

DELIBERA N. 29/07/CIR

Definizione della controversia H3G S.p.A./ Vodafone Omnitel N.V. in materia di tariffe di terminazione su rete mobile

L'Autorità

NELLA sua riunione della Commissione per le infrastrutture e le reti del 27 marzo 2007, in particolare nella prosecuzione del 3 aprile 2007;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249 ("Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo"), e, in particolare, il suo art.1, comma 6, lettera a), n. 9;

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;

VISTO il decreto del Presidente della Repubblica 19 settembre 1997, n. 318, recante regolamento per l'attuazione di direttive comunitarie nel settore delle telecomunicazioni;

VISTA la delibera n.148/01/CONS, recante "Adozione del regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra organismi di telecomunicazioni";

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 dalle delibere n. 40/06/CONS e 25/07/CONS;

VISTA la delibera n. 47/03/CONS del 5 febbraio 2003, concernente "Revisione e meccanismi di programmazione dei prezzi massimi di terminazione praticati dagli operatori di rete mobile notificati e regolamentazione dei prezzi delle chiamate fisso-mobile praticati dagli operatori di rete fissa notificati";

VISTA la delibera n. 465/04/CONS del 22 dicembre 2004, recante "Consultazione pubblica sull'identificazione ed analisi del mercato, della valutazione del significativo potere di mercato per le imprese ivi operanti e sugli obblighi regolamentari cui vanno soggette le imprese che dispongono di un tale potere (mercato n. 16 fra quelli identificati dalla Raccomandazione sui mercati rilevanti dei prodotti e dei servizi della Commissione Europea)";

VISTA la delibera 286/05/CONS del 19 luglio 2005, ad oggetto "Misure urgenti in materia di fissazione dei prezzi massimi di terminazione delle chiamate vocali su singole reti mobili";

VISTA la delibera 3/06/CONS del 12 gennaio 2006, recante “Mercato della terminazione di chiamate vocali su singole reti mobili (mercato n. 16 fra quelli identificati dalla raccomandazione della Commissione europea n. 2003/311/CE): Identificazione ed analisi del mercato, valutazione di sussistenza di imprese con significativo potere di mercato ed individuazione degli obblighi regolamentari”;

VISTA l’istanza del 27/07/2006 con la quale la società H3G 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 insorta con la società Vodafone Omnitel N.V. in ordine alla tariffa di terminazione sulla rete mobile di H3G applicabile per le chiamate originate dalla rete di Vodafone Omnitel;

VISTA la nota del 10 agosto 2006, prot. n. 32541, con la quale la Direzione Reti e Servizi di comunicazione elettronica (di seguito “Direzione”) 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;

VISTA l’ipotesi di accordo prospettata alle parti dalla Direzione Reti e Servizi di comunicazione elettronica nel corso dell’udienza dell’11 dicembre 2006;

PRESO ATTO della indisponibilità di Vodafone, manifestata in tale occasione, di esplorare una possibile soluzione transattiva della controversia;

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

RITENUTA la propria competenza a definire la controversia con atto vincolante;

UDITE le parti in contraddittorio in data 27 marzo 2007;

CONSIDERATO quanto segue:

A. Oggetto della controversia.

H3G S.p.A. con istanza del 27 luglio 2006 ha instaurato la procedura per la risoluzione della controversia in esame ai sensi dell’articolo 23, comma 1, del Decreto Legislativo 1 agosto 2003 n. 259, recante il Codice delle comunicazioni elettroniche (nel seguito “Codice”), e del Regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra organismi di telecomunicazioni, approvato con delibera dell’Autorità n. 148/01/CONS (nel seguito “Regolamento”). Nell’istanza, H3G chiedeva all’Autorità di *“...adottare, previo esperimento del tentativo di conciliazione, una decisione vincolante ex art. 23, d. lgs. 259/03, che accerti il diritto della società H3G s.p.a. ad applicare alla società Vodafone Omnitel N.V., un prezzo di terminazione pari a euro cent 18,76 per ciascun minuto terminato sulla sua rete anche al di là del valore totale di squilibrio di 25,5 milioni di euro calcolati a 6,66 eurocent/min e quindi per tutto il periodo 1° settembre 2005 fino alla data in cui codesta spett.le Autorità dovesse decidere di modificare il livello*

della terminazione di H3G; e ordini alla medesima Vodafone Omnitel di corrispondere ad H3G gli importi così dovuti.”

B. Iter Istruttorio.

In data 10 agosto 2006 la Direzione ha convocato le parti in udienza, dando così luogo all'apertura formale del procedimento. La prima udienza è stata convocata per il 27 settembre 2006.

