DELIBERA N. 11/13/CONS

OTTEMPERANZA ALLE SENTENZE DEL TAR LAZIO (SEZ. PRIMA) N. 8381/2012, N. 10263/2012 E N. 10265/2012 RELATIVE ALLA 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 DELLA 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”

L'AUTORITÀ

NELLA sua riunione di Consiglio del 10 gennaio 2013;

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”, pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana del 31 luglio 1997, n. 177 – supplemento ordinario n. 154;

VISTO il nuovo “Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni”, approvato con delibera n. 223/12/CONS del 27 aprile 2012, pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana del 15 giugno 2012, n. 138 e successive modificazioni;

VISTA la Raccomandazione della Commissione europea del 7 maggio 2009 sulla regolamentazione delle tariffe di terminazione su reti fisse e mobili nell’Unione europea pubblicata sulla *Gazzetta ufficiale* dell’Unione europea L 124/67 del 20 maggio 2009 (di seguito la Raccomandazione);

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)” pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana del 3 gennaio 2009, n. 2 – Supplemento Ordinario n. 5;

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” pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana del 22 febbraio 2011, n. 43;

VISTA la delibera n. 254/11/CONS del 5 maggio 2011, recante “Consultazione pubblica concernente l’identificazione e l’analisi dei mercati 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”, pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana del 23 maggio 2011, n. 118;

VISTA la lettera della Commissione europea SG-Greffe (2011) D/10210 del 23 giugno 2011, relativa allo schema di provvedimento concernente il “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” adottato dall’Autorità in data 5 maggio 2011 e notificato alla Commissione europea ed ai Paesi membri in data 16 maggio 2011 (di seguito la lettera di commenti);

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”, pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana del 4 gennaio 2012, n. 3 – Supplemento Ordinario n. 3;

VISTA la sentenza del Tar del Lazio, sez. Terza Ter n. 1336 dell’11 febbraio 2011, confermata in sede d’appello (Consiglio di Stato, sez. III, n. 3106/2011), con cui è stato respinto il ricorso di H3G avverso la delibera n. 667/08/CONS;

VISTE le sentenze del Tar Lazio, sez. I, n. 8381 del 10 ottobre 2012 e nn. 10263 e 10265 del 7 dicembre 2012 sui ricorsi promossi rispettivamente da Telecom Italia S.p.A, Vodafone Omnitel N.V. e Wind Telecomunicazioni S.p.A., che annullano la delibera n. 621/11/CONS nella parte in cui si riconosce all’operatore H3G un’asimmetria tariffaria fino al 30 giugno 2013;

CONSIDERATO, in particolare, che nelle citate sentenze il Tar Lazio ha ritenuto che “... *l’Agcom abbia disatteso le precise indicazioni espresse dall’istituzione europea in quanto, da un lato essa ha fissato per il raggiungimento della simmetria tariffaria un termine successivo a quello ultimo del dicembre 2012 a tal fine previsto nella citata Raccomandazione e ribadito nelle successive osservazioni della Commissione; dall’altro, la stessa Autorità ha omissis di fornire una puntuale motivazione, nei termini espressamente richiesti dalla nota D/10210, circa la sussistenza di ragioni obiettive che giustificassero la disposta misura*”;

CONSIDERATO che, secondo il predetto Collegio, l’Autorità ha inteso giustificare il prolungamento dell’asimmetria in favore di H3G invocando differenze dello spettro senza tuttavia chiarire “... *in che misura l’allocazione ineguale di frequenze avesse un impatto sulla differenza dei costi di fornitura dei servizi di terminazione delle chiamate vocali*” e senza quantificare “... *le potenziali differenze del costo di terminazione delle chiamate vocali sulle diverse reti (GSM900, DCS1800 e*

UMTS2100)”; e che, dunque, “... *il deficit motivazionale della delibera rispecchia la mancata ponderazione da parte dell’Agcom delle ragioni evidenziate dall’organo comunitario, ciò che determina l’illegittimità in parte qua del provvedimento impugnato per l’avvenuta violazione della disciplina - nazionale e comunitaria - che imponeva alla medesima Autorità di tenere in massimo conto, nell’assolvimento dei propri compiti, gli atti giuridici della Commissione*”;

