

DELIBERA N. 672/20/CONS

**RIDETERMINAZIONE DELL'ASIMMETRIA TARIFFARIA
DELL'OPERATORE H3G PER L'ANNO 2013 IN OTTEMPERANZA ALLE
SENTENZE DEL CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III, 14 FEBBRAIO 2014, N. 725,
E SEZ. VI, 11 APRILE 2019, N. 3722**

L'AUTORITÀ

NELLA riunione di Consiglio del 15 dicembre 2020;

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, recante “*Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*”;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, recante “*Istituzione dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*”, di seguito denominata *Autorità*;

VISTA la direttiva n. 2002/19/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, *relativa all’accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all’interconnessione delle medesime*, come modificata dalla direttiva n. 2009/140/CE;

VISTA la direttiva n. 2002/20/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, *relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica*, come modificata dalla direttiva n. 2009/140/CE;

VISTA la direttiva n. 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, *che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica*, come modificata dalla direttiva n. 2009/140/CE;

VISTA la direttiva n. 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, *relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica*, come modificata dalla direttiva n. 2009/136/CE;

VISTO il decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante “*Codice delle comunicazioni elettroniche*”, come modificato, da ultimo, dal decreto legislativo 28 maggio 2012, n. 70, di seguito denominato *Codice*;

VISTA la direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 dicembre 2018, *che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche (rifusione)*;

VISTA la raccomandazione n. 2007/879/CE della Commissione europea, del 17 dicembre 2007, *relativa ai mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche che possono essere oggetto di una regolamentazione ex ante*

ai sensi della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica;

VISTA la raccomandazione n. 2008/850/CE della Commissione europea, del 15 ottobre 2008, *relativa alle notifiche, ai termini e alle consultazioni di cui all'articolo 7 della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro normativo comune per le reti e i servizi di comunicazione elettronica;*

VISTA la raccomandazione n. 2009/396/CE della Commissione europea, del 7 maggio 2009, *sulla regolamentazione delle tariffe di terminazione su reti fisse e mobili nella UE;*

VISTA la raccomandazione n. 2014/710/UE della Commissione europea, del 9 ottobre 2014, *relativa ai mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche che possono essere oggetto di una regolamentazione ex ante ai sensi della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica;*

VISTA la comunicazione della Commissione europea 2018/C 159/01 concernente gli *Orientamenti per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato ai sensi del quadro normativo dell'UE per le reti e i servizi di comunicazione elettronica;*

VISTA la delibera n. 401/10/CONS, del 22 luglio 2010, recante “*Disciplina dei tempi dei procedimenti*”, come modificata dalla delibera n. 118/14/CONS;

VISTA la delibera n. 223/12/CONS, del 27 aprile 2012, recante “*Adozione del nuovo Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 631/20/CONS;

VISTA la delibera n. 383/17/CONS, del 5 ottobre 2017, recante “*Adozione del regolamento recante la disciplina dell'accesso ai sensi degli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 e degli articoli 5 e seguenti del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33*”;

VISTA la delibera n. 107/19/CONS, del 5 aprile 2019, recante il “*Regolamento concernente le procedure di consultazione nei procedimenti di competenza dell'Autorità*”;

VISTA la delibera n. 130/20/CONS, del 18 marzo 2020, recante “*Misure per garantire la celere conclusione dei procedimenti dell'Autorità nel periodo di emergenza COVID-19*”;

VISTO l'accordo di collaborazione tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di comunicazioni elettroniche del 27 gennaio 2004, come integrato dal protocollo d'intesa del 22 maggio 2013;

VISTA la delibera n. 667/08/CONS, del 26 novembre 2008, recante “*Mercato della terminazione di chiamate vocali su singole reti mobili (mercato n. 7 fra quelli identificati dalla Raccomandazione della Commissione europea n. 2007/879/CE)*”;

VISTA la delibera n. 60/11/CONS, del 9 febbraio 2011, recante “*Definizione di un modello di costo relativo al servizio di terminazione vocale su rete mobile ai sensi dell’art. 14 della delibera n. 667/08/CONS*”;

VISTA la delibera n. 621/11/CONS, del 17 novembre 2011, recante “*Mercato dei servizi di terminazione di chiamate vocali su singole reti mobili (mercato n. 7 fra quelli identificati dalla Raccomandazione della Commissione Europea n. 2007/879/CE): definizione del mercato rilevante, identificazione delle imprese aventi significativo potere di mercato ed eventuale imposizione di obblighi regolamentari*”;

VISTE le sentenze del Tar Lazio, sez. I, 10 ottobre 2012, n. 8381, e 7 dicembre 2012, n. 10263 e n. 10265, pronunciate sui ricorsi promossi rispettivamente da Telecom Italia, Vodafone Italia e Wind Telecomunicazioni, che hanno rilevato il *deficit* motivazionale in cui era incorsa l’Autorità con la delibera n. 621/11/CONS;

VISTA la delibera n. 11/13/CONS, del 10 gennaio 2013, con la quale l’Autorità ha prestato ottemperanza alle sentenze di cui sopra, colmando il *deficit* motivazionale, e confermando, quindi, il regime di asimmetria tariffaria in favore di H3G fino al 30 giugno 2013, come previsto dalla delibera annullata;

VISTE le sentenze del Tar Lazio, sez. I, 8 novembre 2013, n. 9528, n. 9529, n. 9530, n. 9531, che hanno rigettato i ricorsi di ottemperanza promossi rispettivamente da Wind Telecomunicazioni, Poste Mobile, Vodafone Italia e Telecom Italia;

VISTA la sentenza del Tar Lazio, sez. I, 10 ottobre 2012, n. 8382, che ha respinto il ricorso promosso da H3G avverso la delibera n. 621/11/CONS;

VISTA la sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 14 febbraio 2014, n. 725 che ha accolto l’appello proposto da H3G e, per l’effetto, in riforma della sentenza del Tar Lazio, sez. I, 10 ottobre 2012, n. 8382, ha accolto il ricorso di primo grado presentato da H3G;

CONSIDERATO che nella suindicata sentenza il Consiglio di Stato ha ritenuto che “*la motivazione della delibera impugnata, anche alla luce della integrazione motivazionale di cui alla delibera 11/13/CONS non consente di comprendere le ragioni per cui, a fronte del perdurare immutate delle condizioni oggettive che influiscono sulla differenza di costi sostenuti dagli operatori, anzi testé maggiormente esplicitate, dispone la cessazione della misura dell’asimmetria in favore di H3G con sei mesi di anticipo rispetto all’accesso previsto alle frequenze in banda 900 MHz e alla data del 1 gennaio 2014, ipotizzata nello schema di delibera allegato B alla delibera 254/11/CONS*”;

CONSIDERATO che il Consiglio di Stato ha osservato che “*nonostante l’annullamento per difetto di motivazione comporti per l’amministrazione la possibilità di riesercitare il potere conformandosi al formato giudicato, la riduzione della differenza tra la tariffa di terminazione pagata alla società appellante e la tariffa pagata agli altri operatori deve, senza sconfessare il meccanismo della riduzione, rispettare un rigoroso criterio di proporzionalità, ossia che al crescere della percentuale di popolazione coperta dalle frequenze in banda 900 MHz rilasciate alla società appellante deve fare riscontro una corrispondente uguale riduzione percentuale della differenza tra la terminazione di H3G e quella degli altri operatori*”;

VISTE, altresì, le sentenze del Consiglio di Stato, sez. III, 31 marzo 2014, n. 1531 e n. 1551 che dichiarano improcedibili i ricorsi incidentali promossi rispettivamente da Vodafone e Wind nei ricorsi di H3G avverso le sentenze del Tar Lazio, sez. I, 7 dicembre 2012, n. 10263 e 10 ottobre 2012, n. 10265;

VISTA la determina del Ministero dello Sviluppo economico (MISE) dell'11 febbraio 2009 (di seguito, "determina del MISE") con la quale ha approvato il piano di razionalizzazione dei diritti d'uso della banda a 900 MHz (di seguito denominato il "piano di razionalizzazione");

VISTO il provvedimento del 19 maggio 2010 con il quale il MISE ha rilasciato alla società H3G i diritti d'uso per il blocco di frequenza di 1x5 MHz in banda 900 MHz;

VISTA la delibera n. 259/14/CONS, del 28 maggio 2014, recante "*Rideterminazione dell'asimmetria tariffaria dell'operatore H3G in ottemperanza alla sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 14 febbraio 2014, n. 725*";

VISTA la sentenza del Tar Lazio, sez. III, 20 settembre 2016 n. 9847, che ha respinto il ricorso n. 12070/2014 R.G. proposto da Wind Telecomunicazioni per l'annullamento della delibera n. 259/14/CONS;