In data 22 settembre 2006 Vodafone ha prodotto la prima memoria difensiva, della quale H3G nella citata udienza del 27 settembre ha eccepito di non aver potuto prenderne visione in tempo utile (ossia nei 5 giorni precedenti l'udienza, ai sensi del Regolamento): pertanto la Direzione ha aggiornato l'udienza al 17 ottobre 2006.

In tale data le parti hanno esposto le proprie ragioni; la Direzione, indi, in considerazione della necessità di approfondire taluni aspetti emersi nel corso dell'udienza, ha fissato il termine del 30 novembre 2006 per la produzione di memorie integrative, nonché il termine del 6 dicembre 2006 per il deposito di eventuali controdeduzioni, convocando le società per una successiva udienza in data 11 dicembre 2006.

Nelle rispettive memorie depositate in data 30 novembre e 6 dicembre 2006 le parti ribadivano le richieste formulate in precedenza e, in aggiunta, fornivano all'Autorità i riscontri, da essa richiesti, in merito alle rispettive letture del dato contrattuale relativo al pagamento dell'importo pari a 25,5 milioni di euro corrisposto da Vodafone a H3G.

In data 11 dicembre 2006 si è tenuta una ulteriore udienza, nel corso della quale, dopo che le parti hanno esposto le posizioni riportate nelle citate memorie, la Direzione ha illustrato loro le linee guida cui si sarebbe attenuta per la formulazione di una proposta transattiva, precisando che l'ammontare esatto della proposta ed i criteri per la sua determinazione sarebbero stati forniti in dettaglio qualora entrambe le parti si fossero dichiarate disponibili a proseguire nella valutazione della proposta di accordo. H3G si dichiarava disponibile a proseguire nell'esame della proposta di accordo, mentre Vodafone dichiarava la propria indisponibilità a sottoscrivere qualsivoglia proposta transattiva. A fronte di tanto la Direzione, constatata l'impossibilità di comporre la controversia con una soluzione transattiva, ha ritenuto di non poter far altro che sottoporre senz'altro la materia alla competente Commissione per le infrastrutture e le reti, trasmettendo a questa gli atti della controversia.

C. Il rapporto di interconnessione tra le parti.

Il 17 luglio 2002 le società H3G e Vodafone sottoscrivevano l'accordo di interconnessione avente ad oggetto la disciplina delle "condizioni tecniche ed economiche per l'interconnessione reciproca fra le reti OPI e H3G" (nel seguito "Accordo"), che fissava in un importo pari a 18,08 eurocent/min il prezzo di terminazione di H3G.

Successivamente, a seguito dell'entrata in vigore della delibera n. 47/03/CONS del 5 febbraio 2003, che conferma Vodafone come operatore con

notevole forza di mercato fissando il nuovo livello massimo per la terminazione sulla rete della medesima a 14,95 eurocent al minuto, H3G chiedeva a Vodafone di poter beneficiare di tale riduzione. Vodafone si opponeva dapprima a tale richiesta, ritenendo che la citata delibera disciplinasse la sola direttrice del traffico fisso - mobile. Successivamente, peraltro, in data 27 aprile 2004 le parti raggiungevano un accordo sottoscrivendo un Addendum contrattuale che modificava le condizioni economiche di interconnessione, con il quale veniva pattuito un compenso reciproco di 14,95 eurocent/min.

Nel prosieguo, all'indomani del provvedimento cautelare adottato con delibera n. 286/05/CONS del 19 luglio 2005, che per un verso fissava il nuovo livello massimo della terminazione dovuto a Vodafone a 12,10 eurocent/min, e per altro verso identificava anche H3G come operatore avente notevole forza di mercato, H3G comunicava all'Autorità ed a Vodafone, con lettere del 22 luglio 2005, il suo prezzo di terminazione pari a 18,76 euro cent al minuto.

Con lettera del 5 agosto 2005 Vodafone contestava la pretesa di H3G all'asimmetria del prezzo e all'applicazione del prezzo minutario di cui sopra, richiedendo una riduzione del prezzo di terminazione di H3G in ossequio alla clausola c.d. di reciprocità di cui all'allegato 4 del contratto del 17 luglio 2002.

In data 16 novembre 2005, infine, a seguito di una vertenza protrattasi per alcuni mesi, le parti addivenivano ad una composizione bonaria con la stipula di un nuovo Addendum. Con quest'ultimo le parti disciplinavano il prezzo di terminazione sulle rispettive reti per il periodo 1 settembre 2005–31 dicembre 2007. In particolare, al punto 1.3 dell'Addendum fissavano un compenso reciproco di terminazione sulle rispettive reti pari a 12,1 eurocent/min, mentre al successivo punto 1.4 Vodafone s'impegnava a riconoscere a H3G, per il periodo 1° settembre 2005 – 31 giugno 2006, la differenza tra la propria tariffa di terminazione e quella richiesta da H3G (differenza pari a 6,6 eurocent/min) fino alla concorrenza della somma di 25,5 milioni di euro, e comunque non oltre il 30 giugno 2006. Al paragrafo successivo del medesimo punto si prevedeva altresì che (i) successivamente al conseguimento di tale importo, o (ii) in caso di mancato raggiungimento di tale soglia alla data del 30 giugno 2006, dopo il decorso di tale termine non sarà dovuto ad H3G alcuna tariffa di terminazione aggiuntiva.

