



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

DELIBERA N. 105/18/CIR

RIGETTO DEL RICORSO IN OPPOSIZIONE PROPOSTA DA ENTER S.R.L. ALLA DECISIONE DIRETTORIALE PROTOCOLLO N. 11183 DEL 15 FEBBRAIO 2018 NELL'AMBITO DELLA CONTROVERSIÀ ENTER S.R.L. - TELECOM ITALIA S.P.A. IN MATERIA DI CONTRIBUTI DI ATTIVAZIONE ADSL NAKED

L'AUTORITÀ

NELLA riunione della Commissione per le infrastrutture e le reti del 6 giugno 2018;

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 legge 4 agosto 2017, n. 124, recante “*Legge annuale per il mercato e la concorrenza*”;

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 delibera n. 223/12/CONS, del 27 aprile 2012, recante “*Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 405/17/CONS;

VISTA la delibera n. 226/15/CONS, del 20 aprile 2015, recante “*Regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra operatori*”, come modificata ed integrata dalla delibera n. 449/16/CONS, del 4 ottobre 2016, di seguito denominata Regolamento;

VISTA la delibera n. 584/13/CONS, del 28 ottobre 2013, recante “*Definizione della controversia tra Siportal S.r.l. e Telecom Italia S.p.A. in materia di contributi di attivazione ADSL*”;

VISTA la delibera n. 678/13/CONS, del 28 novembre 2013, recante “*Definizione della controversia tra Eutelia S.p.A. in A.S. e Telecom Italia S.p.A. in materia di contributi di attivazione, variazione e disattivazione di linee ADSL naked*”;



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

VISTA la delibera n. 86/16/CIR, del 5 maggio 2016, recante «*Archiviazione dell'opposizione proposta da Eutelia S.p.A. in A.S. alla determina n. 6/14/DIR recante "Archiviazione della controversia Eutelia S.p.A. in A.S. - Telecom Italia S.p.A. in materia di contributi di attivazione ADSL naked"*»;

VISTA la delibera n. 85/16/CIR, del 5 maggio 2016, recante “*Atto interpretativo generale in materia di contributi wholesale ADSL naked*”;

VISTA la nota del 13 dicembre 2017, acquisita in data 14 dicembre 2017 dall'Autorità, al protocollo n. 87185, con cui la società Enter S.r.l., di seguito denominata Enter, ha presentato istanza per la risoluzione della controversia insorta avverso la società Telecom Italia S.p.A., di seguito denominata Telecom o TIM, ai sensi dell'art. 23 del Codice e del Regolamento, in materia di contributi di attivazione e variazione degli accessi *adsl wholesale*;

VISTA la nota del 15 febbraio 2018, recante numero di protocollo 11183, con cui la Direzione reti e servizi di comunicazioni elettroniche, di seguito denominata Direzione, ha comunicato alle Parti (Enter e Telecom) ai sensi e per gli effetti dell'art. 3, commi 6 e 8 del Regolamento, che l'istanza è da considerarsi *manifestamente fondata* per il periodo dal 13 dicembre 2007 al 31 dicembre 2007 e *manifestamente infondata* per il periodo dal 1° gennaio 2008 al 31 marzo 2011;

VISTA la nota di Enter del 27 febbraio 2018, acquisita dall'Autorità in medesima data al protocollo n. 13936, con cui Enter ha proposto, ai sensi dell'art. 3, comma 7, del Regolamento, opposizione alla Commissione per le infrastrutture e le reti, di seguito denominata Commissione, avverso la parte dell'atto di cui alla suddetta nota della Direzione del 15 febbraio 2018 che considera l'istanza “*manifestamente infondata per il periodo dal 1° gennaio 2008 al 31 marzo 2011*”;

CONSIDERATO quanto segue:

1	Il procedimento.....	3
2	Il ricorso in opposizione proposto da Enter.....	5
3	Le valutazioni dell'Autorità sui motivi di ricorso	6
3.1	Sul primo motivo di ricorso	6
3.2	Sul secondo motivo di ricorso	9
4	Conclusioni.....	12



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

1 Il procedimento

Con nota del 13 dicembre 2017, acquisita in data 14 dicembre 2017 dall'Autorità al protocollo n. 87185, la società Enter ha presentato istanza per la risoluzione della controversia insorta avverso la società Telecom , ai sensi dell'art. 23 del Codice e del Regolamento, in materia di contributi di attivazione e variazione degli accessi *adsl wholesale*, richiedendo all'Autorità di “accertare il diritto di Enter ad ottenere da Telecom il rimborso degli importi pagati quali contributi di attivazione per il periodo dal 13 dicembre 2007 al 31 marzo 2011 e, per l'effetto, condannare Telecom Italia a rimborsare a Enter l'importo di Euro [omissis], oltre ad interessi previsti dal D.lgs. 231/02 sino alla data dell'effettivo soddisfo”.

