

I799 - TIM-FASTWEB-REALIZZAZIONE RETE IN FIBRA*Provvedimento n. 27102*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 28 marzo 2018;

SENTITO il Relatore Professor Michele Ainis;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287, e, in particolare, l'articolo 14-ter introdotto dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, che ha convertito con modifiche il decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223;

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

VISTO il Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato CE (oggi articoli 101 e 102 del TFUE);

VISTA la propria delibera n. 26399 del 1° febbraio 2017 con la quale è stata avviata un'istruttoria, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, nei confronti di Telecom Italia S.p.A. e di Fastweb S.p.A. per accertare l'esistenza di eventuali violazioni dell'articolo 101 del TFUE nei mercati dei servizi di telecomunicazioni di rete fissa;

VISTE le istanze di partecipazione al procedimento presentate da OpEn Fiber S.p.A., Vodafone Italia S.p.A., AIIP – Associazione Italiana Internet Provider, Wind Tre S.p.A., Enel S.p.A., MC-link S.p.A., Clouditalia Telecomunicazioni S.p.A., KPNQwest Italia S.p.A., Welcome Italia S.p.A., Iliad Italia S.p.A., Sky Italia S.r.l. e Flash Fiber S.r.l., accolte con comunicazioni del 23 febbraio, 16 marzo e 21 marzo 2017;

VISTA la propria delibera n. 26520 del 30 marzo 2017, con la quale è stata riassegnata la responsabilità del procedimento;

VISTA la propria delibera n. 23863 del 6 settembre 2012 con la quale è stata adottata la "*Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'articolo 14-ter della legge 10 ottobre 1990, n. 287*";

VISTE le comunicazioni dell'8 e del 9 giugno 2017, con le quali rispettivamente Fastweb S.p.A. e Telecom Italia S.p.A. hanno presentato una proposta di impegni ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287/90;

VISTE le proprie delibere n. 26654 e 26655 del 28 giugno 2017, con le quali è stata disposta la pubblicazione, a far data dal 4 luglio 2017, degli impegni proposti rispettivamente da Fastweb S.p.A. e da Telecom Italia S.p.A. sul sito web dell'Autorità, al fine di consentire ai terzi interessati di esprimere le loro osservazioni;

VISTE le osservazioni di Enel S.p.A., Tiscali Italia S.p.A., Wind Tre S.p.A., Vodafone Italia S.p.A., OpEn Fiber S.p.A., Sky Italia S.r.l., Iliad Italia S.p.A., AIIP – Associazione Italiana Internet Provider e KPNQwest Italia S.p.A. pervenute nell'ambito del *market test* svolto in ordine agli impegni proposti da Fastweb S.p.A. e da Telecom Italia S.p.A.;

VISTA la propria delibera n. 26732 del 9 agosto 2017, con la quale è stato disposto il differimento del termine per la chiusura del procedimento di valutazione degli impegni al 31 ottobre 2017;

VISTE le repliche alle osservazioni sugli impegni e le modifiche accessorie alla proposta di impegni sottoposta a *market test* formulate da Fastweb S.p.A. e da Telecom Italia S.p.A.;

VISTE le memorie inviate da OpEn Fiber S.p.A. in data 20 ottobre 2017 e 23 ottobre 2017, contenenti controdeduzioni in ordine alle repliche alle osservazioni sulla proposta di impegni presentata da Fastweb S.p.A. e da Telecom Italia S.p.A.;

VISTE le memorie depositate da Telecom Italia S.p.A. e Fastweb S.p.A. in data 30 ottobre 2017 con le quali le società hanno replicato alle osservazioni di OpEn Fiber S.p.A.;

VISTE le memorie depositate da Wind Tre S.p.A. e, congiuntamente, da Associazione Italiana Internet Provider, KPNQwest Italia S.p.A. e MC-link S.p.A., rispettivamente in data 27 ottobre 2017 e 30 ottobre 2017, contenenti ulteriori osservazioni in merito alla proposta di impegni formulata dalle Parti;

VISTE le ulteriori osservazioni inviate da Wind Tre S.p.A., OpEn Fiber S.p.A., Enel S.p.A., pervenute in data 16 novembre 2017, e da Iliad Italia S.p.A., Sky Italia S.r.l., Vodafone Italia S.p.A. e, congiuntamente da Associazione Italiana Internet Provider e KPNQwest Italia S.p.A., pervenute in data 17 novembre 2017, in ordine alle modifiche accessorie apportate alla proposta di impegni e le conseguenti repliche finali di Telecom Italia S.p.A. e di Fastweb S.p.A., pervenute rispettivamente in data 27 e 28 novembre 2017;

VISTA la propria delibera n. 26911 del 20 dicembre 2017, con la quale è stato disposto il differimento del termine per la chiusura del procedimento di valutazione degli impegni al 28 febbraio 2018 e il termine per la chiusura del procedimento al 31 luglio 2018;

VISTO il parere espresso dall’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni in data 22 marzo 2018;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

Le Parti

1. Telecom Italia S.p.A. (di seguito, anche “Telecom Italia”, “TIM” o “TI”) è una società attiva nella costruzione e nella fornitura di infrastrutture di telecomunicazioni, nonché nell’offerta dei relativi servizi, controllata da Vivendi SA¹. In particolare, TI è titolare della rete telefonica sulla quale fornisce servizi di accesso all’ingrosso ad altri operatori che non possiedono una rete di accesso e servizi di telecomunicazioni al dettaglio ai consumatori finali. TI 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 audiovisivi. Nel 2016, il fatturato complessivo realizzato a livello mondiale dal Gruppo Telecom è stato di circa 19 miliardi di euro, di cui circa 15 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 ultralarga, rivolgendo la propria offerta sia alla clientela residenziale sia alla clientela affari. È una società attiva anche nel mercato dei servizi di telecomunicazione mobile, in qualità di operatore virtuale. 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

¹ Cfr. Decisione della Commissione Europea del 30 maggio 2017, caso M.8465, Vivendi / Telecom Italia.

telecomunicazione per clienti residenziali e affari e rappresenta l'operatore *incumbent* del mercato elvetico. Nel 2016 FW ha generato ricavi per 1,795 miliardi di euro.

I terzi intervenuti

3. OpEn Fiber S.p.A. (di seguito, anche "OpEn Fiber" o "OF") è una società costituita dal Gruppo Enel per l'ingresso nel mercato delle comunicazioni elettroniche che, dal 21 dicembre 2015, è attiva nell'installazione, fornitura ed esercizio di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità in fibra ottica e a banda ultralarga. Originariamente costituita come Enel Open Fiber S.p.A., a seguito di un'operazione di concentrazione con la società Metroweb S.p.A., autorizzata dalla Commissione Europea², la società ha assunto l'attuale denominazione ed è passata sotto il controllo congiunto, con quote del 50% del capitale, di Cassa Depositi e Prestiti Equity S.p.A. e di Enel S.p.A.. Al 31 dicembre 2016, OF ha conseguito ricavi per 15 milioni di euro.

4. Vodafone Italia S.p.A. (di seguito, "Vodafone" o "VD") è una società di telecomunicazioni del gruppo Vodafone Group Plc ed è attiva nell'offerta di servizi di telecomunicazione, voce e dati su linea fissa, sia nel segmento residenziale sia in quello non residenziale. Inoltre, VD è proprietaria di una rete di telecomunicazioni mobili in grado di offrire servizi in tecnologia 3G e 4G. VD è interamente controllata da Vodafone Europe BV, una società di diritto olandese, a sua volta controllata da Vodafone Group PLC, un gruppo britannico operante su scala mondiale nei mercati delle comunicazioni elettroniche. Al 31 marzo 2017, Vodafone Group PLC ha fatturato, su base annuale, 47,6 miliardi di euro, mentre in pari data VD ha fatturato in Italia, su base annuale, circa 5,2 miliardi di euro, di cui 882 milioni di euro attribuibili a servizi venduti sulla rete fissa.

5. L'Associazione Italiana Internet Provider (di seguito, "AIIP"), costituitasi nel giugno 1995, è un'associazione di operatori di telecomunicazioni che aderisce a Confindustria digitale. L'associazione ha, come obiettivi principali, la promozione e la diffusione in Italia dell'accesso al mercato delle reti e/o dei servizi di comunicazioni elettronica, ivi compreso l'accesso a Internet, secondo criteri di obiettività, trasparenza, non discriminazione, proporzionalità e non distorsione della concorrenza nonché lo sviluppo in regime di concorrenza di reti e/o servizi di comunicazione elettronica.

6. Wind Tre S.p.A. (di seguito, "Wind Tre" o "WT") è una società di telecomunicazioni controllata dal gruppo internazionale VIP-CKH Luxembourg SARL attraverso la società Wind Tre Italia S.p.A.. VIP-CKH Luxembourg SARL è una *joint venture* il cui capitale sociale è detenuto paritariamente al 50% da CK Hutchison Holdings Limited e VimpelCom Ltd, le quali possiedono e gestiscono congiuntamente le loro rispettive attività di telecomunicazioni in Italia a esito dell'operazione di concentrazione tra le società Hutchison Europe Telecommunication SARL e VimpelCom Luxembourg Holding SARL, realizzata nel 2016 e autorizzata con impegni dalla Commissione³. WT è attiva nella fornitura di servizi di telecomunicazioni su rete fissa e possiede una rete di telecomunicazioni mobili in grado di offrire servizi in tecnologia 3G e 4G. Nel 2016, CK Hutchison Holdings Limited ha realizzato circa 42 miliardi di euro di fatturato; nel 2015, VimpelCom Ltd ha realizzato 8,5 miliardi di euro di fatturato. Nel 2016, WT ha realizzato in Italia circa 6,5 miliardi di euro di fatturato, di cui poco più di un miliardo attribuibile a vendite di servizi di rete fissa.

7. Enel S.p.A. (di seguito, anche "Enel") è la società *holding* a capo del gruppo Enel, attivo a livello mondiale nei settori dell'energia elettrica e del gas naturale. Enel possiede il 50% del

² Decisione della Commissione Europea del 15 dicembre 2016, caso M.8234. Enel/CDP Equity/Cassa Depositi e Prestiti/Enel OpEn Fiber/Metroweb Italia.

³ Decisione della Commissione Europea del 1° settembre 2016, caso M.7758, Hutchison 3G Italy/Wind/JV.

capitale di OpEn Fiber S.p.A., attraverso cui opera anche nei mercati delle comunicazioni elettroniche quale fornitore di servizi di accesso alla rete all'ingrosso. Il fatturato consolidato di Enel S.p.A. per l'anno 2016 è stato pari a 70,5 miliardi di euro, di cui quasi 37 miliardi realizzati in Italia.

8. MC-link S.p.A. è una società quotata sul mercato AIM gestito da Borsa Italiana, attiva nel settore delle telecomunicazioni elettroniche e digitali che fornisce servizi dati, accessi a Internet a banda larga e ultralarga. Il fatturato realizzato nel 2016 sul territorio italiano è stato pari a 43 milioni di euro.

9. Clouditalia Telecomunicazioni S.p.A. è una società costituita in data 1° giugno 2012 quale cessionaria del ramo di azienda relativo al settore delle telecomunicazioni della cedente Eutelia S.p.A. Fornisce servizi di telecomunicazioni fisse, acquistando servizi di accesso all'ingrosso anche da Telecom Italia. Nell'esercizio chiuso il 31 dicembre 2015, ha realizzato un fatturato pari a circa 119,1 milioni di euro.