RITENUTO di dovere ottemperare alle predette sentenze del Tar Lazio, sez. I, n. 8381 del 10 ottobre 2012 e nn. 10263 e 10265 del 7 dicembre 2012, colmando il suddetto deficit motivazionale attraverso l’estrinsecazione delle ragioni a fondamento delle scelte compiute dall’Autorità nel caso in esame e qui confermate, alla luce della esistenza dei presupposti indicati dall’organo comunitario (nella Raccomandazione e nella lettera di commenti sopra menzionate) per riconoscere un’asimmetria tariffaria;

RITENUTO, pertanto, in particolare, di dare evidenza in questa sede di ottemperanza alle ragioni che hanno indotto l’Autorità, sin dalla delibera n. 254/11/CONS, a prolungare l’asimmetria tariffaria in favore di H3G rispetto al termine ultimo del 30 giugno 2012 previsto dalla delibera n. 667/08/CONS;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Con la delibera n. 667/08/CONS l’Autorità, in esito al secondo ciclo di analisi del mercato della terminazione mobile, imponeva a Telecom Italia, Vodafone, Wind ed H3G un percorso di riduzione programmata dei prezzi di terminazione per il periodo 2009-2012, che avrebbe portato, in data 1° luglio 2012, al raggiungimento della simmetria tariffaria. Alla determinazione dei prezzi di terminazione l’Autorità era pervenuta facendo ricorso a un modello di costo di tipo *top down*, definito sulla base dei dati di contabilità regolatoria forniti dagli operatori e sottoposti a certificazione da parte di un soggetto esterno.
2. La medesima delibera n. 667/08/CONS, all’articolo 14, prevedeva che l’Autorità, nell’ambito di un successivo procedimento, avrebbe definito un modello a costi incrementali di lungo periodo (LRIC) di tipo *bottom-up* (BU), che avrebbe sostituito quello di tipo *top down* utilizzato sino a quel momento per la definizione dei prezzi dei servizi di terminazione. Inoltre, sempre l’articolo 14 stabiliva che, una volta messo a punto il modello BU-LRIC, l’Autorità avrebbe provveduto a riesaminare il *glide path* al termine di un nuovo procedimento di analisi di mercato.
3. Per quanto qui di specifico interesse, si evidenzia che sempre nella delibera n. 667/08/CONS l’Autorità constatava come “... *anche in ragione del recente riassetto per l’utilizzo delle bande di frequenza a 900 e 2100 MHz da parte dei sistemi di comunicazione elettronica – alla data del 2012 – non dovrebbero esservi più diversità nell’allocazione delle risorse di spettro frequenziale tra gli operatori sul mercato e che – pertanto – non vi saranno*

più differenze di costo che siano al di fuori del controllo degli operatori di rete mobile". In altre parole, l'Autorità considerava che, una volta realizzato il predetto riassetto frequenziale, non vi sarebbero potuti più essere "costi al di fuori del controllo degli operatori", vale a dire "costi" che anche "l'operatore efficiente" avrebbe potuto invocare per tentare di sottrarsi all'applicazione del modello di costo (e, conseguentemente, al prezzo unico di terminazione). Questo naturalmente non esimeva la medesima Autorità - laddove invece la suddetta completa parità nell'assegnazione di frequenze non si fosse ancora realizzata nel 2012 - dall'obbligo di analisi e valutazione, per la definizione dei prezzi di terminazione mobile a valle della nuova analisi di mercato, anche dei costi del singolo operatore che potessero, eventualmente, giustificare un suo trattamento differenziato. Del resto, lo stesso articolo 14 della delibera n. 667/08/CONS prevedeva la possibilità di riesaminare le tariffe di terminazione del *glide path* per effetto dell'applicazione del nuovo modello di costo (cfr. punto 2). Cosa che è poi puntualmente avvenuta nell'ambito del procedimento che ha condotto all'adozione della delibera n. 621/11/CONS.

