non discriminatorio che permetta di definire regole di partecipazione che consentano “*ai 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 detentrica di un significativo potere di mercato è attiva*”²².

30. In tal senso, la definizione anticipata della struttura dell’operazione, senza una consultazione ampia dei vari *stakeholder*, può comportare il generarsi di effetti negativi sulla concorrenza nei mercati in esame, in quanto frutto di decisioni di natura tecnologica (ad esempio, la vicinanza del punto di rilegamento della rete con quella di operatori alternativi) e di natura contrattuale (ad esempio, prevalenza della funzione di acquisto in esclusiva di servizi all’ingrosso rispetto a quella di investimento e controllo strutturale delle risorse di rete da parte del coinvestitore) sottratte alla conoscenza, e alla loro eventuale condivisione, dei concorrenti potenziali coinvestitori.

31. Gli effetti restrittivi della concorrenza degli accordi in esame appaiono *prima facie* essere rinvenibili nei mercati (i) dei servizi di accesso all’ingrosso alla rete fissa a banda larga e ultra-larga; e (ii) dei servizi di telecomunicazioni al dettaglio su rete fissa a banda larga e ultra-larga.

32. Con riferimento al mercato dei servizi di accesso all’ingrosso alla rete fissa a banda larga e ultra-larga, i rischi concorrenziali appaiono consistere: (i) in vincoli di acquisto dei servizi erogati da TIM-FiberCop per una parte consistente della domanda di servizi di accesso all’ingrosso; (ii) nella riduzione degli incentivi ad investire su infrastrutture in fibra (privilegiando l’acquisizione di servizi attivi quali il VULA ed il Bitstream NGA, o l’utilizzo di tecnologie *sub*-ottimali, quali il G.Fast²³); (iii) nella riduzione della concorrenza nell’erogazione di servizi attivi (VULA e *Bitstream* NGA) per effetto della struttura variabile (e crescente al crescere delle quantità) delle tariffe di accesso alla fibra secondaria di FiberCop, nonché nella sottrazione al controllo di Fastweb delle decisioni di infrastrutturazione di Flash Fiber.

33. Per ciò che concerne il mercato dei servizi di telecomunicazioni al dettaglio su rete fissa a banda larga e ultra-larga, talune previsioni contrattuali potrebbero disincentivare la concorrenza per l’acquisizione di nuovi clienti, nonché una concorrenza dinamica basata sul miglioramento e l’innovazione dei servizi erogati.

²² Cfr. articolo 76 CECE.

²³ ²³ G.fast è uno standard DSL che permette velocità di trasmissione tra 200 Mbit/s e 500 Mbit/s. Si tratta di un potenziamento della tecnologia utilizzata nella VDSL2, ma, essendo ottimizzata per le brevi distanze, non è in grado di rimpiazzare la VDSL2 sulle lunghe distanze. Una applicazione del G.Fast potrebbe riguardare le reti in cui l’ultimo tratto della sede dell’utente (ad esempio il tratto verticale di edificio) siano ancora in rame.

La riduzione della contestabilità della domanda nel mercato all'ingrosso

34. Con riferimento alla riduzione della contendibilità della domanda, si rileva la presenza: (i) di minimi garantiti in favore di TIM-FiberCop estremamente elevati, che appaiono riguardare la gran parte, se non la totalità, delle linee richieste da Fastweb e Tiscali, nonché (ii) di clausole di preferenza del fornitore in favore di FiberCop. Tali clausole potrebbero ridurre la concorrenza nel mercato dei servizi di accesso all'ingrosso alla rete fissa a banda larga e ultra-larga, andando ad incidere negativamente sulla contestabilità dei clienti a discapito di concorrenti alternativi a TIM-FiberCop che stanno sviluppando (e hanno sviluppato) la propria rete di telecomunicazione.