VISTA la sentenza del TAR Lazio, sez. III, 7 novembre 2016 n. 11020, che ha respinto il ricorso n. 14509/2014 R.G. proposto da Telecom Italia per l'annullamento della delibera n. 259/14/CONS;

VISTA la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 11 aprile 2019 n. 3722, che ha dichiarato inammissibile il ricorso n. 10019/2016, proposto da Telecom Italia per l'annullamento della sentenza del Tar Lazio n. 9847/2016, e che ha accolto il ricorso n. 10020/2016, proposto da Telecom Italia per l'annullamento della sentenza del Tar Lazio n. 11020/2016;

CONSIDERATO che il Consiglio di Stato ha accolto il ricorso limitatamente al secondo motivo, riguardante il mancato coinvolgimento della Commissione europea nel processo di approvazione della delibera n. 259/14/CONS impugnata, ritenendo tale motivo assorbente rispetto agli altri;

CONSIDERATO che il Consiglio di Stato ha, in particolare, ritenuto che il coinvolgimento della Commissione europea, previsto dalle norme comunitarie così come trasposte nel Codice delle comunicazioni elettroniche, deve essere assicurato anche nel caso di un procedimento di rilevante impatto sugli scambi tra Stati Membri che sia assunto in ottemperanza di una sentenza nazionale. Il coinvolgimento della Commissione europea, infatti, serve a garantire un interesse sovranazionale di un assetto ordinato ed efficiente non solo del mercato nazionale ma anche del mercato europeo. Secondo il Giudice, tale interesse sovranazionale non diventa irrilevante per il solo fatto che la discrezionalità riconosciuta all'Autorità è stata parzialmente vincolata in sede di giudicato;

CONSIDERATO che il Consiglio di Stato ha ritenuto che "*l'Autorità è tenuta quindi a riadottare [il provvedimento impugnato, ndr] coinvolgendo la Commissione come previsto dalla norma*";

VISTO il combinato disposto degli articoli 11, 12, 19, 42 e 45 del Codice e, in particolare, quanto disposto dall'art. 45, comma 5, relativamente ai poteri dell'Autorità in merito all'imposizione, modifica o revoca degli obblighi regolamentari, secondo cui *“Gli obblighi imposti ai sensi del presente articolo sono basati sulla natura delle questioni oggetto di istruttoria, proporzionati e giustificati alla luce degli obiettivi di cui all'articolo 13 e sono imposti solo previa consultazione ai sensi degli articoli 11 e 12”*, laddove gli articoli 11 e 12 disciplinano il meccanismo relativo alle consultazioni pubbliche nazionale e comunitaria;

RITENUTO pertanto necessario, prima di notificare il provvedimento di cui all'oggetto alla Commissione europea in ottemperanza alla citata sentenza, sottoporre lo stesso a consultazione nazionale, consentendo, ai sensi degli articoli 11, 12, 19, 42 e 45 del *Codice*, alle parti interessate di presentare le proprie osservazioni sugli orientamenti dell'Autorità in merito al tema in esame, al fine di dare piena esecuzione alla sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 11 aprile 2019, n.3722;

VISTA la delibera n. 463/19/CONS, del 27 novembre 2019, recante *“Avvio del procedimento di ottemperanza alla sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 11 aprile 2019, n. 3722 per la parte relativa alla rideterminazione dell'asimmetria tariffaria di H3G per il 2013”*;

VISTI i contributi inviati, singolarmente, da Wind Tre S.p.A. (di seguito *“WindTre”*), in data 4 febbraio 2020, da Fastweb S.p.A. (di seguito *“Fastweb”*) in data 10 febbraio 2020 e TIM S.p.A. (di seguito *“TIM”*), in data 11 febbraio 2020;

VISTE le richieste di audizione, presentate ai sensi e nei termini della delibera n. 463/19/CONS, da WindTre e TIM;

SENTITE in audizione WindTre e TIM, rispettivamente in data 19 febbraio 2020 e 21 febbraio 2020;

VISTA la delibera n. 332/20/CONS del 22 luglio 2020, recante *“Proroga dei termini del procedimento, di cui alla delibera n. 463/19/CONS, di ottemperanza alla sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 11 aprile 2019, n. 3722 per la parte relativa alla rideterminazione dell'asimmetria tariffaria di H3G per il 2013”*;

CONSIDERATO quindi quanto segue:

- 1) Il piano di razionalizzazione, approvato con la determina del MISE, prevede il rilascio dei diritti d'uso delle frequenze nella banda a 900 MHz in favore di H3G secondo uno schema temporale così riassunto:
 - a. alla data del 16 novembre 2011, sono resi disponibili 5 MHz di banda nelle province di Belluno, Bolzano, Gorizia, Matera, Pordenone, Potenza, Sondrio, Trento, Trieste e Udine (di seguito denominate prime dieci province);
 - b. alla data del 16 novembre 2012 sono resi disponibili 5 MHz di banda nelle ulteriori province di Aosta, Ascoli Piceno, Campobasso, Chieti, Enna, Grosseto, Imperia, Isernia, L'Aquila, Macerata,

Nuoro, Oristano, Pescara, Rieti, Sassari, Siena, Teramo, Terni, Verbania e Viterbo (di seguito denominate ulteriori venti province);

- c. alla data del 31 dicembre 2013 sono resi disponibili 5 MHz di banda nelle restanti province italiane.
- 2) In conformità a quanto stabilito dal piano di razionalizzazione e tenendo conto della popolazione residente nelle prime dieci province e nelle ulteriori venti province, H3G avrebbe potuto coprire, mediante l'uso delle frequenze a 900 MHz, alle date del 16 novembre 2011 e del 16 novembre 2012 rispettivamente, il 5 per cento circa e il 13 per cento circa della popolazione nazionale. Inoltre, sempre, secondo il piano di razionalizzazione, H3G avrebbe potuto coprire l'intera popolazione nazionale solo alla data del 31 dicembre 2013.
 - 3) Al fine di dare corretta esecuzione alla sentenza del Consiglio di Stato, l'Autorità ha rideterminato l'asimmetria tariffaria in favore di H3G in modo che questa si riduca della stessa percentuale con cui è aumentata la copertura della popolazione nazionale con frequenze a 900 MHz da parte di H3G.
 - 4) Il valore dell'asimmetria di partenza sul quale calcolare le riduzioni percentuali è quello in vigore alla data del 1° luglio 2012, vale a dire quello in vigore alla prima data del *glide path* di cui alla delibera n. 621/11/CONS. A tale data, la tariffa di terminazione di H3G (pari a 3,5 centesimi di euro al minuto) era più elevata del 40% rispetto alla tariffa degli altri operatori (pari a 2,5 centesimi di euro al minuto)¹. Sempre alla data del 1° luglio 2012 – in base a quanto previsto dalla determina del MISE – H3G era in grado di coprire, con frequenze a 900 MHz, il 5 per cento della popolazione nazionale.
 - 5) Alla data del 1° gennaio 2013, la copertura della popolazione nazionale con frequenze a 900 MHz da parte di H3G – sempre in base a quanto previsto dalla determina del MISE – è aumentata dell'8 per cento rispetto alla data del 1° luglio 2012². Pertanto, l'asimmetria tariffaria in favore di H3G deve ridursi, a partire da tale data, esattamente dell'8 per cento, passando dal 40% al 37%. In altri termini, dal 1° gennaio 2013, la tariffa di terminazione di H3G deve essere il 37% più elevata di quella prevista per gli altri operatori. Tale asimmetria dovrà essere mantenuta fino al 31 dicembre 2013, data in cui H3G entra in possesso dei diritti d'uso della banda a 900 MHz su tutto il territorio nazionale. Quindi, a partire dal 1° gennaio 2014 l'asimmetria tariffaria di H3G dovrà essere pari a zero.

¹ Cfr. articolo 12, comma 2 della delibera n. 621/11/CONS.

² Come è possibile dedurre da quanto affermato al punto 2), dal 1° luglio 2012 al 1° gennaio 2013, la copertura della popolazione da parte di H3G con frequenze a 900 MHz passa dal 5% circa al 13% circa.

- 6) Considerando che, nei periodi 1° gennaio 2013 – 30 giugno 2013 e 1° luglio 2013 – 31 dicembre 2013, le tariffe di terminazione stabilite per gli altri operatori dalla delibera n. 621/11/CONS sono pari, rispettivamente, a 1,5 centesimi di euro al minuto e 0,98 centesimi di euro al minuto, le tariffe di terminazione di H3G, determinate tenendo conto di quanto affermato al punto precedente, dovranno essere in entrambi i periodi superiori del 37% rispetto a quelle degli altri operatori, vale a dire dovranno essere uguali a 2,06 centesimi di euro al minuto e 1,34 centesimi di euro al minuto.