10. KPNQwest Italia S.p.A. (di seguito, KPNQwest Italia) è una società attiva in Italia sia nel settore delle telecomunicazioni elettroniche e digitali, dove fornisce servizi dati, accessi a Internet a banda larga e ultralarga, sia nel settore delle tecnologie per l'informazione e le comunicazioni. Nel 2016, ha realizzato circa 16 milioni di euro di fatturato.

11. Welcome Italia S.p.A. è una società che offre servizi integrati di telecomunicazioni e IT alla clientela affari. Nel 2016 ha conseguito ricavi per circa 40 milioni di euro.

12. Iliad Italia S.p.A. (di seguito, "Iliad Italia" o "Iliad") è una società costituita nel 2016 in vista dell'ingresso sui mercati italiani di telecomunicazioni del Gruppo Iliad S.A., una società francese attiva nell'offerta di servizi di telecomunicazioni in Francia con il marchio "Free". Iliad Italia è controllata al 100% da Iliad S.A. tramite Iliad Holding S.p.A. e non ha realizzato fatturato in Italia nel 2016. Iliad S.A. ha conseguito 2,4 miliardi di euro di ricavi al 30 giugno 2017, su base annuale.

13. Sky Italia S.r.l. (di seguito, anche "Sky Italia" o "Sky") è una società attiva nell'offerta di servizi di *pay-tv* nonché, negli ultimi anni, nell'offerta di servizi televisivi gratuiti. Sky Italia è controllata dalla società britannica Sky Plc., appartenente al gruppo 21st Century Fox, tramite la società holding Sky Italian Holdings S.p.A. Sky Italia è il principale operatore della tv a pagamento che offre i propri servizi attraverso la piattaforma satellitare (DTH) e la piattaforma Internet. Sky Italia è presente, altresì, nel mercato della televisione gratuita e della raccolta pubblicitaria su mezzo televisivo attraverso la piattaforma digitale terrestre (DTT). Nel 2016 Sky Plc ha conseguito ricavi per circa 14,4 miliardi di euro mentre, in Italia, Sky Italia ha realizzato un fatturato pari a circa 2,8 miliardi di euro.

14. Flash Fiber S.r.l. (di seguito, "FF" o "società comune" o "Joint venture") è la società comune costituita nel 2016 da FW e da TIM quale strumento per la realizzazione delle attività previste nell'accordo di co-investimento tra le Parti. Il capitale sociale è controllato all'80% da TIM e al 20% da FW: la società è quindi sottoposta alla direzione e al coordinamento di TIM. Nel 2016 ha conseguito ricavi per 2.136 euro.

II. IL PROCEDIMENTO ISTRUTTORIO

15. In data 14 settembre 2016 Telecom Italia S.p.A. e Fastweb S.p.A. hanno portato a conoscenza dell'Autorità la sottoscrizione di un accordo con il quale hanno costituito un'impresa comune cooperativa, denominata Flash Fiber S.r.l., operante nella promozione e realizzazione di reti infrastrutturali a banda ultralarga in architettura FTTH, nell'ambito del relativo Piano Nazionale Banda Ultralarga promosso dal Governo.

16. In data 16 novembre 2016 le suddette società hanno fornito ulteriori informazioni e i chiarimenti richiesti in merito alle caratteristiche, all'attività svolta e ai criteri di gestione dell'infrastruttura di rete fissa prevista dal progetto di co-investimento.

17. Il 29 luglio 2016, il 5 agosto 2016 e il 23 gennaio 2017 sono pervenute segnalazioni da parte di Wind Tre S.p.A., Vodafone Italia S.p.A. ed Enel S.p.A., nelle quali tali società hanno evidenziato le potenziali restrizioni concorrenziali derivanti dall'operazione in oggetto, con particolare riferimento, fra gli altri, ai profili legati al coordinamento orizzontale fra le due società madri nel mercato *wholesale* e nel collegato mercato *retail*.

18. In data 1° febbraio 2017, l'Autorità ha deliberato di avviare un procedimento nei confronti di TIM e FW al fine di verificare la sussistenza di violazioni all'articolo 101 del TFUE derivanti dalla sottoscrizione dell'accordo di cooperazione tra le Parti.

19. Con distinte comunicazioni dell'8 e del 9 giugno 2017, FW e TIM hanno presentato una proposta di impegni ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287/90. A partire dal 4 luglio 2017, gli impegni proposti sono stati pubblicati sul sito web dell'Autorità, al fine dello svolgimento del *market test*.

20. In sede di replica alle osservazioni giunte nel corso del *market test*, in data 26 settembre 2017 TIM e FW hanno presentato delle modifiche accessorie agli impegni, recependo così alcune delle proposte che erano pervenute durante il *market test*.

21. A novembre 2017, i soggetti che erano intervenuti nel corso del *market test* hanno potuto esprimere nuovamente la propria posizione, presentando delle osservazioni in ordine alle modifiche accessorie apportate alla proposta di impegni. Successivamente, rispettivamente in data 27 e 28 novembre 2017, TIM e FW hanno inviato le repliche finali alle ulteriori osservazioni pervenute dai terzi partecipanti in merito agli impegni così come modificati a esito del *market test*.

III. L'ACCORDO FRA TELECOM ITALIA E FASTWEB

22. In data 14 settembre 2016, TIM e FW hanno portato a conoscenza dell'Autorità la sottoscrizione di un accordo (*memorandum of understanding*) con il quale hanno costituito una impresa comune cooperativa, (Flash Fiber S.r.l. o "FF"), allo scopo di realizzare un'infrastruttura di rete a banda ultralarga in architettura FTTH.

23. L'accordo di co-investimento tra TIM e FW ha ad oggetto la realizzazione di un'infrastruttura di rete interamente in fibra ottica, di tipo *fiber to the home* (FTTH) in 29 delle principali città italiane, esclusivamente in aree incluse nei cosiddetti *cluster* territoriali A e B⁴. Il progetto di investimento, quindi, coinvolge soltanto aree che presentano condizioni economiche favorevoli all'investimento di operatori privati, restando quindi escluse le cosiddette aree bianche caratterizzate da fallimento del mercato. In particolare, riguardando l'investimento in esame soltanto i cluster A e B del territorio, si rileva che in entrambi i casi, si tratta di aree nelle quali è stato escluso, in base alla disciplina europea in materia di aiuti di Stato, la possibilità di interventi pubblici diretti, i quali infatti sono stati realizzati esclusivamente nelle aree incluse nei cluster C e D (cosiddette aree bianche del territorio).

24. Il progetto prevede che, nelle aree dove sono già presenti reti di accesso ibride FTTC (*Fiber to the cabinet*, costituite da fibra ottica e doppi di rame) di TI e di FW, la società comune realizzi

⁴ La Strategia sulla banda ultralarga del Governo ha definito i cluster A come le aree territoriali con il migliore rapporto costi-benefici, dove è più probabile l'interesse degli operatori privati a investire mentre ha incluso nei cluster B le aree in cui gli operatori hanno incentivi sufficienti a investire in reti supportanti connessioni ad almeno 30 Mbps in download ma dove, tuttavia, le condizioni di mercato non sono sufficienti a garantire ritorni accettabili per investire in reti con velocità di trasmissione dei dati pari almeno a 100 Mbps in download.

il collegamento in fibra ottica tra il *cabinet* stradale e la sede dell'utente finale, all'interno degli edifici, principalmente per i clienti residenziali e *microbusiness*. In tal modo, TI e FW realizzeranno due reti FTTH, delle quali la prima parte (rete primaria) risulta già costruita in seguito agli investimenti effettuati autonomamente dalle Parti, mentre la componente secondaria (tra il Centro Nodale Ottico – CNO e gli edifici dove si trovano le unità immobiliari dei clienti) sarà strutturata secondo il modello GPON (*Gigabit-Capable Passive Optical Network*), che consente di servire più clienti contemporaneamente tramite il medesimo cavo di fibra ottica. Ogni edificio sarà raggiunto da un unico cavo multifibra all'interno del quale saranno dedicate le fibre ottiche necessarie alla gestione dei due alberi GPON riservati rispettivamente a TI e FW.

25. Le infrastrutture così realizzate saranno rese disponibili da FF a TI e FW a un prezzo concordato, mentre risorse di rete eccedenti il fabbisogno industriale delle Parti resteranno nella disponibilità di FF che potrà cederle in uso a richiedenti terzi. Con riguardo a tale aspetto, l'art. 7.2 dell'accordo di co-investimento originariamente siglato tra TI e FW prevedeva che le Parti godessero di un diritto di prelazione sulla capacità di rete di FF che residuava rispetto ai fabbisogni industriali di TI e FW; gli impegni presentati dalle Parti, però, includono una revisione del succitato art. 7.2.

26. Il *business plan* del progetto prevede che la società comune affidi in *outsourcing* alle Parti i lavori di realizzazione della infrastruttura di rete. FF opererà esclusivamente nella fornitura a livello *wholesale* dei servizi di accesso alla c.d. "fibra spenta" e ai cavidotti relativamente alla rete secondaria in fibra ottica, alle tratte di adduzione e ai terminali; non è prevista, dunque, la fornitura di servizi attivi su fibra ottica⁵. Tali servizi saranno invece forniti – autonomamente e in concorrenza tra loro – da TI e FW, anche mediante l'acquisizione dei necessari elementi passivi da FF. In particolare, TI e FW offriranno sul mercato, autonomamente e in competizione tra loro, i servizi attivi di accesso su fibra ottica (VULA e *Bitstream* NGA).

27. Quanto alle modalità tecniche di accesso alla fibra spenta di FF, queste saranno modellate sulla base dell'offerta di riferimento di TI approvata dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (di seguito, "AGCom"), essendo FF soggetta alla direzione e coordinamento di TI, quest'ultimo già operatore notificato quale avente significativo potere di mercato e sottoposto a obblighi regolamentari. La possibilità, per gli operatori alternativi, di acquistare fibra spenta da FF è subordinata al possesso di reti in fibra ottica fino al Centro Nodale di riparto elementare ottico (CNO) oppure fino ai ripartitori ottici di edificio (ROE⁶). Nel primo caso, gli operatori alternativi dovranno dotarsi di reti proprietarie in fibra ottica fino al CNO, cioè fino al punto di consegna del traffico gestito da FF, localizzato verosimilmente in prossimità del *cabinet*. Nel secondo caso, gli operatori alternativi dovranno portare la propria fibra ottica oltre, fino alla base degli edifici. In alternativa, gli operatori terzi potranno richiedere a TI e FW i servizi di accesso alla rete di tipo attivo (VULA, *bitstream*).

28. Tutti i nuovi clienti di TI e FW (residenziali e *microbusiness*) verranno attestati sulla nuova rete. I clienti attuali (attestati sulla rete in rame) verranno progressivamente migrati ai nuovi servizi a banda ultralarga passanti sulla infrastruttura posata dalla società comune.

29. Secondo quanto comunicato dalle Parti, l'accordo tra loro sottoscritto stabilisce che FF svolga delle attività aventi natura tipicamente consortile, e ausiliaria al servizio delle imprese

⁵ Il servizio di accesso alla fibra spenta consiste nell'acquisizione di un portante trasmissivo in fibra ottica non illuminata da apparati attivi e, pertanto, spenta. L'operatore che acquista all'ingrosso il diritto d'uso di una fibra spenta, deve installare anche gli apparati necessari a illuminare la fibra al fine di potere servire la clientela finale.

