

FORMULARIO PER LA PRESENTAZIONE DEGLI IMPEGNI

AI SENSI DELL'ART. 14-TER DELLA LEGGE N. 287/1990

Versione definitiva di Telecom Italia S.p.A.

Numero del Procedimento

I799, TIM-FASTWEB-REALIZZAZIONE RETE IN FIBRA

Parte del procedimento

Telecom Italia S.p.A.

Fastweb S.p.A.

Fattispecie contestata

Con provvedimento in data 1.2.2017 n. 26399, notificato in data 9.2.2017 ("Provvedimento di avvio"), codesta Spett.le Autorità ("AGCM") ha avviato a carico di Telecom Italia S.p.A. ("TIM") e Fastweb S.p.A. ("FW") il procedimento istruttorio n. I799 per verificare se la costituzione dell'impresa comune, FlashFiber S.r.l. ("FF"), incaricata di realizzare le infrastrutture passive di rete secondaria in fibra ottica in alcune città italiane ("Progetto"), sia suscettibile di coordinare le loro attività commerciali in violazione dell'articolo 101 TFUE.

In particolare, secondo il Provvedimento di avvio, l'accordo di co-investimento, spontaneamente comunicato dalle parti all'AGCM in data 14.9.2016 ("Accordo"), con cui è stata costituita FF, potrebbe comportare "*un rilevante coordinamento [...] in scelte strategiche relative alle reti fisse a banda larga e ultra-larga*" e "*ridurre l'intensità della competizione statica e dinamica, considerando che essa coinvolge i due principali operatori verticalmente integrati operanti nel settore*" (§28). In particolare, il coordinamento in questione potrebbe declinarsi lungo tre direttrici relative: (i) alle "*decisioni di investimento sulle reti in fibra*" (§29); (ii) alla "*fornitura dei servizi di accesso all'ingrosso che le Parti offriranno sul mercato ai propri concorrenti*" (§32); e (iii) alla "*fornitura dei servizi agli utenti finali*" (§33).

Così, secondo il Provvedimento di avvio (§§36-37), qualora le parti non riuscissero a dimostrare nel corso dell'istruttoria la sussistenza delle condizioni di applicabilità dell'art. 101.3 TFUE, l'Accordo potrebbe configurare una intesa restrittiva vietata dall'art. 101.1 TFUE.

Giuste separate istanze motivate delle parti, con provvedimento in data 4.5.2017 codesta Spett.le Autorità ha prorogato il termine di presentazione degli impegni *ex art. 14-ter*, Legge n. 287/1990, sino all'8.6.2017.

Mercati interessati

Nel Provvedimento di avvio si individuano, come interessati, i mercati nazionali dei servizi: (i) di accesso fisico all'ingrosso su rete fissa; e (ii) di telecomunicazione al dettaglio a banda larga e ultra-larga (§§18-24).

Descrizione degli impegni proposti

Nella convinzione di aver agito in maniera assolutamente legittima e fatta salva la possibilità di sviluppare in futuro le opportune difese in fatto e diritto, per economia procedimentale TIM intende presentare adeguati impegni comportamentali, che facciano venir meno tutti i potenziali profili anticoncorrenziali ipotizzati dall'AGCM nel Provvedimento di avvio.

Come di seguito illustrato, tali impegni riguardano in particolare i seguenti profili: (i) la limitazione geografica, merceologica e temporale degli ambiti di collaborazione tra le parti a quanto strettamente necessario per l'esecuzione del Progetto, secondo la miglior prassi in materia di accordi orizzontali di produzione; (ii) il miglioramento delle condizioni di accesso dei terzi alla capacità residua e ai verticali di FF nonché ai servizi *wholesale* e alle infrastrutture delle parti; e (iii) l'introduzione di adeguate misure organizzative funzionali a impedire anche il solo rischio di comportamenti anticoncorrenziali.

Impegni strutturali

Non applicabili.

Impegni comportamentali

A esclusivo beneficio di codesta Spett.le Autorità, si producono copie integrali dell'Accordo e dello Statuto di FF che, in formato revisione, mostrano le modifiche proposte rispetto ai patti originari, già in possesso dell'AGCM. Considerata la natura riservata di tali documenti, essi devono restare completamente inaccessibili e, quindi, non sono pubblicabili nemmeno ai fini del *market test*.

Sezione I: Misure relative alla certezza di un aumento della disponibilità di input wholesale

IMPEGNO n. 1: *Impegno a rispettare tempi certi nella costruzione della nuova infrastruttura di rete.*

Le parti si impegnano alla realizzazione della rete FTTH, nelle 29 città interessate dall'Accordo, secondo stringenti scadenze temporali, con obiettivi annuali fissati a partire dall'anno in corso. Premesso e ribadito che il *Business Plan* di FF già impegna, tra loro, le parti alla realizzazione della rete secondo un percorso temporale definito e vincolante, in virtù del quale le infrastrutture di FF dovranno essere realizzate per il 37% entro il 2017, per il 76% entro il 2018, per il 90% entro il 2019 e integralmente per il 2020, le parti si impegnano verso l'AGCM a realizzare la rete almeno nelle seguenti proporzioni, le quali già incorporano possibili problematiche e oscillazioni operative:

- per il 30 % entro il 2017,
- per il 70% entro il 2018,
- per il 85% entro il 2019 e
- per il 95% entro il 2020.