35. Tali contratti hanno una durata estremamente ampia e, in quanto idonei a bloccare una parte rilevante della domanda dei servizi di accesso all'ingrosso, possono limitare lo sviluppo di una concorrenza basata sul merito, incidendo negativamente sull'offerta di servizi a condizioni tecnico-economiche migliori. Tali effetti negativi sulla concorrenza non appaiono essere controbilanciati da guadagni di efficienza, posto che la presenza di esclusive di fatto, in un contratto con corrispettivi variabili per linea, non appare generare lo sviluppo di una concorrenza di carattere strutturale, tipico obiettivo, questo, di uno schema di coinvestimento in reti di accesso di nuova generazione, in cui dovrebbe prevalere l'aspetto di controllo strutturale delle risorse di rete da parte dei coinvestitori²⁴. Alla luce di ciò, appare necessario verificare la necessità e la proporzionalità di tali clausole rispetto alla finalità di stimolare gli investimenti.

La riduzione degli incentivi ad investire in infrastrutture in fibra

36. Ulteriori rischi concorrenziali e, in particolare, di tipo dinamico, riguardano la riduzione degli incentivi ad investire in infrastrutture di tipo passivo, favorendo al contrario l'utilizzo di servizi attivi (VULA e Bitstream NGA) erogati da TIM. Ne è un esempio struttura tariffaria di tipo variabile (basata sulle linee utilizzate), che cresce al crescere delle quantità, e la

²⁴ Sul punto, si vedano le “Draft BEREC Guidelines to foster the consistent application of the criteria for assessing co-investments in new very high capacity network elements (Article 76 EECC)” approvate dal BEREC in data 4 settembre 2020 (Body of European Regulators for Electronic Communications, è un'agenzia dell'Unione europea che fornisce assistenza professionale e amministrativa all'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche).

circostanza che lo sconto riservato all'accesso alle linee di FiberCop viene riconosciuto anche [omissis].

37. Proprio sul punto, occorre osservare che lo stesso amministratore delegato di Tiscali ha dichiarato che l'accordo con TIM comporterà l'abbandono di un modello infrastrutturale, a favore di un modello industriale incentrato sull'acquisto di servizi attivi che non si concorre a produrre.

38. Tale disincentivo alla concorrenza nel mercato dei servizi di accesso all'ingrosso alla rete fissa a banda larga e ultra-larga deriva da una interazione tra le caratteristiche tecnologiche della rete (perimetro di FiberCop individuato nella rete secondaria) e dalle previsioni economico-contrattuali.

39. In particolare, la struttura variabile delle tariffe, di tipo crescente al crescere delle quantità acquistate, nonché il riconoscimento a Fastweb di prezzi agevolati da parte di FiberCop anche [omissis], potrebbe disincentivare Fastweb dall'investire sull'infrastrutturazione della rete primaria (ossia il rilegamento fino al *cabinet* stradale), portando l'operatore ad acquisire servizi attivi (VULA). Infatti, poiché i medesimi benefici in termini economici (sconto di FiberCop) saranno garantiti anche senza infrastrutturazione, e posto che il prezzo per l'accesso alle linee di FiberCop è puramente variabile, Fastweb potrebbe trovare più conveniente non costruire una propria rete primaria. Simili incentivi non sarebbero presenti, ad esempio, in caso di una differente struttura tariffaria (basata sulla cessione in IRU delle reti semi G-PON), che comporterebbe la necessità di investire in infrastrutture al fine di ottenere i benefici economici.

40. Oltre a ciò, tali previsioni scoraggiano gli investimenti in rete primaria da parte di operatori diversi da TIM, laddove lo stesso sconto non sarebbe garantito a Fastweb per linee FiberCop acquistate per il tramite di altri operatori, andando a ridurre gli incentivi ad una concorrenza infrastrutturale (per le porzioni di rete primaria).

