

DELIBERA N. 32/22/CONS

**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA INSORTA TRA TELECOM ITALIA
S.P.A. E FASTWEB S.P.A. IN MERITO ALLA MANCATA
CORRESPONSIONE DEGLI IMPORTI FATTURATI DA TELECOM PER LA
FORNITURA DEL SERVIZIO DI ACCESSO BITSTREAM ATM CON BANDA
A CONSUMO AI SENSI DEL CODICE DELLE COMUNICAZIONI
ELETTRONICHE E DELLA DELIBERA N. 449/16/CONS.**

L'AUTORITÀ

NELLA riunione del Consiglio del 27 gennaio 2022;

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

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

VISTA la legge 7 agosto del 1990, n. 241, recante *“Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi”*;

VISTO il decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante *“Codice delle comunicazioni elettroniche”*, così come modificato, da ultimo, dal decreto legislativo, dell’8 novembre 2021, n. 207, nel seguito il *Codice*;

VISTO il decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262, recante *“Disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria”* così come modificato, da ultimo, dalla legge di conversione 24 novembre 2006, n. 286;

VISTO il decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, recante *“Attuazione dell’articolo 44 della legge 18 giugno 2009 n. 69, recante delega al Governo per il riordino del processo amministrativo”*;

VISTO l’articolo 14-bis, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito in legge 4 agosto 2006, n. 248, recante *“Integrazione dei poteri dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni”*;

VISTO il decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 207, recante “*Attuazione della direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 dicembre 2018, che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche (rifusione)*” (di seguito *Codice*);

VISTA la delibera n. 449/16/CONS, del 4 ottobre 2016, recante «*Modifiche e integrazioni del “Regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra operatori” di cui all’allegato A alla delibera n. 226/15/CONS*» (nel seguito il *Regolamento*);

VISTA la delibera n. 223/12/CONS, del 27 aprile 2012, recante “*Adozione del nuovo Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 413/21/CONS, e in particolare l’art. 34, comma 2-bis, ai sensi del quale le competenze assegnate alla Commissione per le infrastrutture e le reti sono temporaneamente esercitate dal Consiglio;

VISTA la delibera n. 526/16/CONS, del 10 novembre 2016, recante “*Consultazione pubblica concernente l’approvazione delle offerte di riferimento di Telecom Italia per gli anni 2015 e 2016 relative ai servizi di raccolta, terminazione e transito delle chiamate nella rete telefonica pubblica fissa*”;

VISTA la delibera n. 653/16/CONS, del 21 dicembre 2016, recante “*Approvazione delle offerte di riferimento di Telecom Italia relative ai servizi di accesso disaggregato all’ingrosso alle reti e sottoreti metalliche e ai servizi di co-locazione per gli anni 2015 e 2016*”, adottata agli esiti della consultazione pubblica nazionale di cui alla delibera n. 170/15/CIR;

VISTA la delibera n. 78/17/CONS, dell’8 febbraio 2017, recante “*Approvazione delle offerte di riferimento di Telecom Italia per i servizi bitstream su rete in rame e per i servizi bitstream NGA, servizio VULA e relativi servizi accessori, per gli anni 2015 e 2016*”;

VISTA l’istanza di Telecom Italia S.p.A. (nel seguito “*Tim*”) ha richiesto l’avvio del procedimento finalizzato alla risoluzione di una controversia ai sensi dell’art. 26 del richiamato Codice e del Regolamento nei confronti della società Fastweb S.p.A. (nel seguito “*Fastweb*”);

VISTA la relazione presentata dalla Direzione reti e servizi di comunicazioni elettroniche nella riunione di Consiglio del 27 gennaio 2022;

CONSIDERATO quanto segue:

Sommario

1	Il procedimento	3
2	Il fatto	4
3	Le argomentazioni delle parti	4
	3.1 La posizione di TIM. L'istanza e le memorie integrative.	4
	3.2 La posizione di controparte Fastweb	11
4	Istruttoria	20
	4.1 Premessa: la regolamentazione.	20
	4.2 Valutazioni istruttorie.	21
5	Conclusioni	27

1 Il procedimento

Con nota del 5 novembre 2020, acquisita in pari data dall'Autorità con protocollo n. 460664, la società Telecom Italia S.p.A., nel seguito Tim, ha chiesto all'Autorità di accertare la legittimità della fatturazione emessa nei confronti dell'operatore Fastweb S.p.A., nel seguito Fastweb, per la fornitura dei servizi di accesso bitstream ATM con banda a consumo, fatturazione contenente importi calcolati in applicazione di quanto previsto dalla delibera n. 78/17/CONS in materia di migrazione dei servizi da ATM ad Ethernet.

In data 12 maggio 2021, la Direzione reti e servizi di comunicazioni elettroniche, di seguito la "Direzione", con nota dell' 8 aprile 2021 (protocollo Agcom n. 167074), ha convocato le parti in udienza al fine di valutare, attraverso il rituale confronto, la richiesta di Tim.

Nelle more Fastweb, con nota del 26 aprile 2021, (prot. Agcom n.197956 del 27/04/2021), ha - da regolamento - inviato le proprie controdeduzioni all'istanza di Tim.

Come da accordi per le vie brevi in data 12 maggio 2021 (in luogo della data del 3 maggio 2021 come da lettera di avvio del procedimento) il responsabile del procedimento ha sentito, in udienza, le parti come da verbale redatto.

In esito al confronto tenutosi Fastweb ha prodotto ulteriori tre memorie difensive (rispettivamente nelle date del 28/05; 09/07;24/09/2021-) a cui Tim ha a sua volta replicato con nota del 25/06/2021, prot. Agcom n. 0282702 e poi, da ultimo, con nota del 10/09/2021, prot. Agcom n. 0359467.

Esperito, altresì, il previsto tentativo di conciliazione, acquisita la documentazione in atti e ritenuti idonei alla valutazione del caso gli elementi ottenuti nel corso dell'istruttoria, la scrivente ritiene che possa definirsi la controversia nei termini di cui all'istruttoria riportata di seguito.

2 Il fatto

Come in epigrafe sintetizzato, la lite riguarda il mancato pagamento degli importi fatturati da Tim e corrispondenti alla fornitura, a Fastweb, del servizio di accesso Bitstream ATM con banda a consumo, che Tim, nell'atto introduttivo della lite, asserisce di avere correttamente calcolati in applicazione di quanto previsto dalla delibera n. 78/18/CONS in materia di migrazione dei servizi da ATM ad Ethernet. In particolare, la società istante TIM chiede ad Agcom di accertare la correttezza della metodologia dei calcoli contenuti nelle proprie fatture OMISSIS per i corrispondenti servizi prestati a Fastweb.

La convenuta società Fastweb, costituitasi in lite, contesta integralmente le asserzioni di Tim chiedendo ad Agcom l'integrale rigetto della domanda sul presupposto che la delibera richiamata da Tim - per la elaborazione dei calcoli riportati in fattura - non trovi applicazione nel caso di specie e debba essere diversamente interpretata.

3 Le argomentazioni delle parti

3.1 La posizione di TIM. L'istanza e le memorie integrative.

Al fine di circoscrivere il perimetro del contendere, Tim, con l'istanza introduttiva del 5 novembre 2020, ha ritenuto utile richiamare il quadro regolamentare di riferimento in particolare rammentando che il servizio di accesso ATM con banda a consumo è regolato dall'Offerta di Riferimento Bitstream e relativi servizi accessori (mercato3b) approvata da Agcom.