La realizzazione dei Verticali farà immediato seguito alla realizzazione della Rete in ogni specifica area e la Società cesserà la propria attività al momento del ritorno sugli investimenti.

IMPEGNO n. 2: *Eliminazione del diritto di prelazione di TIM e FW sulle risorse di rete eccedenti il loro fabbisogno industriale; definizione di criteri di realizzazione della rete che garantiscano a TIM e FW la possibilità di formulare autonomamente e disgiuntamente a terzi richiedenti offerte wholesale di servizi di accesso; obbligo di FF di concludere accordi di accesso ai propri segmenti verticali con soggetti terzi che a loro volta commercializzano segmenti verticali in fibra da essi stessi realizzati.*

L'art. 7.2 dell'Accordo sarà modificato come segue:

“Le parti concordano sin d’ora che oggetto dell’attività della Società sarà esclusivamente la realizzazione delle tratte di rete del cabinet fino ai building e alle residenze dei clienti ('Rete Secondaria' e 'Verticali') e pertanto la Società offrirà solo accesso alla Rete Secondaria e ai Verticali in fibra. Resta inteso tra le Parti che, in conformità con la normativa di settore vigente: (a) la realizzazione del Progetto renderà disponibile in uso esclusivo a TIM e FW secondo le modalità definite nel Piano Industriale, gli assets di Rete

Secondaria e i Verticali delle Reti GPON per queste configurate dalla Società; (b) le risorse eccedenti quelle necessarie per la realizzazione delle due reti GPON resteranno nella disponibilità della Società, che le cederà in uso agli operatori richiedenti alle condizioni di volta in volta applicabili, tenuto anche conto della regolamentazione vigente; (c) le parti convengono che i criteri di realizzazione della rete dovranno garantire un numero di fibre tali da consentire a ciascuna di esse di formulare autonomamente e disgiuntamente a terzi richiedenti offerte wholesale di servizi di accesso;(d) Flash Fiber, ove richiesto, concluderà, con soggetti terzi che a loro volta commercializzano segmenti verticali in fibra da essi stessi realizzati, accordi su base reciproca aventi ad oggetto l'utilizzo dei segmenti verticali”.

IMPEGNO n. 3: Accesso ai cavidotti e offerta VULA a condizioni non discriminatorie

Con riferimento all'accesso alle infrastrutture di posa, le parti si impegnano a negoziare con terzi richiedenti accordi di reciproco accesso alle rispettive infrastrutture in termini di cessione di *indefeasible right of use* (IRU) di durata fino a 30 anni, a condizioni tecniche ed economiche reciproche, al fine di costruire reti FTTH. Resta inteso che, eventuali condizioni economiche di miglior favore negoziate in tali accordi saranno automaticamente recepite e applicate anche retroattivamente sulle infrastrutture già acquisite.

Al di là degli obblighi di natura regolamentare, già o eventualmente gravanti sulle parti ovvero in caso di loro rimozione in tutte o in parte delle aree geografiche coperte con l'infrastruttura di FF, ciascuna di esse si impegna a formulare in modo autonomo un'offerta all'ingrosso di servizi VULA a condizioni non discriminatorie.

Sezione II: Misure relative alla limitazione temporale, commerciale, geografica e di scopo dell'attività di FF

IMPEGNO n. 4: Riduzione della durata dell'Accordo

L'art. 4 dello Statuto di FF sarà modificato come segue:

“La società ha durata sino al 31 dicembre 2035 e potrà essere prorogata o anticipatamente sciolta con deliberazione dell'assemblea”.

IMPEGNO n. 5:

- 5.1 Limitazione quantitativa all'obbligo delle parti di attivare i clienti residenziali e micro-business mediante gli asset resi disponibili da FF;***
- 5.2 Limitazione esplicita alle sole aree di centrale previste dal Progetto dell'obbligo delle parti di rivolgersi a FF per la realizzazione della rete ed eliminazione dell'obbligo di considerare prioritariamente FF per lo sviluppo, in altre aree del Paese, di progetti analoghi a quelli oggetto dell'accordo di co-investimento;***
- 5.3 Eliminazione della possibilità di FF di partecipare alle gare indette da Infratel Italia S.p.A. per la copertura delle cc.dd. aree bianche;***
- 5.4 Eliminazione della possibilità per le parti di collaborare per lo sviluppo di soluzioni tecnologiche volte a massimizzare le prestazioni delle reti FTTC, attraverso l'utilizzo della tecnologia multi-operator vectoring (MOV).***

