

I850 - ACCORDI FIBERCOP

Allegato 5 al provvedimento n. 29807

Allegato 2**FORMULARIO PER LA PRESENTAZIONE DEGLI IMPEGNI AI SENSI
DELL'ART. 14-TER DELLA LEGGE N. 287/90****Versione non confidenziale****1. Numero del Procedimento**

I850 – *Accordi Fibercop*

2. Parte del Procedimento

Tiscali Italia S.p.A. (di seguito, anche “Tiscali” o la “Società”)

3. Fattispecie contestate

Con provvedimento n. 28488 del 15 dicembre 2020 (nel prosieguo, il “Provvedimento di avvio”) codesta Autorità ha avviato nei confronti di Telecom Italia S.p.A., Fastweb S.p.A., Teemo Bidco S.à.r.l., FiberCop S.p.A., KKR & Co Inc. e Tiscali Italia S.p.A. un’istruttoria ai sensi dell’art. 14 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, per accertare l’asserita violazione dell’art. 101 TFUE da parte delle predette società.

Secondo quanto prospettato nel Provvedimento di avvio, gli accordi attraverso i quali si è proceduto alla costituzione dell’impresa comune FiberCop S.p.A., nonché i contratti parallelamente sottoscritti tra le parti sarebbero “*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.*”, con ciò integrando una possibile violazione dell’art. 101 TFUE.

In particolare, per quanto strettamente attiene alla scrivente Società, la cui posizione – è bene ribadirlo – risulta nettamente distinta rispetto a quella delle altre menzionate società, direttamente coinvolte – a differenza di Tiscali – nel progetto FiberCop, codesta Autorità ha ipotizzato con particolare riferimento “*al contratto stipulato tra TIM e Tiscali*” 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*” (§ 27).

Dal che l’Autorità ha espresso preoccupazioni con riferimento alla presunta riduzione della contendibilità della domanda nel mercato dei servizi di accesso all’ingrosso alla rete fissa a banda larga e ultra-larga, per la presenza “*di minimi garantiti in favore di TIM-FiberCop estremamente elevati, che appaiono riguardare la gran parte, se non la totalità delle linee richieste*” da Tiscali (§ 34): più nello specifico, a parere di codesta Autorità le predette preoccupazioni sarebbero ravvisabili nell’incidenza negativa “*sulla*

contestabilità dei clienti a discapito di concorrenti alternativi a TIM-FiberCop che stanno sviluppando (e hanno sviluppato) la propria rete di telecomunicazione” (ibidem), non essendo – sempre secondo l’ipotesi accusatoria – gli effetti negativi adeguatamente “controbilanciati da guadagni di efficienza” (§ 35).

4. Mercati interessati

Nel Provvedimento di avvio (§§ 14-19), codesta Autorità ha individuato quali mercati rilevanti ai fini del presente procedimento: (i) il mercato dei servizi di accesso all’ingrosso alla rete fissa a banda larga e ultra-larga; e (ii) il mercato dei servizi di telecomunicazioni al dettaglio su rete fissa a banda larga e ultra-larga.

Ad ogni modo, dal tenore letterale di tale provvedimento le contestazioni mosse a carico di Tiscali parrebbero interessare il solo mercato all’ingrosso di cui al precedente punto (i).

5. Descrizione degli impegni proposti

A fronte degli addebiti formulati da codesta Autorità, Tiscali intende preliminarmente contestare le premesse, in fatto e in diritto, poste alla base del procedimento per i profili che riguardano la Società, ribadendo la ferma convinzione che le proprie condotte siano ben lungi dall’essere caratterizzate da qualsivoglia oggetto o effetto restrittivo.

Ciò nondimeno, senza che questo possa in alcun modo essere interpretato come prestazione di acquiescenza rispetto alle ipotesi di violazione formulate da codesta Autorità, né ammissione di responsabilità o riconoscimento, neppure tacito, di inosservanza della normativa *antitrust*, circostanza ancora una volta recisamente negata, Tiscali intende eliminare comunque ogni supposta criticità alla base del presente procedimento, proponendo – ai sensi e per gli effetti dell’art. 14-ter della legge n. 287/90 e nei termini ed alle condizioni di seguito indicati – le misure rimediali meglio precisate nel prosieguo.

La presente proposta scaturisce, pertanto, dallo spirito di fattiva collaborazione che la scrivente Società intende assicurare a codesta Autorità, al fine di favorire le esigenze di speditezza ed economia procedimentale e, dunque, di consentire una rapida conclusione dell’istruttoria in corso, con conseguente risparmio di risorse pubbliche e private.