L'offerta è formulata in funzione della velocità e della tecnologia di accesso (in particolare per gli accessi simmetrici 2 Mbit/s, 4 Mbit/s, 8 Mbit/s) ed in base alle condizioni economiche, suddivise in contributi e canoni, riportate nella seguente tabella¹:

¹ Fonte: Offerta di Riferimento Bitstream 2018 (Tabella 11), approvata con delibere nn. 100/19/CIR e 348/19/CONS)

Accesso simmetrico (Brand commerciale)	Contributo di attivazione (Euro)	Contributo di disattivazione (Euro)	Canone (Euro/mese)
2 Mbit/s	204,04	10,41	27,60
4 Mbit/s	395,10	15,50	55,20
8 Mbit/s IMA	900,42	25,66	105,75

Listino accessi simmetrici ATM High Level “a consumo”

In aggiunta a quanto sopra, per il trasporto della banda ATM (nella tratta di *backhaul*), per ciascun Mbyte trasmesso o ricevuto, l’Operatore deve versare un importo pari a:

- 0,2844 Eurocent al Mbyte

A riguardo Tim ha altresì evidenziato che, come noto, le tipologie di accesso ATM con tariffazione “a consumo” attualmente disponibili (ADSL 640 kbit/s cd. “Lite”, “High Level” asimmetrici e simmetrici 2 Mbit/s, 4 Mbit/s e 8 Mbit/s) sono esattamente le stesse preesistenti alla prima formulazione dell’Offerta di riferimento Bitstream (avvenuta nel marzo del 2006), e che allora furono mantenute al mero fine di non turbare il mercato nel passaggio dal regime “*retail minus*” al “*cost plus*” previsto dalla delibera n. 34/06/CONS.

Tim ha quindi sottolineato che la modalità con cui è stato fissato il prezzo degli accessi ATM “a consumo” non ha mai seguito la logica dell’orientamento al costo, anzi, sin dall’inizio ha avuto un posizionamento sottocosto che ha determinato nel tempo delle perdite mai recuperate.

Nel momento in cui la tecnologia ATM è progressivamente divenuta soggetta ad obsolescenza (c.d. *End of Sale*) TIM ha comunicato la propria decisione di non introdurre in OR nuovi profili a consumo sulla piattaforma ATM (fermo restando che i profili a consumo non sono tecnicamente erogabili su piattaforma Ethernet/NGA, per motivi tecnologici), ottenendo l’avallo dell’Autorità in occasione della Consultazione Pubblica di cui alla delibera n. 42/16/CIR (allegato A alla delibera n. 78/17/CONS), anche in coerenza con le previsioni regolamentari di incentivo alla migrazione da ATM a Ethernet:

“D.86 Introduzione in OR del profilo ATM High Level “a consumo” a 4 Mbit/s IMA. Nell’ambito del documento in consultazione, l’Autorità ha ritenuto condivisibile quanto rappresentato da Telecom Italia (punto D.82) circa **la non opportunità di introdurre in OR nuovi profili ATM a consumo, che richiederebbero conseguenti nuovi sviluppi che risultano essere non opportuni e necessari considerato che la tecnologia ATM è in End of Sale. **Ciò, peraltro, risulta coerente con le previsioni regolamentari di incentivo alla migrazione all’Ethernet di cui alla delibera n. 41/16/CIR e al presente provvedimento.**”**

Tim ha richiamato, a riguardo, le fasi della consultazione dove veniva sottoposto alla valutazione dell'Autorità il seguente tema:

“D60. Gli OAO ritengono, altresì, che debbano essere definiti gli specifici meccanismi di conversione tra la banda ATM e quella Ethernet nell'ambito della migrazione amministrativa, non essendo chiaro dal testo posto a consultazione a quale banda ATM, da equiparare alla banda Ethernet, si faccia riferimento.

A tal riguardo, alcuni OAO ritengono

(...)

*per quanto riguarda la banda di tipo a consumo, gli OAO ritengono che tale tipologia di banda (non presente nella tecnologia Ethernet che prevede solo profili di tipo flat) debba essere valorizzata, sia per gli accessi asimmetrici che simmetrici, considerando i corrispondenti profili Ethernet che presentano comparabili caratteristiche in termini di performance. A tal fine, si ritiene necessaria la predisposizione di una specifica **“tabella di conversione”** che definisca in modo univoco la relazione – ai soli fini della migrazione amministrativa – tra i profili ATM a consumo ed i corrispettivi profili Ethernet (necessariamente flat)”.*

In ordine a siffatta osservazione TIM aveva replicato che:

“D66 (...) per i servizi ATM con pricing “a consumo”, non è possibile associare un corrispondente prezzo “a consumo” su Ethernet (che ha solo pricing “flat”)”.

Sul tema suindicato TIM ha aggiunto che le conclusioni a cui pervenne Agcom in sede di consultazione furono (enfasi aggiunta):

*“per i servizi ATM con pricing “a consumo” – secondo Telecom Italia - non è possibile associare un corrispondente prezzo “a consumo” su Ethernet (che ha solo pricing “flat”). **L'Autorità ritiene, a tale riguardo, che tali accessi a consumo non possano essere oggetto di migrazione amministrativa atteso che l'Autorità non ha inteso, anche al fine di incentivare l'abbandono di tale modalità, definire un costo Ethernet a consumo. Per cui, per gli accessi a consumo (asimmetrici e simmetrici) attestati in aree coperte da Ethernet, l'OAO potrà scegliere se migrarli in Ethernet, o se rimanere in ATM ma pagando il prezzo pieno della banda ATM.***

Con l'adozione della delibera n. 78/17/CONS avente ad oggetto “Approvazione delle offerte di riferimento di Telecom Italia per i servizi bitstream su rete in rame e per i servizi bitstream NGA, servizio VULA e relativi servizi accessori, per gli anni 2015 e 2016”, l'Autorità forniva infine specifiche indicazioni circa la c.d. migrazione degli accessi bitstream dalla tecnologia ATM a quella Ethernet/NGA e definitivamente

confermava, con riferimento ai servizi ATM con “*pricing a consumo*” quanto sopra riportato anche al punto 102.

Fatta tale premessa Tim ha quindi rilevato che, pur in presenza di un quadro regolamentare asseritamente molto chiaro, con lettera del 3 maggio 2018 (all.1 all’istanza Tim) Fastweb iniziava a contestare le fatture emesse da Tim in tema di accessi simmetrici a consumo a partire da quella di marzo 2018

OMISSIS

A fronte del persistere della contestazione, Tim convocava con lettera del 19 marzo 2020 un Comitato Tecnico i cui lavori si protraevano sino a luglio 2020, ma i cui contenuti – per quanto attiene al tema qui trattato – si cristallizzavano in occasione dei primi tre incontri di cui ai verbali anch’essi versati in atti all’istanza (all.3-4-5 dell’istanza).

Nel confronto tra le parti Tim asserisce di avere ribadito quanto asseverato da Agcom, ovvero che:

- Le offerte Bitstream Ethernet e NGA /VULA non hanno formule di prezzo della banda a consumo e quindi non è possibile “equiparare” la banda ATM a consumo con nessun altro listino di banda ETH/NGA.
- gli accessi ATM con banda a consumo sono fuori dal perimetro di migrazione di cui all’articolo 3 della delibera n. 78/17/CONS.
- gli accessi ATM a consumo possono essere variati in accessi *flat* da Fastweb, con un semplice ordine di variazione “*da consumo a flat*” che, per inciso, non comporta alcun disservizio per il cliente finale di Fastweb. Una volta che Fastweb avesse provveduto a variare in FLAT il profilo di banda per tali accessi ATM, questi automaticamente sarebbero rientrati nel perimetro della delibera n. 78/17/CONS.