Con lettera del 25 novembre 2005 le parti comunicavano congiuntamente all'Autorità che tale loro nuovo accordo rispondeva pienamente alle reciproche esigenze e convenienze economiche, con rinuncia a qualsiasi pretesa reciproca, anche giudiziale, in merito alla definizione del corrispettivo dei servizi di terminazione sulle rispettive reti.

Il successivo 12 gennaio 2006, in esito alla procedura di analisi e definizione del mercato della terminazione di chiamate vocali su singole reti mobili, l'Autorità adottava la delibera 3/06/CONS, che assoggettava H3G agli obblighi di trasparenza e non discriminazione. Poco dopo H3G, con lettera del 27 febbraio 2006 inviata a Vodafone ed all'Autorità, comunicava il nuovo prezzo di terminazione sulla propria rete. Vodafone non forniva riscontro a tale comunicazione. In seguito, nel mese di maggio 2006, H3G pubblicava la propria offerta di interconnessione di riferimento ("OIR") confermando l'importo di 18,76 euro cent al minuto.

D. Le conclusioni delle parti.

In via preliminare H3G deduce che i sopramenzionati *Addenda* (rispettivamente di aprile 2004 e di novembre 2005) sarebbero stati stipulati in un quadro di grave squilibrio di potere contrattuale tra le parti, squilibrio che avrebbe indotto la medesima deducente ad accettare condizioni economiche ad essa più sfavorevoli, pena il rifiuto di contrarre di Vodafone.

A base della propria pretesa di vedersi riconosciuto da Vodafone il prezzo di terminazione di 18,76 eurocent/min, la Società ricorrente ritiene che la mancata tempestiva contestazione da parte di Vodafone della comunicazione del 27 febbraio 2006 avrebbe determinato l'acquiescenza della controparte a tali livelli tariffari.

Inoltre, H3G assume che mentre l'Addendum del 16 novembre 2005 era stato stipulato, a suo avviso, in assenza di un vincolo di non discriminazione a proprio carico, il nuovo regime regolamentare scaturito dalla delibera 3/06/CONS precluderebbe alla stessa H3G di riservare a singoli operatori trattamenti economici differenziati rispetto alla propria offerta di riferimento.

In ogni caso, secondo H3G, il fondamento della sua pretesa risiederebbe in una disposizione dell'Autorità, ovvero la delibera n. 3/06CONS, successiva alla stipula dell'Addendum e provvista di natura imperativa. In forza di tale delibera, che ha imposto in capo ad H3G l'obbligo di non discriminazione e di trasparenza del prezzo di terminazione, H3G ha pubblicato la propria offerta di riferimento, stabilendo la propria tariffa di terminazione ad un valore pari a 18,76 eurocent al minuto.

Da qui, sempre a parere della Società ricorrente, l'imperatività del prezzo così fissato nell'offerta di riferimento, che prevarrebbe sulle diverse pattuizioni raggiunte dalle parti, e la conseguente nullità dell'articolo 1.3 dell'Addendum del 16 novembre 2005 ai sensi dell'articolo 1418 codice civile, per contrarietà a norme imperative.

Da ultimo H3G, come esposto nella memoria del 22 marzo 2007, nell'evidenziare la forte asimmetria delle reti di H3G e di Vodafone, ribadisce la legittimità della propria pretesa a che tale asimmetria infrastrutturale si rifletta sui prezzi di terminazione delle parti, al fine di recuperare i costi degli investimenti da essa sostenuti per entrare sul mercato nonché di garantire un *level play field*.

Al riguardo H3G sostiene, infatti, che, date le caratteristiche intrinseche del mercato della terminazione mobile in Italia, non sarebbe possibile lasciare ad esso la definizione del livello di terminazione; al contrario, per raggiungere livelli asimmetrici di prezzi sarebbe necessaria la regolamentazione, il cui compito istituzionale, con particolare riferimento alla controversia in esame, è di correggere i fallimenti del diritto privato e dell'autonomia negoziale delle parti.

Venendo alle deduzioni svolte da Vodafone, la stessa in via preliminare eccepisce l'inammissibilità dell'istanza avversaria per incompetenza dell'Autorità ai sensi dell'art. 23, comma 2, del d.l.vo n. 259/2003, per estraneità alla sua sfera di competenza della materia del contendere. Ad avviso di Vodafone, infatti, l'oggetto della controversia attiene alla mera applicazione di una clausola contrattuale, ossia l'Addendum al contratto di interconnessione del 16 novembre

2005, con il quale le parti avevano pattuito il prezzo di terminazione sulle rispettive reti .