Il contenuto dell'istanza

Enter è un operatore di comunicazioni elettroniche che, per fornire servizi di accesso ad Internet a larga banda alla propria clientela finale, si avvale anche dei servizi all'ingrosso *bitstream* (anche detti *ADSL wholesale* nel periodo temporale antecedente all'introduzione del “*bitstream*” in senso stretto) forniti da Telecom.

Nella propria istanza ha chiesto che l'Autorità ordini a Telecom di restituire ad Enter gli importi, oltre ad interessi nella misura stabilita dalla legge, da essa pagati, dal 13 dicembre 2007 al 31 marzo 2011, a titolo di contributi di attivazione e variazione di configurazione di linee *ADSL wholesale naked* (anche indicate come linee “solo dati” non essendo fornito, sulle stesse linee in condivisione, il servizio telefonico analogico). Tale restituzione sarebbe giustificata, secondo Enter, dalla mancata applicazione da parte di Telecom, per siffatte linee all'ingrosso, delle promozioni sui citati contributi svolte da Telecom stessa, nel medesimo periodo, alla propria clientela finale¹.

A tale riguardo Enter evidenzia che Telecom ha, in modo difforme e a proprio avviso discriminatorio nei confronti degli OAO che utilizzano linee “solo dati”, ribaltato tali promozioni svolte al dettaglio solo sui servizi *ADSL wholesale* forniti su linea condivisa.

Enter ha allegato, in via esemplificativa, copie delle varie offerte commerciali dei servizi a larga banda “Alice” di Telecom per clienti con linea telefonica di base (POTS/ISDN) della stessa Telecom, da cui risulta tanto la gratuità del contributo di attivazione *adsl* quanto l’*upgrade* gratuito dei clienti già Alice - ad es. da 7 a 20 Mega - per “Alice 20 Mega”, relativi all'intero periodo.

In conclusione Enter contesta che, a livello *wholesale*, per tutto il periodo di cui al *petitum* (dal 13 dicembre 2007 al 31 marzo 2011), Telecom avrebbe esonerato i concorrenti dall'applicazione dei contributi di attivazione e di variazione soltanto per gli

¹ Enter dichiara a tale riguardo che, per l'intero periodo dal 13 dicembre 2007 al 31 marzo 2011, la divisione rete di Telecom avrebbe ininterrottamente esonerato la propria divisione commerciale *retail* dall'applicazione dei contributi di attivazione e di variazione dei servizi *wholesale adsl bitstream* impiegati per la fornitura dei propri servizi *adsl* “Alice”.



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

accessi ADSL *bitstream* offerti su linea condivisa, cioè su linea con attivo il servizio telefonico POTS/ISDN di Telecom, e non anche per le linee “solo dati” (cd. *naked*).

Tale condotta è stata posta in essere da Telecom nonostante, a detta di Enter, non vi fosse alcuna differenza, nella componente “logica” della catena impiantistica sottesa al servizio di accesso ADSL *bitstream* fornito da Telecom, che giustificasse il diverso trattamento dalla stessa applicato a seconda che la relativa (distinta) componente “fisica” fosse costituita da una linea condivisa o da una linea *naked*.

A fondamento dell’azione Enter richiama l’obbligo di non discriminazione che grava in capo a Telecom (del quale l’obbligo di consentire la replicabilità delle proprie offerte al dettaglio da parte dei concorrenti costituisce declinazione), che vietava a quest’ultima di trattare i concorrenti diversamente (rispetto alla divisione commerciale interna di Telecom) nell’acquisto dei servizi ADSL *bitstream* in funzione dell’impiego o meno, da parte del cliente finale, della medesima linea fisica in rame per il servizio telefonico POTS/ISDN (in condivisione con l’accesso a banda larga ad Internet).