5.1: L'art. 7.3 dell'Accordo sarà modificato come segue:

“Le Parti concordano altresì che la realizzazione della Rete Secondaria (inclusi i Verticali) sarà affidata, a prezzi di mercato, in outsourcing E2E dalla Società a TIM, in misura del 70%, e a FW in misura del 30% (i 'Contratti di Outsourcing'). Le Parti si impegnano a procedere senza indugio, immediatamente dopo la Data di Sottoscrizione, alle discussioni e negoziazioni finalizzate alla sottoscrizione dei Contratti di Outsourcing, che le Parti si impegnano a sottoscrivere con la Società nel più breve termine possibile. TIM e FW s'impegnano ad attivare la clientela residenziale e micro-business con i servizi forniti mediante gli assets resi disponibili dalla Società per quanto riguarda le quantità minime indicate nel Business Plan”.

5.2: L'art. 7.4 dell'Accordo sarà modificato come segue:

“Per tutto il periodo di realizzazione del Progetto (come previsto dal Piano Industriale), ferma la qualità di socio della Società, TIM e FW si obbligano, fatte salve le attività analoghe all'Attività di ciascuna Parte preesistenti alla Data di Esecuzione, ad utilizzare in via esclusiva la Società per la realizzazione del Progetto ed a non sottoscrivere accordi e/o a detenere partecipazioni dirette od indirette in Società che prevedono lo svolgimento

di Attività nelle aree di centrale nelle quali è realizzata l'infrastruttura prevista dal Progetto”.

5.3: Le parti si impegnano a eliminare l'art. 7.5 dell'Accordo, con il quale queste ultime avevano ipotizzato la possibilità che FF partecipasse alle gare indette da Infratel Italia S.p.A. per la copertura delle cosiddette aree bianche.

5.4: Le parti si impegnano a eliminare l'art. 8 dell'Accordo, con il quale avevano previsto “*ulteriori aree di possibili cooperazione*” volte a massimizzare la performance della tecnologia VDSL *enhanced* e future evoluzioni, attraverso l'utilizzo della tecnologia *multi-operator vectoring* (MOV).

Sezione III: Misure volte a preservare la concorrenza retail tra le imprese madri attraverso la segregazione delle informazioni sensibili a qualsiasi titolo acquisite da FF

IMPEGNO n. 6:

- 6.1 Adozione di una specifica disposizione che obblighi FF ad adottare misure idonee ad impedire il trasferimento tra le parti di qualsiasi informazione commercialmente sensibile;***
- 6.2 Adozione di una specifica disposizione che obblighi il CdA di FF a dotarsi di un Manuale di antitrust compliance;***
- 6.3 Adozione di una specifica disposizione che obblighi il CdA a nominare un responsabile incaricato di vigilare sul rispetto del Manuale di antitrust compliance***

6.1: Fastweb e TIM s'impegnano ad introdurre nell'Accordo l'art. 7.3-*bis* secondo cui:
“*Le parti concordano che FF adotterà processi idonei ad escludere il trasferimento tra le parti di tutte le informazioni commercialmente sensibili di cui sia venuta a conoscenza per l'esecuzione dell'accordo. A tal fine lo statuto della società prevedrà apposite misure fisiche e logiche che garantiscano la segregazione dei dati tra la società e i propri*

azionisti nonché norme comportamentali e un Compliance Officer responsabile della loro attuazione.

Le attività tecniche di collegamento dei clienti di ciascuna delle due Parti saranno affidate da Flash Fiber in outsourcing alle Parti stesse che opereranno disgiuntamente, anche attraverso utilizzo di imprese terze, secondo processi tali da garantire la segretezza delle informazioni commerciali”.

6.2: Nello Statuto di FF le parti si impegnano ad inserire il seguente Titolo IX:

"Titolo IX

MISURE DI COMPLIANCE ANTITRUST

Articolo 29-bis – Manuale di Antitrust Compliance

Al fine di garantire la piena e corretta segregazione delle informazioni a rilevanza competitiva, il CdA è tenuto a dotarsi di un Manuale di Antitrust Compliance che definisca le misure e le norme comportamentali che dovranno essere messe in atto dalla Società e dai suoi amministratori e dipendenti. In particolare, tale manuale, per evitare la circolazione e la diffusione non autorizzata tra i soci di informazioni sensibili dal punto di vista commerciale dei soci o dei terzi, dovrà prevedere adeguate misure di segregazione delle informazioni operative aziendali rispetto ai soci ".

6.3: Nello Statuto di FF le parti si impegnano ad inserire il seguente art. 21-bis:

“Articolo 21-bis – Antitrust Compliance Officer

Il Consiglio di Amministrazione nominerà un responsabile incaricato di vigilare sul rispetto del Manuale di Antitrust Compliance di cui si doterà la Società nonché di ricevere eventuali segnalazioni sulla sua violazione. Le specifiche funzioni del responsabile sono indicate nel menzionato Manuale di Antitrust Compliance.