In via subordinata, nel merito, ed in particolare in ordine allo squilibrio negoziale nei rapporti contrattuali fra le parti lamentato da H3G, Vodafone sottolinea che le parti sono state, invece, libere di negoziare il contratto di interconnessione e di apportarvi le successive modifiche in ossequio al principio di autonomia contrattuale, ed H3G, in particolare, è stata libera di fissare il proprio prezzo di terminazione.

Sulla asserita mancata contestazione della lettera inviata dalla parte istante in data 27 febbraio 2006, recante “*Comunicazione ai sensi dell’articolo 7 comma 2 della delibera 3/06/CONS*”, Vodafone osserva che tale comunicazione si limitava a riepilogare lo stato dei rapporti contrattuali tra le parti, facendo riferimento alle “*complesse intese commerciali raggiunte*” ed al contenuto dell’Addendum del 16 novembre 2005, e così facendo descriveva una circostanza pacifica, ossia il fatto che in quel momento il prezzo applicato da H3G verso Vodafone era pari a 18,76 eurocent al minuto.

Con lettera del 2 marzo 2006 Vodafone faceva seguito alla missiva di H3G e trasmetteva all’Autorità l’Addendum *de quo*.

Con riferimento all’imperatività, invocata da H3G, del prezzo di terminazione esposto nell’offerta di riferimento di quest’ultima, Vodafone osserva che tale imperatività è per definizione incompatibile con l’oggetto e la funzione dell’offerta di riferimento, che consiste in una semplice comunicazione -all’Autorità ed agli altri operatori interconnessi- del prezzo massimo di terminazione richiesto, prezzo quindi per propria natura negoziabile al ribasso. Vodafone respinge l’impostazione di H3G secondo la quale l’imposizione di prezzi autoritativi costituisce una forma di provvedimento determinativo di elementi del contratto (M.S. Giannini). Questa prospettiva, ad avviso di Vodafone, sarebbe impedita dalla mancanza di una fonte normativa di rango primario che deroghi al principio generale di autonomia contrattuale.

Vodafone evidenzia, inoltre, che l’Addendum è stato sottoscritto in vigenza della delibera 286/05/CONS, che già prevedeva, in adempimento dell’obbligo di trasparenza, la comunicazione di un prezzo massimo e, *medio tempore*, l’obbligo di non discriminazione per gli operatori notificati. Pertanto, in quella fase le parti erano consapevoli della dinamica regolamentare, del fatto che il prezzo di riferimento era inteso come prezzo massimo, e che il prezzo di H3G fosse liberamente determinabile sia al rialzo che al ribasso, in quanto non sottoposto al regime di controllo del prezzo. Ciò nondimeno, H3G ha reputato per sé conveniente risolvere ogni controversia con Vodafone negoziando un opportuno livello di asimmetria, ottenendo il pagamento anticipato dell’importo di 25,5 milioni di euro.

In merito alla nullità dell’Addendum allegata da H3G, Vodafone osserva che con l’entrata in vigore della delibera 3/06/CONS si è assistito al semplice consolidamento dell’obbligo di non discriminazione, con lo stesso contenuto di sempre. La resistente contesta la tesi di H3G secondo la quale l’obbligo di non discriminazione, in combinazione con l’obbligo di trasparenza, avrebbe comportato la nullità dell’Addendum: se è vero che una norma di rango primario può comportare una fattispecie di nullità contrattuale, quest’ultima deve per essere espressamente dichiarata e non la si può evincere implicitamente.

Infine, in merito alle considerazioni avversarie sul principio di asimmetria, Vodafone ritiene che esse non siano rilevanti ai fini della presente controversia, sottolineando l'opportunità di non confondere la regolamentazione con la definizione della controversia in esame, in quanto nel caso di specie si discute del mancato rispetto di una previsione contrattuale di natura transattiva, quale è l'Addendum, e non di una disposizione regolamentare.

E. Motivazioni 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 forniscano reti o servizi di comunicazione elettronica, aventi ad oggetto gli obblighi derivanti dal Codice medesimo, e detta regole procedurali dettagliate e suscettibili di immediata applicazione.

La controversia in esame verte sull'interpretazione della delibera n. 3/06/CONS, e, più precisamente, richiede la verifica dell'assunto dell'asserita nullità sopravvenuta dell'Addendum del novembre 2005, che ha stabilito un livello di asimmetria delle tariffe di terminazione sulle rispettive reti di H3G e Vodafone per il periodo 1° settembre 2005 – 31 giugno 2006, a seguito dell'entrata in vigore della sopraggiunta delibera n. 3/06/CONS e degli obblighi di non discriminazione e trasparenza che da questa deriverebbero in capo a H3G.