RITENUTO che le misure contenute nel presente provvedimento assicurino la piena ottemperanza delle statuizioni del Consiglio di Stato contenute nella sentenza n. 725/2014, avendo l’Autorità rideterminato l’asimmetria tariffaria in favore di H3G seguendo il *“rigoroso criterio di proporzionalità, ossia che al crescere della percentuale di popolazione coperta dalle frequenze in banda 900 MHz rilasciate alla società appellante deve fare riscontro una corrispondente uguale riduzione percentuale della differenza tra la terminazione di H3G e quella degli altri operatori”*;

CONSIDERATO, inoltre, quanto espresso dai soggetti intervenuti nella consultazione pubblica nazionale in merito alle modalità di ottemperanza alla sentenza n. 3722/2019, e di seguito riportato:

- O1. Secondo un operatore l’Autorità, al fine di dare esecuzione alla sentenza del Consiglio di Stato n. 3722/2019 avrebbe dovuto limitarsi a notificare lo schema di provvedimento alla Commissione europea, senza sottoporlo a consultazione pubblica nazionale. Al riguardo, l’operatore ha ricostruito l’*iter* regolamentare che ha portato alla delibera n. 259/14/CONS, annullata dalla sentenza su citata, evidenziando quanto segue.
- O2. La delibera di analisi di mercato n. 621/11/CONS era stata sottoposta a consultazione pubblica nazionale e l’Autorità aveva valutato il tema delle asimmetrie tariffarie derivanti dall’asimmetrica dotazione spettrale degli operatori mobili. Pertanto, nella valutazione del legame temporale tra la simmetria tariffaria e la simmetria nella dotazione spettrale l’Autorità si era basata su considerazioni sottoposte al massimo livello di condivisione. Successivamente, con la delibera n. 11/13/CONS l’Autorità, in ottemperanza alle sentenze del TAR Lazio n. 8381/2012, n. 10263/2012 e n. 10265/2012, ha colmato il *deficit* motivazionale della delibera n. 621/11/CONS, fornendo le motivazioni che giustificavano l’asimmetria tariffaria in favore di H3G; in tale sede, l’Autorità aveva confermato le previsioni della delibera n. 621/11/CONS, ovvero il raggiungimento della simmetria tariffaria a partire dal 1° luglio 2013. L’operatore ritiene corretto che la delibera n. 11/13/CONS non fu sottoposta a consultazione nazionale, dal momento che il sindacato dell’Autorità era vincolato dal giudicato.
- O3. Successivamente, la delibera n. 621/11/CONS è stata annullata dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 725/2014, che, accogliendo il ricorso di H3G, ha ritenuto irragionevole il raggiungimento della simmetria tariffaria in anticipo rispetto al raggiungimento della simmetria spettrale. Con tale

sentenza, il giudice ha imposto all’Autorità di definire le tariffe di terminazione rispettando un rigoroso criterio di proporzionalità tra le tariffe e la percentuale di popolazione coperta con le frequenze a 900 MHz oggetto del processo di *refarming*. In ottemperanza a tale sentenza, è stata approvata la delibera n. 259/14/CONS, che, secondo l’operatore, correttamente non è stata sottoposta a consultazione pubblica nazionale, dal momento che la sentenza forniva già chiare indicazioni sulle modalità di riedizione del potere cui l’Autorità si è limitata a dare concreta e puntuale attuazione.

- O4. Infine, con la sentenza n. 3722 del 2019, il Consiglio di Stato ha annullato la delibera n. 259/14/CONS, accogliendo il ricorso di Telecom Italia limitatamente alle censure con le quali è stato contestato l’omesso coinvolgimento della Commissione europea nella fase di riedizione del potere regolatorio che aveva portato all’approvazione della delibera n. 259/14/CONS. Sul punto, l’operatore riporta il relativo passaggio della sentenza, in cui il giudice ritiene che *“l’Autorità è tenuta quindi a riadottare [la delibera annullata, ndr] coinvolgendo la Commissione come previsto dalla norma”*.
- O5. Pertanto, conclude l’operatore, l’Autorità si sarebbe potuta limitare ad acquisire il parere della Commissione europea senza sottoporre la delibera in oggetto alla consultazione pubblica nazionale.
- O6. Un altro operatore ritiene che alla luce della sentenza n. 3722/2019 l’Autorità debba, di fatto, reiterare il procedimento di rinnovazione della delibera n. 621/11/CONS. Al riguardo, l’operatore evidenzia che la sentenza del 2019 ha annullato integralmente la delibera n. 259/14/CONS per vizio procedurale, in quanto l’Autorità non aveva coinvolto la Commissione europea nel ri-esercizio del potere in ottemperanza alla sentenza n. 725/2014. Pertanto, secondo l’operatore, il procedimento in corso ha per oggetto la sola ottemperanza alle disposizioni della sentenza del Consiglio di Stato n. 725/2014.
- O7. Sul punto, l’operatore osserva che la sentenza n. 725/2014 ha accolto il ricorso di H3G relativamente all’anticipazione al 1° luglio 2013 della simmetria tariffaria. La stessa sentenza, invece, ha rigettato il motivo di ricorso di H3G relativo al valore dell’asimmetria determinata dall’Autorità per il primo semestre 2013. Pertanto, l’operatore ritiene che con il procedimento in corso l’Autorità dovrebbe ridefinire, rispetto ai valori determinati con la delibera n. 621/11/CONS, esclusivamente la tariffa al 1° luglio 2013 e non anche il valore del 1° gennaio 2013. Secondo l’operatore, tale interpretazione troverebbe conferma anche nella sentenza n. 297/2015³, laddove riporta che *“la sentenza n. 725/2014 ha annullato la delibera n.*

³ Con la sentenza n. 297 del 2015 il Consiglio di Stato ha rigettato il ricorso di Telecom Italia per l’ottemperanza alla sentenza n. 725/2014.

621/11/CONS per difetto di motivazione e solo nella parte concernente l'anticipazione della fine dell'asimmetria in favore di H3G".

- O8. Lo stesso operatore sostiene anche che il Consiglio di Stato, nel pronunciare la sentenza n. 725/2014, ha considerato valide le motivazioni alla base dell'asimmetria tariffaria in favore di H3G riportate nella delibera n. 11/13/CONS, ad esclusione dell'anticipo di 6 mesi per il raggiungimento della simmetria tariffaria. Pertanto, ribadisce che il provvedimento in consultazione dovrebbe riguardare esclusivamente la tariffa introdotta a partire dal 1° luglio 2013 e non anche quella del 1° gennaio 2013.
- O9. In conclusione, l'operatore evidenzia che la sentenza n. 725/2014 ha stabilito che il livello di asimmetria debba essere determinato sulla base della crescente percentuale di popolazione coperta con le frequenze a 900 MHz. In considerazione della circostanza che tra il primo e il secondo semestre 2013 non si è verificata nessuna variazione di suddetta copertura, l'Autorità dovrebbe applicare al secondo semestre 2013 la medesima percentuale di asimmetria stabilita per il primo semestre 2013 con la delibera n. 621/11/CONS, pari al 13%, determinando in questo modo una tariffa pari a 1,11€cent/min invece del valore di 1,34€cent/min proposto.
- O10. L'operatore ritiene altresì che la proposta in consultazione sia difforme dal quadro normativo europeo di riferimento. In particolare, la società fa riferimento alla Raccomandazione sulla regolamentazione delle tariffe di terminazione fissa e mobile n. 2009/396/CE (di seguito "Raccomandazione sulla terminazione"), che prevede il raggiungimento di tariffe efficienti e simmetriche entro il 31 dicembre 2012 per tutti gli operatori, al fine di evitare distorsioni del mercato. L'operatore evidenzia anche che, con specifico riferimento al mercato della terminazione mobile in Italia, già dal 2007 la Commissione europea aveva espresso perplessità circa il permanere di un'asimmetria tariffaria in favore di H3G. A tal proposito, viene richiamato il contenuto di varie lettere di commenti della Commissione europea⁴, da cui emergerebbe che l'organo comunitario:
- a. è di principio contrario a misure tariffarie asimmetriche;
 - b. ritiene che differenze tariffarie siano possibili solo per favorire l'ingresso dei nuovi operatori e solo se sono obiettivamente giustificate e limitate nel tempo;
 - c. ammette una possibile giustificazione dell'asimmetria tariffaria nel maggior costo d'uso dello spettro, ma solo nella misura in cui questo sia al di fuori del controllo dell'operatore e sia connesso al traffico;

⁴ Lettere SG-Greffe (2007) D/204910 del 2 agosto 2007, SG-Greffe (2008) D/204577 del 15 luglio 2008, SG-Greffe (2008) D/206734 del 7 Novembre 2008, SG-Greffe (2011) D/10210 del 23 giugno 2011.