L’Antitrust Compliance Officer è altresì responsabile di verificare la corretta applicazione del Manuale di Antitrust Compliance di cui al titolo IX del presente Statuto”.

Eventuale periodo di validità

I presenti impegni resteranno applicabili sino al 31.12.2035, salvo ove diversamente previsto e salvo quelli relativi alle offerte di IRU e di VULA (Impegno n. 3) che scadranno in data 31.12.2025.

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

a. Nel Provvedimento di avvio codesta Spett.le Autorità ha paventato il rischio che, mediante la costituzione di FF, le parti possano coordinare i propri progetti d'investimento e strategie commerciali nei mercati *wholesale* e *retail*.

b. Come dimostrato nella memoria difensiva depositata in data 20.4.2017 (cui si rinvia integralmente), l'Accordo rientra nell'archetipo di accordo di co-investimento "*fermamente*" caldeggiato dalla Commissione europea per accelerare la diffusione delle reti a banda ultralarga¹.

Il Progetto non può causare "*coordinamento*" tra le parti né "*preclusione anticoncorrenziale*" perché – oltre a non prevedere ripartizioni di clientela, limitazioni della produzione o fissazioni di prezzo – FF sarà responsabile unicamente della realizzazione e gestione di un semilavorato (la fibra spenta nella tratta di rete secondaria e nei verticali interni di edificio).

Come dimostra la documentazione raccolta in ispezione, grazie alle sinergie consentite dal Progetto, le parti potranno realizzare due autonome reti FFTH, con cui competere tra loro e con gli altri gestori per erogare servizi *ultra-broadband* a tutto il mercato potenziale (sia *retail* che *wholesale*) di riferimento. La rete di TIM sarà automaticamente soggetta ai vigenti (stringenti) obblighi regolamentari, mentre la capacità non usata dalle parti sarà ceduta a terzi da FF alle condizioni regolamentate applicabili per TIM.

Inoltre, l'Accordo interviene su una parte limitata delle attività di TIM e FW (offerta dei servizi *ultra-broadband* all'utenza residenziale e *micro-business* di alcune città) in un settore emergente e molto dinamico, che ha recentemente registrato l'ingresso di un concorrente del calibro di Open Fiber, società del gruppo Enel, che sta rapidamente realizzando la propria rete e ha già concluso accordi di *partnership* con gli altri principali OAO.

Come descritto nella memoria difensiva, la costituzione di un'impresa comune rappresenta anche la soluzione più trasparente ed efficiente per gestire le risorse comuni del Progetto. Inoltre, proprio la costituzione di un'impresa comune, soggetta a direzione e controllo di TIM, comporta l'estensione degli obblighi regolamentari alle risorse eccedenti di FF che,

¹ V. Raccomandazione della Commissione europea del 20.9.2010 relativa all'accesso regolamentato alle reti di accesso di nuova generazione (NGA).

in altre forme di co-investimento, non avrebbero interessato la quota-parte di spettanza di FW.

c. Come anticipato, gli impegni proposti sono finalizzati a confermare ulteriormente l'allineamento del Progetto alle migliori pratiche in materia di accordi orizzontali di produzione nel settore *de quo*, consentendo al mercato e, più in generale, alla collettività di beneficiare di due nuove reti FTTH in concorrenza tra di loro e con gli altri gestori sia al dettaglio che all'ingrosso.

Grazie agli impegni, i terzi potranno beneficiare di maggiori possibilità di accesso tanto alle infrastrutture fisiche (v. la capacità residua e i verticali di rete di FF nonché l'impegno delle parti in tema di accesso ai cavidotti) quanto ai servizi attivi (v. l'impegno delle parti a erogare servizi VULA in tecnologia FTTH a condizioni non discriminatorie).

Gli Impegni sono idonei a superare le preoccupazioni sollevate nel Provvedimento per le seguenti prioritarie ragioni.

1. Per venire incontro alle preoccupazioni manifestate da codesta Spett.le Autorità, con l'Impegno n. 1, si conferma espressamente l'obbligo delle parti, salvo imprevedibili problematiche operative, a realizzare sollecitamente il Progetto che, nelle loro intenzioni, non rappresenta un'iniziativa emulativa nei confronti dei concorrenti quanto piuttosto una risposta alle sollecitazioni provenienti dalle agende digitali nazionali ed europee.

Come già rappresentato a codesta Spett.le Autorità, FF ha avviato la realizzazione delle infrastrutture, raggiungendo alla data odierna oltre il 50% dell'obiettivo stabilito dal *business plan* per l'intero 2017. Con questo impegno si conferma, quindi, ulteriormente la volontà delle parti di contribuire allo sviluppo tecnologico del Paese e al raggiungimento degli obiettivi di digitalizzazione indicati a livello nazionale ed europeo.