Si osserva preliminarmente che l'oggetto del contendere rientra certamente tra le materie rimesse alla competenza dell'Autorità dal citato articolo 23 del Codice delle comunicazioni elettroniche, alla luce dei connessi articoli 42, comma 5, e 44 del Codice medesimo. La sentenza del TAR del Lazio, sez. III ter, 14 dicembre 2006, n. 14517, ha recentemente ribadito, invero, *“la competenza generale dell'Autorità a risolvere le controversie tra operatori in materia di accesso ed interconnessione e, in specie, di tariffe di terminazione su rete di operatori alternativi, ai sensi dell'art. 23, secondo comma, del Codice delle comunicazioni elettroniche, a meno che le parti non abbiano specificamente concordato una deroga a siffatta regola generale”*.

Ritenuta pertanto, alla luce di quanto appena esposto, la competenza dell'Autorità a conoscere della presente controversia, ne vanno affrontati gli aspetti di merito.

II. Il prezzo di terminazione sulla rete di H3G.

In primo luogo, con riferimento alla doglianza inerente alla presunta invalidità dell'Addendum in quanto stipulato da H3G sotto la minaccia incombente e credibile, da parte di Vodafone, di non stipulare il contratto, e quindi di non interconnettere le reti, non si può non rilevare subito come la disciplina regolamentare dell'interconnessione precluda, in realtà, la possibilità di un tale comportamento abusivo da parte di un operatore di comunicazione elettronica.

Invero, ai sensi dell'articolo 49, primo comma, del Codice l'Autorità può ordinare l'interconnessione *“qualora verifichi che il rifiuto di concedere l'accesso*

o la previsione di termini e condizioni non ragionevoli di effetto equivalente ostacolerebbero lo sviluppo di una concorrenza sostenibile sul mercato al dettaglio e sarebbero contrari agli interessi dell'utente finale” ed inoltre ai sensi del Regolamento sulle controversie, articolo 3, primo comma, l’Autorità “nell’ipotesi in cui sia respinta una richiesta di interconnessione, decide ai sensi dell’art. 7, comma 2, del d.m. 23 aprile 1998”.

Pertanto, alla luce del contesto normativo delineato il diritto di H3G all’interconnessione era pienamente tutelato. Ne consegue che la configurabilità di una minaccia e di un rifiuto a contrarre non appare, ora come allora, in concreto realizzabile. La Società ricorrente ben aveva, dunque, la possibilità di non sottoscrivere il contratto a condizioni economiche da essa ritenute inique, e di adire l’Autorità ai sensi delle richiamate disposizioni.

Si fa poi rilevare, in punto di fatto, che la ricostruzione tracciata da H3G non sembra nemmeno coerente con quanto dichiarato dalla stessa, a valle della sottoscrizione del contratto, nella già citata lettera del 25 novembre 2005 con la quale le parti comunicavano congiuntamente all’Autorità che *“tale accordo risponde pienamente alle reciproche esigenze e convenienze economiche, con rinuncia a qualsiasi pretesa reciproca, anche giudiziale, in merito alla definizione del corrispettivo dei servizi di terminazione sulle rispettive reti per il periodo 1° settembre 2005 – 31 dicembre 2007”.*

Quanto alla determinazione del prezzo applicabile a Vodafone per il servizio di terminazione sulla rete di H3G, è importante stabilire in che misura la materia del contendere rientri nella disponibilità giuridica delle parti: se, cioè, il relativo prezzo di terminazione sia tra loro liberamente negoziabile o invece autoritativamente regolato.

Occorre dunque esaminare il contenuto e la portata degli obblighi che la delibera n. 3/06/CONS ha imposto in capo all’operatore H3G, al fine di domandarsi, segnatamente, se, come sostenuto da questo in merito alla dedotta nullità sopravvenuta dell’Addendum, da tali obblighi discenda che il prezzo regolato convenzionalmente dalle parti è stato sostituito da un prezzo imperativo corrispondente al valore pari a 18,76 eurocent/min, come indicato nell’offerta di riferimento pubblicata da H3G.

La Società ricorrente ha sostenuto che il prezzo in discussione non potrebbe ritenersi libero, poiché l’articolo 46 del Codice e la delibera n. 3/06/CONS prevedono che gli interventi autoritativi dell’Autorità possano correggere un eventuale prezzo che sia spropositato, al rialzo o al ribasso. A differenza degli altri operatori, ai quali è stato senz’altro imposto un tetto massimo, il prezzo di H3G sarebbe, a suo avviso, un prezzo sorvegliato, sul quale insisterebbe però un potere pubblico di approvazione: pertanto, una volta ottenuta l’approvazione, espressa o tacita, del prezzo pubblicato nel listino, anche questo diventerebbe un prezzo imposto, da applicare inoltre in modo invariabile a tutti in base al principio di non discriminazione.