4. Con la delibera n. 254/11/CONS l'Autorità ha avviato la consultazione pubblica sul terzo ciclo di analisi del mercato dei servizi di terminazione di chiamate vocali su singole reti mobili, proponendo, tra l'altro, l'imposizione a Telecom Italia, Wind, Vodafone ed H3G, dell'obbligo di controllo dei prezzi. Quest'ultimo è stato attuato tenendo conto dei risultati del diverso modello di costo *bottom-up* elaborato dall'Autorità con la delibera n. 60/11/CONS. Sulla base dei risultati di tale modello l'Autorità ha definito la tariffa di terminazione efficiente, pari a 0,98 centesimi di euro al minuto, che, alla luce di quanto proposto con la delibera n. 254/11/CONS, sarebbe entrata in vigore il 1° gennaio 2015. Questa tariffa è stata determinata in linea con quanto disposto dalla Raccomandazione e rappresenta il costo incrementale di lungo periodo di un ipotetico operatore efficiente che offre il servizio di terminazione vocale sulla sua rete mobile.
5. Per quanto qui di specifico interesse, si segnala che i valori iniziali del *glide path* (ossia quelli che, stando a quanto proposto con la delibera n. 254/11/CONS, sarebbero dovuti entrare in vigore il 1° gennaio 2012 e che avrebbero portato al raggiungimento della suddetta tariffa efficiente) sono stati determinati, invece, riconciliando i risultati del modello con i costi effettivamente sostenuti dagli operatori attraverso una specifica metodologia definita anch'essa dall'Autorità con la delibera n. 60/11/CONS. E così, laddove, nell'ambito della suddetta attività di riconciliazione, si rilevavano sensibili differenze tra i dati relativi agli elementi ed ai costi di rete e quelli derivanti dalle corrispondenti voci del modello, l'Autorità ha provveduto a rettificare i valori scaturiti dalla sola applicazione del modello sulla base dei dati reali di costo degli operatori.

6. Nel dettaglio, all'esito della suddetta attività di riconciliazione è emersa una sensibile differenza tra i dati reali di costo dell'operatore H3G e quelli degli altri tre operatori di rete mobile (Telecom Italia, Vodafone e Wind). In particolare, l'Autorità ha riscontrato come tale differenza di costo fosse riconducibile alla diversa dotazione infrastrutturale dell'operatore H3G e, segnatamente, al fatto che quest'ultimo, all'epoca in cui venivano forniti i dati contabili oggetto di riconciliazione, non disponeva ancora dell'accesso alle risorse frequenziali nella banda a 900 MHz.
7. Ciò posto, occorre a questo punto rappresentare – intendendo così colmare il deficit motivazionale censurato dal Tar nelle sentenze n. 8381 del 10 ottobre 2012 e nn. 10263 e 10265 del 7 dicembre 2012, alle quali si ottempera col presente provvedimento – come il permanere della suddetta diseguale assegnazione delle frequenze ancora nel 2012 (contrariamente al suo auspicato superamento di cui è traccia nella delibera n. 667/08/CONS) abbia assunto rilevanza – proprio nei termini richiesti dalla Commissione europea - nel mantenimento di un'asimmetria in favore di H3G anche per un periodo successivo al 30 giugno 2012, impattando sulla differenza dei costi di fornitura dei servizi di terminazione delle chiamate vocali; nonché motivare, altresì, sotto un distinto ma collegato profilo, in merito all'individuazione del *quantum* di tale differenza di costo riscontrata dall'Autorità.
8. Sotto il primo profilo, relativamente, quindi, all'impatto della diseguale allocazione delle risorse frequenziali sui costi di terminazione e sul giustificato mantenimento di un'asimmetria in favore di H3G, si evidenzia che la mancata disponibilità di risorse frequenziali nella banda a 900 MHz determina, come noto e come già evidenziato nella delibera n. 667/08/CONS, a parità di domanda di traffico, la necessità per l'operatore che ne è sprovvisto d'installare un numero maggiore di siti di trasmissione rispetto agli altri operatori di rete mobile. La disponibilità delle frequenze aggiuntive nella banda a 900 MHz avrebbe permesso ad H3G di sviluppare una rete più efficiente di quella attuale, dal momento che sarebbe bastato installare un numero di trasmettitori di gran lunga inferiore a quello effettivamente installato per soddisfare la stessa domanda di traffico. La mancata disponibilità di risorse frequenziali nella banda a 900 MHz da parte di H3G, determina un incremento dei suoi costi di terminazione. Tale incremento non può essere attribuito ad inefficienze nella gestione dei costi imputabili all'operatore, poiché il mancato accesso a tali frequenze dipende da fattori esogeni che sfuggono al suo controllo ed esulano del tutto dalla propria sfera di dominio, dal momento che le frequenze nella banda a 900 MHz non sono state assegnate attraverso una procedura basata sul mercato (ad esempio tramite una gara).
9. Sotto il distinto ma collegato profilo relativo all'individuazione della quantificazione della differenza di costo, si evidenzia che dalle analisi