Sempre in tale ottica si ribadisce la natura di veicolo industriale di FF che, come diffusamente dimostrato nella memoria difensiva (cui si rinvia integralmente), trova la sua ragion d'essere unicamente nel perseguimento delle sinergie necessarie per la realizzazione di verticali e rete secondaria nelle 29 città oggetto del Progetto. A tal fine, si esplicita il principio che le attività di FF sono giustificate soltanto fin quando non saranno remunerati gli investimenti in questione. Tale aspetto sarà ulteriormente dettagliato nell'art. 4 dello Statuto di FF (Impegno n. 4), ove si fissa come sua data di scioglimento quella in cui saranno remunerati gli investimenti previsti secondo il *business plan*.

2. Mediante la proposta di modifica dell'art. 7.2, primo periodo, dell'Accordo (Impegno n. 2), le parti rispondono alla preoccupazione espressa nel Provvedimento di

avvio che il Progetto possa condurre al coordinamento delle loro decisioni di investimento e di offerta di servizi all'ingrosso.

Anzitutto, con il presente Impegno, le parti intendono precisare meglio che l'attività di FF sarà limitata alla costruzione e gestione delle tratte dei verticali di rete e della rete secondaria in fibra spenta per realizzare due GPON, lasciando la realizzazione del resto dell'infrastruttura FTTH (rete primaria e componente elettronica per "accendere" le connessioni) all'integrale responsabilità dei singoli soci.

Perciò, la collaborazione riguarderà esclusivamente un semilavorato a monte, che lascia le parti pienamente autonome con riferimento alla configurazione finale delle proprie reti. Ciò consentirà loro di diversificare i servizi offerti, sia all'ingrosso che al dettaglio, e, conseguentemente, di incrementare la concorrenza dinamica.

In secondo luogo, si propone l'eliminazione del diritto di prelazione delle parti con riferimento alle risorse di rete di FF in più rispetto a quelle strettamente necessarie per realizzare i due GPON delle parti. Si stabilisce inoltre che le condizioni di accesso dei terzi a queste risorse terranno conto degli eventuali obblighi regolamentari in capo a TIM.

In tal modo, il Progetto garantirà piena accessibilità alle infrastrutture realizzate dall'impresa comune ai terzi i quali potranno beneficiare della capacità residua in posizione di parità e, comunque, a condizioni analoghe a quelle regolamentate. Si tratta di un'efficace misura, già valutata positivamente nella prassi di codesta Spett.le Autorità², che consentirà agli altri gestori di beneficiare autonomamente dell'investimento delle parti per rilegare in modalità FTTH la propria clientela.

In terzo luogo, con l'introduzione della lettera c) nel secondo periodo dell'art. 7.2 si intende rassicurare l'AGCM che le scelte realizzative del Progetto non limiteranno la concorrenza a livello *wholesale* poiché dovranno consentire un dimensionamento di rete tale da permettere a entrambe le parti di offrire autonomamente a terzi servizi all'ingrosso di accesso in tecnologia FTTH (*ie.*, allo stato il *Virtual Unbundling Local Access* o VULA³).

² V., ad esempio, provvedimento in data 17.2.2000 n. 8042, caso I387, *AgipPetroli-Anonima Petroli Italiana-Esso/Petroven*, §89.

³ Come risulta dai §§101-102 della Delibera n. 623/15/CONS (All. 2 alla memoria difensiva), il VULA "*consiste nella fornitura dell'accesso virtuale alla rete locale, che comprende la fornitura della capacità trasmissiva dalla sede dell'abbonato alla centrale locale della rete in fibra, per mezzo di un apparato attivo, con interfaccia di consegna Ethernet*". Esso, in particolare, presenta "*le seguenti caratteristiche: i) l'accesso avviene a livello di centrale locale e non include componenti di backhaul; ii) la fornitura dell'accesso è indipendente dal servizio fornito e garantisce sufficiente libertà di scelta della CPE (Customer Premises Equipment) fatte salve le esigenze di sicurezza ed integrità della rete ed i necessari requisiti circa l'utilizzo di apparati conformi alla normativa internazionale; iii) il flusso trasmissivo Ethernet è consegnato all'operatore alternativo in modalità a capacità dedicata al singolo cliente* (un-contended

In quarto luogo, con l'introduzione della lettera *d*) dell'art. 7.2 dell'Accordo, le parti intendono consentire a terzi l'accesso ai verticali di rete realizzati da FF in modo da accelerare i loro progetti di realizzazione delle reti FTTH.

Così, il Progetto consentirà ai terzi di fruire, in condizioni di reciprocità, del segmento di rete interno agli edifici (come tale, più difficilmente replicabile) e, conseguentemente, di intensificare i propri piani di copertura con le nuove reti a beneficio dello sviluppo tecnologico e della concorrenza infrastrutturale.

3. Con l'Impegno n. 3, le parti intendono migliorare le condizioni di accesso dei terzi alle proprie risorse fisiche e ai servizi attivi.