Una simile ricostruzione non appare tuttavia coerente con il quadro normativo e regolamentare vigente, e quindi condivisibile.

La delibera n. 3/06/CONS impone ad H3G, in quanto operatore notificato, i soli obblighi di trasparenza e di non discriminazione, e non anche un controllo di

prezzo. Dalle sue disposizioni discende, pertanto, semplicemente l'obbligo di pubblicare un'offerta di riferimento, e non anche l'obbligo di rispettare un prezzo dato, un valore specifico, o un tetto massimo, secondo quanto invece espressamente previsto in capo gli altri operatori notificati all'articolo 8 della medesima delibera, che assoggetta Vodafone, TIM e Wind, ben diversamente, all'obbligo di controllo dei prezzi di terminazione, di orientamento al costo e di predisposizione di un sistema di contabilità regolatoria.

Giova infatti ricordare che, secondo quanto indicato all'art. 9, c. 1 della delibera in parola, l'offerta di riferimento è solo uno strumento applicativo per l'assolvimento degli obblighi di trasparenza e non discriminazione; essa contiene le informazioni economiche e tecniche relative all'offerta dei servizi intermedi dell'operatore notificato, necessarie agli operatori che intendano utilizzare tali servizi intermedi. L'offerta di riferimento nulla però prescrive in tema di controllo di prezzo, obbligo alla quale H3G non è sottoposta, e le cui condizioni attuative vengono indicate dall'Autorità al successivo art. 10 della delibera n. 3/06/CONS, per gli operatori TIM e Vodafone, e al successivo art. 11 per Wind.

Per quanto detto, dalla circostanza che all'interno di un offerta di riferimento siano indicate delle condizioni economiche sarebbe erroneo desumere che tali condizioni economiche risultino imperative, e persino che le medesime siano state "determinate dall'Autorità". A tal fine è indispensabile che l'Autorità abbia sottoposto l'operatore offerente all'obbligo di controllo di prezzo, presupposto in difetto del quale la condizione economica indicata nell'offerta di riferimento (sia essa a regime di prezzo massimo o di prezzo fisso) non potrebbe rivestire sotto alcun profilo natura imperativa. Non a caso, lo stesso Codice delle comunicazioni distingue nettamente le due situazioni, regolate rispettivamente dagli artt. 46 e 47 (OIR) ed art. 50 (Controllo di prezzo).

A conferma di tanto appare opportuno ricordare che H3G, nel corso del procedimento di consultazione pubblica avviato con delibera n. 465/04/CONS, aveva caldeggiato l'opportunità che sul suo prezzo di terminazione venissero innestati alcuni vincoli: in particolare, la fissazione di "un valore minimo di squilibrio"; ovvero, che il prezzo determinato da H3G nell'offerta di riferimento fosse "un prezzo puntuale di terminazione" suscettibile, una volta individuato, di imporsi nei rapporti contrattuali in essere con gli altri operatori. H3G aveva giustificato tali sue richieste facendo presente che solo attraverso l'accoglimento di una di esse il suo livello di terminazione si sarebbe potuto rendere indisponibile, e come tale non negoziabile.

Orbene, la delibera 3/06/CONS non contiene alcuna disposizione in tal senso. A fronte di tale delibera, che nulla quindi dispone in merito alla determinazione concreta del prezzo dell'operatore, non si può non affermare che H3G era (come tuttora è) libera di fissare il proprio prezzo di interconnessione.

Conseguentemente, il prezzo di terminazione di H3G rientrava, anche alla data della stipula dell'Addendum, nella piena libertà di scelta e discrezionalità commerciale di quest'ultima.

Riveste dunque importanza centrale, ai fini di causa, la circostanza che l'attuale attrice, all'indomani della delibera n. 286/05/CONS, abbia preferito transigere la lite già insorta sottoscrivendo l'Addendum *de quo*, e conseguendo quindi un proprio vantaggio economico-finanziario immediato, piuttosto che portare subito la controversia dinanzi l'Autorità per la definizione del prezzo di terminazione sulla propria rete.

Peraltro, nessun dubbio sembra possibile sul fatto che l'oggetto e la funzione dell'Addendum siano, sul punto, sostanzialmente quelli tipici della transazione, così come definita all'articolo 1965 c.c. (ossia "il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro").

Questo vale già alla luce delle premesse del citato *Addendum*.

In primo luogo, al punto 3 delle premesse, le parti richiamano esplicitamente la corrispondenza (allegata allo stesso accordo) che aveva dato avvio alla controversia sulla misura del prezzo di terminazione sulle rispettive reti; all'articolo 1 esse disciplinano poi convenzionalmente, fino al 31 dicembre 2007, il prezzo controverso, secondo le modalità declinate ai successivi punti 1.3 e 1.4 descritti *supra*; soprattutto, all'articolo 4 dichiarano di esser pienamente soddisfatte di quanto pattuito nell'accordo, rinunciano ad ogni pretesa reciproca anche giudiziale in merito alla definizione del corrispettivo dei servizi in oggetto, e alla fine hanno cura di rendere edotta l'Autorità in ordine all'accordo raggiunto con la citata lettera del 25 novembre 2005.

Venendo alle osservazioni di H3G in merito alla necessità di impedire l'imposizione da parte dell'*incumbent* (nel caso concreto di Vodafone) di prezzi di terminazione reciproci, appare utile rilevare in proposito quanto segue.

L'Autorità premette di non avere difficoltà a confermare (come già precisato nelle premesse alla delibera n. 14/06/CIR) che il "principio di reciprocità" nell'applicazione delle tariffe di interconnessione non trova in realtà alcun fondamento normativo o regolamentare, ma, al contrario, riceve smentita dalla constatazione che l'obbligo di controllo di costo rappresenta proprio una misura asimmetrica, introdotta dall'ordinamento per finalità di natura pro-concorrenziale a carico delle sole imprese notificate come aventi notevole forza di mercato ed a vantaggio delle imprese concorrenti.

Ciò posto, se però si esaminano attentamente sotto il profilo in esame i concreti contenuti economici dell'Addendum, si rileva quanto segue.

Vero è che al punto 1.3 dell'Addendum era stabilito, per il periodo 1° settembre 2005 – 31 dicembre 2007, un compenso reciproco di terminazione sulle rispettive reti pari a 12,1 eurocent/min. Ad integrazione di tale remunerazione, tuttavia, al successivo punto 1.4, Vodafone riconosceva ad H3G un certo livello di asimmetria, impegnandosi infatti per il periodo 1° settembre 2005 – 31 giugno 2006 a corrisponderle la differenza tra la propria tariffa di terminazione e quella richiesta da essa H3G (ovvero 6,6 eurocent/min), fino alla concorrenza della somma di 25,5 milioni di euro e comunque non oltre il 30 giugno 2006.

Da questa ricostruzione risulta, quindi, che il prezzo effettivamente concordato dalle parti in sede di *Addendum* era in definitiva già un prezzo asimmetrico. Rispetto ad esso, con particolare riferimento al periodo 1° luglio 2006 – 31 dicembre 2007, valgono pertanto le osservazioni sopra svolte in merito tanto alla piena libertà di scelta di H3G di concordare il proprio prezzo di terminazione, quanto al vantaggio economico da essa conseguito in concreto, attraverso l'Addendum, preferendo la via della transazione a quella dell'instaurazione di un contenzioso sulla controversia.

H3G ha inoltre invocato a proprio favore il principio di non discriminazione: ma neanche da questa angolazione le sue argomentazioni sono persuasive.

La ricorrente ha sostenuto che al momento della stipula dell'Addendum, vigente la delibera n. 286/05/CONS, la stessa società non era ancora soggetta agli obblighi di trasparenza e di non discriminazione; dopo la delibera 3/06/CONS, invece, l'applicazione del principio di non discriminazione dalla medesima introdotto comportava che il valore di 18,76 eurocent al minuto indicato nell'offerta di riferimento di H3G si sarebbe dovuto applicare a tutti gli operatori, inclusa Vodafone, superando ogni diversa pattuizione pregressa.

In merito a tutto ciò va preliminarmente obiettato che non si può fondatamente sostenere che l'obbligo di non discriminazione sia stato posto a capo ad H3G solo con la delibera n. 3/06/CONS. Infatti già la delibera n. 286/05/CONS, nel notificare nel mercato delle terminazione su singola rete mobile H3G, aveva fornito chiare indicazioni sul comportamento che tutti gli operatori notificati dovevano seguire, statuendo al punto 45 quanto segue : “ *..gli operatori notificati sono naturalmente tenuti al rispetto del regime regolamentare vigente in materia ed all'adozione di comportamenti coerenti con il rispetto della concorrenza, con particolare riferimento all'attuazione di comportamenti non discriminatori.*

Fatta questa precisazione, è agevole rilevare che dalla lettura proposta da H3G del combinato disposto di cui agli articoli 6 e 7 della delibera 3/06/CONS emerge un fraintendimento sul piano del coordinamento degli obblighi di trasparenza e di non discriminazione, e soprattutto l'erroneità dell'interpretazione da essa sostenuta, che dovrebbe in tesi dimostrare l'invalidità successiva dell'Addendum.