Ad avviso di Enter Telecom, non estendendo le promozioni effettuate alla propria clientela finale (consistenti nell’esenzione dal pagamento dei contributi di attivazione e variazione del servizio ADSL) a favore dei concorrenti che avevano attivato accessi ADSL *wholesale* su linee *naked*, avrebbe violato l’obbligo di non discriminazione sostanziale ad essa imposto dalla normativa richiamata nei rapporti *wholesale* con gli altri operatori, a scapito della odierna attrice.

Enter ritiene, in conclusione, che TIM avrebbe dovuto estendere anche ad essa stessa le promozioni effettuate sulle proprie offerte *retail* di servizi di accesso ad Internet su ADSL, esonerandola dal pagare i contributi per l’attivazione e la variazione degli accessi ADSL *wholesale* su linee *naked* per il periodo dal 13 dicembre 2007 al 31 marzo 2011. Per siffatta ragione Enter rivendica oggi il diritto di ottenerne il rimborso.

La valutazione della Direzione

In data 15 febbraio 2018 la Direzione, con nota protocollo n. 11183, svolte le verifiche e le analisi del caso, ha comunicato alle Parti la propria valutazione sulla controversia in questione, ai sensi e per gli effetti dell’art. 3, commi 6 e 8 del Regolamento.

In tale decisione si fa rilevare ad Enter che l’Autorità, con delibera n. 85/16/CIR, recante “Atto interpretativo generale in materia di contributi wholesale ADSL naked” del 5 maggio 2016, è intervenuta a chiarire definitivamente, tenuto conto dei precedenti (delibere nn. 584/13/CONS e 678/13/CONS), la tematica sottoposta da Enter nella propria istanza.

In tale delibera, a cui si rinvia integralmente, l’Autorità ha stabilito che: “*Non sono dovuti i contributi una tantum wholesale ADSL naked richiesti da Telecom Italia S.p.A. in data antecedente all’anno 2008*”.

A partire dal 2008, l’Autorità ha stabilito che: “*l’attuazione del principio di parità di trattamento e non discriminazione avviene, in relazione al tema oggetto della*



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

controversia dei contributi wholesale ADSL naked, per il tramite dei test di prezzo. Non esiste pertanto alcun meccanismo di ribaltamento automatico delle promozioni”.

Per l’effetto, avendo richiesto Enter all’Autorità di accertare il diritto ad ottenere da TIM il rimborso degli importi pagati quali contributi di attivazione ADSL *naked* per il periodo dal 13 dicembre 2007 al 31 marzo 2011, la Direzione ha comunicato alle Parti, avvalendosi della facoltà conferita al Direttore della Direzione dal Regolamento, che l’istanza è da considerarsi *manifestamente fondata* per il periodo dal 13 dicembre 2007 al 31 dicembre 2007.

Per la stessa ragione, tenuto conto del citato atto interpretativo, il Direttore ha comunicato alle Parti che l’istanza è da considerarsi *manifestamente infondata* per il periodo dal 1° gennaio 2008 al 31 marzo 2011.

Il ricorso gerarchico alla CIR di Enter

In data 27 febbraio 2018 Enter, con nota acquisita dall’Autorità in medesima data al protocollo n. 13936, ha proposto, ai sensi dell’art. 3, comma 7, del Regolamento, opposizione alla Commissione avverso la parte dell’atto di cui alla suddetta nota della Direzione del 15 febbraio 2018 in cui considera l’istanza “manifestamente infondata per il periodo dal 1° gennaio 2008 al 31 marzo 2011”.

2 Il ricorso in opposizione proposto da Enter

Enter, nel richiamarsi integralmente alla propria istanza, nel ricorso in opposizione ha evidenziato che la Direzione, con la propria decisione, sarebbe incorsa in errore non avendo valutato la portata di due elementi.

Il primo elemento non considerato dalla Direzione, a detta di Enter, consisterebbe nel fatto che la sentenza del Consiglio di Stato n. 6529/08, che riguarda l’attuazione della delibera n. 249/07/CONS, imporrebbe la verifica della replicabilità delle offerte *retail* di Telecom nel rispetto del *contraddittorio* con gli interessati.

Tuttavia ad avviso di Enter il Direttore, pur dando atto di ciò nelle delibere nn. 584/13/CONS e 678/13/CONS, non ha considerato che il modello di *test di prezzo* condiviso, per la verifica della replicabilità delle offerte *retail* di Telecom nel rispetto del contraddittorio con gli interessati, è stato elaborato nell’ambito di un Tavolo tecnico formato da Telecom, dagli altri operatori e dall’Autorità solo nell’ottobre del 2009.