⁶ Nell'ambito di un'architettura di rete FTTH, il Ripartitore ottico di edificio (ROE) è un punto di interconnessione tra le fibre delle rete ottica secondaria e quelle necessarie per il cablaggio verticale degli edifici.

madri, nel senso del par. 95 della Comunicazione (2008/C 95/01)⁷, e non è previsto che possa realizzare più del 20% del proprio fatturato con vendite a terzi (par. 98 della Comunicazione 2008/C 95/01).

30. Oltre al progetto di co-investimento, le Parti, sempre nel luglio 2016, in concomitanza con la costituzione di FF, hanno raggiunto un separato accordo in base al quale TI acquisisce un rinnovo dell'IRU (*Indefeasible Right of Use*), di durata trentennale, sulle infrastrutture di fibra ottica di proprietà di Fastweb presenti in alcune aree di 6 delle 29 città interessate dal progetto in questione (in seguito anche "accordo IRU").

IV. LE PREOCCUPAZIONI CONCORRENZIALI DERIVANTI DALL'ACCORDO FRA TELECOM ITALIA E FASTWEB

31. In sede di provvedimento di avvio del procedimento istruttorio, si rilevava che l'accordo tra TIM e FW (comprensivo del *memorandum of understanding* di costituzione dell'impresa comune e dell'accordo IRU) potesse integrare un'intesa potenzialmente idonea a impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno dei mercati interessati. L'intesa in oggetto, infatti, "*comportando un rilevante coordinamento tra Fastweb e Telecom Italia in scelte strategiche relative alle reti fisse a banda larga e ultralarga, potrebbe ridurre l'intensità della competizione statica e dinamica, considerando che essa coinvolge i due principali operatori verticalmente integrati operanti nel settore*"⁸.

32. In particolare, l'Autorità aveva rilevato che, nel mercato dei servizi di accesso all'ingrosso, l'intesa potesse determinare una cooperazione strutturale, esclusiva e di lungo periodo⁹ fra TI e FW. Attraverso la società comune FF, le Parti avrebbero potuto coordinare le proprie decisioni di investimento sulle reti in fibra ottica e definire congiuntamente le condizioni di accesso alle nuove reti. L'accordo di co-investimento, infatti, prevede anche delle clausole di esclusiva circa l'utilizzo della rete di accesso di FF per la fornitura di servizi alla clientela residenziale e *microbusiness*.

33. Oltre alla realizzazione di infrastrutture di rete a banda ultralarga, nel provvedimento di avvio si evidenziava anche che, contestualmente, le Parti procedevano a rinnovare le cessioni reciproche di *indefeasible right of use* (IRU), di durata trentennale, sulle infrastrutture di rete presenti in alcune aree di 6 delle 29 città interessate dal progetto in questione. In particolare, in tali aree, gli accordi tra le Parti prevedono che FW acquisisca da TI l'accesso al cavidotto e che TI acquisisca da FW l'accesso alla fibra spenta posata all'interno dei medesimi cavidotti.

34. Giacché il rinnovo di tali IRU era stato finalizzato nel contesto della sottoscrizione dell'accordo di co-investimento, l'Autorità aveva espresso delle preoccupazioni sotto il profilo della tutela della concorrenza nel mercato dei servizi di accesso all'ingrosso alla rete. Infatti, l'IRU con il quale FW ha ceduto per altri trent'anni a TI l'accesso alla sua fibra spenta prevede prezzi non sottoposti a regolamentazione, a differenza di quanto previsto per l'IRU di FW per l'accesso ai cavidotti di TI. Stante tale situazione, il rinnovo avrebbe potuto divenire strumentale all'innalzamento artificioso di barriere all'ingresso di altri operatori, mediante un aumento ingiustificato dei prezzi di cessione delle infrastrutture.

35. Inoltre, si rilevava il rischio che le condizioni tecniche ed economiche per la fornitura dell'accesso alla nuova rete di FF a soggetti terzi potessero essere stabilite in modo da incidere

⁷ 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.

⁸ Cfr. provvedimento di avvio del procedimento I799, delibera n. 26399 del 1° febbraio 2017, pubblicato nel Bollettino dell'Autorità n. 5 del 13 febbraio 2017.

⁹ L'accordo sottoscritto tra le Parti prevedeva che la società comune protraesse le proprie attività fino al 2050.

significativamente anche sulla concorrenza nel mercato al dettaglio. Nello specifico, l'Autorità sottolineava come l'accordo di co-investimento potesse fare emergere sia l'incentivo sia la capacità di realizzare strategie di preclusione degli *input* di produzione a danno degli operatori terzi.

36. Infine, in considerazione della natura verticalmente integrata degli operatori coinvolti, l'Autorità aveva ritenuto che la *joint-venture* potesse facilitare il coordinamento delle condotte delle società *partner* anche nella fornitura dei servizi agli utenti finali. In particolare, si rilevava come un possibile effetto dell'intesa nei mercati a valle potesse essere rappresentato dal coordinamento in ordine ai prezzi praticati alla clientela finale; il nesso strutturale definito dall'accordo, infatti, potenzialmente avrebbe consentito alle Parti di coordinare le rispettive politiche commerciali a danno della concorrenza.

V. I MERCATI RILEVANTI

a) I servizi di accesso all'ingrosso su rete fissa

37. FF offrirà servizi di accesso all'ingrosso su rete fissa. L'accesso all'ingrosso in postazione fissa può essere fornito mediante strumenti diversi, quali l'utilizzo di portanti fisiche in rame, in fibra ottica e WLL (*Wireless Local Loop*). In particolare, FF fornirà servizi di accesso alla rete secondaria in fibra ottica e alla tratta verticale.

38. Secondo quanto riportato dall'AGCom, al 31 dicembre 2014 le quote di mercato detenute in termini di numero di linee e di ricavi erano le seguenti:

Tabella 1. Quote di mercato 2014 (%)

	N. linee	Ricavi
Telecom Italia	95,85	86,96
Altri operatori	4,15	10,04

Fonte: Delibera AGCom n. 623/15/CONS.

39. FW rappresenta un concorrente diretto di TI nei servizi di accesso all'ingrosso a banda larga e ultralarga: è stato, infatti, tra i pochi operatori alternativi che, negli ultimi anni, hanno realizzato un investimento per estendere la copertura della popolazione tramite una rete di accesso in architettura FTTC. Nelle aree in cui dispone di reti di accesso FTTC, acquistando all'ingrosso il *subloop unbundling*¹⁰, FW è in grado di predisporre un'offerta di servizi di accesso all'ingrosso alternativa a quella dell'incumbent.

40. La posizione di dominanza di TI è generalmente riscontrabile sull'intero territorio nazionale, atteso che ad oggi la sua rete di accesso fissa è l'unica infrastruttura capillarmente diffusa su scala nazionale, avente la copertura più elevata del territorio e della popolazione.

b) I servizi di telecomunicazioni al dettaglio a banda larga e ultralarga

41. TI e FW sono operatori verticalmente integrati. Pertanto, l'accordo di co-investimento in esame può produrre effetti sulla concorrenza anche con riferimento al mercato a valle dei servizi di telecomunicazioni al dettaglio a banda larga e ultralarga.

¹⁰ Il subloop unbundling (SLU) è un servizio di accesso all'ingrosso che consiste nella fornitura dell'accesso alla rete locale secondaria, ossia al tratto di rete telefonica fissa che congiunge l'armadio di strada (cabinet) alla sede dell'utente finale. Costituisce un servizio di cui possono approvvigionarsi gli operatori che hanno realizzato una propria rete in fibra ottica fino all'armadio (architettura fiber to the cabinet – FTTC).

42. TI attualmente detiene la quota di mercato più elevata, pari al 39,6%. Fastweb è il secondo operatore in base alla spesa per servizi finali su rete a larga banda nel 2015, con una quota di mercato pari al 26,9%¹¹. La quota di mercato di FW, in termini di spesa, è aumentata nel corso del periodo settembre 2015 – settembre 2016, manifestando una particolare vivacità concorrenziale proprio nel mercato dei servizi a banda larga e ultralarga¹². Nel 2015 i ricavi dai servizi a banda larga hanno superato quelli derivanti dalla fornitura di servizi più tradizionali su rete fissa, con 4,9 miliardi di euro di spesa degli utenti finali¹³.

43. Le condizioni in cui si svolge il confronto concorrenziale appaiono sostanzialmente omogenee anche nel mercato a valle dei servizi di telecomunicazioni al dettaglio. Pertanto, anche tale mercato presenta un'estensione geografica di ampiezza nazionale.

Tabella 2. Quote di mercato (n. linee e spesa per servizi - %)

	N. linee (settembre 2016) ¹⁴	Spesa utenti finali (2015) ¹⁵
Telecom Italia	46,0	39,6
Wind	15,2	12,8
Fastweb	14,9	26,9
Vodafone	13,3	8,5
Tiscali	3,5	3,3
Altri	7,1	8,8

Fonte: Elaborazioni Autorità su dati AGCom.

VI. GLI IMPEGNI PROPOSTI DALLE PARTI

44. In risposta alle criticità di natura concorrenziale sollevate dall'Autorità nel provvedimento di avvio del procedimento istruttorio, rispettivamente in data 8 e 9 giugno 2017, FW e TI hanno presentato una proposta di impegni ai sensi all'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90.

45. Di seguito, si riporta una breve descrizione per ciascuno dei sei impegni presentati, così come pubblicati per la sottoposizione al *market test*.

46. **Impegno 1.** Le Parti si impegnano a realizzare un'infrastruttura di rete FTTH nelle 29 città coinvolte nel progetto di investimento comune secondo precise scadenze temporali e predefiniti obiettivi annuali:

- 30% entro il 2017;
- 70% entro il 2018;
- 85% entro il 2019;
- 95% entro il 2020.

47. **Impegno 2.** L'impegno in questione consiste nel rimuovere dall'accordo di co-investimento la previsione (contenuta all'art. 7.2) del diritto di prelazione a favore di TI e FW sulla capacità di rete di FF che residua rispetto ai fabbisogni industriali delle predette TI e FW, cosicché FF possa utilizzare liberamente le risorse di rete eccedenti il fabbisogno industriale delle Parti, "senza

¹¹ Dati contenuti nella Relazione annuale dell'AGCom 2016.

¹² Fonte: Osservatorio sulle comunicazioni AGCom.

¹³ Dati contenuti nella relazione annuale dell'AGCom 2016.

¹⁴ Fonte: Osservatorio sulle comunicazioni AGCom.

¹⁵ Dati contenuti nella relazione annuale dell'AGCom 2016.

alcuna preventiva consultazione con le società madri". FF potrà così direttamente vendere servizi di accesso alla rete (servizi di accesso passivo) a operatori terzi che ne facciano richiesta.

48. Inoltre, la riformulazione dell'art. 7.2 dell'accordo include altresì la possibilità per FF di concludere, con soggetti terzi, accordi su base reciproca aventi ad oggetto l'utilizzo dei segmenti verticali (ossia, del tratto di rete che collega la base dell'edificio con la sede dell'utenza finale all'interno delle unità immobiliari cablate).

49. Impegno 3. Nel provvedimento di avvio, l'Autorità aveva evidenziato delle preoccupazioni di natura concorrenziale in merito al rinnovo dei diritti d'uso (IRU) reciproci tra TI e FW sulle infrastrutture di rete di accesso risalenti al progetto Socrate, presenti in alcune zone di 6 delle 29 città del piano FF, come un possibile strumento di innalzamento di barriere all'ingresso di altri operatori¹⁶. In particolare, il rinnovo degli accordi IRU realizzato nel contesto della sottoscrizione dell'accordo di co-investimento tra TI e FW avrebbe potuto indurre le Parti a stabilire dei prezzi più elevati per i servizi di accesso ai cavidotti e alla fibra spenta al fine di consentire un aumento artificioso dei prezzi di tali servizi anche per gli operatori terzi rispetto all'accordo.