- d. con specifico riferimento alle tariffe del 2012 e del 2013 definite con la delibera n. 621/11/CONS, ha rilevato: *i)* un ritardo nell'imposizione dell'orientamento al costo; *ii)* il mantenimento di livelli tariffari elevati e superiori alla media europea; *iii)* un difetto di motivazione dell'asimmetria tariffaria prevista in favore di H3G.

RITENUTO, in relazione alle modalità di ottemperanza alla sentenza n. 3722/2019, quanto segue:

- V1. L'Autorità non condivide quanto espresso da un operatore e riportato ai punti O1-O5, secondo cui il provvedimento in oggetto dovrebbe essere esclusivamente notificato alla Commissione europea senza prima svolgere la consultazione pubblica nazionale. Come noto, con la sentenza n. 725/2014 il Consiglio di Stato ha annullato la delibera n. 621/11/CONS in merito al raggiungimento della simmetria tariffaria in anticipo rispetto alla conclusione del processo di riallocazione delle frequenze, ritenendo che la riduzione dell'asimmetria dovesse essere proporzionale alla percentuale di popolazione coperta. L'Autorità ha adottato la delibera n. 259/14/CONS senza sottoporla a consultazione nazionale e senza acquisire il parere della Commissione europea, ritenendo che il proprio operato fosse vincolato dal giudicato e che notificare lo schema di provvedimento sarebbe stato contrario ai principi di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa. Il Consiglio di Stato, nella recente sentenza del 2019, non ha condiviso le motivazioni dell'Autorità e ha sostenuto che l'acquisizione del parere della Commissione europea è previsto dalle norme comunitarie al fine di assicurare la piena applicazione delle direttive comunitarie da parte di tutti gli Stati Membri, trattandosi in sostanza di garantire l'interesse sovranazionale di un assetto ordinato ed efficiente non solo del mercato nazionale ma anche del mercato europeo. Il giudice, inoltre, non ha ritenuto che nel caso di specie fosse necessario garantire la tempestività dell'adozione del provvedimento, dal momento che si trattava di definire tariffe per un periodo già trascorso. Pertanto, la delibera n. 259/14/CONS è stata annullata.
- V2. Per quanto il giudice non abbia esplicitamente richiesto di svolgere anche la consultazione nazionale, l'Autorità, al fine di dare corretta esecuzione alla sentenza, non può esimersi dal sottoporre a consultazione nazionale lo schema di provvedimento in oggetto. Infatti, dal combinato disposto degli articoli 11, 12, 19, 42 e 45 del Codice risulta che la notifica di uno schema di provvedimento alla Commissione europea richiede la precedente acquisizione del parere dei soggetti interessati tramite consultazione pubblica nazionale. In particolare, l'art. 11⁵ disciplina il meccanismo

⁵ L'art. 11, comma 1, recita che “[...] il Ministero e l'Autorità, quando intendono adottare provvedimenti in applicazione del Codice [...], che abbiano un impatto rilevante sul mercato di riferimento, **consentono**

relativo alla consultazione pubblica nazionale e l'art. 12, relativo alla consultazione comunitaria, indica al comma 3 che l'Autorità può notificare la sua proposta alla Commissione europea “*al termine della consultazione di cui all'articolo 11*”, vincolando quindi la consultazione comunitaria all'aver già precedentemente svolto la consultazione nazionale⁶. Inoltre, l'art. 45, comma 5, relativo ai poteri dell'Autorità in merito all'imposizione, modifica o revoca degli obblighi regolamentari, richiede esplicitamente lo svolgimento di entrambe le consultazioni (nazionale e comunitaria) come presupposto per l'imposizione di obblighi regolamentari: “*Gli obblighi imposti ai sensi del presente articolo sono basati sulla natura delle questioni oggetto di istruttoria, proporzionati e giustificati alla luce degli obiettivi di cui all'articolo 13 e sono imposti solo previa consultazione ai sensi degli articoli 11 e 12*” (enfasi aggiunta). Alla luce di quanto esposto, la richiesta di parere alla Commissione europea su uno schema di provvedimento – quale quello in oggetto – che intende imporre obblighi regolamentari ai sensi dell'art. 45 del Codice è vincolata alla precedente acquisizione delle osservazioni dei soggetti interessati tramite consultazione pubblica nazionale.

- V3. Proseguendo, si deve notare che nel caso in esame non rileva la circostanza che l'Autorità avesse già chiesto, tramite la consultazione pubblica nazionale svolta nell'ambito dell'analisi di mercato di cui alla delibera n. 621/11/CONS, il parere dei soggetti interessati in merito all'asimmetria in favore di H3G. La consultazione svolta in quella sede, infatti, è relativa a un procedimento ben definito e concluso e non può applicarsi ai provvedimenti intesi a modificarlo. D'altronde, se così non fosse, il ragionamento si potrebbe applicare *mutatis mutandis* anche al parere della Commissione europea, che pure fu acquisito in quella sede, giungendo a una conclusione opposta a quella del Consiglio di Stato che ha annullato la delibera n. 259/14/CONS.
- V4. L'Autorità condivide la posizione espressa da un operatore, riportata ai punti O6-O9, secondo cui il provvedimento in oggetto ottempera – di fatto – alla sentenza n. 725/2014, con cui il Consiglio di Stato aveva parzialmente annullato la delibera n. 621/11/CONS nella parte relativa alla data di

alle parti interessate di presentare le proprie osservazioni sulla proposta di provvedimento entro un termine non inferiore a trenta giorni, a decorrere dalla notifica alle parti interessate della proposta di provvedimento” (enfasi aggiunta).

⁶ L'art. 12, comma 3, prevede che “*Salvo che sia diversamente previsto nelle raccomandazioni o negli orientamenti adottati dalla Commissione europea a norma dell'articolo 7-ter della direttiva 2002/21/CE, al termine della consultazione di cui all'articolo 11, qualora l'Autorità intenda adottare un provvedimento che rientri nell'ambito degli articoli 18, 19, 42 o 45 e influenzi gli scambi tra Stati membri, rende accessibile, fornendone apposita documentazione, la proposta di provvedimento, adeguatamente motivata, contemporaneamente alla Commissione europea, al BERECE e alle Autorità di regolamentazione degli altri Stati membri*” (enfasi aggiunta).

conclusione del regime di asimmetria tariffaria in favore di H3G. Lo schema sottoposto a consultazione pubblica nazionale, infatti, deve completare l'*iter* istruttorio volto a rideterminare, in ottemperanza alla sentenza del 2014, le tariffe di H3G del 2013 e la scelta di richiamare integralmente la delibera n. 259/14/CONS è coerente con questa impostazione, dal momento che l'Autorità ritiene tuttora valide le considerazioni svolte all'epoca. Lo schema di provvedimento sottoposto a consultazione nazionale fornisce, infatti, gli elementi di valutazione utili ai fini della rideterminazione dell'asimmetria tariffaria di H3G per il 2013, richiamando le parti salienti della sentenza n. 725/2014, ripercorrendo le tappe del processo di riallocazione delle frequenze a 900 MHz e descrivendo la metodologia utilizzata per calcolare le tariffe.