Per tale ragione, secondo Enter, l’Autorità non poteva aver verificato la replicabilità delle offerte retail di Telecom nel contraddittorio con gli altri operatori, mediante il “tavolo tecnico”, come avrebbe preso il Consiglio di Stato, avendo il Tavolo Tecnico elaborato il test di prezzo solo ad ottobre 2009 (come riportato nella delibera n. 584/13/CONS).

Il secondo punto che solleva la ricorrente è che, sebbene non sussistesse in capo a Telecom un obbligo di ribaltamento automatico, all’ingrosso, delle promozioni svolte al dettaglio, per verificare la replicabilità delle offerte di Telecom nel periodo transitorio,



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

sino alla piena attuazione del test di prezzo condiviso, l'Autorità avrebbe dovuto estendere le promozioni *wholesale* svolte sulle linee ADSL condivise anche a quelle *naked* non attive.

Ciò, secondo la ricorrente, anche alla luce del fatto che sotto il profilo impiantistico non vi sarebbe differenza, in termini di costo di attivazione logica dell'accesso ADSL *bitstream*, sia esso su linea condivisa o su linea *naked*. Pertanto se la promozione è stata estesa, a livello *wholesale*, sulle linee condivise, doveva esserlo anche sulle linee non attive solo dati anche in forza del vigente obbligo di non discriminazione (laddove sancisce che *Telecom Italia, nella fornitura del servizio bitstream, applica condizioni di natura economica e tecnica equivalenti in circostanze equivalenti nei confronti di altri operatori che offrono servizi equivalenti* – art. 4, commi 1 e 2 della delibera n. 34/06/CONS).

Enter, per i suddetti due motivi, auspica che la Commissione voglia riformare l'atto direttoriale di cui alla nota del 15 febbraio 2018 e per l'effetto statuire quanto richiesto nella propria istanza, richiedendo altresì di essere audita dinanzi alla Commissione medesima.

Nel merito Enter richiede:

- la restituzione, con gli interessi legali, dei contributi di attivazione/disattivazione e variazione di configurazione di linee *wholesale* ADSL *naked* dal 1° gennaio 2008 al 31 marzo 2011;

in subordine

- la restituzione, con gli interessi legali, dei contributi di attivazione/disattivazione e variazione di configurazione di linee *wholesale* ADSL *naked* dal 1° gennaio 2008 al 31 ottobre 2009, data di completamento dei lavori del Tavolo tecnico sui *test* di prezzo (di cui si chiarirà nel seguito).

3 Le valutazioni dell'Autorità sui motivi di ricorso

3.1 Sul primo motivo di ricorso

La prima dogianza di Enter è stata estesamente affrontata e confutata nelle delibere citate dalla stessa Enter, con cui l'Autorità ha definito due analoghe controversie (nn. 584/13/CONS e 678/13/CONS) e sulla base delle quali è stato adottato l'atto di indirizzo di cui sopra, proprio al fine di evitare un proliferare di inutili ulteriori attività amministrative di carattere ripetitivo.

Si riportano di seguito i passaggi più salienti delle citate delibere in relazione al tema del *contraddittorio* che sarebbe stato sollecitato dalla suddetta sentenza del



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Consiglio di Stato (anche sul contenuto della sentenza di rinvia alle citate delibere controversiali in cui se ne fornisce un'ampia sintesi).

Si premette che, sulla base del quadro regolamentare estesamente ricostruito nelle delibere del 2013 su citate, l'attività di vigilanza svolta dall'Autorità coinvolge, nell'ambito del *petitum* di parte istante, due periodi soggetti ad un diverso presidio regolamentare:

- fino al 2007, prima dell'entrata in vigore (con l'approvazione dell'offerta di riferimento) del *bitstream* e dei *test* di prezzo, vigeva il sistema del cosiddetto *retail minus* che comportava un obbligo di ribaltamento automatico, lato *wholesale*, delle promozioni svolte da Telecom lato *retail*. In tale contesto l'Autorità, in presenza di nuove offerte al dettaglio di Telecom, si limitava a verificare la corretta determinazione dei canoni *wholesale* ed il ribaltamento delle promozioni sulle rispettive componenti economiche;
- dal 2008 in poi il ribaltamento delle promozioni svolte al dettaglio non è più automatico, ma determinato sulla base degli esiti dei *test* di prezzo definiti via via dalle relative delibere: delibera n. 249/07/CONS, prima, e delibera n. 499/10/CONS successivamente. In tale periodo vige un meccanismo di comunicazione preventiva (30 giorni dal lancio commerciale), da parte di Telecom, delle condizioni di offerta a livello *retail* e *wholesale*. A tale comunicazione fa seguito un'istruttoria dell'Autorità che si conclude con richieste di modifica o con un'approvazione implicita (silenzio assenso).