41. Un'ulteriore conseguenza negativa consiste nell'utilizzo estensivo di servizi attivi (VULA e *Bitstream* NGA), rispetto all'accesso a porzioni di rete in fibra spenta, che ridurrebbe la capacità di differenziazione dei servizi dal punto di vista tecnologico e qualitativo (introduzione di servizi innovativi, utilizzo di apparati innovativi e di tecnologie differenti), frustrando lo sviluppo di una concorrenza basata sull'introduzione di nuove tecnologie, atteso che TIM potrà condizionare la tipologia di tecnologie da utilizzare.

42. L'intesa, centralizzando le scelte tecnologiche, potrebbe altresì portare all'adozione coordinata tra operatori di telecomunicazioni di talune soluzioni *sub-ottimali*, quali ad esempio le reti *semi-GPON* con un elevato fattore di

*splitting*²⁵ che condiziona le prestazioni in termini di velocità, i successivi *upgrade* delle reti ed il numero di operatori che possono accedere ai servizi all'ingrosso. Un alto fattore di diramazione, infatti, determinerebbe una sostanziale riduzione dei vantaggi derivanti dall'infrastrutturazione in fibra, in quanto si avrebbero limitati guadagni in termini di prestazioni rispetto alle soluzioni FTTC in fibra e rame. Un altro esempio di soluzioni *sub*-ottimali potrebbe riguardare le tecnologie G.Fast, che prevedono l'utilizzo del tratto in rame e non in fibra, nonché l'erogazione di servizi di manutenzione da parte di un solo soggetto, riducendo le capacità di differenziazione degli operatori in termini di qualità del servizio di assistenza.

43. Nondimeno, la decisione coordinata relativa alla vicinanza del punto di rilegamento della rete con quella di operatori alternativi è un elemento idoneo a condizionare la concorrenza nei mercati all'ingrosso, incidendo direttamente sui costi degli operatori di telecomunicazioni fisse. Tale circostanza va valutata anche in ragione del contesto competitivo attuale e della possibile estensione del progetto, come previsto da appositi *memorandum* d'intesa, anche ad altri operatori infrastrutturali che hanno, fino ad ora, esercitato una concorrenza nei confronti di TIM anche mediante l'utilizzo di modelli di rete differenti.

La riduzione degli incentivi a competere nel mercato dei servizi di accesso all'ingrosso alla rete fissa a banda larga e ultra-larga

44. Con particolare riferimento a Fastweb, che si è affermato negli anni come importante concorrente nell'offerta di servizi di accesso all'ingrosso alla rete fissa a banda larga e ultra-larga e, in particolare, quale fornitore di servizi VULA e *Bitstream* NGA ad altri operatori, si osserva che il complesso di accordi potrebbe disincentivare l'offerta di tali servizi, riducendo la concorrenza nel mercato all'ingrosso, sia con riferimento agli incentivi a competere che con riguardo ad effetti di coordinamento tra TIM e Fastweb.

45. Come indicato in precedenza, la struttura dei prezzi praticati da FiberCop comporta un disincentivo ad investire in rete primaria e, pertanto, ad aumentare il numero di linee su cui Fastweb può vendere servizi di accesso all'ingrosso.

46. Oltre a ciò, il corrispettivo variabile, rispetto a quello tipico di uno schema di coinvestimento (IRU) e, in particolare, un corrispettivo variabile

²⁵ Ciascun cavo in fibra ottica può essere suddiviso in uscita su un numero di utenze che può arrivare al massimo a 128. Tale valore di suddivisione determina il fattore di *splitting* (o fattore di diramazione), che indica il numero di utenze che dividono il segnale di un cavo di fibra.

all'aumentare delle quantità, limita direttamente l'erogazione dei servizi di accesso locale all'ingrosso ad operatori terzi, in quanto, oltre una certa soglia, sarà sempre meno conveniente per Fastweb acquistare gli *input* di rete necessari per l'erogazione di tali servizi.