50. In merito a tale punto, le Parti si sono impegnate a negoziare, con terzi richiedenti, accordi di reciproco accesso alle rispettive infrastrutture in termini di cessione in regime di IRU di durata trentennale, a condizioni economiche e tecniche reciproche, al fine della costruzione di reti FTTH.

51. Le Parti hanno altresì proposto che eventuali condizioni economiche di miglior favore negoziate nell'ambito di tali accordi reciproci con soggetti terzi, saranno automaticamente recepite e applicate anche retroattivamente sulle infrastrutture già acquistate.

52. Inoltre, a prescindere dalla vigenza di obblighi regolamentari, le Parti si impegnano ad attivare ciascuna un'autonoma offerta di servizi VULA¹⁷ all'ingrosso a condizioni non discriminatorie.

53. Impegno 4. Le Parti si impegnano a ridurre la durata della società comune FF a quella strettamente necessaria per assicurare il recupero degli investimenti effettuati. In tal senso, esse propongono una modifica dell'art. 4 dello Statuto di Flash Fiber, anticipando la data di chiusura di FF dal 2050 inizialmente previsto al 2035, quando, secondo il *business plan*, è previsto il completamento del recupero dell'investimento. La data del 31 dicembre 2050, inoltre, poteva essere prorogata o anticipata con deliberazione dell'assemblea dei soci.

54. Impegno 5. L'art. 7.3 dell'accordo di co-investimento prevede che TI e FW si impegnino, a parità di condizioni di mercato offerte, a utilizzare in via esclusiva - per la sola nuova clientela residenziale e *microbusiness* - i servizi forniti mediante la nuova rete di FF. Pertanto, la clausola in esame dispone, per le Parti, l'obbligo di servirsi esclusivamente della rete di FF per l'attivazione della nuova clientela, a meno di condizioni di mercato più favorevoli. Le Parti hanno proposto una modifica di tale articolo dell'accordo, impegnandosi a servirsi in esclusiva delle infrastrutture di FF soltanto per le quantità minime indicate nel *business plan*.

¹⁶ Il progetto SOCRATE (acronimo di Sviluppo Ottico Coassiale Rete Accesso TELEcom), fu lanciato da TI negli anni Novanta ed era finalizzato alla realizzazione di una rete in fibra ottica, con copertura nazionale, destinata a raggiungere le abitazioni di tutta la popolazione italiana. Il progetto fu avviato nel 1995 ma venne abbandonato già nel 1997, quando si preferì strategicamente puntare sulla rivitalizzazione della rete telefonica in rame tradizionale con l'introduzione delle tecnologie ADSL. In ogni caso, i lavori avevano già interessato alcune aree di 6 importanti città (Bari, Bologna, Genova, Napoli, Roma, Torino), dove appunto oggi sono presenti i cavidotti di proprietà di TI nei quali FW ha posato la propria fibra ottica. Pertanto, FW ha comprato l'accesso al cavidotto da TI, con un IRU a condizioni regolamentate, e TI ha acquistato l'accesso alla fibra spenta di FW. Tale accordo di accesso reciproco ai cavidotti e alla fibra spenta è stato quindi rinnovato in occasione delle contrattazioni svoltesi per la sottoscrizione dell'accordo di co-investimento.

¹⁷ Virtual Unbundled Local Access. È una categoria di servizi di accesso all'ingrosso alla rete fissa che non prevede la disaggregazione fisica dell'infrastruttura ma soltanto la cessione di un accesso attivo, a prestazioni garantite. Nei mercati dominati da reti FTTH rappresenta la tipologia di servizi di accesso all'ingrosso preminente.

55. L'impegno n. 5, inoltre, investe anche l'art. 7.4 dell'accordo di co-investimento, laddove è stabilito che TI e FW debbano obbligatoriamente tenere in considerazione FF nelle decisioni di sviluppo di attività da realizzarsi in aree diverse da quelle strettamente oggetto di accordo. Con la nuova formulazione, le Parti si impegnano a limitare alle aree di centrale delle 29 città del progetto l'ambito geografico dell'obbligo di non sottoscrivere accordi con altre società. In tal modo, al di fuori delle 29 città, ma anche all'interno di esse per le aree di centrale non coinvolte nel progetto, TI e FW non saranno obbligate a servirsi di FF per espandere i propri piani di investimento nella banda ultralarga.

56. Analogamente, sempre nell'ambito delle iniziative volte a circoscrivere l'applicazione dell'accordo alla costruzione di una rete in fibra ottica, le Parti si impegnano a cancellare l'art. 7.5 dell'accordo di co-investimento. Tale articolo prevede la possibilità che FF partecipi alle gare Infratel per l'infrastrutturazione delle aree bianche del territorio, al posto della partecipazione separata e autonoma delle Parti.

57. Infine, l'impegno n. 5 include anche l'eliminazione dell'art. 8 dell'accordo di co-investimento, con il quale le Parti si impegnano a collaborare nell'implementazione congiunta di tecnologie *vectoring* nelle aree, al di fuori delle 29 città, dove entrambe le società avevano autonomamente sviluppato una copertura con rete FTTC.

58. Impegno 6. Le misure proposte con l'impegno n. 6 riguardano la prevenzione del rischio di scambio di informazioni rilevanti per le decisioni delle Parti nei mercati in cui sono concorrenti. A tal fine, le Parti propongono di inserire nell'accordo di co-investimento l'art. 7.3-bis, con il quale concordano che FF adotti processi idonei ad escludere il trasferimento tra le Parti di tutte le informazioni commercialmente sensibili. Coerentemente, nello Statuto di FF sarà inserito il Titolo IX, denominato "misure di *compliance* antitrust", che obbliga il Consiglio di Amministrazione di FF a dotarsi di un manuale di *compliance* antitrust contenente le misure di segregazione delle informazioni operative aziendali rispetto ai soci.

59. Le Parti, inoltre, si impegnano a inserire l'art. 21-bis nello Statuto di FF prevedente la nomina di un *Antitrust Compliance Officer*, incaricato di vigilare sul rispetto del manuale di *compliance* antitrust.

60. Durata degli impegni. L'impegno n. 3 (offerte di IRU e di servizi VULA) sarà vincolante fino al 31 dicembre 2025. La restante parte degli impegni sarà vincolante fino al 31 dicembre 2035, ossia per tutto il periodo di durata di FF.

VII. LE OSSERVAZIONI PERVENUTE NEL CORSO DEL *MARKET TEST*

61. Nel corso del c.d. *market test* circa la proposta di impegni presentata dalle Parti, l'Autorità ha ricevuto otto contributi (Enel, Tiscali, Wind Tre, Vodafone, Open Fiber, Sky Italia, Iliad Italia, AIIP / KPNQwest). In estrema sintesi, sono state rappresentate talune osservazioni critiche riguardanti i seguenti punti:

i) l'accordo di co-investimento siglato tra TI e FW costituirebbe un'intesa foriera di gravi restrizioni alla concorrenza e, in tal senso, assolutamente non emendabile con lo strumento degli impegni;

ii) non vi sarebbero giustificazioni alla costituzione dell'impresa comune FF diverse dalla volontà di attuare una forma di coordinamento anticompetitivo;

iii) gli impegni non sarebbero facilmente verificabili;

iv) gli impegni proposti non farebbero venire meno il rischio di *foreclosure* e di innalzamento di barriere all'ingresso, soprattutto a danno di operatori nuovi entranti, attuali e potenziali;

v) gli impegni non sarebbero idonei ad affrontare le maggiori criticità connesse all'accordo tra le Parti, relative a: a) la fissazione congiunta dei prezzi di cessione dell'infrastruttura di FF; b) la spartizione del mercato grazie all'impegno di TI e di FW a utilizzare in via esclusiva la rete di FF per l'approvvigionamento di risorse di rete; c) una consistente restrizione della concorrenza anche del mercato *retail*;

vi) la *partnership* tra TI e FW rappresenterebbe il fulcro attuativo di un più ampio piano escludente posto in essere da TI al fine di precludere l'ingresso di un concorrente infrastrutturato al mercato dei servizi di accesso all'ingrosso su rete fissa e, in tal modo, proteggere (e assicurarsi di traslare anche nel futuro contesto tecnologico) la posizione di dominanza detenuta in tale mercato e nel mercato a valle dei servizi *retail*. In tal senso, anche l'accordo di co-investimento dovrebbe essere valutato quale una delle fattispecie di abuso di posizione dominante di TIM all'esame dell'Autorità nel procedimento A514;

vii) l'impegno n. 2 consterebbe di misure rimediale oggetto di obblighi regolamentari già vigenti.

62. Tra i soggetti partecipanti al *market test*, Tiscali ha espresso una posizione pienamente favorevole alla proposta di impegni presentata dalle Parti. La presenza di una pluralità di soggetti che offrono servizi di accesso alla rete a livello *wholesale*, in competizione, quali le Parti, è stata ritenuta idonea a costituire un fattore di sviluppo del mercato.

63. Secondo Tiscali, gli impegni sarebbero idonei a consentire di costruire in tempi più brevi e a parità di costi due reti GPON in luogo di una, sfruttando inoltre delle sinergie che non vi sarebbero state con un investimento posto in essere da ciascuna parte in maniera indipendente.

64. Tiscali ha manifestato un particolare apprezzamento per l'impegno n. 2 e l'impegno n. 3, grazie ai quali saranno possibili i seguenti benefici:

- rapida realizzazione di due nuove reti di accesso FTTH;
- accesso dei terzi in modo paritario alle risorse eccedenti di FF e in modo reciproco ai suoi verticali di rete;
- estensione territoriale dell'offerta *wholesale* di TIM in tecnologia FTTH;
- mantenimento di un'offerta di servizi VULA di TIM a condizioni non discriminatorie, anche a valle dell'eventuale eliminazione degli obblighi regolamentari;
- presenza di un'ulteriore offerta *wholesale* Fastweb non discriminatoria in concorrenza con quella di TIM;
- migliori condizioni di accesso per i terzi alle infrastrutture di posa necessarie per realizzare reti FTTH.