Impegno n. 1: formale risoluzione del contratto di co-investimento e impegno a non eccedere determinate soglie di minimi garantiti, in caso di futura adesione alla nuova offerta di co-investimento di TIM

Al fine di elidere in radice gli asseriti rischi competitivi e chiudere il presente procedimento senza l’accertamento di alcuna infrazione nei propri confronti, Tiscali si

impegna in primo luogo a risolvere formalmente – a partire dalla data di eventuale accettazione degli impegni e concordemente con TIM – il contratto di co-investimento sottoscritto da TIM e Tiscali nel quale sono contenuti i minimi garantiti oggetto di doglianza da parte di codesta Autorità.

Tale impegno alla risoluzione rappresenta un'ulteriore, decisiva ed inequivocabile conferma dell'inefficacia del contratto di co-investimento, la quale a ben vedere trova già fondamento nel mancato avveramento della condizione sospensiva allo stesso apposta, in base alla quale *“l'efficacia del presente Accordo sarà condizionata sospensivamente (...) all'esito positivo del procedimento dinanzi all'AGCom in merito al presente coinvestimento, ai sensi dell'art. 76 del nuovo CCEE, senza modifiche, impegni o vincoli per TIM rispetto al progetto di coinvestimento presentato, entro il 31.12.2021”* (enfasi aggiunta).

Orbene, il mancato avveramento della predetta condizione sospensiva è già nei fatti, posto che il coinvestimento alla base del contratto in discorso è stato (già definitivamente) superato dalla pubblicazione da parte di TIM dell'offerta di co-investimento del 29 gennaio 2021, sulla quale (e solo sulla quale) è stato disposto – come noto – l'avvio del procedimento istruttorio da parte dell'AGCOM, con delibera n. 110/21/CONS, volto a verificare la conformità della nuova offerta di coinvestimento oggetto della proposta di impegni da parte di TIM ai criteri di cui all'articolo 76, comma 1, lett. a) - e), del Codice europeo delle comunicazioni elettroniche. In altre parole, l'Autorità di regolazione non esprimerà il proprio giudizio sul co-investimento che ha dato origine al contratto oggetto di indagine da parte di codesta Autorità, con l'effetto che la su indicata condizione sospensiva non avrà con certezza modo di avverarsi.

Ad ogni buon conto, al riparo da qualsivoglia considerazione di carattere interpretativo circa la portata della disposizione in discorso e dunque dell'intero impianto contrattuale, l'impegno alla formale risoluzione del contratto di co-investimento elimina in maniera netta ed incontrovertibile ogni possibilità che quanto ivi disposto possa avere in alcun modo efficacia.

Si tratta, a ben vedere, della misura più efficace possibile per paralizzare gli effetti del contratto di co-investimento *de quo* ed escluderne così ogni asserita implicazione anticoncorrenziale.

Non solo. L'impegno alla formale risoluzione del contratto di co-investimento viene altresì completato da un'ulteriore misura in ottica prospettica che Tiscali del pari si impegna a porre in essere con l'auspicato accoglimento del complessivo *set* offerto con il presente formulario: entrando nel dettaglio, la scrivente Società si impegna a non vincolarsi *pro futuro*, attraverso forme o modalità diverse dal contratto di co-investimento alla base dell'indagine istruttoria di codesta Autorità, all'osservanza di obiettivi in termini di numero minimo garantito di attivazioni in modalità *ultrabroadband* della stessa portata – in termini di consistenza – di quelli indicati nel predetto contratto.

A tal fine Tiscali, ove dovesse ritenere in futuro di aderire alla nuova offerta di co-investimento di TIM, si impegna a non sottoscrivere minimi garantiti superiori ad un quantitativo di [200.000-400.000] linee *ultrabroadband* in consistenza al momento della scadenza del termine decennale di durata del contratto di co-investimento

eventualmente sottoscritto da Tiscali (salve le considerazioni sulla durata di cui si dirà *infra*, alla voce “Periodo di validità”).

Valga qui osservare come, in termini quantitativi, tali minimi garantiti risulterebbero significativamente inferiori rispetto a quelli contenuti nel contratto di co-investimento oggetto di indagine da parte di codesta Autorità: in quest’ultimo, infatti, era previsto un valore di consistenze minime al decimo anno di operatività pari a [300.000-500.000] linee, il quale – come detto – con l’implementazione della misura in discorso verrebbe ridotto a [200.000-400.000] linee, comportando una riduzione percentuale del [15-20] %.

Non v’è dubbio, dunque, che il presente impegno avrebbe l’effetto di ampliare ulteriormente (e in maniera consistente) la base clienti della Società contendibile dagli operatori attivi nel mercato *wholesale*.