Infatti, per favorire la concorrenza infrastrutturale, le parti offriranno ai terzi l'accesso alle proprie infrastrutture di posa in modalità IRU con durata trentennale a condizioni tecnico-economiche di reciprocità e con l'automatico e retroattivo adeguamento ai migliori termini concordati tra i gestori.

In tal modo, da un lato, si garantisce agli OAO maggiore autonomia commerciale nella commercializzazione dei servizi innovativi poiché, "*da un punto di vista tecnico, gli IRU [...] consentono un accesso quasi equivalente a quello a una propria rete*", specie se di "*lunga durata (>20 anni)*"⁴. Dall'altro, si agevolano i piani infrastrutturali dei terzi. Infatti, il richiamo al principio di reciprocità e l'automatico adeguamento alle migliori condizioni negoziate dai gestori nell'acquisizione degli IRU migliorano le condizioni di accesso a queste infrastrutture cruciali per la realizzazione delle reti FTTH, evitando anche il solo rischio che le parti possano trovarsi in una situazione migliore rispetto a quella degli altri soggetti interessati a investire.

Inoltre, entrambe le parti intendono assumere l'obbligo di formulare e mantenere una propria offerta VULA in tecnologia FTTH a condizioni non discriminatorie.

Per TIM che, come noto, è già soggetta a un obbligo regolamentare in materia⁵, il presente impegno deve essere inteso come una garanzia di mantenimento di un'offerta *wholesale* anche a valle dell'eventuale rimozione dei relativi *remedies* da parte dell'AgCom. Per FW

connection); iv) *il servizio consente un sufficiente controllo da parte dell'operatore alternativo, anche da remoto, della linea di accesso al cliente*".

⁴ V. pp. 41 e 58 del *Report on co-investment and SMP in NGA networks*, 2012, All. 3 alla memoria difensiva; ns. traduzione dall'inglese.

⁵ In base alla regolamentazione vigente recata dalla Delibera n. 623/15/CONS (All. 2 alla memoria difensiva), TIM deve previamente offrire all'ingrosso a condizioni regolamentate agli OAO tutte le configurazioni di accesso erogate al dettaglio (c.d. principio di replicabilità tecnica). Con specifico riferimento alla rete FTTH, ciò impone in capo a TIM l'obbligo di fornire il servizio di VULA FTTH laddove offra tale soluzione architettuale agli utenti (art. 8).

si tratta dell'impegno a lanciare e mantenere un'offerta all'ingrosso a condizioni non discriminatorie.

Insomma, con gli Impegni nn. 2-3, si garantiranno al mercato i seguenti benefici principali: (i) rapida realizzazione di due nuove reti FTTH cui si aggiunge la capacità residua di FF; (ii) accesso dei terzi in modo paritario alle risorse eccedenti di FF e in modo reciproco ai suoi verticali di rete; (iii) significativa estensione territoriale dell'offerta *wholesale* di TIM in tecnologia FTTH conseguente alla maggiore capillarità della sua rete in quella configurazione architettuale⁶; (iv) mantenimento di una offerta VULA di TIM a condizioni non discriminatorie, anche a valle dell'eventuale eliminazione degli obblighi regolamentari; (v) la presenza di un'ulteriore capillare offerta *wholesale* non discriminatoria, quella di FW, in concorrenza con quella di TIM; (vi) migliori condizioni di accesso per i terzi alle infrastrutture di posa necessarie per realizzare reti FTTH.

Così, il Progetto offrirà agli altri operatori maggiore disponibilità e libertà di scelta nell'acquisto dei servizi *wholesale* e, più in generale, incrementerà la concorrenza infrastrutturale (*facility-based*) nei mercati a monte. Ciò si riverbera positivamente anche nei mercati *retail* perché, oltre a TIM e FW, anche gli altri OAO potranno offrire servizi innovativi all'utenza finale mediante i cespiti di rete e i servizi VULA offerti grazie al Progetto⁷.

4. Come anticipato, con la modifica recata dall'Impegno n. 4 nell'art. 4 dello Statuto di FF si conferma ulteriormente la natura esclusivamente industriale della collaborazione tra le parti.

Infatti, la proposta data di scioglimento dell'impresa comune (31.12.2035) corrisponde al momento in cui saranno recuperati gli investimenti previsti secondo il *business plan* del Progetto. Tale modifica dimostra ulteriormente che, nelle intenzioni delle parti, FF ha un legittimo vincolo di scopo industriale e non rappresenta certo uno strumento collusivo.

5. Con la modifica della formulazione dell'art. 7.3 dell'Accordo prevista nell'Impegno n. 5 le parti intendono rassicurare codesta Spett.le Autorità che il loro impegno è limitato a garantire la copertura economica dell'investimento realizzato da FF, secondo quanto indicato nel *business plan* del Progetto, già in possesso di codesta Spett.le Autorità.