Con l'approvazione dell'OR *bitstream*, avvenuta ai sensi della delibera n. 133/07/CIR a fine 2007, entrano in vigore i *test* di prezzo definiti nella delibera n. 249/07/CONS.

L'art. 23 della delibera n. 249/07/CONS (e l'allegato 5 alla medesima) ne definisce le modalità. L'attuazione da parte dell'Autorità di tale modello di *test ex-ante* è stata basata sulle indicazioni fornite in detto articolo (si veda la dettagliata ricostruzione svolta nelle delibere citate che costituiscono un imprescindibile precedente giuridico rispetto a questa controversia).

L'Autorità, infatti, già con nota del 18 novembre 2008 inviata a Telecom e citata nelle menzionate delibere, aveva comunicato alla stessa le proprie linee guida di valutazione della replicabilità delle offerte *retail* di Telecom in applicazione di quanto previsto dalla delibera n. 249/07/CONS. Ciò significa che l'Autorità aveva già iniziato ad applicare il nuovo regime di verifica *ex ante* delle offerte di Telecom.

Ciò premesso, la tesi della ricorrente è che, avendo l'Autorità svolto un Tavolo tecnico sul modello di *test* di prezzo, in linea con il principio del *contraddittorio* sollecitato dalla sentenza del Consiglio di Stato, che si è concluso ad ottobre 2009, non poteva aver svolto i *test* di prezzo antecedentemente a tale data (da gennaio 2008).

Tale tesi è destituita di fondamento.



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

A tale riguardo, nel richiamare il contenuto della delibera n. 584/13/CONS che ha già affrontato questo tema, si rappresenta quanto segue.

Come indicato nella delibera n. 584/13/CONS, il rispetto del principio del *contraddittorio* procedimentale cui fa riferimento il giudice amministrativo nella sentenza del Consiglio di Stato citata da parte istante, non implica l'obbligo dell'Autorità di convocare, per ogni *test* di prezzo, audizioni assembleari per la preventiva comunicazione delle offerte di Telecom.

Ciò sarebbe, tra l'altro, impraticabile alla luce della necessità di approvare entro 30 giorni le numerose offerte comunicate mensilmente da Telecom.

A ciò si aggiunge che il contraddittorio va attuato tenendo conto dei vincoli di riservatezza dei dati commerciali e contabili di Telecom, già riconosciuti dal giudice di secondo grado nella sentenza n. 6527/08 citata. Tali vincoli non consentono la comunicazione preventiva, ai concorrenti, di tutte le offerte al dettaglio di Telecom.

Viceversa, tale principio è stato attuato anche tramite audizioni e richieste di specifiche informazioni di cui l'Autorità necessita per svolgere le previste attività di verifica. Si aggiunge che contraddittorio tra le Parti si può svolgere anche attraverso un semplice confronto documentale.

E ciò è quanto ha posto in essere l'Autorità dal gennaio 2008 nello svolgimento dei *test* di prezzo.

L'Autorità ha, nel Tavolo tecnico citato, unicamente proceduto a coinvolgere i soggetti interessati (direttamente o per il tramite delle associazioni di riferimento) per perfezionare i modelli tecnico-economici per le verifiche di replicabilità.

Infatti, come richiama la ricorrente, un'attività di affinamento dei *test* di prezzo è stata svolta, ai sensi della delibera n. 133/07/CIR, art. 2, comma 15², nell'ambito dell'Unità per il monitoraggio del processo di implementazione dei servizi *bitstream*, prevista all'art. 25, comma 5, della delibera n. 249/07/CONS.

Tale Unità si è riunita per la prima volta il 19 giugno 2008 ed ha concluso le proprie attività nel mese di ottobre 2009 con la redazione di un documento sui *test* di prezzo³.