Con riferimento a quanto attiene al coordinamento degli obblighi di cui si tratta appare opportuno chiarire subito che, mentre l'obbligo di trasparenza ha per oggetto la messa a disposizione delle condizioni di offerta dei servizi agli operatori sul mercato, l'obbligo di non discriminazione riguarda invece le condizioni effettivamente negoziate ed applicate in concreto a ciascuno degli operatori.

Connesso al principio di non discriminazione è l'obbligo, ai sensi dell'articolo 7, comma 2, di trasmettere i testi dei relativi accordi all'Autorità: esso ha la funzione di rendere a questa noto il preciso contenuto degli accordi via via conclusi (e quindi le tariffe concretamente applicate), e soprattutto, perciò, di consentire all'Autorità la verifica incrociata della loro reciproca coerenza e della loro conformità all'obbligo di non discriminazione. La portata di quest'ultimo, infatti, ai sensi dell'articolo 47 del Codice, si concretizza nell'obbligo di offrire condizioni equivalenti in circostanze equivalenti (come già fatto rilevare dalla Autorità nella sua lettera del 21 giugno 2006, prot. n. 27075), laddove per “circostanze equivalenti” deve intendersi, naturalmente, quell'insieme di condizioni di contorno, tecniche, economiche, di contesto temporale e prospettive di mercato correnti, che caratterizzano ed influenzano i termini di conclusione di ogni accordo.

Fatta chiarezza su queste nozioni, ai fini di causa è decisivo osservare che per l'Autorità l'Addendum in discussione è pienamente valido ed efficace.

Quand'anche, invero, si volesse ipoteticamente sostenere la novità dell'obbligo di non discriminazione imposto ad H3G attraverso la delibera n. 3/06/CONS, non si potrebbe tuttavia in alcun modo attribuire a tale ben limitata novità l'effetto di far decadere automaticamente i contratti fino ad allora sottoscritti da H3G con gli altri operatori (secondo una prospettiva, quella della ricorrente, già a tutta prima singolare, in quanto tesa a valorizzare, strumentalizzandolo, un –presunto nuovo- obbligo di H3G, alla stregua di un diritto del medesimo operatore di sciogliersi da un contratto in corso).

Nessuna previsione del genere si rinviene, infatti, nelle disposizioni della delibera n. 3/06/CONS; né dalla stessa delibera potrebbe trarsi, in particolare, la conseguenza che i contratti in essere avrebbero dovuto aggiornarsi in maniera automatica al prezzo di terminazione indicato da H3G nella sua offerta di riferimento.

Si richiamano anche qui le osservazioni già svolte per puntualizzare l'insussistente imperatività ed inderogabilità del prezzo indicato nell'offerta di riferimento di H3G.

Ciò detto, si fa in primo luogo notare che il prezzo di terminazione definito all'articolo 1 dell'Addendum è stato liberamente negoziato tra le parti. Esso è il frutto della discrezionalità commerciale e dell'autonomia negoziale della società H3G e della sua controparte (nella vigenza di una disciplina, in materia di interconnessione, che preclude la possibilità di un rifiuto di contrarre e di concedere l'accesso da parte di chiunque alle reti di comunicazione elettronica): e, come ben noto, *pacta sunt servanda*.

Va fatto rilevare, in secondo luogo, che la *res controversa*, il prezzo di terminazione di H3G, rientrava nella piena disponibilità giuridica di quest'ultima: e ciò non solo alla data della stipula del contratto, ma anche, e soprattutto, all'indomani dell'entrata in vigore della delibera 3/06/CONS, la quale, giova ripeterlo, non ha sottoposto H3G ad un regime di controllo del prezzo.

Non può in alcun modo ritenersi, pertanto, che il valore pari a 18,76 eurocent al minuto, unilateralmente indicato nell'OIR di H3G, possa sostituire il diverso valore precedentemente pattuito nell'Addendum. Come più volte precisato, il prezzo di terminazione di H3G era, ed è, un prezzo libero, negoziabile anche al ribasso, e non già un prezzo imposto, la cui autoritatività non potrebbe nemmeno farsi risalire all'imposizione degli obblighi di trasparenza e non discriminazione in forza dei quali H3G è tenuta a pubblicare la OIR, obblighi la cui ben diversa funzione e portata è stata sopra ampiamente delineata.

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

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

RILEVATA la specificità delle circostanze temporali ed economiche della controversia e CONSIDERATO pertanto che la presente decisione fa stato esclusivamente sul caso in esame;

RITENUTO che la pretesa azionata da H3G è infondata;

UDITA la relazione del Commissario Nicola D'Angelo, relatore 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 rigetta l'istanza di H3G

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

Ai sensi dell'art. 9, del decreto legislativo n. 259 del 1 agosto 2003, 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.

Roma, 3 aprile 2007

IL COMMISSARIO RELATORE
Nicola D'Angelo

IL PRESIDENTE
Corrado Calabrò