65. Alcuni dei contributi pervenuti contenevano altresì delle proposte di miglioramento degli impegni presentati dalle Parti. In essenza, le proposte di modifica degli impegni che sono state espresse nel corso del *market test* possono essere sintetizzabili nei seguenti punti:

i) secondo Enel, la gravità delle restrizioni alla concorrenza arrecate dall'accordo di co-investimento, nel caso di specie, sarebbe affrontabile adeguatamente con lo strumento degli impegni soltanto nel caso in cui la proposta di rimedi fosse inclusiva dell'impegno a liquidare la società comune Flash Fiber;

ii) rispetto all'impegno n. 1, è stata avanzata la proposta di prevedere una descrizione dei programmi di investimento che debbano fungere da base di calcolo per le percentuali di realizzazione dell'infrastruttura e una specificazione riguardo alle concrete attività che le Parti intendono portare avanti nell'ambito dell'accordo di co-investimento;

iii) VD ha richiesto anche di adottare il numero di unità immobiliari connesse (commerciabili) quale unità di misura del calcolo delle percentuali di realizzazione, proprio al fine di rendere

verificabile la misurazione degli avanzamenti di copertura del territorio e, più in generale, l'attuazione dell'impegno 1;

iv) sempre con riferimento all'impegno n. 1, è pervenuta una proposta di prevedere un meccanismo di monitoraggio dell'attuazione di tale impegno mediante la nomina di un soggetto terzo e indipendente, sottoposto al gradimento dell'Autorità e retribuito dalle Parti coinvolte nell'accordo di co-investimento, che sia incaricato proprio di verificare l'attuazione dell'impegno in esame. Gli esiti dell'attività di verifica compiuta da tale soggetto dovrebbero poi essere resi disponibili sul sito istituzionale dell'Autorità;

v) in merito all'impegno n. 2, allo scopo di ridimensionare il rischio di *input foreclosure*, è stato proposto che le Parti definissero:

a. la tipologia di risorse di rete in eccedenza, rispetto ai fabbisogni industriali di TIM e FW, che FF sarebbe in grado di mettere a disposizione del mercato;

b. la quantità delle risorse di rete a disposizione del mercato;

c. le tempistiche con le quali tali risorse di rete saranno rese disponibili al mercato;

d. le modalità con le quali le Parti individuano le risorse di rete eccedenti il proprio fabbisogno industriale¹⁸;

vi) è stato auspicato che gli impegni includessero l'indicazione del numero minimo di fibre ottiche che le Parti intendono installare affinché sia possibile valutare la concreta possibilità delle Parti di predisporre offerte di servizi di accesso autonome e l'effettiva disponibilità di risorse di rete eccedenti rispetto ai fabbisogni industriali delle Parti;

vii) in particolare, sarebbe preferibile prevedere che siano FW e TI, al posto di FF, a mettere a disposizione del mercato le risorse di rete eccedenti, in modo tale da evitare anche che i ricavi conseguibili da FF possano alterarne la natura di società cooperativa;

viii) l'impegno a garantire accesso ai segmenti verticali¹⁹ andrebbe integrato con la definizione di condizioni economiche allineate ai costi sottostanti, in coerenza con quanto previsto dalla regolamentazione vigente in materia di obblighi di accesso ai segmenti verticali (cfr. delibera AGCom n. 538/13/CONS);

ix) rispetto all'impegno n. 3, al posto dell'impegno a fornire accesso alle infrastrutture di rete in IRU a condizioni reciproche, OF ha proposto che le Parti si assumano un obbligo unilaterale di consentire l'accesso alle infrastrutture di posa a condizioni prestabilite e non discriminatorie rispetto alle condizioni negoziate fra le Parti con FF;

x) in particolare secondo Iliad Italia, affinché l'impegno n. 3 sia idoneo ad assicurare concretamente il dispiegamento del massimo potenziale competitivo del mercato *wholesale*, occorrerebbe che le Parti offrano dei servizi di accesso di tipo passivo che prevedano differenti profili di accesso disaggregato alla fibra ottica, in corrispondenza di punti di consegna del traffico allocati in modo che ogni operatore possa collegare la propria rete al rilegamento in fibra ottica che conduce fino alla sede dell'utente finale. In sostanza, Iliad ha chiesto che il punto di distribuzione dove la rete secondaria si congiunge con la rete primaria sia localizzato da FF in

¹⁸ In relazione a tale proposta di miglioramento degli impegni originariamente presentati dalle Parti, VD ha sostenuto che affinché sia effettiva la disponibilità per il mercato di risorse di rete di FF, TIM dovrebbe estendere le procedure di migrazione wholesale attualmente attive solo per i suoi sistemi di fornitura all'ingrosso anche alle strutture di FF. A tal proposito, per consentire agli operatori terzi quali VD di adeguare i propri sistemi, occorrerebbe altresì garantire un adeguato preavviso temporale prima dell'avvio della commercializzazione retail sulla nuova infrastruttura.

¹⁹ Il segmento verticale, o tratta verticale, è una componente della rete di accesso locale fissa che congiunge il punto di distribuzione situato alla base di un edificio e la sede dell'utenza finale. In una rete interamente in fibra ottica (FTTH), il segmento verticale è anch'esso composto di fibra ottica laddove nella rete telefonica tradizionale la tratta verticale è formata da doppiini di rame.

modo da favorire la possibilità di allaccio per il massimo numero di operatori alternativi, in una prospettiva che privilegierebbe l'offerta di servizi di accesso passivo;

xi) al fine di limitare il rischio di condotte di *input foreclosure*, è stata proposta l'introduzione dell'obbligo per le Parti di offrire agli operatori terzi, condizioni di accesso che consentano un effettivo superamento dei due principali *bottleneck* della rete di accesso (ossia l'accessibilità ai *cabinet* e l'accesso passivo alla rete secondaria).

xii) sull'impegno n. 4, è stato richiesto che l'Autorità o un soggetto terzo indipendente valuti i criteri in base ai quali si possa stabilire che sia stato raggiunto il recupero degli investimenti, per limitare la discrezione circa il periodo temporale minimo di vita utile della società comune FF. In relazione al medesimo punto è stata altresì richiesta l'eliminazione della possibilità di prorogare la durata della società comune;

xiii) circa l'impegno n. 6, è stato proposto, al fine di eliminare concretamente il rischio di scambio di informazioni sensibili commerciali tra le Parti, che fossero aggiunti: a) l'obbligo di nominare una dirigenza aziendale di FF dotata di requisiti di indipendenza, che non rivesta ruoli né in TI né in FW; b) l'obbligo di trasmissione all'Autorità di tutti i verbali e gli ordini del giorno delle riunioni di tutti gli organi societari di FF;

xiv) Sky Italia ha chiesto che, in sede di eventuale modifica degli impegni, TI e FW integrassero gli impegni già presentati prevedendo l'obbligo di garantire l'accesso di *Content Delivery Network* (CDN)²⁰ indipendenti alle reti di TI e FW (e dei soggetti da esse controllati, FF compresa) a prezzi orientati ai costi e in base a condizioni eque e non discriminatorie. L'introduzione di un simile impegno, secondo Sky, consentirebbe di contemperare il rischio di condotte anticoncorrenziali nell'accesso e veicolazione di contenuti audiovisivi attraverso le reti fisse di TI e FW;

xv) gli impegni dovrebbero includere un meccanismo per la realizzazione di co-investimenti, in ciascuna delle 29 città oggetto del progetto, effettivamente aperti a tutti gli operatori interessati, a condizioni trasparenti e non discriminatorie (anche mediante la c.d. "finanza di progetto"). A parere di AIIP e KPNQwest Italia, sarebbe altresì auspicabile prevedere, preliminarmente, un meccanismo di informazione preventiva a tutti gli operatori alternativi in merito alla prevista estensione e agli sviluppi delle infrastrutture di futura realizzazione da parte di FF, sì da consentire anche agli operatori interessati di potervi partecipare attivamente, pure sostenendone in parte gli investimenti necessari;

xvi) AIIP e KPNQwest Italia hanno sottolineato il rischio che la tendenza a privilegiare l'offerta di servizi di accesso di tipo VULA, possa danneggiare in particolare gli operatori che si approvvigionano di servizi di accesso in *bitstream*. In tal senso, essi hanno richiesto che gli impegni fossero revisionati ponendo una maggiore attenzione alle esigenze degli operatori che acquistano servizi di *bitstream*.

VIII. LE MODIFICHE ACCESSORIE AGLI IMPEGNI E LE REPLICHE DI FASTWEB E TELECOM ITALIA

66. In risposta alle osservazioni critiche e alle proposte avanzate dai soggetti intervenuti nel corso del *market test*, le Parti hanno presentato alcune modifiche accessorie agli impegni, di seguito illustrate.

²⁰ I CDN sono operatori che svolgono l'attività di distribuzione tramite rete Internet di contenuti (specialmente audiovisivi di grandi dimensioni in termini di banda) agli utenti finali, offrendo quindi servizi di streaming audio e video.

67. Le Parti hanno integrato l'impegno **n. 1** venendo incontro alle richieste giunte da alcuni soggetti intervenuti nel corso del *market test* e tese a chiarirne meglio la verificabilità, stabilendo che:

- in materia di verifica dell'impegno, la scansione temporale di realizzazione della rete è stata riferita alla realizzazione dei Ripartitori Ottici di Edificio (c.d. ROE), ossia dei punti di interconnessione tra le fibre provenienti dalla rete ottica secondaria (FTTH) e quelle del cablaggio verticale verso le unità immobiliari;
- l'accordo di co-investimento è stato integrato indicando il numero di ROE che si intende realizzare, precisando altresì il numero di unità immobiliari che saranno coperte.

68. Sempre nell'ottica di garantire una maggiore verificabilità dell'attuazione dell'impegno da parte dell'Autorità, le Parti hanno proposto di affidare a un soggetto terzo e indipendente, individuato previa consultazione e gradimento dell'Autorità, l'incarico di certificare la realizzazione del progetto secondo il percorso temporale definito nell'impegno stesso. Lo stato di avanzamento dei lavori e il rispetto delle tempistiche nella realizzazione dei ROE saranno resi noti all'Autorità attraverso un *report* annuale predisposto dal detto soggetto indipendente.

69. In risposta alla contestazione di asserita indeterminatezza dell'impegno in esame in ordine alle tempistiche di realizzazione delle tratte verticali, rilevata da alcuni soggetti intervenuti nel *market test*, le Parti hanno precisato che la costruzione di tali infrastrutture è necessariamente subordinata alla richiesta di attivazione da parte del cliente finale. Le relative tempistiche di realizzazione, quindi, potranno essere definite nel dettaglio solo allorché cominceranno a giungere le richieste di attivazione, restando fermo, naturalmente, l'obbligo di realizzare le tratte verticali.

70. Nel corso del *market test*, è stato posto in evidenza che l'impegno **n. 2** non appariva fornire adeguate garanzie contro fenomeni di *input foreclosure* in quanto non erano contemplate indicazioni puntuali in merito alla quantità, tipologia, tempistiche e modalità con cui le risorse eccedenti il fabbisogno industriale delle Parti sarebbero state messe a disposizione del mercato. In risposta a tali rilievi, in sede di modifiche accessorie, le Parti hanno precisato che, con riferimento alla quantità e tipologia della *spare capacity*, FF garantirà la messa a disposizione a favore di terzi soggetti di un numero compreso tra [1-5]* e [5-10] fibre per ogni ROE installato.

71. In ordine alle tempistiche, le Parti si sono impegnate affinché FF metta a disposizione dei terzi richiedenti tale capacità residua entro 20 giorni lavorativi dalla ricezione di eventuali manifestazioni di interesse. Quanto alle condizioni economiche, essendo una società sottoposta al controllo e coordinamento di TI, FF offrirà tali risorse di rete alle condizioni tecniche ed economiche stabilite dall'AGCom.

72. Gli obblighi di accesso alla rete FF saranno garantiti anche con riferimento ai segmenti verticali. Inoltre, FF si impegna a concludere con soggetti terzi degli accordi aventi a oggetto la realizzazione e l'utilizzo di nuovi segmenti verticali su *input* e richiesta dei medesimi soggetti nelle sedi dove FF ha già realizzato i ROE (ossia, laddove la fibra ottica ha già raggiunto l'edificio).

73. Anche l'impegno **n. 3** è stato rafforzato in sede di replica al *market test*. Le Parti si sono impegnate a predisporre non solo offerte distinte di servizi VULA ma anche di servizi *bitstream* NGA, in concorrenza sul mercato dei servizi di accesso all'ingrosso. Se TIM si impegna ad attenersi alle condizioni previste dalle offerte di riferimento approvate dall'AGCom, FW, nell'assumersi il medesimo obbligo di fornire servizi di accesso VULA e *bitstream* NGA, ha

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

evidenziato che predisporrà delle offerte a condizioni concorrenziali, non essendo sottoposta a misure regolamentari.