Pertanto l'Autorità, da un lato già disponeva dei criteri stabiliti dalla delibera n. 249/07/CONS per lo svolgimento dei *test* di prezzo, puntualmente svolti dagli Uffici sin da gennaio 2008 nel rispetto del principio del contraddittorio secondo modalità praticabili (richieste di informazioni, audizioni singole), visti gli stringenti tempi. Dall'altro, solo in ottica di massima trasparenza e coinvolgimento del mercato, ha convocato un Tavolo tecnico al fine di acquisire ulteriori utili informazioni tecnico-economiche per affinare il modello. Ciò è quanto di prassi avviene nell'attività regolamentare. Il fatto che i modelli

Appendice A ² Cfr. la delibera n 133/07/CIR recante “Approvazione delle condizioni economiche dell'offerta di riferimento di Telecom Italia per l'anno 2007 per i servizi *bitstream* (mercato 12)”.

³ Al tavolo tecnico summenzionato hanno partecipato tutti i principali operatori di rete e servizi (per citare i maggiori Telecom Italia, Wind, Vodafone, Fastweb, Eutelia, BT Italia, Welcome Italia, Tiscali) anche rappresentati dalle rispettive associazioni (AIIP).



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

di calcolo siano affinati nel tempo non significa che l'attività di vigilanza svolta precedentemente non sia legittima e priva di valenza.

È evidente, quindi, che l'Autorità ha svolto regolarmente le proprie verifiche *ex-ante* sin dall'approvazione dell'offerta di riferimento *bitstream* (da gennaio 2008), mentre il Tavolo tecnico ha costituito un elemento di approfondimento con il mercato e non il punto di partenza per lo svolgimento dei *test* di prezzo. In altri termini l'Autorità non ha cominciato a svolgere i *test* di prezzo dopo la conclusione del Tavolo tecnico, come vuol far credere la ricorrente, bensì li ha svolti sin da gennaio 2008 sulla base degli strumenti regolamentari a disposizione e svolgendo un contraddittorio secondo modalità praticabili e proporzionate.

Il Tavolo tecnico ha costituito un momento di approfondimento e di affinamento regolamentare ma ciò non significa che, prima di questo, l'Autorità non abbia svolto le proprie attività procedurali.

D'altra parte la ricorrente in ciò si contraddice rispetto all'originaria istanza. Infatti, se riconosce che da ottobre 2009 il Tavolo tecnico ha completato i lavori per cui l'Autorità era in grado di svolgere le verifiche di replicabilità, ne consegue che la pretesa della restituzione dei contributi di attivazione successivamente a tale data (Enter ne richiede la restituzione fino al 31 marzo 2011 nell'istanza iniziale) non sarebbe per sua stessa ammissione giustificata. Ed è proprio per tale ragione che, in subordine, Enter chiede, nel ricorso, che l'Autorità ordini a Telecom la restituzione dei contributi per il solo periodo da gennaio 2008 ad ottobre 2009 (e non fino al 31 marzo 2011).

Come chiarito, anche tale richiesta è da rigettare atteso che l'Autorità ha svolto le proprie verifiche *ex-ante* sin dal 1° gennaio 2008, anche prima dei lavori del Tavolo tecnico (prova ne è la lettera di "Linee guida" inviata a Telecom il 18 novembre 2008, recante numero di protocollo 73167) nel rispetto del principio del contraddittorio.

3.2 Sul secondo motivo di ricorso

Anche il secondo motivo di ricorso è privo di pregio e da rigettare.

Ancora in modo contraddittorio Enter, da una parte riconosce che non sussiste, dal gennaio 2008, un meccanismo di ribaltamento automatico delle promozioni al dettaglio sugli analoghi servizi all'ingrosso.

Dall'altro, però, richiede che, quantomeno da gennaio 2008 fino ad ottobre 2009, data di chiusura dei lavori del Tavolo tecnico, la promozione svolta da Telecom sui servizi ADSL su linea condivisa sia "replicata o estesa", senza necessità di verifica da parte dell'Autorità, sulle linee "solo dati".

Ciò sulla base di un assunto secondo cui se la promozione all'ingrosso era necessaria per linee in accesso condiviso, doveva esserlo anche su linee *naked*, attesa l'analogia della configurazione tecnica del servizio.