La formulazione proposta chiarisce infatti che le parti non saranno soggette ad alcuna esclusiva che impedisca loro di avvalersi di altri *partner*/fornitori di servizi di rete, ma

⁶ Come anticipato, in virtù degli attuali obblighi regolamentari, mano a mano che TIM, anche grazie al Progetto, realizza una rete FTTH, essa deve offrire agli OAO i relativi servizi di accesso all'ingrosso in tecnologia FTTH.

⁷ V., ad esempio, §92 della Delibera n. 623/15/CONS (All. 2 alla memoria difensiva), che testimonia la presenza di offerte finali ad alta velocità erogate mediante l'acquisto del VULA (come, ad esempio, quella "*All Inclusive Unlimited Fibra di Infostrada/Wind*").

soltanto all'impegno di garantire la sostenibilità economica dell'investimento già intrapreso. Si tratta, perciò, unicamente di una legittima clausola accessoria che "*garantisce un carico produttivo efficiente ed economico dell'impresa comune*"⁸ poiché, una volta remunerati gli investimenti realizzati, le parti potranno ricorrere ad altre soluzioni per tutta la propria clientela.

La modifica proposta nell'art. 7.4, primo periodo, dell'Accordo intende rispondere alla preoccupazione di codesta Spett.le Autorità che, mediante il Progetto, le parti possano allineare le proprie decisioni commerciali e di investimento e che, in ogni caso, esso possa impedire collaborazioni con piani di investimento di altri soggetti.

Infatti, si precisa che il divieto di intraprendere simili iniziative di co-investimento con terzi vale solo nelle specifiche aree geografiche coperte dall'infrastruttura di FF, chiarendo così ulteriormente che l'ambito della collaborazione delle parti è effettivamente limitato alle 29 città individuate nel citato *business plan* del Progetto.

Anche questa è una legittima clausola accessoria perché "*garantisce un carico produttivo efficiente ed economico dell'impresa comune*"⁹ ed è giustificata dalla "*incertezza insita in una simile impresa comune e la necessità di garantirsi una base di attività stabile*"¹⁰.

La proposta di eliminare il secondo periodo dell'art. 7.4 e integralmente gli artt. 7.5 e 8 dell'Accordo mira a preservare l'assoluta autonomia delle parti per ciò che riguarda le aree territoriali non considerate inizialmente nel Progetto, le aree cc.dd. bianche o a fallimento di mercato oggetto di bandi pubblici e le altre tecnologie trasmissive.

In tal modo, si limita l'oggetto della collaborazione delle parti a quanto strettamente necessario per la realizzazione del Progetto, eliminando potenziali altri spazi di collusione cui accenna il Provvedimento di avvio.

6. L'introduzione dell'art. 7.3-*bis* nell'Accordo con l'Impegno n. 6 mira a garantire che, tramite l'adozione di adeguati *chinese walls* fisici e logici, nemmeno incidentalmente, FF possa rendere reciprocamente accessibili alle parti informazioni sensibili dal punto di vista commerciale e, per tale via, possa facilitare la loro collusione. Si tratta di un'efficace misura di segregazione dei dati *wholesale*, già prevista per TIM in ambito regolamentare sin dalla Delibera n. 152/02/CONS.

⁸ Decisione della Commissione europea in data 21.12.1994, caso IV/34.252, *Philips-Osram*, §20, in GUCE 8.8.1984 n. L212.

⁹ Decisione *Philips-Osram*, *cit.*

¹⁰ Commissione europea, decisione in data 15.9.1999, caso IV/36.539, *British Interactive Broadcasting/Open*, §§ 147 ss., GUCE 6.12.1999 n. L312. V. anche decisione in data 3.3.1999, caso IV/36.237, *TPS*, §§98 ss. GUCE 2.4.1999 n. L90.

A completamento di tale misura si prevede che, per la gestione degli ordinativi di attivazione e riparazione, sotto la vigilanza di un *Antitrust Compliance Officer* (v. *infra*), FF si doterà di propri sistemi operativi idonei a impedire che un socio possa acquisire informazioni sensibili relative all'altro socio o a terzi che si avvalgono della capacità residua. Inoltre, i necessari interventi di collegamento e/o riparazione della linea presso il domicilio di utente saranno svolti da ciascun socio con riferimento alla propria clientela, direttamente o con l'ausilio di imprese terze (*system unico*) e, comunque, avvalendosi di processi che garantiscano la confidenzialità delle informazioni sensibili.

Queste misure rispondono adeguatamente alla preoccupazione di codesta Spett.le Autorità che FF possa essere utilizzata per facilitare il coordinamento e la collusione nei mercati a valle. Del resto, simili misure di segregazione delle informazioni a livello *wholesale* sono la prassi in ambito regolamentare e *antitrust*¹¹.

In aggiunta, con l'inserimento del nuovo art. 29-*bis* nello Statuto previsto nell'Impegno n. 6, si obbliga formalmente FF a dotarsi di adeguati strumenti per prevenire il rischio di commissione di condotte anticoncorrenziali sia dell'impresa comune che dei singoli soci per il suo tramite¹².