47. Ulteriori effetti di riduzione della concorrenza all'ingrosso tra TIM e Fastweb derivano dalla circostanza che il controllo di Flash Fiber sarà trasferito a FiberCop. Con il conferimento della partecipazione in Flash Fiber, Fastweb appare rinunciare allo sviluppo di una propria rete indipendente all'ingrosso.

48. Inoltre, sarà mantenuto oltre il 2035, data in cui Flash Fiber sarebbe stata sciolta, un legame strutturale tra TIM e Fastweb che potrebbe generare uno scambio di informazioni ed un coordinamento tra le due società nei mercati al dettaglio e all'ingrosso. Sul punto, si osservi che TIM potrà svolgere *[omissis]*, potendo gestire parte rilevante delle attività commerciali della società comune FiberCop.

49. Infine, contrariamente a quanto sarebbe accaduto nel 2035 con lo scioglimento e la liquidazione della società (con eventuale suddivisione dei cespiti aziendali tra Fastweb e TIM), i cespiti aziendali di Flash Fiber (in particolare le linee in fibra) confluiranno permanentemente in FiberCop e saranno sottratti, in quota parte, a Fastweb, riducendo ulteriormente la propria autonomia e, dunque, il grado di concorrenza che quest'ultima può esercitare nei mercati all'ingrosso e al dettaglio nel lungo periodo.

50. Nel complesso, quindi, Fastweb non solo non manterrà alcun controllo sulle scelte di FiberCop, ma passerà da un modello di operatore indipendente infrastrutturato a un modello di mero acquirente di fibra ottica passiva e attiva da FiberCop e TIM *wholesale*.

La riduzione della concorrenza nel mercato dei servizi di telecomunicazioni al dettaglio su rete fissa a banda larga e ultra-larga

51. Nel mercato dei servizi di telecomunicazioni al dettaglio su rete fissa a banda larga e ultra-larga, il contratto tra TIM-FiberCop e Fastweb potrebbe ridurre gli incentivi di quest'ultima ad acquisire nuovi clienti, in virtù della medesima struttura dei prezzi di accesso a FiberCop che risulta essere variabile e che comporta un peggioramento oltre una certa soglia di linee attive. Tale clausola, che diverge da quanto solitamente riscontrabile nei contratti all'ingrosso – in cui sono presenti sconti quantità –, appare idonea a

scoraggiare la concorrenza per l'acquisizione di clienti, posto che ne disincentiva l'acquisizione oltre un certo numero di linee attivate.

52. Inoltre, gli effetti di incentivazione all'utilizzo di linee attive potrebbe determinare criticità concorrenziali in termini di differenziazione della qualità dei servizi e di erogazione di servizi innovativi.

Conclusioni

53. In conclusione, si rileva che talune clausole dei contratti in esame appaiono, contrariamente agli obiettivi dichiarati del progetto FiberCop, ridurre la concorrenza nei mercati dei servizi all'ingrosso e al dettaglio di telecomunicazione a banda larga ed ultra-larga, generando altresì un effetto distorsivo sugli investimenti, risultando nei fatti discriminatorio – favorendo l'erogazione di taluni servizi attivi rispetto a servizi di accesso passivo, o talune soluzioni tecnologiche rispetto che altre – e disincentivando una concorrenza basata sugli investimenti, nonché aumentando le barriere all'ingresso per alcune tipologie di operatori, quali gli operatori che presentando offerte commerciali convergenti tra servizi a banda larga e ultralarga e servizi media audiovisivi.

III.4 Le interazioni con gli impegni assunti da TIM e Fastweb nel procedimento I799

54. Con provvedimento n. 27102 del 28 marzo 2018²⁶, l'Autorità ha concluso il procedimento n. I799, relativo alla creazione della società comune Flash Fiber, avviato ai sensi dell'articolo 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, rendendo vincolanti gli impegni presentati da TIM e Fastweb ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90.