A questo fine si consideri anche che, mentre il contratto di co-investimento sottoscritto da Tiscali nel novembre 2020 aveva ad oggetto servizi di accesso in fibra attivi, la più recente proposta di co-investimento di TIM, attualmente al vaglio di AGCOM, prevede solo la fornitura di servizi in fibra passivi. Pertanto, l’eventuale futura adesione di Tiscali a tale offerta lascerebbe assolutamente contendibile tutta la domanda di Tiscali di servizi attivi nel mercato *wholesale*, che la scrivente Società potrà decidere in futuro di acquistare liberamente da TIM così come da altri operatori presenti nel mercato *wholesale*, (ed in particolare gli operatori presenti nei CRO ² delle aree selezionate) senza vincoli di alcun tipo. L’effetto di tale impegno sarebbe dunque una sicura maggiore contendibilità e concorrenza a livello *wholesale*.

Inoltre, si consideri altresì come, a differenza del contratto di co-investimento sottoscritto da Tiscali nel novembre 2020, la recente offerta di co-investimento di TIM non solo è soggetta al controllo regolamentare di AGCOM ma indirettamente anche al vaglio di codesta Autorità, la quale sarà certamente interlocutore privilegiato nell’ambito del relativo procedimento di valutazione, fornendo le più opportune osservazioni in ottica pro-concorrenziale che potranno poi essere recepite nella versione conclusiva del testo dell’offerta come approvato da AGCOM.

Naturalmente il predetto impegno non implica la creazione di alcun obbligo in capo a Tiscali ad aderire a qualsivoglia offerta di co-investimento, essendo la misura proposta incentrata esclusivamente sul fatto che – qualora la Società dovesse ritenere di aderire all’offerta di volta in volta proposta, sulla base della propria libera scelta imprenditoriale – il relativo vincolo non ecceda gli obiettivi quantitativi in termini di consistenze minime garantite, come sopra indicati.

Impegno n. 2: sottoscrizione di una nuova versione del contratto di razionalizzazione che elimini ogni connessione con il contratto di co-investimento

² Cro - Cabinet Ripartilinea Ottico.

Al fine di fugare ogni dubbio in merito all'asserita sussistenza di un nesso sinallagmatico (si veda il Provvedimento di avvio, § 27) tra le condizioni praticate nel contratto di co-investimento (già da intendersi di per sé inefficace e comunque risolto sulla base dell'accoglimento dell'Impegno n. 1 precedente) e le attività di trasformazione della rete di Tiscali oggetto del contratto di razionalizzazione, la scrivente Società si impegna – concordemente con TIM, in qualità di controparte contrattuale – a sottoscrivere una nuova versione del medesimo, nella quale sia chiaramente espunto dalle disposizioni che lo comporranno ogni possibile richiamo o riferimento al contratto di co-investimento, già inefficace per le ragioni anzidette e comunque da risolversi a seguito dell'adempimento dell'Impegno n. 1.

In questo modo, la nuova versione del contratto di razionalizzazione, contenente le anzidette modifiche contrattuali, vale ad accertare in maniera definitiva e incontrovertibile l'insussistenza di ogni presunta connessione e/o legame tra l'esigenza di riorganizzazione della rete di Tiscali, che la scrivente Società intende intraprendere, e l'iniziativa del co-investimento alla base del progetto FiberCop: ciò affinché possa essere ulteriormente chiarito che gli obiettivi di razionalizzazione della propria rete sono perseguiti da Tiscali nell'ambito della propria strategia commerciale, in maniera assolutamente indipendente da ogni eventuale impegno di co-investimento passato o futuro.

Infatti, il nuovo contratto di razionalizzazione continuerà a rimanere svincolato anche in futuro dall'eventuale nuovo contratto di co-investimento che Tiscali decidesse di sottoscrivere e non potrà dunque in alcun modo essere ad esso accomunato, con ciò dimostrando – anche *pro futuro* – l'insussistenza di qualsivoglia intento complessivo unitario.

In aggiunta a ciò, Tiscali si impegna altresì – di concerto con TIM – a ridurre i quantitativi minimi presenti nel contratto di razionalizzazione, prevedendo nella nuova versione del contratto di razionalizzazione un decremento degli obiettivi in termini di linee *ultrabroadband* in consistenza alla data di scadenza del detto accordo nel 2023 dall'attuale valore di [omissis] a un valore di [omissis]: il che si traduce in una consistente riduzione del dato quantitativo in discorso, in misura pari al [20-30]%, ancora una volta a tutto beneficio di una maggiore contendibilità a livello *wholesale*.