Conseguentemente – e da quanto sopra premesso -Tim ha aggiunto che gli accessi ATM con banda a consumo:

- 1) se non hanno copertura alternativa Ethernet/NGA, restano tal quali e pagano il prezzo intero ATM a consumo previsto dall’OR;
- 2) se hanno copertura alternativa Ethernet/NGA, possono essere migrati ed in tal caso, soggetti alle condizioni economiche della banda *flat* ETH/NGA;

3) possono essere variati dalla stessa Fastweb da “consumo a flat” e in tal caso rientrano nel perimetro dei benefici della migrazione ex delibera n. 78/17/CONS con equiparazione del prezzo della banda ATM al prezzo della banda ETH, nelle Aree di Raccolta ATM nelle quali Fastweb raggiunge l’obiettivo minimo di “svuotamento” dell’85%.

A fronte di tali osservazioni ed alle contestazioni di Tim, in ordine alla persistente insolvenza di Fastweb, quest’ultima replicava – in un primo momento - di avere sottoposto il tema del contendere in un ricorso al Consiglio di Stato, e, poi sostenendo una propria lettura del sopra citato punto 102 della delibera n. 78/17/CONS, in base alla quale, per i casi di accessi ATM senza copertura alternativa Ethernet, Fastweb avrebbe individuato in modo unilaterale un profilo Ethernet “corrispondente” ad ogni profilo ATM a consumo senza tener conto della banda ATM a consumo tramessa.

Tim, a fondamento della propria istanza, insiste quindi nel ritenere che il ragionamento operato da Fastweb sia viziato da palese arbitrarietà poiché del tutto privo di fondamento regolamentare e tecnicamente infondato, posto che – come Tim già aveva avuto modo di chiarire, in sede di Comitato tecnico, – nella “corrispondenza” tra banda ATM e banda Ethernet è necessario considerare il volume effettivo di banda ATM che ogni accesso trasmette/riceve (in particolare, il totale dei Mbyte nel mese di fatturazione).

In altri termini, sostiene Tim, il metodo di “equiparazione” che Fastweb avrebbe individuato risulterebbe comunque illegittimo e anche metodologicamente errato perché basato su un confronto tra componenti tecniche diverse (il VC di un accesso non è la banda ATM a consumo).

Tim ha altresì stigmatizzato il comportamento di Fastweb che sta mantenendo gli accessi ATM a consumo attivi da anni (senza variare tali accessi da consumo a flat con la modalità prevista da OR di “*Cambio di profilo tariffario del singolo accesso dall’opzione a consumo verso l’opzione flat*”) in virtù delle succitate speciali condizioni di prezzo non orientate al costo, provvedendo per tale via ad “autoridursi” l’entità di quanto dovuto a Tim in termini di fatturazione della banda ATM a consumo.

A tal riguardo Tim insiste nel censurare l’atteggiamento di Fastweb che sostiene di essere vincolata all’utilizzo di una doppia piattaforma (ATM ed Ethernet/NGA) in virtù del mancato completamento della copertura Ethernet da parte di Tim in un numero significativo di centrali.

L’argomentazione appare – nell’ottica di Tim – priva di pregio e smentita dagli stessi comportamenti di Fastweb che ha continuato, sia a mantenere attivi gli accessi esistenti, anche dopo la delibera n. 78/17/CONS, sia ad ordinare nuovi accessi simmetrici

ATM a consumo anche e nelle zone dove avrebbe avuto una copertura alternativa ETH/NGA.

Tim, quindi ritiene che in realtà Fastweb sembrerebbe soprattutto orientata ad ottenere strumentalmente l'obiettivo di un triplo risparmio economico dei suoi costi all'ingrosso *wholesale* attraverso i seguenti passaggi:

- 1) Approfittando del sottocosto "storico" degli accessi ATM a consumo, che continua a perdurare da anni;
- 2) Effettuando una autoriduzione unilaterale dei prezzi della banda ATM a consumo degli accessi simmetrici, elaborando una "*tabella di conversione*" del tutto priva di fondamento tecnico e regolamentare,
- 3) Rifiutandosi di avvalersi della variazione da *pricing* a consumo a *flat* e quindi di corrispondere il relativo minimale contributo.

Tim, a supporto della propria tesi, sottolinea che attraverso siffatti comportamenti, Fastweb trarrebbe un indebito vantaggio economico operando un unilaterale appiattimento *flat* "al ribasso" della banda "trasformata in Ethernet" di tutti gli accessi simmetrici.

Ad esempio, sugli accessi simmetrici a 2 Mbit/s, sia che il traffico ATM sia di 10 mila MB, sia che il traffico ATM sia di 805 mila MB, Fastweb ritiene comunque di dover pagare a TIM per la banda "convertita in Ethernet" **sempre e solo 9,88 Euro al mese**, con un saldo negativo per TIM superiore all'85% rispetto al legittimo importo fatturato. La tabella che segue evidenzia la palese assurdità del "ricalcolo FW", come sintetizzato nell'esempio tabellare di seguito riportato:

OMISSIS

Sullo specifico punto Tim aggiunge, poi, che Fastweb sostiene che "*il prezzo dell'ATM a consumo è palesemente sovra-costo non avendo subito "i doverosi abbattimenti dovuti al progressivo ammortamento"* e per avvalorare siffatta affermazione ha prodotto un grafico che sarebbe – secondo l'istante - caratterizzato da errori di metodo e da sottovalutazioni di contesto.

Infatti, quanto rappresentato nella tabella di pag.3 della memoria Fastweb del 9 luglio 2021 non risulta corretto in relazione alle valutazioni sul costo effettivo della banda poiché la variazione percentuale messa a confronto riguarda basi di costo legate a logiche del tutto differenti:

- i) la banda a consumo, notoriamente sotto-costi, non ha potuto subire, nel corso degli ultimi anni, ulteriori riduzioni percentuali di prezzo, mentre la banda *flat* ha conosciuto margini più significativi di riduzione
- ii) Fastweb non vuole variare i suoi accessi verso ATM *flat* (nonostante evidenze la significativa riduzione dei prezzi) evidentemente sapendo che comunque con ATM a consumo (che non ha subito la riduzione dei prezzi) ha maggiori margini di guadagno;
- iii) non tiene in considerazione il fatto che Tim deve mantenere gli accessi a consumo costantemente attivi in rete (H24), quindi non soltanto nelle occasioni in cui Fastweb decide di usarli, sostenendo dei costi fissi, al contrario di Fastweb che liberamente decide, in funzione dell'offerta che sceglie e propone alla sua clientela (es per back-up), quanto e quando usare questi accessi.

In definitiva, secondo Tim, ciò che emergerebbe in modo evidente è lo strumentale rifiuto di Fastweb di variare i suoi accessi da consumo in *flat*, cioè di riportarli nell'alveo corretto della tabella di conversione di prezzi *flat* di cui alla delibera n. 78/17/CONS, nonostante le variazioni di schema di prezzo (da consumo a *flat*). Siffatto atteggiamento non trova alcuna giustificazione - diversamente da quanto erroneamente sostenuto da controparte – poiché tali variazioni:

- a) non necessitano di “*contatto cliente finale – tipicamente business – per adeguata informativa*”, in quanto l'unico impatto è quello economico per la sola Fastweb che non potrebbe ulteriormente massimizzare i suoi margini;
- b) non implicano alcuna “*gestione di eventuali guasti o disservizi*” poiché si procede con una variazione dello schema di *pricing* sui sistemi di *billing* che non necessita di intervento in rete. Il rischio di guasto/disservizio è pertanto completamente assente e viene enfatizzato da Fastweb in modo pretestuoso.