55. Secondo l'impegno n. 4, la società Flash Fiber deve essere sciolta nel 2035 (o in una data diversa in cui si verifica il recupero degli investimenti), con la conseguente liquidazione della società. Tale impegno sembra poter essere violato in considerazione del conferimento di Flash Fiber in FiberCop e dalla conseguente assenza della sua liquidazione.

56. L'impegno n. 5 prevede una limitazione quantitativa dell'obbligo delle parti di attivare linee Flash Fiber. Tuttavia, in virtù dei minimi garantiti

²⁶ Cfr. Provvedimento AGCM n. 27102 del 28 marzo 2018, caso I799 – *Tim-Fastweb-Realizzazione rete in fibra*.

presenti nel contratto tra Fastweb e TIM-FiberCop, nonché della circostanza che, almeno nel periodo iniziale in cui ampia parte delle linee in fibra di FiberCop saranno costituite dalle linee Flash Fiber, tale previsione potrebbe comportare l'obbligo di acquisto di un numero di linee di Flash Fiber superiore a quello previsto nel *business plan* della stessa, in contrasto con l'impegno n. 5.

III.5 Il pregiudizio al commercio tra stati dell'Unione

57. Secondo la Comunicazione della Commissione 2004/C 101/07 – Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, su GUCE C 101/81 del 27 aprile 2004 [ora artt. 101 e 102 del TFUE], il concetto di pregiudizio al commercio all'interno dell'Unione europea deve essere interpretato tenendo conto dell'influenza diretta o indiretta, reale o potenziale, sui flussi commerciali tra gli Stati membri.

58. L'intesa in questione riguarda l'intero territorio nazionale e coinvolge degli operatori di dimensione sovranazionale, anche stabiliti in altri Paesi all'interno dell'Area Economica Europea. Pertanto, i comportamenti sopra descritti sono potenzialmente idonei a pregiudicare il commercio tra Stati membri dell'Unione e potrebbero configurare una violazione dell'articolo 101 del TFUE.

RITENUTO, pertanto, che i descritti accordi attraverso i quali si è proceduto alla costituzione dell'impresa comune FiberCop S.p.A., nonché ai contratti parallelamente sottoscritti tra le parti siano suscettibili di realizzare un'intesa restrittiva della concorrenza, avente ad oggetto e/o per effetto il coordinamento delle attività commerciali ed una riduzione degli investimenti da parte di Telecom Italia S.p.A., Fastweb S.p.A., FiberCop S.p.A., Tiscali Italia S.p.A., Teemo Bidco S.à r.l. e KKR & Co. Inc. in violazione dell'articolo 101 del TFUE;

RITENUTO, inoltre, necessario valutare la compatibilità dei contratti in esame con la delibera del 28 marzo 2018, n. 27102, con la quale sono stati resi obbligatori gli impegni proposti da Telecom Italia S.p.A. e Fastweb S.p.A. ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287/90.

DELIBERA

- a) l'avvio dell'istruttoria, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, nei confronti di Telecom Italia S.p.A., Fastweb S.p.A., Teemo Bidco S.à. r.l., FiberCop S.p.A., Tiscali Italia S.p.A. e KKR & Co. Inc. per accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 101 del TFUE;
- b) la fissazione del termine di giorni sessanta, decorrente dalla notificazione del presente provvedimento, per l'esercizio da parte dei legali rappresentanti delle parti, o di persone da essi delegate, del diritto di essere sentiti, precisando che la richiesta di audizione dovrà pervenire alla Direzione Comunicazioni di questa Autorità almeno quindici giorni prima della scadenza del termine sopra indicato;
- c) che il responsabile del procedimento è il Dott. Luigi Di Gaetano;
- d) che gli atti del procedimento possono essere presi in visione presso la Direzione Comunicazioni di questa Autorità dai rappresentanti legali delle parti, nonché da persone da essi delegate;
- e) che il procedimento deve concludersi entro il 31 dicembre 2021.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE
Filippo Arena

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli