

DELIBERA N. 16/06/CIR

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA FASTWEB S.P.A./ TELECOM ITALIA S.P.A. IN MATERIA DI TARIFFE DI INTERCONNESSIONE INVERSA

L'AUTORITA'

NELLA riunione della Commissione per le infrastrutture e le reti del 4 maggio 2006;

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", in particolare l'art. 1, comma 6, lettera a), n. 14;

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";

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante il Codice delle comunicazioni elettroniche, di seguito "il Codice delle comunicazioni elettroniche";

VISTO il regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra organismi di telecomunicazioni, approvato con delibera n.148/01/CONS del 28 marzo 2001;

VISTO il regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, approvato con delibera n. 316/02/CONS del 9 ottobre 2002, nel testo coordinato con le modifiche introdotte dalla delibera n. 506/05/CONS del 21 dicembre 2005 recante "Modifiche ed integrazioni al regolamento di organizzazione e di funzionamento dell'Autorità", come successivamente integrata dalla delibera n. 40/06/CONS;

VISTA la delibera n. 11/03/CIR del 25 luglio 2003, concernente "Approvazione dell'offerta di riferimento per l'anno 2003 di Telecom Italia";

VISTA la [delibera n. 197/99](#) del 7 settembre 1999, recante "Identificazione di organismi di telecomunicazioni aventi notevole forza di mercato";

VISTA la [delibera n. 350/02/CONS](#) del 6 novembre 2002, concernente "Identificazione di organismi di telecomunicazioni aventi notevole forza di mercato per l'anno 2000";

VISTA la delibera n. 160/03/CONS del 7 maggio 2003, concernente "Identificazione di organismi di telecomunicazioni aventi notevole forza di mercato per l'anno 2001";

VISTA l'istanza del 12 dicembre 2005 con la quale la Fastweb S.p.A. ha chiesto l'intervento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni per la definizione, ai sensi dell'art. 23 del Codice delle comunicazioni elettroniche, della controversia in essere con la Telecom Italia S.p.A., inerente all'interpretazione ed applicazione di quanto disposto dall'articolo 4, comma 3, della delibera n. 11/03/CIR relativamente alle tariffe di terminazione su reti di operatori alternativi;

VISTA la nota del 19 dicembre 2005, prot. n. U/11739/05/NA, con la quale il Dipartimento garanzie e contenzioso ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 23 del Codice delle comunicazioni elettroniche, l'avvio di un procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della deferita controversia, indicando il funzionario Enrico Maria Cotugno quale responsabile del procedimento;

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso della fase istruttoria;

VISTE le memorie prodotte dalle parti da ultimo in data 11 e 18 aprile 2006;

UDITE le parti in contraddittorio in data 27 aprile 2006;

CONSIDERATO quanto segue:

A. Oggetto della controversia.

Con istanza del 12 dicembre 2005 Fastweb S.p.A. (di seguito Fastweb) ha chiesto all'Autorità, ai sensi dell'articolo 23, comma 1, del Codice delle comunicazioni elettroniche, di definire la controversia insorta con Telecom Italia S.p.A. (di seguito anche Telecom Italia), in ordine all'interpretazione ed all'applicazione di quanto disposto dall'articolo 4, comma 3, della delibera n. 11/03/CIR relativamente alle tariffe di terminazione su reti di operatori alternativi, ed in particolare di accertare e dichiarare:

- a. il diritto di essa Fastweb, ai sensi della delibera n. 11/03/CIR, di prevedere condizioni economiche per la terminazione "reverse" diverse da quelle della Telecom Italia;
- b. l'obbligo in capo alla Telecom Italia di modificare l'Accordo di Interconnessione a seguito della richiesta della controparte di variare i propri valori di terminazione.

B. Iter istruttorio.

In data 5 gennaio 2006 Telecom Italia ha prodotto una propria memoria nella quale si è eccepita l'improcedibilità dell'istanza avversaria per i seguenti motivi:

- per l'avvenuta proposizione di due identiche istanze precedenti, ancora in pendenza del termine previsto dall'articolo 26.2 del contratto per la definizione della vertenza in sede di Comitato Tecnico;
- per il decorso del termine di quattro mesi di cui al comma 1 dell'articolo 23 del Codice delle comunicazioni elettroniche, con riferimento all'analogia istanza in precedenza presentata dalla Telecom Italia medesima in data 22 ottobre 2004, e conseguente incompetenza dell'Autorità ai sensi dell'art. 23, comma 2, del medesimo Codice, avendo le parti previsto uno strumento alternativo di risoluzione delle controversie, ai sensi dell'articolo 28 del contratto.

Veniva altresì eccepita l'incompetenza dell'Autorità ai sensi dell'art. 23, comma 5, del Codice delle comunicazioni elettroniche e degli articoli 26 e 28.1 del contratto, avendo Telecom Italia avviato, in data 13 dicembre 2005, il giudizio arbitrale contrattualmente previsto.

In via subordinata, nel merito, Telecom Italia ha chiesto di accertare e dichiarare:

- a. l'inapplicabilità a Fastweb dell'articolo 4, comma 3, della delibera n. 11/03/CIR;
- b. l'illegittimità del comportamento tenuto da Fastweb in relazione alla determinazione unilaterale delle condizioni economiche di terminazione su rete fissa di Fastweb di traffico sviluppato verso numerazioni geografiche;
- c. l'inadempimento di Fastweb rispetto a quanto previsto dall'articolo 24.4 del contratto di interconnessione inversa *inter partes*;
- d. l'illegittimità dei prezzi indicati da Fastweb quale conseguenza delle illegittime condotte di cui ai precedenti punti b) e c), che imporrebbero a Telecom Italia di fornire servizi sottocosto;
- e. che il valore di terminazione sulla rete Fastweb deve essere determinato sulla base del principio di reciprocità o, in subordine, determinato sulla base del *benchmarking* internazionale;
- f. che non sono dovute da Telecom le maggiori somme richieste da Fastweb con le fatture emesse dal 2 gennaio 2004, nonché tutte le fatture ulteriori già emesse e che potrebbero essere emesse da Fastweb fino alla definizione della controversia,

e per l'effetto:

- g. condannare Fastweb a restituire a Telecom Italia i maggiori importi da quest'ultima pagati, oltre agli interessi come dovuti dal giorno dell'intervenuto pagamento fino alla effettiva restituzione.

Il giorno 11 gennaio 2006 si è tenuta, dinanzi al Dipartimento Garanzie e Contenzioso dell'Autorità, l'udienza relativa alla controversia.

Nel corso di tale udienza il Dipartimento ha comunicato alle parti l'orientamento dell'Autorità in merito alla natura del termine di cui all'articolo 23 del Codice delle comunicazioni elettroniche, da ritenersi ordinatorio, ed ai rapporti tra giurisdizione arbitrale e competenze dell'Autorità in materia di risoluzione delle controversie.

Il predetto Dipartimento, su richiesta delle parti, ha fissato il termine del 25 gennaio 2006 per la produzione di memorie integrative, nonché il termine del 30 gennaio 2006 per il deposito di eventuali controdeduzioni.

Con memoria depositata il 25 gennaio 2006 Fastweb, in risposta alle richieste di controparte, ha accettato di estendere il *thema decidendum* della controversia, in particolare chiedendo, in aggiunta alle richieste originariamente avanzate, di accertare e dichiarare:

- a. che Fastweb ha diritto di applicare i corrispettivi di terminazione da essa richiesti e comunicati a Telecom Italia secondo quanto stabilito dalla citata delibera n. 11/03/CIR, fino ad eventuale diversa determinazione da parte dell'Autorità;
- b. che i corrispettivi di terminazione applicati da Fastweb sono ragionevoli e giustificati dai costi sostenuti dallo stesso operatore;
- c. che Telecom Italia è tenuta a corrispondere tutti gli importi risultanti da fatture emesse da Fastweb a partire dal 2.1.2004, mentre Fastweb non è tenuta ad obblighi di restituzione nei confronti di Telecom per i titoli in discussione nella presente controversia.

Di contro, Telecom Italia, nella sua memoria di pari data, ha riformulato le proprie conclusioni, chiedendo che l'intervento dell'Autorità fosse limitato ad una pronuncia di mero accertamento dell'inapplicabilità a Fastweb dell'art. 4, comma 3, della delibera n. 11/03/CIR, e, conseguentemente, dell'inesistenza di un obbligo di procedere *tout court* alla modifica dell'accordo di interconnessione a seguito di richiesta della parte che intendeva variare i propri valori di terminazione.

In data 30 gennaio 2006 si è tenuta una ulteriore udienza, nel corso della quale il Dipartimento ha comunicato alle parti la decisione dell'Autorità in merito alla propria competenza a conoscere della controversia ai sensi dell'articolo 23 del Codice delle comunicazioni elettroniche. Telecom Italia, pertanto, ha chiesto una pronuncia dell'Autorità sull'allargamento dell'oggetto della controversia, e, per il caso di un pronunciamento positivo, ha chiesto un termine di trenta giorni per poter esaminare la documentazione depositata da controparte, inerente agli aspetti di merito sopra illustrati, e quindi controdedurre al riguardo. Il Dipartimento si è riservato di comunicare alle parti le decisioni dell'Autorità in proposito.

Successivamente la Direzione Reti e Servizi di comunicazione elettronica, cui erano state trasferite nel frattempo le competenze già spettanti al Dipartimento Garanzie e Contenzioso in materia di controversie tra operatori di comunicazione elettronica, a seguito della modifica del regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Autorità, ha convocato le parti in udienza, in data 4 aprile 2006, per comunicare l'impossibilità, per lo meno "allo stato", di formulare un'ipotesi di accordo da sottoporre loro ai sensi dell'art. 6, comma 1, della delibera n. 148/01/CONS, "stante la natura della controversia".

Prima di poter affrontare gli aspetti prettamente di merito della causa, nell'ambito dei quali soltanto avrebbe potuto collocarsi la proposta di una soluzione conciliativa, dovevano infatti essere risolte due fondamentali questioni pregiudiziali, capaci di condizionare il quadro d'insieme entro il quale la Direzione avrebbe dovuto tentare di individuare una soluzione bonaria della controversia.

Innanzitutto, Fastweb con la propria istanza ha chiesto all'Autorità di pronunciarsi sulla corretta interpretazione della delibera n. 11/03/CIR, che, a suo dire, non avrebbe affatto imposto un vincolo di reciprocità tra le condizioni praticate dalla medesima società e quelle praticate da Telecom.

Altro aspetto controverso, anch'esso avente natura pregiudiziale rispetto alla cognizione della vicenda nel merito, e quindi alla possibilità per la Direzione di individuare una posizione conciliativa, è stato sollevato da Telecom, che ha eccepito che gli aspetti connessi alla precisa valorizzazione delle tariffe di terminazione su rete Fastweb integrerebbero un'inammissibile allargamento del *thema decidendum*.

Constatata, dunque, la natura pregiudiziale delle due questioni, la Direzione, anche alla luce della inutilità dei precedenti tentativi di composizione bonaria della vertenza, ha ritenuto di non poter far altro, al momento, che sottoporre la materia alla competente Commissione per le infrastrutture e le reti, trasmettendo a questa gli atti della controversia.

C. Conclusioni delle parti.

Con le memorie depositate in data 11 aprile e 18 aprile 2006 Fastweb S.p.A. ha insistito nelle conclusioni già rassegnate nelle precedenti memorie prodotte nel corso del procedimento.

Telecom Italia S.p.A., invece, con la memoria depositata in data 11 aprile 2006, ha rassegnato le proprie conclusioni chiedendo all'Autorità di accertare e dichiarare:

1. in via preliminare, in accoglimento delle eccezioni pregiudiziali di rito, la improcedibilità e/o inammissibilità dell'istanza proposta da Fastweb in data 12 dicembre 2005, anche per la mancata formulazione alle parti di una proposta di accordo ai sensi dell'art. 6 della delibera n. 148/01/CONS;

2. in via subordinata, nel merito, alla luce del *thema decidendum* introdotto da Fastweb con la suddetta istanza, l'infondatezza di tutte le domande proposte da Fastweb, da rigettare in ragione:
 - a) dell'inapplicabilità a Fastweb dell'articolo 4, comma terzo, della delibera n. 11/03/CIR, e dunque l'inesistenza del diritto di Fastweb di prevedere condizioni economiche differenti rispetto a quelle di Telecom Italia;
 - b) conseguentemente, dell'inesistenza a carico di Telecom Italia di un obbligo di procedere alla modifica dell'accordo di interconnessione a seguito di richiesta della controparte di variare i propri valori di terminazione.

D. Motivi della decisione

I. La sussistenza dei presupposti per l'adozione di una decisione vincolante.

L'articolo 23 del Codice delle comunicazioni elettroniche attribuisce all'Autorità la competenza a dirimere le controversie tra imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica aventi ad oggetto gli obblighi imposti dal Codice medesimo, dettando regole procedurali dettagliate e suscettibili di immediata applicazione.

La controversia *de qua* verte sull'interpretazione della delibera n. 11/03/CIR, e, più precisamente, sugli obblighi che da questa deriverebbero in capo a Telecom Italia nell'ambito del rapporto corrente *inter partes*.

La controversia in essere, allora, in quanto tale rientra certamente tra quelle rimesse alla competenza dell'Autorità dal citato articolo 23 del Codice delle comunicazioni elettroniche, anche alla luce degli articoli 42, comma 5 e 44 del Codice medesimo.

Sulla base di tali premesse è possibile esaminare appropriatamente le eccezioni preliminari avanzate da Telecom Italia.

a) La prima attiene alla supposta improcedibilità che deriverebbe dalla presentazione, da parte di Fastweb, di due istanze, in data 9 e 10 dicembre 2005, senza rispettare il termine per la conclusione del Comitato tecnico previsto dall'articolo 26.2 del contratto, istanze alle quali ha fatto seguito la terza depositata il 12 dicembre 2005.

Una simile obiezione non risulta condivisibile, per le seguenti ragioni. Innanzi tutto, va precisato che presso l'Autorità è stata depositata una prima istanza, in data 9 dicembre 2005, poi reiterata il 12 dicembre successivo, mentre non vi è traccia della ulteriore istanza citata da Telecom Italia.

Ciò posto, stante la sostanziale contemporaneità delle due istanze ricevute, diverse solo nella data, la struttura competente ha correttamente considerato la prima assorbita nella seconda, provvedendo ad avviare il procedimento sulla base di quest'ultima.

In ogni caso, come si dimostrerà appresso, l'aspetto posto a base dell'eccezione risulta comunque del tutto irrilevante ai fini di una eventuale pronuncia di inammissibilità delle domande avversarie.

In effetti il citato articolo 26.2 del contratto stabilisce che ciascuna delle parti, qualora sorgano controversie in merito all'interpretazione ed esecuzione del contratto medesimo, ha facoltà di chiedere la costituzione di un comitato tecnico per risolvere su base amichevole i contrasti *“il prima possibile e comunque entro 5 giorni solari dalla sua costituzione. Qualora tali contrasti non venissero risolti entro i cinque giorni successivi alla costituzione del comitato tecnico ciascuna delle parti potrà adire l'Autorità”*.

Risulta, allora, con sufficiente evidenza come il termine di 5 giorni stabilito da questa clausola non precluda la possibilità di una conclusione anticipata dell'attività del Comitato Tecnico, sia che si raggiunga un accordo, sia che, come nel caso di specie, si sia constatata anche prima della scadenza di tale termine l'impossibilità di una definizione in via amichevole della vertenza.

Ebbene, in data 9 dicembre 2005 Fastweb ha formalmente comunicato alla controparte, appunto, di valutare negativamente l'esito dell'incontro del 6 dicembre 2005 (nel corso del quale dovevano essere individuate ipotesi di soluzione), affermando che *“le attività del comitato si intendono concluse senza alcun esito positivo”*.

Tirando le somme, allora, può affermarsi che già l'istanza depositata il 9 dicembre 2005 sarebbe comunque ammissibile, e che, in ogni caso e a più forte ragione, l'istanza del 12 dicembre 2005, sulla base della quale è stato avviato il procedimento in trattazione, va considerata senza possibilità di dubbio pienamente ammissibile e procedibile, in quanto rispondente sotto ogni profilo ai requisiti richiesti dalla normativa codicistica e regolamentare, nonché dalle pattuizioni contrattuali. Nel momento della sua proposizione, infatti, le parti avevano già formalizzato il fallimento delle trattative in corso nell'ambito del Comitato Tecnico ed anche il citato termine di cinque giorni stabilito dal contratto risultava ormai decorso.

b) La Telecom Italia ha eccepito altresì l'incompetenza dell'Autorità a conoscere della controversia sulla scorta di considerazioni inerenti alla presunta perentorietà del termine di quattro mesi indicato dall'art. 23 del Codice delle comunicazioni elettroniche.

L'assunto che tale termine abbia natura perentoria risulta tuttavia infondato, per le seguenti ragioni.

La prima ragione, di ordine sistematico, va rinvenuta nella lettura dell'articolo 20 della direttiva 2002/21/CE, recepito appunto dall'articolo 23 del Codice delle comunicazioni elettroniche, ove si prevede che le Autorità nazionali possano (sia pure in “casi eccezionali”) decidere le controversie di propria competenza anche oltre il previsto termine di quattro mesi. Ora, l'interpretazione della norma di attuazione (l'articolo 23) non può

prescindere da tale dato normativo, salvo incorrere in contrasto con i principi costituzionali e con l'orientamento della Corte di giustizia europea in tema di rapporti tra normativa comunitaria e legislazione nazionale. E tale dato depone, per l'appunto, per la natura non perentoria del termine di cui si discute, atteso che la regola decadenziale per le scadenze perentorie non tollera eccezioni.

D'altronde, anche i principi generali dell'ordinamento nazionale in materia di termini procedurali portano ad affermare la normale non perentorietà dei termini, salvo espressa previsione di legge che, nel caso dell'articolo 23 del Codice delle comunicazioni elettroniche, non è rinvenibile.

Anche la dottrina concorda, inoltre, nell'affermare che *“nulla autorizza a pensare che il termine entro cui l'Autorità deve rendere la decisione sia perentorio, né che l'Autorità perda il potere decisorio decorsi quattro mesi dalla richiesta della parte”* (G. Pesce, Il Codice delle comunicazioni elettroniche, a cura di M. Clarich e G.F. Cartei, p. 444).

Ed infatti il comma 5 del medesimo articolo 23 fa salva la possibilità delle parti di adire l'Autorità giudiziaria, a prescindere dalla pendenza o meno di un procedimento giustiziale dinanzi all'Autorità: il che autorizza a ritenere che non vi sia alcun motivo che giustifichi il venir meno della potestà decisoria dell'Autorità in caso di superamento del termine quadrimestrale, libere essendo le parti di ottenere giustizia in sede giurisdizionale, e fa comprendere che le parti non riceverebbero alcun beneficio da una ipotetica decadenzialità dello stesso termine, che non assolverebbe quindi alcuna funzione, né logica né pratica.

Per le medesime ragioni, a nulla vale richiamarsi alla esistenza di un precedente procedimento avviato sullo stesso *“thema”* su istanza di Telecom Italia, a cui la stessa Società ha poi rinunciato adducendo l'intervenuta inutile scadenza del termine *de quo*.

Per un verso, infatti, come appena illustrato, il decorso del termine di cui all'articolo 23, comma 1, del Codice delle comunicazioni elettroniche, da intendersi di natura ordinatoria, non determina affatto il venir meno della potestà decisoria dell'Autorità; per altro verso, la rinuncia di una parte non può di certo intaccare la facoltà della controparte di adire l'Autorità competente per la definizione della medesima controversia.

Lo stesso soggetto che abbia dapprima proposto l'istanza all'Autorità per definire una controversia e successivamente abbia rinunciato ad essa non rinuncia certo al diritto di far valere la propria pretesa sostanziale, poiché essa rimane integra e, dunque, può formare oggetto di una nuova richiesta giustiziale all'Autorità. Analogamente, e a maggior ragione, il soggetto convenuto, inizialmente convocato per definire una controversia, anche ove si sia stata rinunciata da parte del primo attore, può ben formulare una propria istanza sul medesimo oggetto, proprio perché, per effetto della rinuncia, il procedimento volto alla definizione della controversia da parte dell'Autorità non ha prodotto alcun effetto e si è interrotto sul nascere. Le rispettive

posizioni sono dunque tornate allo stato primigenio nella loro iniziale e inalterata contrapposizione, il che comporta il riespandersi di tutti i diritti ad esse inerenti, compreso quello di presentare una nuova istanza per la definizione della controversia.

Ne discende che, a seguito della rinuncia di Telecom Italia, Fastweb, presone atto, ha legittimamente esercitato la facoltà riconosciutale dalla legge, e dallo stesso contratto, di adire questa Autorità.

c) Telecom Italia ha eccepito l'incompetenza dell'Autorità anche in relazione al disposto del comma 2 dell'articolo 23 del Codice delle comunicazioni elettroniche, ove è stabilito che l'Autorità debba dichiarare la propria incompetenza "qualora entrambe le parti vi abbiano espressamente derogato prevedendo altri mezzi di risoluzione della controversia".

L'indagine imposta dall'eccezione in esame deve quindi investire la comune volontà delle parti, che non può che essere ricercata nelle pattuizioni contrattuali.

L'art. 26 del contratto in essere tra le parti, come già ricordato, stabilisce che *"nella ipotesi in cui detti contrasti non venissero risolti entro 5 giorni solari dalla costituzione del Comitato Tecnico, ciascuna parte potrà tutelare i propri interessi dinanzi all'Autorità"*. Quindi il contratto non solo non deroga alla competenza dell'Autorità, ma addirittura indica questa proprio quale sede privilegiata per la composizione delle controversie.

Ma vi è di più.

Il successivo art. 28 del contratto prevede che *"tutte le controversie...per le quali non sia stato possibile raggiungere un accordo nell'ambito di quanto previsto dall'art. 26.2 e per le quali non sia stata adita l'Autorità, saranno devolute ad un collegio arbitrale..."*. Contrariamente a quanto sostenuto da Telecom, dunque, il ricorso all'arbitrato, nella comune intenzione delle parti, non deroga affatto alla competenza dell'Autorità, ma anzi rappresenta solo una alternativa eventuale di rango subordinato e residuale, condizionata proprio al mancato ricorso all'Autorità medesima.

L'atto unilaterale di nomina di arbitro effettuata da Telecom Italia, a sua volta, non potrebbe certo integrare il requisito della comune intenzione delle parti, a maggior ragione considerando che la controparte aveva allora già preventivamente adito l'Autorità, così legittimamente esercitando la facoltà riconosciutale sia dall'art. 23 del Codice delle comunicazioni elettroniche sia dall'art. 26 del contratto.

E d'altra parte, come si è ricordato, al momento della proposizione dell'istanza del 12 dicembre il termine di 5 giorni entro il quale le parti avrebbero potuto raggiungere un accordo era ormai decorso, e, comunque, in data 9 dicembre Fastweb aveva già formalizzato il fallimento delle trattative. Non vi è alcun motivo, pertanto, perché l'Autorità debba nella fattispecie dichiararsi incompetente, non ricorrendo i presupposti di cui all'art. 23, comma 2, del Codice delle comunicazioni elettroniche.

d) Né sussistono i vizi procedurali che secondo Telecom inficerebbero “la trasmissione della controversia” alla Commissione da parte della Direzione Reti e Servizi.

Richiamato quanto già esposto al punto B) riguardo alla decisione comunicata alla parti nel corso dell’udienza del 4 aprile, è agevole comprendere che la Direzione non ha indebitamente omesso di predisporre e comunicare alle parti una propria proposta di soluzione. Piuttosto, essa è stata costretta a rimettere previamente alla Commissione la controversia, per la presenza in essa di due questioni di carattere generale di natura strettamente pregiudiziale. Solo dopo aver acquisito le statuizioni dell’Organo collegiale su tali punti e sulla scorta di esse, la Direzione avrebbe potuto formulare una reale proposta di accordo e procedere con gli ulteriori adempimenti: accertamento dell’eventuale accordo o del perdurante contrasto tra le parti e, infine, redazione del conferente verbale.

I vizi procedurali lamentati dalla Telecom risultano dunque anche in questo caso inesistenti, fermo restando che la presentazione alle parti di una proposta di accordo ai sensi dell’art. 6 del Regolamento n. 148/01/CONS potrà e dovrà essere effettuata dopo la definizione delle riscontrate pregiudiziali a mezzo della presente decisione non definitiva, e con l’ausilio delle risultanze della consulenza tecnica appresso indicata.

e) Se si tiene conto della natura e della finalità della procedura è facile osservare, infine, che costituisce parte integrante della presente controversia anche il profilo della determinazione del *quantum* del prezzo per il servizio di terminazione inversa di Fastweb, profilo che ha fatto ingresso in causa sul fondamento della convergente volontà delle parti (cfr. la memoria T.I. del 5/1/2006) e nel pieno rispetto delle esigenze del contraddittorio.

II. La sussistenza del diritto di Fastweb alla modifica del Contratto di Interconnessione.

Ritenuta, pertanto, la competenza dell’Autorità a conoscere della presente controversia, vanno affrontati gli aspetti di merito che ne connotano il contenuto.

Telecom Italia assume che le condizioni previste per l’applicazione della disposizione di cui all’art. 4, comma 3 della delibera n. 11/03/CIR, relativa all’eccezionale ipotesi di prezzi di terminazione non basati sulla reciprocità, non ricorrerebbero con riferimento a Fastweb, anche in considerazione dell’elevato numero di utenti di tale operatore. Ed infatti, sempre secondo Telecom Italia, il numero degli abbonati dell’avversaria, pari a circa 700.000, escluderebbe “a priori” la riconducibilità di Fastweb alla categoria di operatori con “esiguo numero di accessi diretti”. Telecom Italia fa quindi

presente che il numero totale di linee in ULL a fine settembre 2005 risulta di circa 1.400.000, dei quali 240.000 accessi diretti.

Ne consegue, sempre secondo Telecom Italia che, ove essa remunerasse Fastweb sulla base dei valori proposti da quest'ultima, senza di contro poter applicare ai propri clienti un differente prezzo *retail*, la stessa Telecom Italia si troverebbe nella condizione obbligata di fornire servizi al di sotto dei costi, in palese contrasto con i vincoli di orientamento al costo imposti a Telecom Italia con la delibera n. 152/02/CONS.

Al riguardo l'Autorità osserva, in via preliminare, che la possibilità di fissare prezzi di terminazione non basati sulla reciprocità non è da considerarsi "eccezionale". Basti ricordare che la regolamentazione vigente al tempo dell'adozione della delibera n. 11/03/CIR prevedeva un controllo del prezzo di terminazione per il solo operatore all'epoca notificato (Telecom Italia), mentre per gli operatori alternativi non esisteva nessun obbligo regolamentare relativamente alla modalità di definizione del prezzo di terminazione sulle proprie reti. Pertanto, eventuali clausole di "reciprocità" tra Telecom Italia e gli operatori alternativi non erano imposte da alcuna specifica previsione normativa.

Quanto alla interpretazione proposta da Telecom Italia, in virtù della quale l'art. 4, comma 3, della delibera n. 11/03/CIR non si applicherebbe a Fastweb, si osserva quanto segue.

La norma è giustificata (cfr. considerato D della delibera n.11/03/CIR) dall'esigenza per gli operatori nuovi entranti, riconosciuta dall'Autorità già con la delibera n. 3/03/CIR, e successivamente ribadita con la delibera n. 11/03/CIR, di recuperare i propri maggiori costi, anche tramite i ricavi da interconnessione. Ciò al fine di sostenere uno sviluppo della concorrenza sul mercato dell'accesso basato sull'infrastrutturazione degli operatori nuovi entranti.

Nel medesimo considerato l'Autorità ha inteso quantificare l'impatto della misura prevista dall'art. 4, comma 3, osservando che, *"stante la contenuta dimensione del volume di traffico terminato sulla rete di altro operatore rispetto a quello terminato sulla rete di Telecom Italia (in virtù dell'esiguo numero di accessi diretti degli operatori alternativi), la variazione dei costi associati al traffico originato dalla rete di Telecom Italia, in conseguenza della variazione dei prezzi di terminazione su rete di altro operatore, allo stato, non potrà avere effetti apprezzabili sul prezzo finale praticato agli utenti finali valutato sulla base dei costi medi di terminazione"*. Pertanto, con il proprio riferimento *"all'esiguo numero di accessi diretti degli operatori alternativi"* l'Autorità non intendeva affatto limitare il diritto ad una terminazione non reciproca ai soli operatori alternativi con un esiguo numero di accessi, avendo solo inteso far notare la mancanza di impatto apprezzabile della misura dell'art. 4, comma 3.

Chiarito questo aspetto, giova comunque soffermarsi sul concetto di "esiguità del numero di accessi".

Sicuramente il numero di accessi diretti realizzati dagli operatori nuovi entranti nel luglio del 2003 era da considerarsi esiguo (c.a. 400.000), sia in termini assoluti sia in relazione al numero di linee dell'operatore Telecom Italia (c.a. 27 milioni). Orbene, a settembre 2005 il numero di accessi realizzati dagli operatori alternativi (*unbundling* ed accessi diretti) ha raggiunto, secondo quanto dichiarato da Telecom Italia, la cifra di 1.400.000. Anche questo valore, peraltro, a giudizio dell'Autorità, può essere considerato in totale "esiguo", se comparato con il numero di linee di Telecom Italia a settembre 2005, nel contempo ridottosi a circa 25,5 milioni. Infatti esso costituisce un valore di circa il 5% del totale delle linee di accesso nazionali, essendo il rimanente 95% sempre detenuto da Telecom Italia. Ciò a confermare che, anche nel 2005, l'impatto sui costi della misura in argomento poteva essere considerato assai contenuto, in quanto riferibile a non più del 5% dei costi di terminazione sopportati da Telecom Italia per le chiamate originate dai propri clienti verso le reti degli operatori alternativi.

A quest'ultimo riguardo è poi utile evidenziare che la delibera n. 11/03/CIR fa riferimento ai costi medi di terminazione, con ciò conformandosi, e non certo ponendosi in contrasto, con quanto previsto dalla delibera n. 152/02/CONS. Tale delibera, infatti, nel test finalizzato a verificare che le condizioni economiche di offerta del servizio di traffico distrettuale ed interdistrettuale consentano all'operatore notificato il recupero dei costi sottostanti al servizio offerto (vedasi allegato E della delibera n.152/02/CONS), prevede che i costi di rete (cui raffrontare il prezzo del servizio) siano mediati, tenendo presente la percentuale di traffico *off-net* rispetto al traffico *on-net*.

Infine, è opportuno rilevare che anche nel 2006 l'Autorità, nell'ambito dell'analisi del mercato della terminazione sulle singole reti degli operatori di rete fissa (mercato n. 9), continuando a riscontrare una marcata differenza tra la posizione di dominanza di Telecom Italia e quella degli operatori che stanno ancora sviluppando la propria infrastruttura, ha assunto l'orientamento (sia pure non ancora definitivo) di riconoscere agli operatori alternativi la possibilità di applicare terminazioni non reciproche almeno fino al 2010.

Alla luce di tutte queste considerazioni, non può che confermarsi l'applicabilità a Fastweb di quanto stabilito dall'articolo 4, comma 3, della delibera 11/03/CIR.

III. Determinazione del prezzo di terminazione.

Quanto alla determinazione del prezzo applicabile al servizio di terminazione sulla rete di Fastweb, si tratta di un problema la cui soluzione presuppone, quale necessaria base conoscitiva, l'analisi dei dati contabili esposti dalla parti e, in particolare, la rendicontazione contabile prodotta da Fastweb.

La Commissione ritiene opportuno affidare ad un consulente tecnico il compito di condurre almeno in prima battuta una simile analisi, sulla base del quesito specificato nella parte dispositiva della presente delibera.

Acquisiti maggiori elementi conoscitivi, attraverso la relazione del consulente incaricato di analizzare i dati contabili e la rendicontazione di Fastweb, la competente Direzione procederà alla formulazione di una ipotesi di accordo da notificare alle parti ai sensi del citato articolo 6 del regolamento approvato con delibera n. 148/01/CONS.

RITENUTA, pertanto, la propria competenza a decidere la presente controversia;

RITENUTO che, al fine della predisposizione di una ipotesi di accordo, ai sensi dell'articolo 6 del Regolamento approvato con delibera n. 148/01/CONS, sia necessaria una pronuncia preliminare sulle eccezioni procedurali opposte da Telecom Italia, nonché in merito alla interpretazione della delibera n. 11/03/CIR;

CONSIDERATO che le eccezioni di natura procedurale opposte da Telecom Italia devono essere disattese;

RILEVATO che Fastweb ha in via di principio fondatamente invocato nei riguardi dell'avversaria il disposto dell'art. 4, comma 3, della delibera n. 11/03/CIR;

RITENUTO che non sussistono motivi ostativi a che l'Autorità conosca anche delle richieste avanzate dalle parti successivamente alla presentazione dell'istanza con riferimento alla determinazione del prezzo per il servizio di terminazione inversa su rete fissa, così come individuate nel corso del procedimento;

RITENUTO opportuno avvalersi, ai fini di una compiuta valutazione dei costi connessi alla prestazione del servizio di terminazione da parte dell'operatore Fastweb, di un consulente d'ufficio;

CONSIDERATO che, in mancanza di accordo tra le parti, detto consulente debba essere individuato dall'Autorità;

RITENUTO, infine, che la relazione del consulente d'ufficio potrà fungere da base per l'elaborazione, da parte della Direzione competente, di una proposta di accordo da notificare alle parti ai sensi dell'art. 6 del Regolamento di cui alla delibera n. 148/01/CONS;

UDITA la relazione dei Commissari Nicola D'Angelo e Stefano Mannoni, relatori ai sensi dell'art. 29 del Regolamento per l'organizzazione ed il funzionamento dell'Autorità;

DELIBERA

Articolo 1.

1. Per le ragioni di cui in motivazione l'Autorità, riservandosi ogni ulteriore provvedimento sul merito della controversia, così decide:
 - a) in via pregiudiziale, rigetta le eccezioni procedurali opposte da Telecom Italia, e, pertanto, dichiara l'ammissibilità della domanda di risoluzione della controversia formulata da Fastweb S.p.A., anche con riferimento alla determinazione del prezzo per il servizio di terminazione inversa su rete fissa di essa attrice;
 - b) in via preliminare, accoglie la richiesta di Fastweb in merito alla sussistenza di un proprio diritto a prevedere condizioni economiche per il servizio di terminazione differenti da quelle praticate da Telecom Italia S.p.A.;
 - c) dispone procedersi a consulenza tecnica d'ufficio ed individua, quale consulente, il prof. Gérard Pogorel, professore della ENST di Parigi, e, in caso di mancata accettazione da parte di quest'ultimo, nell'ordine, il prof. Mario Sebastiani dell'Università "Tor Vergata" di Roma e il prof. Andrea Gilardoni dell'Università "Bocconi" di Milano. Gli oneri della consulenza tecnica, quantificabili in euro 16.500,00 (al netto dell'IVA), saranno a totale carico delle parti, che provvederanno a corrispondere provvisoriamente l'importo in parti uguali, fatta salva la decisione in ordine a tali spese da adottarsi con il provvedimento definitivo dell'Autorità. Le parti hanno facoltà di nominare dei propri esperti, che potranno relazionarsi con il consulente tecnico d'ufficio senza, peraltro, avere accesso alla documentazione riservata delle rispettive controparti;
 - d) il consulente provvederà alla determinazione dei possibili valori minimo e massimo del prezzo di terminazione sulla rete di Fastweb, con esposizione dei relativi criteri all'uopo seguiti. Il consulente dovrà avere riguardo al quadro regolamentare vigente al 12 dicembre 2005, con riferimento, in particolare, alle delibere dell'Autorità n. 3/03/CIR, n. 11/03/CIR e n. 289/03/CONS; dovrà anche essere considerata la documentazione prodotta dalle parti, anche con riferimento alla rendicontazione contabile prodotta da Fastweb sui propri costi di terminazione;

e) acquisiti gli esiti delle attività del consulente tecnico, la Direzione Reti e Servizi di comunicazione elettronica elaborerà una proposta di accordo che verrà notificata alle parti ai sensi dell'art. 6 del Regolamento n. 148/01/CONS.

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata nel Bollettino ufficiale e sul sito web dell'Autorità.

Ai sensi dell'art. 9 del Codice delle comunicazioni elettroniche, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell'art. 23 bis, comma 2, della legge 6 dicembre 1971 n. 1034 e successive integrazioni e modificazioni, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica del medesimo.

Napoli, 4 maggio 2006

IL PRESIDENTE
Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE
Nicola D'Angelo

IL COMMISSARIO RELATORE
Stefano Mannoni