Enter, quindi, dichiara di non pretendere un ribaltamento automatico delle promozioni effettuate da Telecom sulle offerte *retail* ADSL mediante esonero dai



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

contributi di attivazioni sulle offerte *wholesale bitstream* ADSL. Tuttavia Enter, accertata l'applicazione dell'esonero sui contributi di attivazione da parte di Telecom ai concorrenti nelle offerte *wholesale* di servizi *bitstream* ADSL su linea condivisa attiva, ininterrottamente per il periodo considerato, evidenzia che in applicazione dei richiamati principi del nuovo quadro regolamentare l'Autorità *dovrebbe estendere* le promozioni a livello *wholesale*, consistenti nella esenzione dall'applicazione agli operatori dei contributi di attivazione al servizio ADSL *bitstream* su linea attiva, anche al servizio ADSL *bitstream* su linea non attiva.

A tale riguardo si rappresenta quanto segue.

Con riferimento alla mancata applicazione di promozioni sui contributi ADSL su linee *naked* appare pacifico (e riconosciuto anche dalla ricorrente) come, fatto salvo il periodo precedente all'entrata in vigore della disciplina sul *bitstream* (2006-2007), la normativa in tema di non discriminazione e obblighi di replicabilità non pone in capo a Telecom alcun obbligo di ribaltamento preventivo e automatico delle promozioni svolte lato *retail*.

L'obbligo di non discriminazione è, pertanto, attuato mediante i *test* di prezzo.

Come chiarito nelle sezioni precedenti (si vedano le delibere citate e l'atto di indirizzo) è, viceversa, posto in capo all'Autorità l'onere di, svolte le proprie valutazioni, eventualmente richiedere a Telecom di rimodulare i relativi prezzi al dettaglio o di praticare delle riduzioni di prezzo lato *wholesale*, al fine di garantire la replicabilità delle proprie offerte.

A tale riguardo, nel periodo oggetto della presente controversia, Telecom ha regolarmente comunicato le proprie offerte al dettaglio (incluso le promozioni lato *retail* ed *wholesale*) ed i dati necessari alle verifiche di replicabilità. Al termine delle verifiche di replicabilità, laddove necessario, l'Autorità ha richiesto a Telecom Italia una rimodulazione degli schemi tariffari o dei contributi lato *wholesale* al fine di garantire la replicabilità. In altri casi inizialmente dubbi, al termine di una interlocuzione con Telecom (ove opportuno anche con gli OAO), l'Autorità ha ritenuto ragionevole quanto dalla stessa rappresentato, approvando l'offerta commerciale sulla base del meccanismo del silenzio assenso.

La valutazione è stata svolta, pertanto, caso per caso.

D'altra parte il ragionamento della ricorrente è errato in partenza dal momento in cui, da un lato riconosce che non vi è un'estensione automatica delle promozioni al dettaglio verso l'ingrosso, dall'altro, sul fallace assunto di un'analogia delle catene impiantistiche delle linee ADSL condivise e *naked*, richiede l'estensione della promozione svolta all'ingrosso su linee attive anche a quelle non attive.

Insomma il concetto di "estensione" viene escluso, dalla ricorrente, nella direzione da offerta *retail* a *wholesale* e richiesto nella direzione da offerta *wholesale* su linea condivisa a offerta *wholesale* su linea solo dati, per di più sull'assunto di un'analogia tecnica che imporrebbe a Telecom di applicare condizioni economiche equivalenti, in circostanze equivalenti, nei confronti di operatori che offrono servizi equivalenti.



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

I punti deboli di tale ragionamento sono agevoli da individuare.

In primo luogo le due catene impiantistiche sono radicalmente differenti. Basti considerare che i contributi di attivazione, come approvati dall’Autorità, sono differenti (si vedano le offerte di riferimento *bitstream* di anno in anno approvate).

Ciò determina una differente struttura di costo.

In aggiunta sono differenti i servizi e i riferimenti di canone al dettaglio necessari al fine di calcolare il margine.

In un caso, servizio ADSL su linea condivisa, atteso che il servizio POTS è fornito al cliente del concorrente da Telecom, la replicabilità va svolta solo sulla componente di canone al dettaglio che remunerava l’accesso ad Internet.

Nel caso di una linea solo dati, su cui il concorrente fornisce sia VoIP che accesso ad Internet, la replicabilità va svolta considerando, lato cliente al dettaglio di Telecom, come riferimento per il ricavo il canone complessivo per servizi voce + dati.