Per fugare in particolare il dubbio che la società comune possa facilitare lo scambio di informazioni riservate e, quindi, rappresentare uno strumento per facilitare collusioni e coordinamento delle parti nei mercati a valle, il manuale di *compliance antitrust* di FF dovrà prevedere adeguate misure di separazione e segregazione delle informazioni operative aziendali e di quelle dei soci. In tal modo, questi ultimi non avranno accesso a informazioni di dettaglio con riferimento alle attivazioni di ciascuno di essi e all'eventuale uso delle risorse eccedenti da parte di terzi.

A completamento, con l'introduzione dell'art. 21-*bis* dello Statuto di FF sarebbe istituzionalizzata all'interno della sua struttura organizzativa la figura di un dipendente incaricato di supervisionare sulla corretta attuazione e rispetto del manuale di *compliance antitrust* da parte di amministratori e dipendenti.

Questa misura testimonia l'attenzione (e interesse) delle parti a evitare che FF possa essere usati per fini diversi da quello (legittimo) di investimento industriale.

7. In sintesi, come modificato dagli impegni, l'Accordo:

¹¹ V., rispettivamente, Delibera AgCom n. 152/02/CONS, provvedimento in data 11.12.2008 n. 19249, caso A375, *Sfruttamento di informazioni commerciali privilegiate*, e *Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle regole di concorrenza agli accordi in materia di accesso nel settore delle telecomunicazioni*, GUCE 22.8.1998 n. C265.

¹² Cfr. citato provvedimento *Petroven*, §89. Nel nostro caso si tratta di un presidio per evitare lo scambio di informazioni ben più efficace di quello apprezzato dall'AGCM nel provvedimento del 18.12.2003, caso I597, *Anheuser/Busch/Heineken Italia*.

- non comporterà alcuna diminuzione degli *input* di rete disponibili ai terzi. Al contrario, i terzi: (i) potranno accedere in condizioni di parità alla capacità residua di FF e in condizioni di reciprocità ai suoi verticali di rete; (ii) potranno fruire dei servizi *wholesale* erogati autonomamente dalle parti mediante le loro due reti FTTH; (iii) potranno contare su due offerte di servizi VULA FTTH a condizioni non discriminatorie; e (iv) su accordi di IRU trentennali per accedere ai cavidotti;
- non comporterà alcuna collusione a livello *retail*. Al contrario, le parti gestiranno in piena autonomia le risorse di rete fornite da FF le quali, peraltro, saranno sufficienti a ciascuna parte per servire da sola tutta la clientela potenziale di riferimento. Inoltre, le parti adotteranno adeguati strumenti fisici e logici per evitare la circolazione, anche incidentale, di informazioni riservate sulle attivazioni dei clienti;
- non comporterà alcun rallentamento nei progetti infrastrutturali. Al contrario, le parti si sono obbligate a completare rapidamente le loro due reti FTTH oggetto del Progetto. Né quest'ultimo può, almeno intenzionalmente, sortire alcun effetto sui piani di investimento di terze parti. A quest'ultimo riguardo, vale ricordare che le parti hanno individuato le 29 città oggetto del Progetto prima di qualsiasi dichiarazione di Open Fiber in merito a dove essa avrebbe investito¹³.

8. Pertanto, sia individualmente che nel loro complesso i summenzionati impegni e modifiche contrattuali sono sufficienti a ritenere che l'Accordo non possa, nemmeno potenzialmente, provocare gli effetti anti-concorrenziali di cui all'art. 101.1 TFUE. TIM manifesta comunque la propria disponibilità a valutare le eventuali ulteriori modifiche contrattuali che codesta Spett.le Autorità potrebbe indicare nel rispetto dei propri doveri istituzionali¹⁴.

Alla luce di quanto precede, TIM auspica che codesta Spett.le Autorità voglia ritenere la presente proposta di impegni ammissibile poiché non si tratta di un cartello c.d. *hardcore* e non manifestamente infondata nel merito, disponendone pertanto la pubblicazione come previsto dalla “*Comunicazione sulle procedure di applicazione dell’articolo 14 ter della legge 10 ottobre 1990 n. 287*”, al fine di pervenire alla sua approvazione e chiudere la presente istruttoria “*senza accertare l’infrazione*” ai sensi dell’art. 14-ter della Legge n. 287/1990.

¹³ Salvo il numero complessivo delle città oggetto dei piani di copertura di Open Fiber, quest'ultima solo recentemente ha indicato le prime 10 città dove sta sviluppando la rete.

¹⁴ Cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 1006/2008.

Il presente formulario contiene informazioni o segreti commerciali. Ai sensi degli artt. 12-13 del D.P.R. n. 217/1998, si chiede di mantenerlo integralmente confidenziale salvo che, non ravvisando la manifesta infondatezza degli impegni proposti, l'AGCM ne disponga la pubblicazione per il c.d. *market test*. Come anticipato, gli allegati devono restare confidenziali in ogni caso.

All.ti: *u.s.*