74. Con riferimento invece agli accordi di accesso alle infrastrutture con contratti IRU, alcuni degli operatori intervenuti nel *market test* hanno formulato rilievi circa il fatto che l'oggetto degli accordi di IRU cui la misura si riferisce sarebbe generico e indeterminato. Le Parti hanno chiarito che gli accordi di accesso alle infrastrutture con cessione in IRU hanno ad oggetto le infrastrutture di posa e segnatamente: tubi, minitubi e pozzetti.

75. In merito alla clausola della reciprocità, secondo cui l'impegno a fornire accesso con contratti IRU sarebbe valso soltanto a condizioni reciproche, le Parti hanno chiarito che sarà garantito, a tutti gli operatori che ne facciano richiesta, l'accesso alle infrastrutture di posa attraverso accordi di scambio dei diritti disponibili sulle rispettive infrastrutture o accordi di concessione di diritti IRU a condizioni trasparenti, non discriminatorie, eque e ragionevoli. Inoltre, al di là degli obblighi di natura regolamentare, e dunque anche in caso di loro rimozione, TI e FW si impegnano a formulare in modo autonomo un'offerta all'ingrosso di servizi VULA e servizi *bitstream* NGA FTTH a condizioni non discriminatorie.

76. Con riferimento all'impegno n. 4, nel corso del *market test*, alcuni intervenienti avevano criticato l'indeterminatezza della clausola relativa alla durata della società comune FF, avendo previsto che potesse essere prorogata se non fossero stati raggiunti gli obiettivi di recupero dell'investimento effettuato. Le Parti si sono quindi impegnate a nominare, previa consultazione e gradimento dell'Autorità, un soggetto terzo e indipendente che verifichi il raggiungimento del recupero degli investimenti nell'ottica di stabilire la durata della *joint venture*. Nel caso tale soggetto appuri, prima della scadenza del 2035, che gli investimenti effettuati sono stati già recuperati, la società comune sarà liquidata in anticipo.

77. Le Parti hanno evidenziato che la *partnership* sarà attiva soltanto nelle aree di centrale delle 29 città del piano di co-investimento, dove comunque FF non realizzerà una copertura integrale del territorio. Sono stati inoltre forniti chiarimenti anche circa le quantità minime di capacità di rete che le Parti si impegnano ad acquistare in esclusiva dalla società comune FF. In particolare, riferendosi alle quantità fissate nel *business plan* dell'accordo di co-investimento, TIM ha comunicato che i minimi garantiti saranno tali da coprire meno del [25%-45%] del bacino di clientela presente nelle aree destinate alla copertura con rete FF. Quindi, per il [55%-75%] della domanda potenziale, TI e FW potranno rivolgersi ai concorrenti di FF, anche nelle città facenti parte del piano di co-investimento.

78. L'impegno n. 6, che riguarda le misure di segregazione delle informazioni di FF a garanzia contro lo scambio di informazioni commerciali tra le Parti, è stato anch'esso integrato, precisando che l'obbligo di segregazione riguarda anche le informazioni commerciali detenute da FF e prevedendo un regime sanzionatorio applicabile ai dipendenti in caso di violazioni del Manuale di *Antitrust Compliance*. Ogni anno, l'ufficio di FF che si occuperà della *compliance* predisporrà una relazione per l'Autorità nella quale illustri lo svolgimento e i risultati della propria attività.

79. Inoltre, è stata prevista la nomina di un consigliere di amministrazione indipendente, incaricato proprio di vigilare sul rispetto degli accordi e dei patti parasociali, così da limitare l'ambito di collaborazione delle Parti a quanto di stretta necessità per la realizzazione delle attività di investimento nella rete.

80. Rispetto alla formulazione sottoposta a *market test*, infine, la durata fino al 2035 è stata estesa anche all'impegno n. 3, consistente nell'attivazione di offerte *wholesale* di servizi VULA e *bitstream* NGA.

81. Le Parti, quindi, hanno reagito alle sollecitazioni provenienti dal *market test*, recependo alcune importanti osservazioni nelle modifiche apportate alla proposta di impegni. Allo stesso tempo, però, TI e FW hanno fornito una replica anche ai contributi più critici, esprimendo delle valutazioni in relazione ad alcune delle posizioni emerse del corso del *market test*.

82. In particolare, in merito alla considerazione che l'intesa realizzata tra TI e FW non sia in alcun modo emendabile mediante l'assunzione di impegni (Enel, OF e WT) trattandosi di una restrizione grave della concorrenza, FW ha ritenuto che tale tesi non sia sostenibile, considerato che i soggetti che l'hanno rappresentata avrebbero altresì presentato richieste di emendamento dei rimedi in ordine alla necessità di maggiori garanzie sui tempi di realizzazione dell'infrastruttura, sulle modalità e le tempistiche di accesso alla rete o sulle informazioni industriali che le Parti o FF dovrebbero fornire ai propri concorrenti.

83. FW ha respinto anche le osservazioni che ha ritenuto essere dirette soltanto a soddisfare peculiari interessi aziendali quali, ad esempio, taluni passaggi dei contributi forniti da Enel e da OF dove si è sostenuto che lo scenario controfattuale di riferimento sarebbe quello in cui FW avrebbe dovuto scegliere OF quale fornitore *wholesale*. A parere di FW, tale ipotesi sarebbe soltanto la rappresentazione dell'assetto concorrenziale preferibile per OF e per la sua controllante Enel. La *joint venture* FF, al contrario, sarebbe idonea a garantire un grado di concorrenza infrastrutturale superiore rispetto allo scenario raffigurato da OF, grazie all'introduzione sul mercato di nuove risorse di rete, del tutto indipendenti tra loro, di TIM e Fastweb.

84. Secondo FW, anche la posizione espressa da WT circa lo scenario controfattuale, analoga a quella di OF e di Enel, deve essere respinta. In particolare, la rinuncia di FW a costruire una propria infrastruttura FTTH, puntando sull'acquisto dell'accesso alla futura rete di OF sarebbe stata una scelta preferibile soltanto nell'ottica di sviluppo industriale perseguita da WT. Infatti, WT rappresenta un operatore che, avendo scelto di non investire direttamente nella costruzione di una propria rete in fibra ottica, preferirebbe che tale percorso fosse adottato anche dai suoi concorrenti.

85. Riguardo alla richiesta avanzata da Sky di integrare gli impegni con l'assunzione di un obbligo di accesso a favore dei CDN indipendenti alle reti delle Parti, FW ha espresso un giudizio di non pertinenza rispetto all'oggetto del procedimento in corso, trattandosi di aspetti che concernono il mercato dei servizi audiovisivi. Peraltro, grazie all'infrastrutturazione garantita dalla *joint venture*, a parere di FW, vi sarà un livello di concorrenza *wholesale* tale da soddisfare interessi industriali anche diversi, quali ad esempio quelli sollevati da Sky.

86. Dal suo canto, TI ha affrontato anche il tema sollevato da alcuni intervenienti (Enel, WT, OF), secondo cui la costituzione dell'impresa comune sarebbe una componente della stessa strategia anticoncorrenziale oggetto del procedimento A514, ragione per la quale l'Autorità dovrebbe analizzare l'accordo di co-investimento nell'ambito di tale procedimento. Secondo TI, però, tale tesi sarebbe da respingere in quanto muoverebbe dall'assunto che un operatore dotato di infrastrutture di rete proprietarie e già attivo sul mercato non possa realizzare investimenti propri dopo che un concorrente abbia manifestato l'intenzione di fare il suo ingresso sul mercato.

87. TI ha inoltre sostenuto che la varietà delle posizioni emerse possa dimostrare *per se* la correttezza degli scopi dell'accordo di cooperazione. Agli opposti, infatti, da un lato Tiscali, esprimendo un parere positivo sulla proposta di impegni, ha ritenuto che la *partnership* tra FW e TI garantirà un mercato dei servizi di accesso all'ingrosso in fibra ottica più sviluppato di quello attuale. Dall'altro lato, invece, Enel ha richiesto che la società comune FF sia liquidata o, comunque, impiegata esclusivamente per realizzare la rete per conto delle società madri, senza operare autonomamente sul mercato.

88. La differenza tra le due succitate posizioni, secondo TI, è spiegabile con il differente approccio rispetto agli impatti attesi da una maggiore concorrenza infrastrutturale. Da un lato, un tale riassetto concorrenziale sarebbe auspicato da quei soggetti, come Tiscali, che potrebbero beneficiare della presenza di più fornitori; dall'altro lato, una più intensa concorrenza infrastrutturale non sarebbe certamente apprezzata da altri soggetti, quali Enel e OF, che hanno scelto di realizzare investimenti infrastrutturali concorrenti.

89. Infine, si rappresenta che, invitate ad esprimersi in merito alle modifiche accessorie proposte dalle Parti, alcuni dei soggetti intervenuti al *market test* hanno dichiarato che a loro avviso tali modifiche non si prestavano a risolvere le criticità da essi evidenziate nel predetto *market test*²¹.

IX. VALUTAZIONI

90. Si ritiene che, per le ragioni di seguito esposte, gli impegni presentati dalle Parti, nella versione che risulta dopo le modifiche accessorie apportate a valle del *market test*, siano idonei a valorizzare le componenti di efficienza dell'accordo di co-investimento - tra le quali rientra anche il potenziale miglioramento della concorrenza infrastrutturale nei mercati delle telecomunicazioni su rete fissa - e capaci di rimuovere le problematiche di natura concorrenziale che erano state individuate dall'Autorità nel suo provvedimento di avvio.

91. Si evidenzia, al riguardo, che i mercati italiani delle telecomunicazioni di rete fissa non hanno mai sperimentato forme particolarmente rilevanti di concorrenza tra operatori infrastrutturati, contrariamente a quanto avvenuto nei mercati di rete mobile. La storica assenza delle reti fisse via cavo, infatti, ha privato gli operatori di telefonia fissa di una consistente pressione concorrenziale dinamica. Sul punto, nell'ambito dell'indagine conoscitiva realizzata congiuntamente con l'AGCom²², l'Autorità ha rilevato che la mancanza di concorrenza infrastrutturale ha avuto un "*impatto negativo sulla capacità del Paese di sviluppare reti a banda ultra-larga [...] in quanto gli obiettivi di copertura e di penetrazione dei servizi a banda ultra-larga possono essere raggiunti esclusivamente, e in tempi più lunghi, attraverso gli investimenti degli operatori di telecomunicazione*"²³.

92. Nella succitata indagine conoscitiva, l'Autorità aveva altresì espresso un'apertura nei confronti di accordi di investimento congiunti, proprio con l'idea di sostenere la diffusione delle reti di nuova generazione, allorché, in prospettiva, alla cooperazione tra gli operatori fosse stato associato un intensificarsi della concorrenza dinamica a beneficio dei consumatori finali. Parallelamente, l'Autorità sottolineava come tale apertura non avrebbe fatto venire meno l'esigenza di sottoporre simili accordi a un attento scrutinio ai sensi della normativa a tutela della concorrenza.

93. Anche il quadro normativo europeo vigente presenta una decisa apertura a favore degli accordi di co-investimento. Secondo la Commissione, infatti, "*accordi di co-investimento nell'FTTH basati su linee a fibra multipla possono in certe condizioni condurre a una situazione di concorrenza effettiva nelle zone geografiche interessate dal co-investimento. Tali condizioni comprendono in particolare il numero di operatori coinvolti, la struttura delle rete a controllo congiunto e altri accordi fra i co-investitori intesi ad assicurare una concorrenza effettiva sul*

²¹ Si tratta delle posizioni espresse da ENEL, Wind Tre, Vodafone, OF, Sky Italia, Iliad Italia, AIP e KPNQwest Italia.