condotte dall'Autorità nell'ambito della delibera n. 254/11/CONS, è emerso che qualora H3G avesse avuto un completo accesso alle frequenze nella banda a 900 MHz già nel 2012, quest'ultimo avrebbe potuto soddisfare la sua domanda di traffico con un numero di siti assai inferiore. Ciò trovava conferma nei risultati dell'attività di riconciliazione dalla quale emergeva che il costo di terminazione per l'operatore H3G era pari a 5,1 centesimi di euro al minuto, mentre quello degli altri operatori di rete mobile risultava pari a 4,1 centesimi di euro al minuto.

10. Ecco perché con la delibera n. 254/11/CONS l'Autorità, tenendo conto di tale differenza oggettiva di costo, proponeva per l'anno 2012 il riconoscimento di un'asimmetria tariffaria per H3G pari ad 1 centesimo di euro al minuto. Inoltre, nella medesima delibera n. 254/11/CONS, l'Autorità proponeva altresì che l'asimmetria perdurasse fino alla data del 31 dicembre 2013 (data in cui si sarebbe dovuta concludere l'attività di riallocazione e razionalizzazione dell'intera banda a 900 MHz)¹.
11. Con la successiva delibera n. 621/11/CONS, l'Autorità, a seguito delle indicazioni rese dalla Commissione nella lettera di commenti, si è determinata ad anticipare al 1° luglio 2013 il raggiungimento della tariffa efficiente ed a ridurre opportunamente i valori iniziali del *glide path* di tutti e quattro gli operatori. Quanto all'operatore H3G, l'Autorità ha ridotto il periodo di asimmetria tariffaria, inizialmente proposto con la delibera n. 254/11/CONS, prevedendo la simmetria a partire dal 1° luglio 2013 tenendo comunque conto del fatto che “[...] *occorrerà ancora un certo lasso di tempo prima che le disparità nella dotazione frequenziale tra H3G e gli altri operatori siano risolte con riflessi apprezzabili anche in termini di efficienza e riduzione dei costi unitari di fornitura del servizio di terminazione*” (punto V.52 della delibera n. 621/11/CONS).
12. Quanto all'entità dell'asimmetria tariffaria, l'Autorità, in considerazione degli esiti dell'attività di riconciliazione, nella delibera n. 621/11/CONS ha ritenuto corretto confermare l'asimmetria già determinata nella delibera n. 254/11/CONS (pari ad un centesimo di euro) fino al 31 dicembre 2012, per poi ridurla dell'80% per il periodo 1° gennaio 2013 - 30 giugno 2013. 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

¹ Determina del Dipartimento Comunicazione del Ministero dello Sviluppo Economico con il quale si approva il “Piano per la razionalizzazione dei diritti d'uso della banda a 900 MHz”, dell'11 febbraio 2009.

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.

RITENUTO alla luce di tutte le considerazioni innanzi svolte –di avere colmato il deficit motivazionale della delibera n. 621/11/CONS come censurato dal TAR Lazio nelle sentenze del Tar del Lazio, sez. prima, n. 8381 del 10 ottobre 2012 e nn. 10263 e 10265 del 7 dicembre 2013;

UDITA la relazione del Commissario Maurizio Dècina, relatore ai sensi dell'articolo 31 del Regolamento concernente l'organizzazione ed il funzionamento dell'Autorità;

DELIBERA
Articolo 1

1. In ottemperanza alle sentenze del Tar Lazio, n. 8381 del 10 ottobre 2012 e nn. 10263 e 10265 del 7 dicembre 2012 sono confermate le previsioni recate nella delibera n. 621/11/CONS nella parte in cui si riconosce all'operatore H3G un'asimmetria tariffaria fino al 30 giugno 2013, così come motivate nella presente delibera.

La presente delibera è pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana e sul sito *web* dell'Autorità.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al Tribunale amministrativo regionale del Lazio, entro sessanta giorni dalla data della sua pubblicazione (articolo 135, comma 1, lettera b), e 119 del codice del processo amministrativo).

Roma, 10 gennaio 2013

IL COMMISSARIO RELATORE
Maurizio Dècina

IL PRESIDENTE
Angelo Marcello Cardani

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE *ad interim*
Laura Aria