Periodo di validità

Con riferimento all'Impegno n. 1 Tiscali si impegna a non superare il valore delle consistenze minime garantite al momento della scadenza del termine decennale di durata del contratto di co-investimento eventualmente sottoscritto.

L'ampia durata del vincolo assunto con il presente Formulario valga ad ulteriore dimostrazione dell'effettiva serietà con la quale la scrivente Società intende affrontare le preoccupazioni concorrenziali espresse – anche in ottica prospettica – da codesta Autorità.

Resta inteso che, qualora Tiscali dovesse assistere – nel corso dell'ampio periodo temporale così individuato – ad un mutamento delle condizioni di mercato che renda

eccessivamente onerosa o comunque limitante l'osservanza delle misure in discorso, sarà cura della Società darne rappresentazione a codesta Autorità ai fini di un'eventuale revisione delle misure che dovessero essere rese vincolanti.

Quanto all'Impegno n. 2, relativo al contratto di razionalizzazione, esso avrà una durata equivalente alla durata del contratto stesso, che prevede il completamento delle operazioni di razionalizzazione della rete (e, dunque, la sua conclusione) ad aprile 2023.

6. Considerazioni circa l'idoneità degli impegni a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria

La scrivente Società ritiene che la proposta di impegni contenuta nel presente Formulario sia idonea ad eliminare efficacemente tutte le preoccupazioni – qui comunque denegate – ravvisate da codesta Autorità nel corso del presente procedimento.

Inoltre, le misure rimediali proposte appaiono suscettibili di attuazione piena e tempestiva da parte di Tiscali ed anche la loro successiva implementazione potrà essere agevolmente verificata da codesta Autorità, coerentemente con quanto richiesto dalla *Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'articolo 14-ter della Legge 10 ottobre 1990, n. 287*.

Si osservi come gli impegni proposti si rivelino altresì pertinenti rispetto all'oggetto del procedimento (e, quindi, funzionali alla piena soluzione dei problemi concorrenziali evidenziati), nonché proporzionati rispetto alle violazioni contestate, atteso che non è richiesto alcun *quid pluris* rispetto a quanto strettamente necessario per rimuovere le restrizioni prospettate e che, tra le varie possibili alternative di soluzione, è d'uopo valutare in primo luogo l'applicabilità della misura meno restrittiva ed invasiva. Anche sotto tale profilo, pertanto, il controllo di pertinenza e proporzionalità potrà essere agevolmente compiuto da parte di codesta Autorità.

Nello specifico, mediante il complessivo *set* di impegni composto dalla formale risoluzione del contratto di co-investimento con il contestuale *commitment* a non eccedere in futuro i vincoli in termini di minimi garantiti come sopra specificato, nonché dagli emendamenti che si propone di apportare al contratto di razionalizzazione in modo da rendere inequivocabile l'assenza di qualsivoglia connessione con l'iniziativa del co-investimento, la scrivente Società ritiene di aver elaborato le misure più efficaci al fine di poter confermare il ruolo assunto da Tiscali di stimolo e promozione della concorrenza, posto che a seguito dell'auspicata implementazione degli impegni le proprie controparti commerciali attive nel mercato all'ingrosso avranno certamente modo di confrontarsi con maggiore vigore con riferimento ad un'ancor più ampliata *customer base* contendibile, soprattutto migliorando l'attrattività delle rispettive offerte, con le conseguenti ricadute positive che da ciò potranno derivare anche nel connesso mercato al dettaglio dei servizi di rete fissa a banda larga e ultra-larga.

* * *

Alla luce di tutte le considerazioni sopra esposte, la scrivente Società confida che gli impegni proposti con il presente Formulario possano essere ritenuti idonei a rimuovere nel complesso le preoccupazioni concorrenziali espresse da codesta Autorità, in relazione all'asserito impedimento, ostacolo o anche solo disincentivo che le condotte di Tiscali oggetto di contestazione avrebbero rappresentato per il mantenimento di una contendibilità ed una concorrenza effettiva nel mercato dei servizi di accesso all'ingrosso alla rete fissa a banda larga e ultra-larga.

Vi è di più: essi appaiono altresì in grado di determinare significativi effetti di stimolo concorrenziale che, per ampiezza ed intensità, risulterebbero difficilmente conseguibili per altra via.

Tiscali, pertanto, auspica che gli impegni sopra illustrati siano resi vincolanti ai sensi dell'art. 14-*ter* della legge n. 287/90 e che, per l'effetto, codesta Autorità dichiari conclusa l'istruttoria in discorso senza ricorrere all'accertamento di alcuna infrazione a suo carico.