²² Cfr. IC48 - Indagine conoscitiva sulla concorrenza statica e dinamica nel mercato dei servizi di accesso e sulle prospettive di investimento nelle reti di telecomunicazioni a banda larga e ultralarga, conclusa il 5 novembre 2014. Il testo è disponibile nel sito Internet dell'Autorità, all'indirizzo <www.agcm.it>.

²³ *Ibidem*, pag. 8 del testo.

mercato a valle"²⁴. Dello stesso orientamento appare essere la Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio COM (2016) 590 che istituisce il Codice Europeo delle Comunicazioni Elettroniche²⁵.

94. L'accordo sottoscritto da TIM e FW si inserisce nel contesto di profonda evoluzione tecnologica ed economica che sta interessando il settore delle telecomunicazioni su rete fissa. Al contempo, in assenza degli impegni proposti dalle Parti, l'accordo tra TI e Fastweb avrebbe potuto costituire un'intesa potenzialmente idonea a restringere la concorrenza nella misura in cui, comportando un rilevante coordinamento tra le stesse Parti riguardo alle scelte strategiche relative alle reti fisse a banda larga e ultralarga, avrebbe potuto ridurre l'intensità della competizione statica e dinamica, considerando che essa coinvolge i due principali operatori verticalmente integrati operanti nel settore.

95. Gli impegni presentati dalle Parti sono idonei a ricondurre l'accordo in questione a un percorso di promozione dell'efficienza dinamica, mediante la realizzazione di reti infrastrutturali a banda ultralarga in modalità FTTH. I rimedi proposti da TI e FW consentono, in particolare, uno sviluppo più rapido della copertura del territorio con reti ultraveloci e la promozione della concorrenza infrastrutturale a beneficio dei consumatori finali. Nel contesto competitivo italiano, la *joint venture* realizzata dalle Parti, così come riconfigurata dagli impegni presentati, appare dunque fornire una spinta decisiva affinché il mercato si evolva verso un confronto tra operatori dotati ciascuno della propria infrastruttura.

96. Negli ultimi anni, l'ingresso sul mercato di un nuovo operatore *wholesale only* quale Open Fiber e l'accordo di co-investimento qui in esame, sembrano avere dato inizio a un processo di rinnovamento delle tradizionali strutture competitive dei mercati *wholesale* e *retail* di rete fissa, introducendo interessanti forme di concorrenza infrastrutturale.

97. Gli impegni presentati, così come emendati dalle modifiche accessorie, appaiono pertanto idonei a valorizzare gli elementi apprezzabili del progetto di co-investimento delle Parti, depurando l'accordo dalle clausole che avrebbero potuto produrre possibili restrittività concorrenziali (prelazione delle Parti sulla capacità di rete offerta residua oltre il loro fabbisogno industriale; obbligo di utilizzare preliminarmente FF per ulteriori progetti di investimento; obbligo di servirsi della rete di FF) ed integrandolo al fine di prevenire rischi di coordinamento delle Parti. La proposta di impegni definitiva, in sintesi, appare idonea a ricondurre la *joint venture* nella giusta prospettiva di strumento di promozione dell'efficienza dinamica, ridimensionando gli incentivi a intraprendere condotte collusive.

98. Passando all'analisi dei singoli impegni presentati, si rileva che in base all'impegno **n. 1** le Parti si obbligano ad agire nella costruzione delle infrastrutture da realizzare in comune, secondo una prestabilita tabella di marcia. L'indicazione di un preciso percorso di avanzamento degli investimenti nella nuova infrastrutture di rete consente la piena realizzazione della componente di efficienza dinamica e di innovazione tecnologica dell'accordo di co-investimento, individuabile proprio nella costruzione di un'infrastruttura di rete fissa in fibra ottica.

²⁴ Cfr. Raccomandazione della Commissione del 20 settembre 2010 relativa all'accesso regolamentato alle reti di accesso di nuova generazione (NGA), (2010/572/UE), pag. 4.

²⁵ La proposta di Direttiva in questione appare riservare una particolare attenzione agli accordi di co-investimento, prevedendo delle aperture in diversi punti del testo proposto. All'art. 65, comma 2, lett. a), ad esempio, è previsto che le autorità di regolamentazione nazionali, nello svolgimento dell'analisi di mercato al fine della valutazione della sussistenza di significativo potere di mercato, devono tenere conto anche dell'esistenza "di sviluppi del mercato che possono favorire la tendenza del mercato rilevante al raggiungimento di una concorrenza effettiva, quali accordi commerciali di co-investimento o di accesso tra operatori che avvantaggiano le dinamiche concorrenziali in modo sostenibile".

99. Tale impegno rappresenta un efficace strumento per rendere contrattualmente vincolante la realizzazione del progetto di co-investimento comune tramite FF. L'integrazione accessoria apportata dalle Parti dopo il *market test* ha specificato la variabile che potrà essere presa di riferimento per la verifica del rispetto delle percentuali di copertura e delle tempistiche definite. L'indicazione del numero di ROE che saranno realizzati costituisce, in tal senso, un'opportuna miglioria in termini di verificabilità dell'attuazione dell'impegno in questione.

100. La verificabilità dell'impegno a realizzare la rete in fibra ottica è stata rafforzata anche dalla previsione, sempre aggiunta in sede di modifiche accessorie, che sarà un soggetto terzo e indipendente, individuato previa consultazione e gradimento dell'Autorità, a certificare la realizzazione attuativa del progetto di co-investimento, predisponendo un rapporto annuale all'Autorità in relazione allo stato di avanzamento dei lavori e al rispetto delle tempistiche previste. Le Parti hanno inoltre chiarito che, laddove saranno costruiti i ROE di edificio, si procederà anche alla realizzazione dei collegamenti verticali, sulla base delle richieste di attivazione che perverranno dalla clientela finale. Le Parti hanno altresì garantito la disponibilità a realizzare i verticali in corrispondenza dei ROE raggiunti dalla rete secondaria di FF, per gli operatori concorrenti che ne facessero richiesta.

101. Quanto all'impegno n. 2, la previsione integrativa secondo la quale le Parti assicurano che saranno disponibili un numero compreso tra [1-5] e [5-10] fibre lungo la rete di accesso primaria di FF, e che le Parti non utilizzeranno lasciandole a disposizione delle esigenze di terzi operatori, contribuirà a incrementare le risorse di rete che potranno essere immesse, in concorrenza, sul mercato dei servizi all'ingrosso a favore di soggetti terzi rispetto all'accordo²⁶. In tal senso, l'impegno n. 2 costituisce un rimedio efficace a rimuovere i rischi di condotte preclusive dell'accesso alla rete in quanto assicura la disponibilità di risorse di rete addizionali per gli operatori terzi.

102. Nello specifico, le richieste di fornitura di risorse di rete saranno soddisfatte entro 20 giorni lavorativi dalla ricezione delle manifestazioni di interesse. Le Parti si sono altresì obbligate a giustificare gli eventuali dinieghi, comunque ammissibili soltanto in caso di mancata disponibilità delle risorse o per impossibilità tecnica. Inoltre, la disponibilità a concludere contratti con terzi soggetti per la realizzazione e l'utilizzo di nuovi segmenti verticali ha reso più completo l'impegno n. 2 che, nella sua formulazione finale, in termini di benefici per la concorrenza nel mercato *wholesale*, deve essere analizzato insieme all'impegno n. 3, che obbliga le Parti a predisporre offerte concorrenziali e autonome di servizi VULA e *bitstream* NGA nonché a mettere a disposizione del mercato l'accesso alle infrastrutture di posa mediante accordi IRU.

²⁶ Secondo il paragrafo n. 98 della Comunicazione Consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del regolamento (CE) n. 139/2004, nel caso l'impresa comune realizzi più del 50% del suo fatturato tramite vendite a soggetti terzi, "ciò sarà in genere sufficiente ad indicare che si tratta di un'impresa a pieno titolo". Al di sotto di tale soglia, la normativa europea in esame prescrive un'analisi caso per caso e, in particolare, ai fini dell'individuazione dell'autonomia operativa, stabilisce come "necessario che la relazione tra l'impresa comune e le sue madri abbia un carattere realmente commerciale". Nel caso di specie di FF, tale ultimo requisito non appare riscontrabile, posto che l'accordo sottoscritto tra le Parti prevede un obbligo per FF di cedere l'infrastruttura di rete in uso alle società madri TIM e FW, quindi non una reale negoziazione commerciale. La natura cooperativa della joint-venture non è compromessa dall'Impegno n. 2, in quanto le vendite a terzi di servizi di accesso saranno possibili soltanto per la capacità residua di rete, per la quota eccedente i fabbisogni industriali delle imprese madri. In particolare, sulla base del numero di fibre ottiche che l'Impegno n. 2 prevede saranno poste a disposizione dei terzi da FF e considerata l'architettura di rete scelta dalle Parti, è possibile stimare che FF potrà cedere a terzi al massimo il 9-10% della capacità di rete totale per singolo armadio. Inoltre, nella fornitura di tali fibre a terzi, FF dovrà rispettare gli obblighi regolamentari vigenti in capo a TIM quindi, la cessione degli *asset* in questione non avverrà neppure a esito di una genuina contrattazione commerciale.

103. Nel complesso, l'insieme delle misure previste dall'impegno n. 2 e dall'impegno n. 3 appare idoneo a promuovere una più intensa concorrenza nel mercato dei servizi di accesso all'ingrosso, essendo possibile l'attivazione delle seguenti tipologie di offerte:

- Offerta di servizi di accesso virtuali e di infrastrutture di posa (VULA e bitstream NGA) sul semi-GPON di TI, secondo le condizioni della vigente regolamentazione;
- Offerta di servizi di accesso virtuali e di infrastrutture di posa (VULA e bitstream NGA) sul semi-GPON di FW, in concorrenza con le offerte di TIM;
- Offerta di accesso in fibra spenta sulla capacità di rete residua di FF.

104. L'ampiezza della gamma di offerte di servizi *wholesale* che gli impegni garantiranno risulta tale che più categorie di operatori terzi, differenziati in base al grado di infrastrutturazione proprietaria, potranno incontrare un'offerta adatta alle proprie specifiche esigenze di servizi di accesso utili a fornire al cliente finale una connessione in fibra ottica FTTH. In sintesi, allorché la copertura del territorio sarà completata, nelle aree delle 29 città del progetto coperte da rete FF:

- un operatore meno infrastrutturato potrà contare su due offerte in concorrenza di servizi *bitstream* NGA, di cui una a prezzi regolamentati;
- un operatore collocato presso la centrale, potrà usufruire di due offerte di infrastrutture di posa per la rete primaria e dell'offerta di FF di fibra spenta per la rete secondaria, se interessato ad acquistare un accesso di tipo fisico, oppure due offerte di servizi VULA in concorrenza, se preferirà competere tramite un accesso virtuale;
- un operatore collocato presso l'armadio di strada, avrà la possibilità di acquistare fibra spenta da FF oppure di scegliere tra le due offerte in concorrenza di servizi VULA.
- un operatore che posi la propria fibra ottica fino all'edificio, infine, potrà richiedere alle Parti l'accesso al segmento verticale.