- V5. Tuttavia, l'Autorità non concorda sulle modalità di ottemperanza proposte da tale operatore, ovvero ritiene che ai fini di una corretta esecuzione della sentenza del 2014 non ci si possa limitare a rideterminare solo la tariffa di luglio 2013. Come correttamente rilevato dall'operatore intervenuto, nel pronunciare la sentenza n. 725/2014 il giudice ha tenuto conto della delibera n. 11/13/CONS, con cui l'Autorità, colmando il *deficit* motivazionale della delibera n. 621/11/CONS, ha adeguatamente giustificato la decisione di prolungare nel 2013 – rispetto a quanto era stato deciso con la precedente analisi di mercato – l'asimmetria di H3G in funzione della diversa dotazione spettrale⁷. Pertanto, sebbene non abbia accolto il ricorso di H3G nella parte in cui l'appellante contestava il valore della tariffa calcolata per gennaio 2013, il Consiglio di Stato nel complesso ha ritenuto fondato il mantenimento dell'asimmetria tariffaria in favore di H3G nel 2013, ma non ha concordato sul percorso tariffario definito dall'Autorità con la delibera n. 621/11/CONS. E infatti il giudice nell'annullare *in parte qua* tale delibera ha esplicitamente indicato che il valore dell'asimmetria in favore di H3G deve rispettare un rigoroso criterio di proporzionalità in base al quale al crescere della percentuale di popolazione coperta con le frequenze nella banda a 900 MHz deve ridursi l'asimmetria, vincolando di fatto il percorso di riduzione delle tariffe di H3G al processo di *refarming* delle frequenze

⁷ Con la delibera n. 667/08/CONS l'Autorità ha concluso il terzo ciclo di analisi dei mercati della terminazione vocale su singola rete mobile, stabilendo il raggiungimento della piena simmetria tariffaria tra tutti gli MNO a partire dal 1° luglio 2012. Successivamente, con la delibera n. 621/11/CONS l'Autorità aveva prolungato l'asimmetria in favore di H3G fino a luglio 2013. Quest'ultima delibera è stata impugnata e il TAR Lazio ritenne che la decisione di prolungare l'asimmetria non era stata sufficientemente motivata dall'Autorità. Pertanto, in ottemperanza alle sentenze del TAR Lazio n. 8381/2012, n. 10263/2012 e n. 10265/2012 l'Autorità ha approvato la delibera n. 11/13/CONS, con cui ha fornito le motivazioni alla base della decisione presa nella delibera n. 621/11/CONS di confermare, anche per il 2013, l'asimmetria in favore di H3G.

nella banda a 900 MHz⁸. Il rispetto del rigoroso criterio di proporzionalità richiesto dal giudice impone la rideterminazione di entrambe le tariffe del 2013 e non solo del valore di luglio, al fine di definire tariffe coerenti con il quadro regolamentare in cui vanno a iscriversi.

- V6. Per comprendere perché il richiamo al rispetto di un criterio di proporzionalità tra l'aumento della popolazione coperta e la riduzione dell'asimmetria porti necessariamente a rideterminare anche la tariffa di H3G di gennaio 2013, è necessario richiamare sia l'orizzonte temporale coperto dalla delibera n. 621/11/CONS sia le tappe del processo di *refarming*, dal momento che il provvedimento in oggetto si iscrive all'interno del quadro regolamentare definito da suddetta delibera e che il percorso di riduzione delle tariffe deve essere determinato tenendo conto del *refarming*.
- V7. Il terzo ciclo di analisi di mercato della terminazione mobile determina le tariffe da luglio 2012 fino a fine 2013, secondo un *decalage* a tre tappe: 1° luglio 2012, 1° gennaio 2013, 1° luglio 2013. Il processo di *refarming* ha previsto il rilascio delle frequenze in tre tappe successive, la prima a novembre 2011, antecedente alla prima tappa del *decalage*, la seconda a novembre 2012, poco prima della seconda tappa del *decalage*, e l'ultima a fine dicembre 2013, circa sei mesi dopo l'ultima tappa del *decalage*. Quindi, per definire un percorso di riduzione della percentuale di asimmetria complessivamente coerente con l'aumento della percentuale di popolazione coperta nell'ambito del quadro regolamentare definito dalla delibera n. 621/11/CONS, si devono considerare necessariamente entrambe le tappe del processo di *refarming* intervenute nel periodo coperto da tale delibera, ovvero quella di novembre 2012, che incide sulla prima tappa del *decalage* determinando un'asimmetria del 37% invece del 40%, e quella di dicembre 2013, che determina il tempo di raggiungimento della simmetria. Ciò comporta che l'aumento di popolazione coperta a novembre 2012 deve riflettersi in una corrispondente riduzione della percentuale di asimmetria tra luglio 2012 e gennaio 2013 e la percentuale di gennaio 2013 deve essere mantenuta invariata anche a luglio 2013, non essendo intervenute variazioni nella dotazione spettrale. Al contrario, confermare la tariffa prevista a gennaio 2013 dalla delibera n. 621/11/CONS senza tenere conto della variazione della percentuale di popolazione coperta a novembre 2012 –

⁸ Nella sentenza n. 725 del 2014 il Consiglio di Stato ha indicato che “*nonostante l'annullamento per difetto di motivazione comporti per l'amministrazione la possibilità di riesercitare il potere conformandosi al formando giudicato, la riduzione della differenza tra la tariffa di terminazione pagata alla società appellante e la tariffa pagata agli altri operatori deve, senza sconfessare il meccanismo della riduzione, rispettare un rigoroso criterio di proporzionalità, ossia che al crescere della percentuale di popolazione coperta dalle frequenze in banda 900 MHz rilasciate alla società appellante deve fare riscontro una corrispondente uguale riduzione percentuale della differenza tra la terminazione di H3G e quella degli altri operatori*” (enfasi aggiunta).

come proposto dall'operatore – non risulta conforme con il dettato del giudice, dal momento che la riduzione tariffaria per H3G tra luglio 2012 e gennaio 2013 sarebbe slegata dalla variazione di popolazione coperta nel frattempo intervenuta a novembre 2012. In altri termini la sensibile riduzione da 3,5 a 1,7€cent/min non risulterebbe giustificata dall'aumento di copertura avuto, pari al solo +8%.

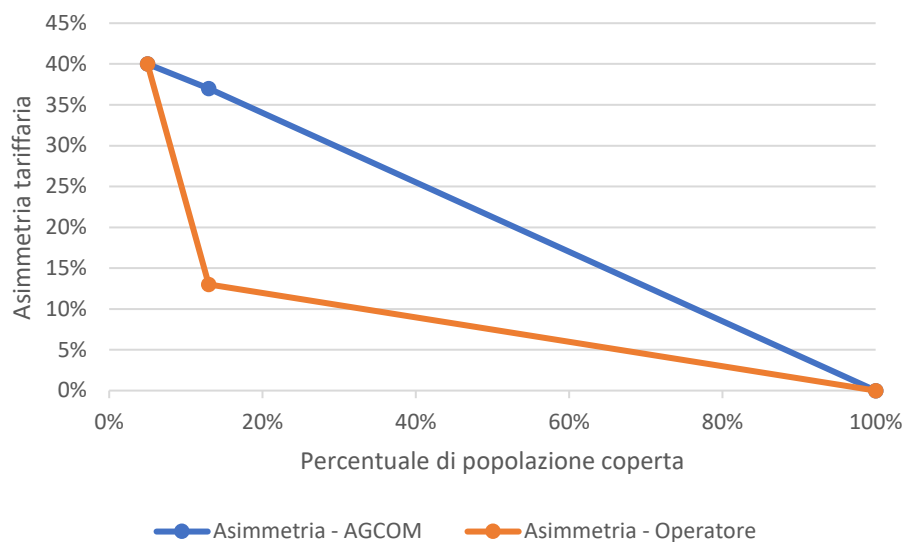
- V8. A conferma di quanto riportato ai punti precedenti, la Figura 1 mostra come la scelta dell'Autorità sia coerente con il dettato del giudice, creando un percorso di riduzione dell'asimmetria proporzionale con l'aumento della popolazione coperta, contrariamente a quanto proposto dall'operatore in consultazione pubblica. Ai fini della costruzione della figura, l'Autorità ha tenuto conto dei dati riportati nella seguente tabella, che riepiloga le tariffe proposte dall'Autorità e dall'operatore, con i relativi livelli di asimmetria, nonché la percentuale di popolazione coperta:

Tabella 1 - Tariffe H3G e altri operatori, percentuali di asimmetria e percentuali di popolazione coperta

	1/7/2012	1/1/2013	1/7/2013	1/1/2014
MTR altri MNO	2,50	1,50	0,98	0,98
PROPOSTA AGCOM				
MTR H3G	3,50	2,06	1,34	0,98
Asimmetria	40%	37%	37%	0%
PROPOSTA OPERATORE				
MTR H3G	3,50	1,70	1,11	0,98
Asimmetria	40%	13%	13%	0%
Percentuale popolazione coperta	5%	13%	13%	100%

- V9. La figura seguente mostra la percentuale di asimmetria in funzione della percentuale di popolazione coperta secondo la proposta dell'Autorità (in blu) e quella dell'operatore (in arancione). Il punto di partenza è alla data del 1° luglio 2012, quando l'asimmetria tariffaria era pari al 40%, come determinata dalla delibera n. 621/11/CONS, e la popolazione coperta con le frequenze a 900 MHz pari al 5%. Il punto finale corrisponde alla fine del regime di asimmetria per effetto del rilascio delle frequenze su tutto il territorio nazionale. La figura evidenzia che l'ipotesi dell'Autorità definisce un percorso lineare, come richiesto dal giudice, contrariamente a quanto proposto da un operatore intervenuto in consultazione.

Figura 1 - Percentuale di asimmetria tariffaria proposta dall'Autorità (in blu) e da un operatore (in arancione) in funzione della percentuale di popolazione coperta



Fonte: elaborazioni dell'Autorità

- V10. Con riferimento alle osservazioni riportate al punto O10, l'Autorità evidenzia che la definizione di una tariffa di H3G asimmetrica per tutto il 2013 non può essere rimessa in discussione in questa sede, dal momento che la sentenza del Consiglio di Stato n. 725/2014 ha annullato la delibera n. 621/11/CONS proprio per l'imposizione di una tariffa simmetrica prima della fine del 2013. Inoltre, si evidenzia che la Commissione europea ha in ogni caso formulato parere favorevole all'adozione della delibera n. 621/11/CONS, con la quale l'asimmetria tariffaria in favore di H3G veniva confermata nel 2013 (anche se per un periodo di soli 6 mesi).

CONSIDERATO, inoltre, quanto espresso dai soggetti intervenuti nella consultazione pubblica nazionale in merito alle tariffe di terminazione di H3G sottoposte a consultazione e di seguito riportato:

- O11. Un operatore ritiene che le tariffe sottoposte a consultazione dall'Autorità per il 1° gennaio 2013 e 1° luglio 2013 rappresentano un valore minimo di riferimento. Al riguardo, l'operatore evidenzia che il calendario di riorganizzazione delle frequenze nella banda a 900 MHz definito dalla determina del Ministero dello Sviluppo Economico ha previsto il rilascio graduale delle licenze sul territorio nazionale, rendendo disponibili 5 MHz nelle prime 10 province al 16 novembre 2011, in ulteriori 10 province al 16 novembre 2012 e nel restante territorio nazionale al 31 dicembre 2013. Secondo il rispondente, tale calendarizzazione, che ha comportato una graduale copertura del territorio nazionale da parte di H3G, si riflette sui costi sostenuti dall'operatore nel tempo per effetto del graduale accesso ai

benefici che derivano dall'utilizzo delle frequenze in questione e che dipendono da due fattori: *i*) costi di realizzazione e gestione della rete nettamente inferiori a quelli richiesti per reti con frequenze superiori; *ii*) possibilità di ottenere una migliore ricezione delle chiamate e una qualità del segnale più elevata. L'operatore sottolinea come il *glide path* di H3G proposto in consultazione sia stato calcolato ipotizzando un'irrealizzabile contemporaneità tra il rilascio delle frequenze in una porzione di territorio e la completa copertura della popolazione di tale porzione, come se H3G – per ciascuna tappa del calendario di rilascio delle frequenze – fosse in grado di garantire la completa copertura della popolazione afferente al *cluster* interessato nel momento esatto del rilascio della porzione di banda. L'operatore evidenzia che, al contrario, la realizzazione effettiva della copertura avverrebbe nei mesi successivi alla data di rilascio e che per tale motivo le tariffe proposte nel provvedimento in oggetto rappresenterebbero un valore minimo di riferimento, in quanto dovrebbero entrare in vigore solo al raggiungimento effettivo della copertura della popolazione. Con analoghe motivazioni, l'operatore sostiene che l'annullamento dell'asimmetria tariffaria non si giustificerebbe alla data esatta in cui si è concluso il processo di *refarming* quanto piuttosto all'effettivo completamento della copertura del 100% della popolazione nazionale con le frequenze nella banda a 900 MHz, ovvero nei mesi successivi al 31 dicembre 2013.

- O12. Di avviso analogo anche un altro operatore, secondo cui H3G, pur beneficiando di una tariffa asimmetrica fino al 31 dicembre 2013, non era ancora nella condizione di competere equamente con gli altri MNO dal momento che il rilascio completo delle frequenze era avvenuto solo in quella data.
- O13. Un altro operatore ritiene che le tariffe proposte con il procedimento in corso siano difformi alle disposizioni della delibera n. 11/13/CONS. Con tale delibera, passata in giudicato, l'Autorità, spiegando le ragioni che l'avevano indotta a prolungare l'asimmetria in favore di H3G con la delibera n. 621/11/CONS, ha confermato le tariffe stabilite con la suddetta analisi di mercato, motivando perché aveva ritenuto corretto definire per H3G una tariffa superiore del 40% rispetto alle tariffe di terminazione degli altri operatori⁹. In conclusione, l'operatore ritiene che la delibera n. 11/13/CONS fornisce le motivazioni e l'istruttoria per la definizione della tariffa di 1,7€cent/min di H3G per il primo semestre 2013.

⁹ L'operatore evidenzia quanto riportato al punto 12 della delibera n. 11/13/CONS: “*Più precisamente, con riferimento al periodo 1° luglio 2012 - 31 dicembre 2012, l'Autorità ha ritenuto che la minore efficienza della rete di H3G dovuta alla suddetta indisponibilità di frequenze nella banda a 900 MHz avrebbe comportato maggiori costi di realizzazione della rete di quest'ultimo, valutabili nell'ordine del 70% con un riflesso anche sul costo di terminazione nell'ordine di 1 centesimo di euro al minuto (come peraltro emerso dalla summenzionata attività di riconciliazione), che corrisponde al 40% in più del prezzo stabilito per gli altri tre MNO*”.

- O14. Lo stesso operatore, in ogni caso, condivide l'entità della riduzione dell'asimmetria introdotta per il primo semestre 2013 con la delibera n. 621/11/CONS, pari all'80% rispetto al valore di luglio 2012. Al riguardo, l'operatore ritiene che i maggiori costi legati al permanere dell'indisponibilità delle frequenze a 900 MHz e all'uso delle bande a 2100 MHz non siano in ogni caso superiori al 30%, come riportato dall'Autorità nella sintesi della consultazione pubblica indetta con la delibera n. 343/07/CONS¹⁰.
- O15. Inoltre, secondo tale soggetto, elevati livelli di asimmetria non si giustificerebbero con il ritardo nell'assegnazione della dotazione spettrale di H3G, in considerazione della maturità che l'operatore aveva raggiunto nel 2013 in quanto attivo già da 10 anni nel mercato. La differenza di costo era, secondo l'operatore, destinata a ridursi nel tempo, dal momento che per effetto dell'aumento della base clienti di H3G (pari a circa 9,3 milioni a giugno 2012) la numerosità dei siti dipenderebbe maggiormente dal traffico sviluppato dai clienti che dalla dotazione spettrale. Nelle aree urbane e suburbane caratterizzate da traffico elevato, dove H3G aveva di fatto sviluppato la propria rete, i siti andrebbero in ogni caso realizzati vicini tra loro per soddisfare la richiesta di traffico sottostante e per tali siti il reale beneficio in termini di copertura ottenibile nel passaggio dalla banda a 2100 MHz a quella 900 MHz diventerebbe sempre più marginale. Il maggior beneficio si avrebbe nell'area rurale, in cui però H3G non garantisce copertura all'epoca.
- O16. In ogni caso, l'operatore sostiene che il prezzo di terminazione si sarebbe dovuto valutare sulla base dei costi incrementali sostenuti dall'operatore per la gestione del traffico voce e non per garantire la copertura.
- O17. Secondo lo stesso operatore, infine, i livelli di asimmetria proposti dall'Autorità per il 2013 non sarebbero in linea con i livelli di asimmetria previsti in quegli anni in Europa per i nuovi entranti. Al riguardo, il rispondente evidenzia che per le altre società H3G attive in Europa – che pure disponevano, a eccezione di H3G UK, di una base clienti inferiore a quella di H3G Italia – la piena simmetria tariffaria è stata raggiunta al più tardi nel corso del 2013 praticamente in tutti i Paesi della UE15. L'operatore sottolinea che solo Free Mobile in Francia godeva di una simmetria transitoria paragonabile a quella proposta per H3G con il procedimento in

¹⁰ L'operatore cita quanto riportato al punto 87 del documento di sintesi della consultazione avviata con la delibera n. 343/07/CONS: *“in un modello generale applicato al caso di operatori tipici europei la riduzione dei costi cumulativi CAPEX e OPEX in un periodo di 5 anni è valutata complessivamente in circa l'8% per una rete mista 900/2100 MHz, rispetto ad una rete 3G solo a 2100 MHz. Relativamente ai soli costi CAPEX, la riduzione dei costi sarebbe complessivamente di circa il 27% per una rete mista 900/2100 MHz, rispetto ad una rete 3G solo a 2100 MHz”*.

corso, con la differenza che Free Mobile era stata lanciata due anni prima (nel 2011) mentre H3G era attiva già da 10 anni.

- O18. Un altro operatore sottolinea che, in mancanza di dati contabili utili a determinare la tariffa di H3G, non è in grado di fornire una valutazione precisa sul valore tariffario. Tuttavia, l'operatore ritiene che un'asimmetria tariffaria in favore di un operatore nuovo entrante sia proporzionale in considerazione delle minori economie di scala rispetto agli altri MNO e giustificata alla luce dei maggiori costi sostenuti.
- O19. Lo stesso operatore evidenzia che il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 725/2014, ha indicato che la riduzione dell'asimmetria in favore di H3G deve rispettare un rigoroso criterio di proporzionalità per il quale al crescere della percentuale di popolazione coperta deve corrispondere un'uguale riduzione dell'asimmetria. A tale riguardo, ritiene che il valore di partenza su cui valutare le riduzioni percentuali sia quello in vigore al 1° luglio 2012, pari al 40%, quando H3G era in grado di coprire solo il 5% della popolazione nazionale. Al 1° gennaio 2013 la percentuale di popolazione coperta è aumentata dell'8% per effetto del rilascio delle frequenze in ulteriori province e, di conseguenza, secondo l'operatore la tariffa di terminazione di H3G deve essere superiore del 37% rispetto alle tariffe degli altri operatori. L'operatore concorda con il mantenimento di tale asimmetria fino al 31 dicembre 2013, quando H3G è entrata nella disponibilità delle frequenze su tutto il territorio nazionale.

RITENUTO, in merito alle tariffe di terminazione di H3G proposte per il 2013, quanto segue:

- V11. Con riferimento alle osservazioni riportate ai punti O11 e O12, la definizione delle tariffe di terminazione di H3G in funzione del processo di *refarming* richiede, chiaramente, di stabilire delle date certe in cui valutare i benefici di costo conseguibili con il rilascio delle frequenze. L'aggancio alla data di rilascio assolve a tale scopo. Diversamente, agganciare la variazione della tariffa all'effettiva copertura determinerebbe delle aleatorietà incompatibili con lo scopo di un percorso di riduzione tariffaria, a causa dell'incertezza relativa alla data di conclusione delle attività necessarie alla messa in esercizio degli impianti per l'utilizzo delle frequenze. Inoltre, si evidenzia che il secondo *step* di rilascio delle frequenze, avvenuto a novembre 2012, determina una riduzione della percentuale di asimmetria a gennaio 2013, ovvero con due mesi di ritardo.
- V12. Si evidenzia anche che individuare in questo provvedimento una nuova data per l'imposizione della simmetria tariffaria che sia successiva al 1° gennaio 2014, ovvero in ritardo rispetto alla conclusione del processo di riallocazione delle frequenze, distorcerebbe il senso della sentenza n. 725/2014 che non ha inteso prolungare l'asimmetria oltre la conclusione del processo di riallocazione delle frequenze.

- V13. Inoltre, sempre in relazione all'osservazione sulle differenze di costo tra le reti a 900 MHz e a 2,1 GHz fatte dai rispondenti, appare opportuno chiarire che il percorso di riduzione fissato parte dai valori determinati dalla delibera n. 621/11/CONS sulla base di un modello BU-LRIC puro anche allo scopo di spingere gli operatori verso una maggiore efficienza nella fornitura del servizio di terminazione. Il successivo percorso di riduzione è collegato, in attuazione della sentenza, al tasso di aumento della copertura in modo da determinare, secondo criteri di ragionevolezza, una stima indiretta sulle differenze di costo che ne tenga conto. In tal senso, il percorso proposto in questa sede per H3G con il raggiungimento della tariffa efficiente a gennaio 2014 consente di confermare il quadro regolamentare definito con la delibera n. 621/11/CONS, in cui l'asimmetria era giustificata dall'esistenza di oggettive differenze di costo. Al contrario, introdurre la tariffa efficiente in capo ad H3G dopo il 31 dicembre 2013, e quindi in ritardo rispetto alla conclusione del processo di *refarming* che ha colmato le suddette oggettive differenze di costo, sarebbe contrario ai principi alla base del percorso regolamentare individuato dall'Autorità con la delibera n. 621/11/CONS, perché si garantirebbe in favore di H3G un regime asimmetrico anche in assenza di quelle differenze oggettive di costo atte a giustificarlo.
- V14. L'Autorità non ritiene che le tariffe proposte in consultazione siano in contrasto con la delibera n. 11/13/CONS, come sostenuto da un operatore e riportato al punto O13. Con tale delibera, l'Autorità ha colmato il *deficit* motivazionale della delibera n. 621/11/CONS, spiegando le ragioni che avevano portato a confermare anche per il 2012 e il 2013 l'asimmetria tariffaria in favore di H3G. Tale chiarimento era necessario per spiegare le ragioni che avevano indotto l'Autorità a modificare quanto previsto dalla delibera n. 667/08/CONS, con la quale era stato deciso di imporre la simmetria tariffaria a partire dal 1° luglio 2012 perché – presumibilmente – a quella data l'asimmetria nella dotazione spettrale si sarebbe esaurita per effetto del processo di riordino delle frequenze. Nel corso dell'istruttoria condotta nell'ambito dell'analisi di mercato approvata con la delibera n. 621/11/CONS era stato riscontrato che, contrariamente a quanto previsto nel 2008, l'asimmetria nella dotazione spettrale si sarebbe conclusa solo a fine 2013, con il completamento del processo di *refarming*.
- V15. Una volta chiarite le motivazioni alla base della scelta di prolungare l'asimmetria in favore di H3G, l'Autorità ha spiegato come erano state definite le tariffe imposte in capo a tale operatore con la delibera n. 621/11/CONS. Di seguito se ne riportano i passaggi rilevanti. Per determinare le tariffe di terminazione, l'Autorità ha effettuato un'attività di riconciliazione tra i valori determinati dal modello BU-LRIC puro e i costi reali degli operatori mobili, da cui era emerso, per il 2012, un costo di terminazione di H3G superiore di 1€cent/min rispetto agli altri operatori, imputabile alla differente dotazione spettrale.

- V16. Stante quanto premesso, si evidenzia anzitutto che il passaggio della delibera n. 11/13/CONS, estratto dall'operatore nel suo contributo, fa riferimento alla determinazione del valore di partenza dell'asimmetria di H3G, laddove l'Autorità evidenziava che *“con riferimento al periodo 1° luglio 2012 - 31 dicembre 2012, l'Autorità ha ritenuto che la minore efficienza della rete di H3G dovuta alla suddetta indisponibilità di frequenze nella banda a 900 MHz avrebbe comportato maggiori costi di realizzazione della rete di quest'ultimo, valutabili nell'ordine del 70% con un riflesso anche sul costo di terminazione nell'ordine di 1 centesimo di euro al minuto (come peraltro emerso dalla summenzionata attività di riconciliazione), che corrisponde al 40% in più del prezzo stabilito per gli altri tre MNO”*. Questo ragionamento, quindi, si applica al calcolo delle tariffe approvate per il 2012 con la delibera n. 621/11/CONS; tali valori non sono rimessi in discussione con il presente provvedimento, pertanto non può esserci alcuna contraddizione tra il provvedimento in corso e la delibera n. 11/13/CONS su questa parte.
- V17. Per quanto riguarda, invece, la determinazione della tariffa di H3G per il 1° gennaio 2013, nella delibera n. 11/13/CONS l'Autorità ha solo evidenziato di aver apportato, rispetto al valore di asimmetria di 1 eurocent/min di luglio 2012, una riduzione *“dell'80%”*, in modo da definire un percorso di riduzione delle tariffe che portasse al raggiungimento della simmetria tariffaria a luglio 2013. In questo modo, il *decalage* delle tariffe teneva conto dei commenti della Commissione europea, che aveva chiesto una riduzione delle tariffe di terminazione e il raggiungimento anticipato della simmetria tariffaria. In sostanza, la riduzione tariffaria imposta a gennaio 2013 con la delibera n. 621/11/CONS non era legata all'aumento della copertura, ma solo al raggiungimento della simmetria a luglio 2013. Tale valutazione è superata dalla successiva sentenza del CDS che richiedeva un percorso di raggiungimento della simmetria collegato all'aumento della dotazione frequenziale. Queste considerazioni, quindi, non possono trovare applicazione nel provvedimento in corso, in cui l'Autorità è chiamata a ridefinire un percorso lineare (ovvero proporzionale) tra l'aumento della popolazione coperta con le frequenze a 900MHz e la riduzione dell'asimmetria che porti a raggiungere la simmetria tariffaria al 1° gennaio 2014. Si rinvia, a tale riguardo, a quanto chiarito ai punti V5-V9.
- V18. L'Autorità rimanda alle valutazioni dei punti precedenti per quanto riguarda le osservazioni del punto O14 di un operatore secondo cui l'entità della riduzione della tariffa di H3G tra luglio 2012 e gennaio 2013 dovrebbe essere dell'80%. In ogni caso, l'Autorità evidenzia che l'operatore non ha fornito elementi utili di valutazione delle proprie osservazioni.
- V19. Relativamente alle osservazioni dello stesso operatore riportate sempre al punto O14 secondo cui la differenza di costo per l'indisponibilità delle frequenze nella banda a 900 MHz dovrebbe essere pari al massimo al 30%, l'Autorità evidenzia quanto segue. Il documento cui l'operatore fa