Tim evidenzia che, sin dalla prima OR Bitstream Ethernet il prezzo della banda *ethernet* è stato solo *flat*, nella logica di orientamento al costo (fisso). Il prezzo della banda è *flat* nelle zone dove non c'è alternativa copertura ETH/NGA, e gli incentivi di cui alla delibera n. 78/17/CONS sono relativi esclusivamente agli accessi FLAT ATM e non a quelli a consumo che, da oltre un decennio sono già sottocosti e non necessitano di

ulteriori incentivi. Per tale motivo quella che deve essere abbandonata è la modalità a consumo, mentre Fastweb ha continuato ad utilizzarla anche dopo la delibera n. 78/17/CONS anche nelle zone con alternativa ETH/NGA e per tale via si è auto applicata, in sostanza, sconti e riduzioni OMISSIS

Fastweb ha ignorato l'evidenza, definendo aperto il tema della migrazione amministrativa degli accessi ATM a consumo per i casi in cui, non essendoci copertura alternativa *ethernet*, si ritiene "costretta" a mantenerli su piattaforma ATM.

Invero, Tim sostiene, che le premesse regolamentari dell'Autorità contenute nella più volte richiamata delibera n. 78/18/CONS sono chiare:

- a) Gli Operatori devono abbandonare gli accessi a consumo;
- b) La tecnologia ATM deve essere abbandonata per dare spazio all'Ethernet;
- c) Proprio per evitare che gli accessi a consumo "rimangano in consistenza" non sono stati previsti profili a consumo in ambiente Ethernet sin dall'OR del 2008, **né sono state previste tabelle di conversione (come richiesto esplicitamente da Fastweb in sede di consultazione) per consentire una migrazione amministrativa (enfasi aggiunta).**

3.2 La posizione di controparte Fastweb

Fastweb ritiene fondamentale insistere su due aspetti della propria replica defensionale: *in primis* quello afferente all'interpretazione della norma regolamentare ed *in secundis* quello relativo alle modalità di calcolo utilizzate da TIM per la fatturazione degli importi che qui si contestano.

Al fine di circoscrivere il tema su cui si chiede la decisione di Agcom, Fastweb ritiene altresì utile richiamare il concetto di servizio ATM con banda a consumo, precisando a riguardo, che si tratta di un servizio che implica una fatturazione legata alla quantità di dati effettivamente consumati e che si utilizza in genere per i *link* di *back up* dei clienti *business*, in situazioni dove una tariffa *flat* implicherebbe il sicuro pagamento per risorse che potrebbero anche non essere utilizzate.

La controversia in discorso riguarda la fatturazione – che Fastweb contesta - da parte di Telecom di accessi ATM a consumo per i quali non vi è la possibilità di effettuare la migrazione ad ETH, in ragione della mancata apertura delle centrali da parte di

Telecom. A riguardo Fastweb ritiene utile richiamare il contesto della regolamentazione in argomento ed in specie il tema della migrazione dalla vecchia tecnologia ATM in *end of sale* dal 2010 alla più moderna ed efficiente tecnologia ETH.

Infatti, con la delibera n. 78/17/Cons, Agcom avrebbe accertato un ritardo nella migrazione tecnica da ATM a ETH, avvenuta con un andamento a macchia di leopardo, e che tale circostanza non consentiva la dismissione delle vecchie piattaforme ATM anche nelle aree di raccolta ove gli operatori alternativi avevano già sostenuto il costo dell'installazione di piattaforme ETH.

Tale ritardo – evidenzia Fastweb - determinava inefficienze ed extra costi per gli operatori, costretti al mantenimento in esercizio di due diverse piattaforme, rendendoli dunque capaci di esprimere una minore competitività sul mercato *retail*, contestualmente, Telecom - in assenza di incentivi - non aveva interesse ad accelerare il completamento della migrazione, avvantaggiandosi della situazione di minor competitività degli OAO.

Per tale ragione, sostiene ancora Fastweb, e al fine fronteggiare vere e proprie distorsioni determinate dal ritardo nella migrazione all'Ethernet, Agcom ha introdotto la misura della migrazione amministrativa.

Fastweb sottolinea che l'art. 3 della delibera n. 78/17/Cons stabilisce a tal fine che:

“1. A far data dalla pubblicazione della delibera n. 42/16/CIR e se l'OAO ha attivato la propria piattaforma Ethernet in una specifica area di raccolta ATM ai fini della migrazione, il costo della banda ATM in tale area di raccolta viene equiparato a quello Ethernet (costo medio della CoS 0 e CoS 1), fino a 6 mesi dopo che Telecom Italia ha completato la 3 copertura Ethernet della medesima area di raccolta ATM, ovvero fino al 31 dicembre 2017 nel caso in cui la copertura Ethernet della area di raccolta ATM sia già stata completata da Telecom Italia alla data di pubblicazione del presente provvedimento.

2. Gli accessi bitstream ATM, dell'area di raccolta ATM di cui al comma 1, per i quali esiste una corrispondente copertura bitstream Ethernet alla data di pubblicazione del presente provvedimento, vengono migrati dall'OAO entro 12 mesi dall'entrata in vigore dello stesso. Gli accessi bitstream ATM per i quali non esiste una corrispondente copertura Ethernet alla data di pubblicazione del presente provvedimento, vengono migrati entro 6 mesi dal completamento della copertura.

3. Decorsi i termini di cui al comma 2, se la migrazione degli accessi bitstream ATM non è avvenuta per causa dell'OAO, vengono meno le condizioni di costo della banda ATM di cui al comma 1.”

Fastweb ritiene, dunque, che la ratio della migrazione amministrativa è tale per cui ogniqualvolta il passaggio all'*ethernet* non sarebbe stato possibile - per mancata apertura delle centrali da parte di Telecom - l'inefficienza tecnica sarebbe stata neutralizzata - amministrativamente - equiparando il prezzo dell'ATM al prezzo dell'ETH.

Secondo Fastweb ciò avrebbe dovuto evitare, logicamente, di addossare agli operatori le inefficienze indebite di Telecom che aveva interesse a completare nel minor tempo possibile la copertura. Procedendo, quindi, secondo tali indicazioni, l'incentivo sarebbe stato efficacemente impartito, prevedendo, al contempo, che qualora vi sia stata la condizione tecnica per completare la migrazione, laddove l'operatore non vi avesse provveduto entro un termine reputato dall'Autorità come congruo e ragionevole, il beneficio sarebbe andato perduto.

Fastweb insiste nella propria tesi difensiva evidenziando altresì che, al paragrafo 102 della delibera n. 78/17/CONS, la questione della banda ATM a consumo viene presa espressamente in considerazione e che infatti: *"Agcom afferma che per i servizi ATM con pricing "a consumo" – secondo Telecom Italia – non è possibile associare un corrispondente prezzo "a consumo" su Ethernet (che ha solo pricing "flat"). L'Autorità ritiene, a tale riguardo, che tali accessi a consumo non possano essere oggetto di migrazione amministrativa atteso che l'Autorità non ha inteso, anche al fine di incentivare l'abbandonare di tale modalità, definire un costo Ethernet a consumo. Per cui, per gli accessi a consumo (asimmetrici e simmetrici) attestati in aree coperte da Ethernet, l'OAo potrà scegliere se migrarli in Ethernet, o se rimanere in ATM ma pagando il prezzo pieno della banda ATM."*

Fastweb ritiene che siffatte previsioni in discorso si riferiscono, però, alle ipotesi in cui vi sia una copertura ETH sul territorio e cioè ad ipotesi in cui l'OAo possa scegliere di migrare gli accessi in ETH. Ration per cui, qualora l'operatore scelga di non procedere alla migrazione tecnica, pur materialmente possibile in ragione dell'intervenuta apertura della centrale, esso dovrà corrispondere il prezzo pieno della banda ATM.

Diverso è tuttavia il caso in cui la possibilità di migrare gli accessi in Ethernet non sussista in ragione della mancata apertura all'ETH delle centrali da parte di Telecom. In tale ipotesi l'OAo non ha scelta se non quella di continuare ad utilizzare accessi ATM.

Fastweb ritiene, dunque, legittimo ipotizzare che se anche in tal caso la migrazione amministrativa non fosse stata applicabile affatto, Agcom lo avrebbe esplicitato nel contesto dal par. 102 della del. 78/17/Cons.

Quanto statuito dal par. 102 disciplinerebbe – invece – secondo Fastweb, la diversa ipotesi in cui l'operatore possa scegliere di migrare gli accessi in ETH, applicando le

previsioni generali dell'art. 3 della delibera n. 78/17/CONS: il costo della banda ATM viene equiparato a quello Ethernet.

Relativamente alle modalità di calcolo effettuate e basate sulla premessa di cui sopra, Fastweb ha individuato per ciascun profilo ATM un corrispondente profilo ETH alla luce del valore (kbit/s) del corrispondente VC dell'accesso ATM.

Più in particolare Fastweb ha calcolato il livello di spesa attribuibile a ciascun profilo ATM, distinguendo fra accessi dati e accessi voce e dati, seguendo le tipologie di accessi ETH.

Ha, poi, individuato i profili ETH, rispetto alla velocità, cui sarebbe “atterrata” nell'ipotesi in cui la migrazione fosse stata possibile, ed ha di conseguenza applicato, a quella percentuale di accessi ATM a consumo il prezzo corrispondente. Tale equiparazione si fonda sulla circostanza che gli accessi ETH cui si fa riferimento sono gli accessi che sarebbero stati acquistati ove vi fosse la possibilità di migrare da ATM ad ETH.

Quanto Telecom replica in ordine alle prospettazioni di Fastweb non è ritenuto condivisibile dalla stessa. Ad avviso di TIM, infatti, l'individuazione di accessi ETH corrispondenti ad accessi ATM a consumo non sarebbe operazione percorribile poiché il VC dell'accesso ATM è un parametro logico e statico che non corrisponderebbe al volume effettivo di banda ATM che tale accesso trasmette e riceve. Le grandezze non sarebbero omogenee.

Fastweb al contrario ritiene che in realtà, il parallelismo non è operato sulla componente logica/tecnica del servizio - che è naturalmente diversa per la modalità a consumo rispetto ad una modalità *flat* - poiché il parallelismo è da operare sul prezzo.

In altri termini Fastweb ha calcolato quanto lo stesso servizio acquistato attraverso la modalità a consumo sarebbe da remunerare, a parità di condizioni, tenendo conto del prezzo *flat*. In questo modo, nell'ottica di Fastweb, sarebbe possibile individuare il corrispondente prezzo *flat* dell'accesso ATM e l'operazione sarebbe plausibile e ragionevole in quanto pienamente in linea con la *ratio* della delibera n. 78/17/CONS.

Con la migrazione amministrativa si è inteso evitare, nell'ottica interpretativa di Fastweb, che gli oneri e le inefficienze del ritardo – imputabile solo a Telecom – nella migrazione tecnica dall'ATM all'ETH gravasse sugli OAO, sottraendo risorse agli investimenti comunque necessari per il passaggio del mercato alla nuova tecnologia.

In buona sostanza, Fastweb ritiene che, se per le centrali non aperte all'ETH si consentisse la mancata applicazione della migrazione amministrativa o si imponesse un

ulteriore costo per poter beneficiare della migrazione stessa, la *ratio* della delibera n. 78/17/CONS risulterebbe del tutto elusa.

Per tale ragione l'operatore non ritiene condivisibile la tesi di Telecom, secondo cui si sarebbe potuto optare per un semplice ordine di variazione del listino ATM, da consumo a *flat*, beneficiando legittimamente della equiparazione dei prezzi della banda ATM *flat* ai prezzi alla banda ETH *flat*.

Fastweb contesta, infatti, tale assunto poiché la variazione degli accessi dall'opzione "a consumo" verso l'opzione "*flat*" ha un costo vivo previsto in OR Telecom di euro 9,28 (prezzo da OR 2020). Si tratta, asserisce Fastweb, di un onere significativo che vanificherebbe – accesso per accesso – i benefici della migrazione amministrativa, qualora resa possibile. Inoltre, la variazione degli accessi richiederebbe attività tecniche di ricognizione e variazione dei profili anche lato interno OAO, con ulteriori costi a carico dell'operatore, che difficilmente potrebbero essere recuperati adeguando i contratti già in corso di esecuzione con l'utenza.

A conferma di quanto sostenuto Fastweb evidenzia, infatti, che tali processi devono essere gestiti lato OAO manualmente e richiedono il recupero delle configurazioni esistenti, l'individuazione degli accessi, la compilazione degli ordini verso TIM, il monitoraggio dell'attività, la gestione di eventuali scarti e disservizi. Si tratterebbe cioè di affrontare oneri significativi anche in termini di tempo e risorse. Fastweb sul punto soggiunge che non deve essere trascurata nemmeno l'eventualità di sopportare il rischio di disservizi, laddove la variazione non fosse correttamente espletata.

A siffatte considerazioni la convenuta società associa anche l'inutilità di una variazione da ATM a consumo ad ATM *flat* quale inevitabilmente inefficiente, atteso che si tratterebbe di apportare variazioni ad una tecnologia destinata all'obsolescenza.

La *ratio* della misura regolatoria è da rinvenirsi piuttosto nella incentivazione all'abbandono dell'ATM, favorendo il passaggio alla più moderna e meno costosa tecnologia ETH, non certo quello di incentivare il passaggio da un profilo ATM all'altro al solo scopo di ottenere (ipotetici) risparmi di spesa, compensati da costi amministrativi e di gestione necessari per tale passaggio.

Non meno trascurabile è per Fastweb la considerazione che la tariffa *flat*, anche in esito alla migrazione amministrativa, sarebbe non conveniente e determinerebbe un extra costo ingiustificato per tutte quelle ipotesi (le più numerose) in cui il consumo è basso.

Gli OAO sarebbero cioè costretti a pagare per servizi non necessari e non utilizzati. Ciò sarebbe, per Fastweb, in contrasto con l'art. 46 del Codice che prevede la necessità di garantire che gli operatori non debbano pagare per risorse non necessarie ai fini del servizio richiesto.

Sulla scorta di tali considerazioni, Fastweb ritiene che la soluzione interpretativa proposta da Telecom confliggerebbe, quindi, con la *ratio* e con gli obiettivi di politica regolatoria perseguiti dalla delibera n. 78/17/CONS. D'altra parte, una lettura differente si porrebbe anche in contrasto con il principio di neutralità della regolazione e con quello di predicibilità: nel momento in cui Fastweb ha scelto di erogare i propri servizi avvalendosi della modalità ATM a consumo non era ipotizzabile che a tali modalità non si applicasse la migrazione amministrativa.

Imporre un costo selettivo e che non appare giustificato da considerazioni di ragionevolezza equivarrebbe, per la convenuta, a discriminare questa scelta e pregiudicare una determinata preferenza tecnologica a scapito di tutte le altre. La migrazione amministrativa implica esattamente una situazione per cui la reale situazione tecnica degli accessi non determina il prezzo da corrispondere poiché esso – in ragione di particolari circostanze e obiettivi – è stabilito in via amministrativa anche se la situazione, appunto definita amministrativamente, non corrisponde alla situazione tecnica. Se così è, non vi è alcuna ragione di imporre la variazione degli accessi da ATM a consumo ad ATM *flat* per consentire la migrazione amministrativa. Qual che sia il profilo in concreto dell'accesso (a consumo o *flat*) nelle aree dove la migrazione ETH non è possibile - causa Telecom - perché le centrali non sono aperte, occorre dare applicazione all'art. 3 della del. 78/17/CONS e consentire la migrazione amministrativa verso profili corrispondenti.

Fastweb insiste nel sostenere che, a differenza di quanto afferma TIM per avvalorare le proprie pretese economiche, Fastweb non ha elaborato tariffe autonome ma semplicemente ha applicato – secondo criteri di ragionevolezza – le stesse tariffe pagate per i medesimi servizi. C'è quindi una corrispondenza reale tra i costi sostenuti – e pagati a TIM – ed i corrispondenti servizi ottenuti alle medesime condizioni previste dall'offerta di riferimento che prevedono la stessa velocità di accesso.

A fronte di tale considerazione Fastweb ha quindi operato un collegamento con le tariffe già esistenti (per servizi *ethernet*) a parità di servizi offerti. In ordine a quanto, poi, sostenuto da TIM circa l'aver ignorato la risposta di Agcom sulla non applicabilità della migrazione amministrativa per i servizi ATM a consumo, Fastweb replica di non avere affatto ignorato l'indicazione di Agcom bensì di averle attribuito un senso logico, ovvero che l'inapplicabilità si riferisse ai casi dove è presente una scelta tecnica differente, ovvero il passaggio ad *ethernet* e non certo riferibile ad uno “spazio bianco”, ovvero ad una ipotesi non specificamente considerata.

In ordine alla questione interpretativa ed a sostegno delle proprie argomentazioni vale, per Fastweb, il riferimento al caso – non dissimile - degli accessi ADSL esaminato espressamente nella stessa delibera ed affrontato secondo i richiamati criteri di

ragionevolezza che vengono utilizzati anche, dove non c'è una perfetta corrispondenza tra i profili tecnologici.

In sintesi ed infine ciò che Fastweb censura, riguarda, infatti, esclusivamente il *quantum* fatturato sulle sole centrali con sola tecnologia ATM. In ogni contestazione che Fastweb mensilmente solleva a Tim è infatti allegato un dettaglio in cui sono distinguibili gli importi riferiti ad accessi ATM privi di alternativa in *ethernet*.

In altri termini, e al fine di non incorrere in ulteriori costi amministrativi, Fastweb ha contestato, per ogni fattura relativa al traffico ATM a consumo, la differenza tra il costo ATM a consumo e il corrispondente costo ETH (valutato in migrazione amministrativa) solo per la porzione di accessi afferenti a centrali non aperte all'ETH (circa il 35%), riferendo dunque le proprie contestazioni solo agli accessi di fatto non migrabili. Il valore economico complessivo contestato risulta dunque riferito alle sole aree ATM *only*, calcolate come percentuale rispetto al totale degli accessi nazionali.

L'algoritmo applicato ogni mese per la stima del valore complessivo da contestare sulle fatture TIM ATM a consumo è sviluppato nei termini che seguono:

1. Dalla fattura TIM relativa agli accessi bitstream ATM si considerano solo quelli con tariffazione a consumo;

2. Tali accessi vengono divisi per velocità di accesso prevista (i.e. High Level a 2, 4, 8 Mbps);

3. Per ogni velocità viene stimata la % di accessi che richiedono il solo servizio "dati" rispetto a quello "dati+voce" sulla base delle reali consistenze;

4. Per ogni profilo di velocità, per i servizi "dati" e "voce+dati", viene ricostruita la quantità di banda ETH per ogni COS necessaria alla fruizione dei relativi servizi di accesso come da tabella seguente:

PROFILO High Level	Servizi presenti	% di allocazione in base a consuntivo reale Fastweb	Cos 0 (kbps)	Cos 2 (kbps)	Cos 3 (kbps)	Cos 5 (kbps)
2M	Profilo "dati"	52%	250	1.00		
2M	Profilo "dati+voce"	48%	100		1.000	600
4M IMA	Profilo "dati"	50%	500	2.000		

4M IMA	Profilo "dati+voce"	50%	375	500		2000
8M IMA	Profilo "dati"	69%	500	6.000		
8M IMA	Profilo "dati+voce"	31%	500	2.000		4000

5. per ogni flusso di banda ETH, per ogni COS, viene applicato il relativo costo previsto nell'OR vigente;

6. la somma complessiva dei flussi di banda ETH corrisponde alla spesa che Fastweb sosterebbe nel caso di migrazione (amministrativa) di tutte le proprie risorse ATM a consumo verso tecnologia ETH flat (a livello nazionale, indipendentemente dalla effettiva disponibilità di ETH);

7. si stima la differenza tra l'ammortare del costo della banda ATM a consumo a livello nazionale (dalla fattura del traffico Bitstream ATM a consumo, con esclusione della quota parte relativa al traffico generato da accesso c.d. "extradistrettuali") e il valore di costo ETH flat stimato al punto precedente; tale differenza corrisponde al saving che Fastweb realizzerebbe se le centrali fossero aperte all'ETH ed essa fosse dunque in condizione di migrare ad ETH flat tutte le proprie risorse a consumo;

8. Dal momento che la migrazione amministrativa è da applicarsi alle sole linee di accesso attestate su centrali ATM only, viene applicato tale differenziale di costo solo ad una percentuale del totale, stimato sulla base delle % di centrali ATM only rispetto al totale delle centrali nazionali di TIM (tale valore è stato stimato a marzo 2017, in maniera cautelativa, pari al 35% e mantenuto costante per i mesi successivi).

Fastweb ritiene che tale criterio adottato sia oggettivo e verificabile, tant'è che a riguardo TIM non avrebbe opposto ragioni valide contro osservazioni.

Altrettanto è a dirsi in ordine alle apodittiche affermazioni di TIM sull'asserito sotto costo delle tariffe ATM a consumo che, al contrario, proprio in quanto obsolete non sarebbero affatto poco remunerative per Tim.

Si tratta di una tecnologia risalente e consolidata, erogata mediante una catena impiantistica ormai integralmente ammortizzata (in *end-of-sale* da dieci anni, la cui manutenzione viene effettuata mediante il riutilizzo di apparati dismessi in altre centrali, senza pertanto aggravio di costi) con un prezzo che non ha formato oggetto nel tempo dei doverosi abbattimenti dovuti, se non altro, al progressivo ammortamento.

A riguardo Fastweb sottolinea che, ad ulteriore conferma di quanto sopra osservato, il costo della banda ATM *flat* – servizio con diversa modalità di rendicontazione ma che insiste sui medesimi elementi di rete - ha subito nel corso del tempo un efficientamento ed è quindi vero che Telecom percepisce un prezzo indebito perché più elevato del costo effettivo. Non il contrario, atteso che la tecnologia su cui fondano, proprio perché tendente al disuso, non comporta investimenti né costi aggiuntivi per TIM.

Similmente e senza pregio difensivo varrebbe l'affermazione di TIM relativamente all'incentivo impartito al servizio ATM per il suo abbandono.

Fastweb sottolinea a riguardo che la circostanza è pacifica ma tuttavia ininfluente. Intanto perché il disincentivo all'utilizzo del servizio è impartito in un'ottica di transizione all'ETH, con prezzi *flat* più bassi e nella ulteriore prospettiva di un'evoluzione tecnologica verso servizi NGA che potrebbero portare a richiedere connessioni di *back up* con minore frequenza e intensità. L'incentivo, in altre parole, vale se e laddove vi sia uno scenario ETH verso cui migrare.

Ragion per cui se l'operatore, che avendone la possibilità, non migra sopporta (per scelta) un prezzo più alto in quanto l'applicazione del prezzo pieno è conseguenza di una scelta deliberata dell'operatore.

Non è così, però, asserisce Fastweb, quando la centrale non è aperta all'ETH. In tal caso l'operatore non avendo scelta e non potendo migrare verso la soluzione più efficiente e meno costosa - causa Telecom - deve necessariamente poter fruire della migrazione amministrativa.

Fastweb sulla scorta di quanto contro dedotto chiede dunque all'Autorità di accertare, respinte le richieste di Telecom, di confermare che:

- (i) quanto sin ora versato da Fastweb corrisponde all'integralità delle somme dovute a Telecom;
- (ii) in via di subordine di indicare il criterio corretto per l'applicazione della migrazione amministrativa agli accessi ATM a consumo non migrabili ad ATM.

Laddove il criterio di calcolo in concreto seguito da Fastweb non sia reputato corretto dall'Autorità si chiede alla stessa di fornire un'indicazione circa la corretta modalità di applicare la migrazione amministrativa ad accessi ATM a consumo in centrali non aperte all'ETH.

4 Istruttoria

4.1 Premessa: la regolamentazione.

Al fine di circoscrivere l'ambito di decisione di Agcom nel caso di che trattasi, appare opportuno richiamare il presupposto necessario alla definizione dell'oggetto conteso: ovvero se sia corretta la fatturazione di TIM, o non, del servizio *bitstream* offerto dalla stessa TIM con tecnologia ATM e con tariffazione a consumo.

Appare, quindi, utile premettere che il servizio *bitstream*, operativamente disponibile in Italia a partire dal 2007, consente agli operatori alternativi di fornire ai propri clienti connettività ad internet a banda larga e telefonia su IP (VoIP). In particolare, il servizio *bitstream* consente l'accesso dell'operatore concorrente alla capacità trasmissiva della rete dati a commutazione di pacchetto a larga banda di Telecom Italia disponibile tra un punto di consegna, a livello urbano o regionale, e l'abitazione del cliente. A differenza del servizio di accesso disaggregato, in base al quale l'operatore, noleggiando la coppia in rame per la copertura dell'ultimo miglio, si dota di propria infrastruttura giungendo fino alla centrale locale dell'*incumbent*, il servizio *bitstream* consente agli operatori concorrenti di Telecom Italia di consegnare a quest'ultimi il traffico dati a livello più remoto sostenendo, pertanto, minori costi di infrastrutturazione.

Con l'offerta di riferimento *bitstream*, disponibile sia in tecnologia ATM che *ethernet*, l'operatore interconnesso acquista, quindi, da Telecom Italia sia la componente di accesso, da casa dell'utente al DSLAM (ovvero dispositivo di rete, che può trovarsi installato in vari punti della rete di accesso tra l'utente e la prima centrale telefonica), che la componente di trasporto, dal DSLAM al *parent/distant switch* di pertinenza.

Con la delibera n. 78/17/CONS l'Autorità, agli esiti della consultazione pubblica nazionale (avviata con delibera n. 42/16/CIR) ha approvato, con modifiche, le offerte di riferimento di Telecom Italia, per gli anni 2015 e 2016, relative ai servizi di accesso *bitstream* su rete in rame ed in fibra ottica. Le principali modifiche hanno avuto riguardo alle condizioni economiche, per gli anni 2015 e 2016, dei servizi soggetti ad orientamento al costo, quali i contributi *una tantum*, la banda - ATM ed *Ethernet* - e i servizi accessori (*kit* di consegna). La delibera n. 78/17/CONS fornisce, inoltre, specifiche indicazioni – tra le altre – anche in ordine alla migrazione amministrativa da ATM ad Ethernet.

In particolare, per quello che attiene al *thema decidendum*, nel testo del provvedimento - al **punto 91** dello stesso - è stato specificato che:” *...nell'ambito del*

documento in consultazione l'Autorità, avendo preso atto che il processo di migrazione da ATM ad Ethernet avviato con delibera n. 158/11/CIR non è ancora completo e che la copertura Ethernet non è stata ancora completata, ha ritenuto opportuno prospettare un meccanismo di migrazione amministrativa da ATM ad Ethernet con l'obiettivo di:

- i) incentivare Telecom Italia a completare la copertura bitstream Ethernet. A tal fine il periodo di migrazione (incluso quello di migrazione amministrativa), unitamente alle promozioni, è stato vincolato al completamento da parte di Telecom Italia della copertura Ethernet di un'area di raccolta (AdR) ATM. Ciò in quanto, (enfasi aggiunta) **se tutte le centrali attestate ad una determinata AdR ATM non sono coperte da Ethernet, non è possibile la dismissione da parte degli OAO di tutte le risorse ATM** (es. kit di consegna e VP) le quali, essendo acquisite dagli OAO su base area di raccolta, dovranno essere mantenute attive per fornire il servizio ai clienti attestati alle centrali che, all'interno dell'AdR, non sono ancora coperte da Ethernet;*
- ii) incentivare la migrazione da ATM ad Ethernet degli OAO prevedendo che qualora gli OAO non dovessero migrare, laddove tecnicamente possibile, la propria customer base perderanno tutti i benefici e gli incentivi previsti dall'Autorità;*
- iii) minimizzare, nel corso di tale migrazione, le inefficienze dovute all'esercizio di una doppia piattaforma (ATM ed Ethernet) che non consente di sfruttare appieno le economie di scala e di scopo viceversa ottenibili con un'unica piattaforma”.*

L'Autorità, coerentemente con gli obiettivi regolamentari di promozione dell'utilizzo della nuova e più efficiente tecnologia *Ethernet*, ha, dunque, ritenuto opportuno confermare la promozione della migrazione da ATM a *Ethernet* già indicata con la delibera n. 42/16/CIR e accelerarne il completamento, al fine di dare un ulteriore impulso al passaggio alla nuova tecnologia precisando, inoltre, che:” **per i servizi ATM con pricing “a consumo ... l'Autorità ritiene, a tale riguardo, che tali accessi a consumo non possano essere oggetto di migrazione amministrativa atteso che l'Autorità non ha inteso, anche al fine di incentivare l'abbandonare di tale modalità, definire un costo Ethernet a consumo** (enfasi aggiunta). Per cui, per gli accessi a consumo (asimmetrici e simmetrici) attestati in aree coperte da *Ethernet*, l'OAO potrà scegliere se migrarli in *Ethernet*, o se rimanere in ATM ma pagando il prezzo pieno della banda ATM”(paragrafo n. 102 della del. 78/17/CONS).

Il dispositivo a corredo di siffatto presupposto procedimentale si traduce nel conseguente articolo 3 dello stesso atto deliberativo dove è stabilito ed elencato il “listino prezzi” connesso ed approvato da Agcom per siffatte tipologie di servizi.

4.2 Valutazioni istruttorie

Fatte le premesse di cui al punto che precede appare *in primis* necessario evidenziare che il caso di specie, indipendentemente dall'esame di merito dello stesso, richiama il tema delle norme attributive ad Agcom (come alle altre Autorità) di poteri che possono tradursi, ed effettivamente si traducono, in atti a contenuto normativo e, quindi, come tali alla cogenza degli stessi.

Nel caso di specie, ed a conforto, rileva quanto anche di recente ribadito – in termini - dal Consiglio di Stato che proprio sull'approvazione dell'offerta di riferimento qui in esame (anni 2015/2016) statuisce che essa “*non si traduce in un mero accertamento, bensì implica la manifestazione di una volontà provvedimentale*” nel cui iter logico l'Autorità ha correttamente impiegato, peraltro, quella discrezionalità amministrativa che le ha consentito di intervenire nel settore regolato in virtù delle “*conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall'Amministrazione*” determinandosi con l'adozione di misure “*plausibili, ragionevoli e proporzionate*” (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, n. 6693/2021, del 7/10/2021).

Tale è il provvedimento di cui alla delibera n. 78/17/CONS, consistente nell'approvazione - temporalmente scandita - dell'Offerta di riferimento di Telecom per i servizi offerti dalla stessa nel mercato *wholesale* con annessa tariffazione corrispondente.

In tale ambito, quindi, è imprescindibile, a fini decisionali, richiamare la previsione che in modo inequivocabile si riferisce all'impossibilità di associare una migrazione amministrativa, per accessi di tipo ATM a consumo, al tariffario previsto per *Ethernet* che contempla la sola tariffazione di tipo *flat* e ciò a prescindere dalla situazione oggettiva sottostante.