105. Le Parti si impegnano a nominare, previa consultazione e gradimento dell'Autorità, un soggetto terzo e indipendente che certifichi il raggiungimento del ritorno degli investimenti, decretando, nel caso, lo scioglimento anticipato, rispetto alla scadenza prevista per il 2035, della società comune. Tale clausola, unitamente a quanto previsto dall'impegno n. 5, appare delimitare opportunamente il complessivo perimetro della cooperazione tra le Parti a quanto strettamente necessario per la realizzazione degli investimenti nella nuova rete di accesso. In particolare, TI e FW opereranno soltanto nelle aree di centrale delle 29 città coinvolte dal progetto di co-investimento. Al di fuori di tale ambito geografico e funzionale, l'accordo di co-investimento risultante dalle modifiche apportate dall'impegno n. 5 assicura che, per la restante parte del mercato, FW e TI continueranno a sviluppare autonomamente la rispettiva strategia di infrastrutturazione in reti a banda ultralarga, anche rivolgendo a terzi fornitori di servizi di accesso all'ingrosso.

106. In tal senso sembra potersi interpretare anche l'indicazione delle quantità minime di clienti che le Parti attiveranno prioritariamente sulla rete FF. Tali clienti acquisiti alla rete FF saranno in misura sufficiente soltanto ad assicurare l'equilibrio economico-finanziario dell'investimento; oltre tale soglia minima, TI e FW potranno rivolgersi liberamente e autonomamente sul mercato per ricercare le risorse di rete occorrenti per attivare la clientela addizionale. Infine, le modifiche apportate successivamente allo svolgimento del *market test* hanno consentito di integrare anche le misure incluse nell'impegno n. 6, prevedendo la nomina di un amministratore indipendente da TI e da FW nel CdA di FF unitamente a misure volte a impedire il trasferimento di informazioni commerciali tra le Parti socie di FF.

107. La proposta di impegni così modificata, pertanto, risulta idonea a far venire meno i profili di rischio di condotte collusive tra le Parti dell'accordo di co-investimento, valorizzando, piuttosto,

gli elementi di efficienza dinamica derivanti dalla costruzione di un'infrastruttura potenzialmente idonea a garantire un maggiore grado di concorrenza nel mercato dei servizi di accesso all'ingrosso.

108. Ciò detto in relazione ai singoli impegni, si ritiene di non condividere la posizione espressa da taluni intervenienti nel corso del *market test* secondo la quale le questioni analizzate nel presente procedimento dovrebbero formare oggetto di accertamento di una possibile violazione dell'articolo 102 del TFUE nell'ambito del distinto procedimento A514. L'accordo di co-investimento oggetto di esame nella presente sede è espressamente destinato ad aree territoriali comprese nei cosiddetti *cluster A e B*, per i quali è stato escluso l'intervento pubblico proprio in considerazione di condizioni favorevoli agli investimenti da parte di operatori privati.

109. Rispetto al procedimento A514, quindi, la fattispecie oggetto di accertamento da parte dell'Autorità riguarda un ambito diverso, sia sul piano geografico sia sul piano produttivo. La *joint venture*, infatti, è costituita al fine di operare esclusivamente su alcune aree delle 29 città facenti parte del progetto di co-investimento, rientranti nelle aree del territorio nazionale dove l'ampiezza della domanda potenziale non consente di escludere la sussistenza delle condizioni necessarie per lo sviluppo di una concorrenza infrastrutturale, sul modello di quanto già avviene in Italia nel mercato dei servizi di telecomunicazioni di rete mobile. Infatti, tali aree non sono state ritenute interessate da condizioni di fallimento del mercato, come invece avvenuto per le aree bianche del territorio per le quali il piano nazionale banda ultralarga del Governo ha previsto forme di intervento pubblico atte a sopperire alla mancanza di investimenti privati.

110. Si può inoltre escludere con certezza che l'investimento legato alla realizzazione di FF possa estendersi geograficamente, dal momento che i suoi confini sono stati definiti con precisione dalle Parti e riguardano solo alcune aree delle 29 città da esse individuate (cfr. al riguardo anche quanto previsto dall'impegno 5).

111. Infine, si rileva che anche la mera ed ipotetica possibilità per le parti di valutare l'opportunità di presentare offerte congiunte attraverso FF nell'ambito delle gare indette per l'infrastrutturazione delle aree bianche è stata espressamente eliminata attraverso l'impegno 5 che, nella sua versione definitiva, interviene sul punto, eliminando in radice tale possibilità, prevedendo la soppressione dell'art. 7.5 dell'accordo di co-investimento. Peraltro, la cooperazione prevista dall'accordo di co-investimento non ha mai prodotto alcun effetto neppure nelle more del procedimento in oggetto, in quanto le Parti non hanno presentato offerte congiunte in sede di gara.

112. L'accordo di co-investimento, inoltre, presenta elementi di miglioramento dell'efficienza nel mercato che difficilmente appaiono riconducibili univocamente all'ipotizzato disegno abusivo in corso di accertamento istruttorio nel procedimento A514.

113. Gli impegni appaiono idonei non solo a far venire meno le preoccupazioni concorrenziali in merito agli effetti che la *joint venture* possa generare sulla concorrenza nel mercato dei servizi all'ingrosso, ma anche ad incrementare la concorrenza sui mercati dei servizi all'ingrosso, così da limitare i rischi di equilibri collusivi nel mercato dei servizi al dettaglio alla clientela finale.

114. L'aumento della pressione competitiva nel mercato dei servizi di accesso all'ingrosso, infatti, non potrà che generare benefici anche al mercato dei servizi al dettaglio, considerato che gli operatori terzi rispetto all'accordo in esame, almeno nelle aree coperte da FF, potranno scegliere tra almeno due fornitori di capacità di rete all'ingrosso. Tale dinamica competitiva appare efficace nel limitare gli incentivi per condotte di *input foreclosure*, considerato che per FW e TI diventerà ottimale la massimizzazione della capacità di rete utilizzata.

115. Nel parere rilasciato ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lettera c), n. 11, della legge 31 luglio 1997, n. 249, l'AGCom ha rilevato che gli impegni presentati da TI e FW, con le modifiche

apportate successivamente al *market test*, sono idonei a prevenire i rischi concorrenziali sollevati in sede di avvio del procedimento istruttorio, in quanto essi delimitano i confini della cooperazione tra le Parti a quanto occorrente per la realizzazione degli investimenti previsti e, dunque, risultano idonei a valorizzare le componenti di efficienza dell'accordo di co-investimento, tra le quali anche lo sviluppo infrastrutturale nei mercati delle telecomunicazioni su rete fissa. L'AGCom, inoltre, si è riservata di valutare l'impatto dell'accordo di co-investimento tra TI e FW nell'ambito del proprio ciclo triennale di analisi regolamentare, al fine di assicurare una evoluzione positiva sia degli incentivi agli investimenti che delle dinamiche concorrenziali.

116. In conclusione, gli impegni, così come emendati dalle modifiche accessorie proposte dalle Parti, risultano idonei a risolvere le preoccupazioni concorrenziali suscitate dall'accordo sottoscritto tra TI e FW che hanno condotto all'apertura del presente procedimento. Se, infatti, da un lato, due importanti concorrenti diretti, sottoscrivendo un accordo di co-investimento che presuppone lo svolgimento in comune delle attività di realizzazione delle nuove infrastrutture, pongono rischi di restrizioni alla concorrenza, dall'altro lato, la proposta di impegni, delimitando con precisione il confine geografico e produttivo della cooperazione e rafforzando in senso competitivo la struttura dell'offerta di servizi *wholesale*, pone un efficace argine al perseguimento di strategie anticompetitive da parte di FW e TI, facendo prevalere gli elementi di efficienza conseguibili dall'accordo.

117. Gli impegni proposti, infatti, risultano idonei a porre dei vincoli operativi e comportamentali tali da ricondurre l'accordo di cooperazione tra TI e FW alla struttura contrattuale di un accordo di co-investimento ottimale, diretto principalmente a perseguire efficienze. La proposta di impegni appare alquanto di rilievo, prevedendo, tra l'altro, proprio l'obbligo di realizzare le infrastrutture annunciate, rispettando una precisa tabella di marcia temporale, fino al 2020.

118. Sotto questo profilo, gli impegni consentono di indirizzare l'accordo tra TI e FW lungo un percorso che favorisca l'instaurarsi di un assetto di mercato caratterizzato da una forma di concorrenza infrastrutturale innovativa per il contesto italiano delle telecomunicazioni di rete fissa, sulla quale, anche in virtù degli impegni, l'Autorità continuerà a esercitare un'attività di monitoraggio.

119. Anche la durata degli impegni, legata alla durata della permanenza in attività della società comune FF, appare congrua rispetto a un periodo di tempo ottimale per lo sviluppo di un assetto concorrenziale dinamico del mercato dei servizi di accesso all'ingrosso.

120. In conclusione, gli impegni presentati da TI e FW risultano idonei, nel loro complesso, a superare le preoccupazioni concorrenziali emerse nel corso del procedimento.

X. CONCLUSIONI

121. Sulla base degli elementi suesposti e delle considerazioni svolte, si ritiene che gli impegni presentati da Telecom Italia e Fastweb appaiono idonei a porre rimedio alle preoccupazioni concorrenziali sollevate dall'Autorità in sede di avvio del presente procedimento istruttorio, nella misura in cui essi delimitano in maniera chiara i confini della cooperazione tra le Parti a quanto occorrente per la realizzazione degli investimenti previsti in tempi certi.

122. Gli impegni consentiranno un aumento del grado di concorrenza infrastrutturale, favorendo lo sviluppo di offerte competitive di servizi di accesso all'ingrosso e permettendo, così, a più operatori di predisporre offerte di servizi ad alta capacità sul mercato al dettaglio.

123. L'Autorità vigilerà sull'esecuzione degli impegni e si riserva ogni ulteriore intervento futuro laddove dovessero essere individuati eventuali profili rilevanti ai sensi della normativa nazionale ed europea a tutela della concorrenza.

RITENUTO, quindi, che gli impegni presentati da Telecom Italia S.p.A. e Fastweb S.p.A. risultano idonei a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria;

RITENUTO di disporre l'obbligatorietà degli impegni presentati da Telecom Italia S.p.A. e Fastweb S.p.A. ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90;

tutto ciò premesso e considerato:

DELIBERA

a) di rendere obbligatori per Telecom Italia S.p.A. gli impegni presentati, ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90, nei termini sopra descritti e allegati al presente provvedimento di cui formano parte integrante;

b) di rendere obbligatori per Fastweb S.p.A. gli impegni presentati, ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90, nei termini sopra descritti e allegati al presente provvedimento di cui formano parte integrante;

c) di chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione, ai sensi del medesimo articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90;

d) che le società Telecom Italia S.p.A. e Fastweb S.p.A. presentino all'Autorità, entro trenta giorni dalla notifica del presente provvedimento, una prima relazione sullo stato di attuazione degli impegni assunti, corredata da ogni relativa necessaria documentazione, ove sia indicato anche il nominativo del soggetto terzo e indipendente previsto dall'impegno 1;

e) che le società Telecom Italia S.p.A. e Fastweb S.p.A. presentino all'Autorità, entro il 31 gennaio 2019, una seconda relazione sullo stato di attuazione degli impegni assunti, corredata da ogni relativa necessaria documentazione;

f) che le società Telecom Italia S.p.A. e Fastweb S.p.A. presentino all'Autorità, entro il 31 gennaio 2020 una terza relazione e, successivamente, entro il 31 gennaio 2021, un'ultima relazione sull'attuazione degli impegni assunti, corredate da ogni relativa necessaria documentazione.

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

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lettera *b*), del Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'articolo 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'articolo 8, comma 2, del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE
Roberto Chiappa

IL PRESIDENTE
Giovanni Pitruzzella