riferimento nella sua osservazione riporta la sintesi delle posizioni espresse dagli operatori nell'ambito della consultazione pubblica lanciata con la delibera n. 343/07/CONS riguardo all'utilizzo delle bande a 900, 1800 e 2100 MHz per i sistemi radiomobili; in particolare, l'operatore cita il punto 87 in cui si legge che *“la riduzione dei costi sarebbe complessivamente di circa il 27% per una rete mista 900/2100 MHz, rispetto ad una rete 3G solo a 2100 MHz”*. Si tratta, quindi, del posizionamento degli operatori e non dell'Autorità. In ogni caso, si evidenzia che proseguendo nella lettura dello stesso punto 87 si legge che *“tali valutazioni vanno comunque tarate sui casi concreti e sono dipendenti dai modelli utilizzati, dalle assunzioni, dalle varie situazioni di partenza in termini anche di infrastrutture disponibili e dal target di confronto”*; quindi, già in quell'occasione era stato evidenziato che si tratta di considerazioni di carattere generale e che, nella valutazione del caso specifico, si può giungere a determinazioni differenti a seconda delle specifiche circostanze in analisi. Nel caso in esame, come detto in precedenza, la determinazione del valore di asimmetria al 1° luglio 2012 è scaturito dall'attività di riconciliazione tra i risultati del modello e i costi reali sostenuti dagli operatori e i valori successivi sono funzionali alla definizione di un percorso lineare di riduzione dell'asimmetria in funzione dell'aumento di popolazione coperta. Pertanto, le considerazioni generali riportate dall'operatore non trovano applicazione nel caso in esame.

- V20. Con riferimento alle osservazioni riportate da un operatore ai punti O15-O17, secondo cui in sintesi i livelli di asimmetria proposti non sarebbero giustificati per diverse motivazioni – maturità raggiunta da H3G nel mercato all'epoca dei fatti, valutazione sulla base dei costi incrementali sostenuti dall'operatore per la gestione del traffico voce e livelli non in linea con quelli previsti per in nuovi entranti in Europa in quegli anni – l'Autorità ribadisce anzitutto che il legame tra dotazione spettrale e maggiori costi di terminazione è ormai stato accertato attraverso sentenze passate in giudicato, per cui non può essere rimesso in discussione in questa sede. Inoltre, come già evidenziato in precedenza, la valutazione sul livello di asimmetria tariffaria per il 2013 deve essere legata al livello di copertura raggiunta dall'operatore con le frequenze a 900 MHz, come espressamente richiesto dal giudice nella sentenza n. 725 del 2014 e come ribadito anche da un altro operatore nelle osservazioni riportate al punto O19.

Tutto ciò premesso e considerato,

VISTO il parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), ai sensi dell'articolo 19, comma 1, del *Codice*, pervenuto in data 19 marzo 2020, relativo allo schema di provvedimento concernente *“Avvio del procedimento di ottemperanza alla sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 11 aprile 2019, n. 3722 per la parte relativa alla rideterminazione dell'asimmetria tariffaria di H3G per il 2013”* adottato dall'Autorità in data 27 novembre 2019 e trasmesso all'AGCM in data 26 febbraio 2020;

CONSIDERATO che l'AGCM evidenzia che le tariffe di terminazione consentono di remunerare i costi sostenuti dall'operatore di rete, *“ma, allo stesso tempo, determinano una componente di costo per le compagnie telefoniche che ha risvolti diretti sulle tariffe praticate agli utenti finali”*. Pertanto, l'AGCM ritiene *“necessario prestare attenzione affinché le tariffe di terminazione non siano troppo elevate e tali da determinare prezzi eccessivamente onerosi per gli utenti finali”*, in considerazione della posizione dominante di ciascun operatore sulla propria rete che potrebbe indurre gli operatori a fissare tariffe di terminazione molto alte, per impedire la riduzione delle tariffe *retail* in modo da trasferire i relativi profitti nel mercato a monte;

CONSIDERATO che, quindi, secondo l'AGCM, *“la definizione della tariffa basata sui costi di rete risulta la metodologia preferibile”*;

RILEVATO che l'AGCM ha richiamato quanto già espresso nel proprio parere fornito il 20 novembre 2008 relativo al secondo ciclo di analisi dei mercati della terminazione mobile (delibera n. 667/08/CONS), in cui evidenziava di condividere *“l'opportunità di introdurre dei vincoli al potere”* di ciascun operatore di fissare tariffe di terminazione sulla propria rete e di ritenere che *“l'adozione di un meccanismo di riduzione programmata dei prezzi all'ingrosso che tenga conto dei guadagni di efficienza effettivamente realizzati dagli operatori”* fosse uno *“strumento utile a trasferire tali guadagni sulle condizioni di offerta agli utenti finali”*. Pertanto, l'AGCM, accogliendo con favore il processo di riduzione delle tariffe allora proposto dall'Autorità, rilevò che *“l'effetto della regolamentazione su tale operatore [H3G] risulta notevolmente più incisivo rispetto a quello previsto dagli altri gestori, i quali, essendo entrati sul mercato da oltre dieci anni, sembrerebbero aver già ammortizzato i costi delle proprie reti GSM e godere di una ben più ampia base clienti”*;

RILEVATO che, in virtù delle considerazioni precedenti, l'AGCM ha evidenziato che *“un'eccessiva riduzione del differenziale nelle tariffe di terminazione regolate tra H3G e gli altri operatori, tenuto conto delle diverse condizioni operative, potrebbe comportare il rischio di una riduzione del grado di concorrenza sul mercato dei servizi mobili, con effetti negativi sul benessere dei consumatori”*;

CONSIDERATO che, relativamente alle modalità di definizione delle tariffe nel procedimento in oggetto, l'AGCM ha evidenziato si debba tenere conto di un rigoroso criterio di proporzionalità;

RITENUTO che le osservazioni dell'AGCM siano in linea con quanto riportato ai punti precedenti in merito alle modalità di definizione delle tariffe di terminazione di H3G;

VISTA la lettera della Commissione europea C(2020) 7992 *final*, del 12 novembre 2020, relativa allo schema di provvedimento concernente la rideterminazione dell'asimmetria tariffaria di H3G per l'anno 2013 in ottemperanza alla sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 14 febbraio 2014, n. 725, adottato nella seduta del Consiglio del 22 luglio 2020 e notificato alla Commissione europea in data 16 ottobre 2020;

CONSIDERATO che la Commissione europea ha preso atto della notifica e non formulato osservazioni, esprimendo parere favorevole all'adozione del provvedimento definitivo;

RITENUTO di adottare il provvedimento senza modifiche rispetto a quanto notificato alla Commissione europea;

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

DELIBERA

Articolo 1

1. L'articolo 12, comma 2, della delibera n. 621/11/CONS, è sostituito dal seguente testo:

Per gli anni 2012-2013, gli operatori H3G, Telecom Italia, Vodafone e Wind praticano, per la fornitura del servizio di terminazione di chiamate vocali sulla propria rete mobile, prezzi al minuto (in centesimi di euro) non superiori a quelli riportati nella seguente tabella:

	1° luglio 2012	1° gennaio 2013	1° luglio 2013	1° gennaio 2014
H3G	3,50	2,06	1,34	0,98
TELECOM ITALIA	2,50	1,50	0,98	0,98
VODAFONE	2,50	1,50	0,98	0,98
WIND	2,50	1,50	0,98	0,98

Il presente provvedimento è notificato a Wind Tre S.p.A., trasmesso alla Commissione europea e alle Autorità di regolamentazione degli Stati membri dell'Unione europea.

Il presente provvedimento può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla data di notifica dello stesso.

Avverso il presente provvedimento può, altresì, essere proposto ricorso per inottemperanza al Consiglio di Stato, ai sensi degli artt. 112, 113, comma 1, e 114 del

Codice del processo amministrativo e dell'art. 21-*septies* della legge 7 agosto 1990, n. 241.

La presente delibera è pubblicata sul sito *web* dell'Autorità.

Roma, 15 dicembre 2020

IL COMMISSARIO RELATORE
Antonello Giacomelli

IL PRESIDENTE
Giacomo Lasorella

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE
Nicola Sansalone