

Allegato B alla delibera n. 352/24/CONS

SCHEMA DI PROVVEDIMENTO

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 ____ 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*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 434/22/CONS;

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’art. 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’art. 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;

RITENUTO opportuno consentire, per il tramite di una consultazione pubblica nazionale, a tutte le parti interessate di presentare le proprie osservazioni e commenti sullo schema di provvedimento temporaneo cautelare;

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

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.

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 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'art. 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

³ Decisione disponibile al seguente link: "[M.11386 - KKR / NETCO \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/11386/oj)".

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.

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 NetCo (FiberCop). Spetta infatti all'Autorità valutare nell'ambito della nuova analisi di mercato – anche mediante un'attenta analisi dell'analisi dell'MSA siglato da NetCo e TIM – la sussistenza delle caratteristiche che qualificerebbero NetCo 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'art. 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'art. 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.

VISTI gli atti del procedimento;

UDITA la relazione del Commissario _____, relatore ai sensi dell'art. 31 del Regolamento concernente l'organizzazione ed il funzionamento dell'Autorità;

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.