A tale riguardo va detto che Telecom ha commercializzato al dettaglio offerte ADSL *naked* (cioè linee solo VoIP+dati) per un limitato periodo temporale. Un esempio è rappresentato dall’offerta “Alice Casa” che veniva sottoposta all’attenzione dell’Autorità con nota inviata da Telecom l’8 agosto 2008, acquisita in pari data al protocollo n. 50815. I profili di replicabilità relativi a tale offerta, come indicato nella nota della Direzione del 18 novembre 2008, protocollo n. 73167, sono stati valutati sulla base della metodologia indicata dalla delibera n. 249/07/CONS. In tale nota, con particolare riferimento all’offerta congiunta di servizi IPTV, l’Autorità richiedeva a Telecom di formulare le condizioni d’offerta che ne consentissero la replicabilità. In particolare, tali nuove condizioni d’offerta venivano riformulate da Telecom prevedendo, per la componente relativa ad Alice Home TV, un prezzo di 2,95 €/mese, iva inclusa, gratis per soli 6 mesi, a fronte dell’iniziale completa gratuità.

In conclusione, essendo radicalmente differenti i riferimenti di ricavo e di costo, ne consegue che i margini (ricavo-costo) di offerte su linea ADSL condivisa o solo dati sono totalmente scorrelati. Da qui, non trattandosi di circostanze equivalenti *né di operatori che offrono servizi equivalenti*, deriva che la necessità di applicare promozioni lato *wholesale* può derivare solo da un’analisi puntuale, caso per caso, del servizio e non da un concetto di “estensione analogica” tra servizi *wholesale*, come chiede la ricorrente.

Anche in tal caso si fa notare che la ricorrente, a fronte della lettera della Direzione, ha ridimensionato il proprio *petitum* chiedendo, in subordine, la restituzione dei contributi in promozione fino alla conclusione del Tavolo tecnico, nell’assunto che precedentemente a questo l’Autorità avesse omesso di svolgere le verifiche del caso.

Ma ciò non è vero, come dimostra la citata lettera della Direzione del 18 novembre 2008.



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

4 **Conclusioni**

Va premesso che l'Autorità, con l'atto di indirizzo citato, ha inteso fornire al mercato una indicazione definitiva su come trattare la materia in questione, proprio a garanzia della certezza del diritto, dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa.

L'applicazione dell'atto di indirizzo da solo basterebbe a rigettare il ricorso in questione.

L'Autorità, infatti, con delibera n. 85/16/CIR, recante “*Atto interpretativo generale in materia di contributi wholesale ADSL naked*” del 5 maggio 2016, è intervenuta a chiarire definitivamente, tenuto conto dei precedenti, la tematica sottoposta da Enter nella propria istanza. In tale delibera, l'Autorità ha stabilito che: “*Non sono dovuti i contributi una tantum wholesale ADSL naked richiesti da Telecom Italia S.p.A. in data antecedente all'anno 2008*”. *A partire dal 2008, l'Autorità ha stabilito che: “l'attuazione del principio di parità di trattamento e non discriminazione avviene, in relazione al tema oggetto della controversia dei contributi wholesale ADSL naked, per il tramite dei test di prezzo. Non esiste pertanto alcun meccanismo di ribaltamento automatico delle promozioni”*.

Nonostante l'atto di indirizzo sia estremamente chiaro e lapidario la ricorrente, solleva due motivi di ricorso che, tuttavia, vanno a incidere su questioni abbondantemente affrontate nelle due delibere controversiali citate e che hanno costituito il precedente giuridico dell'atto di indirizzo.

RITENUTO, pertanto, di rigettare il ricorso in oggetto per tutti i motivi di cui sopra e confermare l'atto impugnato;

VISTI gli atti del procedimento;

UDITA la relazione del Presidente;

DELIBERA

Articolo 1

1. Il rigetto dell'opposizione proposta da Enter S.r.l in data 27 febbraio 2018, acquisita con numero di protocollo 13936 nei confronti dell'atto della Direzione reti e servizi di comunicazioni elettroniche di cui alla nota recante numero di protocollo 11183 del 15 febbraio 2018.

La presente delibera è notificata ad Enter S.r.l. ed a Telecom Italia S.p.A. e pubblicata sul sito *web* dell'Autorità.



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

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

Roma, 6 giugno 2018

IL PRESIDENTE
Angelo Marcello Cardani

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE
Riccardo Capecchi