In altri e più sintetici termini, l'articolato in cui è fissato un listino prezzi corrispondente a ciascuna tipologia di servizi non è altrimenti derogabile, attesa la sua vincolatività. Ciò significa che l'offerta di riferimento, una volta approvata da Agcom, si impone su ogni successiva determinazione amministrativa/applicativa con l'effetto che, il listino prezzi connesso a ciascuna tipologia di servizi, una volta determinato nella regolazione originaria (in questo caso la delibera n. 78/17/CONS), e senza alcuna condizione o limitazione espressa, si impone anche nella fase esecutiva dei contratti che ne derivano.

Il caso in esame pone all'attenzione dell'Autorità, come richiesto dalla società istante TIM, l'individuazione della corretta fatturazione verso l'operatore alternativo Fastweb dei servizi di accesso *bitstream* forniti allo stesso con tecnologia ATM e con profilo “a consumo” secondo le modalità di cui alla richiamata delibera n. 78/17/CONS.

TIM allega alla domanda posta ad Agcom, anche la documentazione contenente il *quantum* fatturato OMISSIS con riferimento al periodo che va da dicembre 2018 ad agosto 2020, ed in ordine al quale, durante la citata audizione del 12 maggio ha precisato che tale cifra deve essere aggiornata agli ultimi calcoli riferiti fino al mese di febbraio 2021 “*posto che Fastweb ha continuato ad utilizzare i medesimi servizi contestando la tariffazione applicata da Tim per le medesime ragioni dedotte in lite*” restando finora insolvente.

L'operatore convenuto Fastweb contesta siffatti importi sul presupposto che la tariffazione le sarebbe imposta *ob torto collo* non potendo usufruire di tecnologia differente con tariffazione più conveniente (*Ethernet* con tariffa *flat*) in alcune delle centrali dove richiede ed usufruisce dei soli servizi *bitstream con tecnologia ATM e tariffe “a consumo”* a causa di una asserita ed altresì lamentata carenza di Tim che non avrebbe estesa la più performante e moderna tecnologia *Ethernet* a tutte le centrali.

A riguardo e preliminarmente si precisa che la definizione della lite si deve limitare al riconoscimento - o meno - della correttezza operata dall'istante TIM della fatturazione a Fastweb, per i servizi in questione, senza entrare nel merito della quantificazione del dovuto che esula dalla competenza di Agcom afferendo, quest'ultima, a profili strettamente connessi al rapporto negoziale intercorrente tra Tim e Fastweb per la fornitura dei servizi *bitstream* in oggetto.

Ciò premesso va detto che la domanda di TIM è fondata e deve essere accolta.

Rileva a riguardo che la richiamata regolamentazione ha specificato che gli accessi a consumo con tecnologia ATM non sono erogabili con la medesima tipologia di tariffazione anche in *Ethernet* ove è prevista solo una modalità di fatturazione di tipo *flat* impedendone *tout court* anche la migrazione amministrativa (paragrafo 102 della delibera n. 78/17/CONS).

Da ciò ovviamente discende che Fastweb, a prescindere da qualsiasi circostanza, qualora usufruisca ancora – come nel caso di specie - di tali servizi, attraverso l'uso di tale tecnologia (ATM), deve pagarli secondo gli importi fatturati e previsti per tali tipologie di collegamenti e cioè secondo quanto previsto nell'offerta di riferimento, approvata da Agcom, le cui tariffe non possono essere messe in discussione in sede contenziosa, tra gli stessi soggetti regolati, in ragione delle argomentazioni sopra richiamate e nello specifico riferite alla vincolatività del provvedimento (del. 78/17/CONS), la cui applicazione in tema è chiara.

Prive di pregio difensivo sono infatti le argomentazioni dedotte da Fastweb.

In primis Fastweb, a giustificazione dei propri comportamenti, cita la *ratio* sottesa al provvedimento che di per sé le consentirebbe l'elaborazione di un calcolo e

l'individuazione di corrispondenti tariffe basato su un meccanismo espressamente negato da Agcom, cioè quello di migrare amministrativamente i servizi “a consumo” con tecnologia ATM in corrispondenti profili di tariffazione *Ethernet*. Arbitrari pertanto appaiono la cosiddetta “conversione e/o collegamento” pretesa da Fastweb come legittimante la contestazione opposta a Tim, con corrispondente sospensione dei pagamenti a quest’ultima dovuti (cfr. per tutti verbale di udienza).

Infatti, quali che siano le ragioni obiettive sottostanti al mancato utilizzo della tecnologia *Ethernet*, si ritiene che esse non rilevino nel caso di specie poiché, contrariamente a quanto sostenuto da Fastweb nei propri scritti difensivi, la delibera non offre spazi interpretativi relativi a situazioni intermedie, negando in radice la migrazione amministrativa e dunque imponendo la tariffazione originaria in ogni circostanza in cui il servizio *bitstream* venga fornito con tecnologia ATM.

Pertanto, e conseguentemente, illegittima appare la creazione di una autonoma tabella di valorizzazione delle offerte, creata da Fastweb per opporsi e sospendere i pagamenti a TIM, che la stessa Autorità non ha approvato nei modi previsti dalle vigenti norme generali.

A tal riguardo, ed a corredo, rileva il fatto che Fastweb non si sia limitata, peraltro, a sospendere i pagamenti dovuti per i soli servizi *bitstream*, resi in centrali dove non c’è copertura *Ethernet*, bensì – ed ingiustificatamente – abbia dilatoriamente operato una sospensione dei pagamenti di tutti gli accessi indistintamente, ovvero sia di quelli riferiti a centrali dove è presente l’alternativa *Ethernet* all’ATM, sia in centrali cd. *ATM only*.

Siffatta circostanza, lamentata da parte istante, non è stata smentita dalla stessa Fastweb, anche durante l’audizione del 12 maggio 2021, nel corso della quale, a fronte di specifica domanda, la stessa Fastweb ha solo evidenziato che nell’ambito delle fatture contestate a TIM le sole somme poste in discussione – censurate nell’ammontare - sono quelle riferite a servizi utilizzati in centrali *ATM only*, ma non altro ha aggiunto relativamente ai pagamenti frattanto dovuti per i servizi offerti con ATM a consumo nelle centrali dove per sua scelta ha continuato ad utilizzare tale tecnologia, benché presente l’alternativa *ethernet*.

Peraltro si osserva, non meno significativamente, che benché la partecipazione della stessa società alle fasi deliberative (come da consultazione pubblica) abbia in sé un valore legittimante per l’attività di *regulation* dell’Autorità, rendendone trasparenti i processi e le successive e vincolanti determinazioni, Fastweb ha insistito nei propri illegittimi ragionamenti confermando di avere creato una tabella di conversione amministrativa espressamente negata dall’Autorità (così verbale audizione), “FW ha quindi operato un collegamento con le tariffe già esistenti (per servizi ethernet) a parità di servizi offerti”, schermando i propri comportamenti difforni dalla vigente regolamentazione,

sull'assunto di avere attribuito un unilaterale senso logico al *dictum* di Agcom, ovvero che l'inapplicabilità si riferisse dove presente una scelta tecnica differente, ovvero il passaggio ad *ethernet* e non certo" *referibile ad uno "spazio bianco" ovvero ad una ipotesi non specificamente considerata*" (così verbale audizione).

Si osserva a riguardo che il paragrafo 102 (e l'intera delibera n. 78/17/CONS) ruotano esclusivamente sulla motivazione di fondo costituita dall'incentivo, per gli operatori, a passare da una tecnologia obsoleta e meno efficiente (ATM) ad una più moderna ed efficiente (Ethernet). Siffatta ragione è coerente con la mancata previsione *tout court* di una tariffa a consumo per Ethernet.

Infatti le deliberazioni di Agcom sul punto non lasciano margine ad alcuna e differente interpretazione atteso che proprio il richiamato punto 102 della delibera esprime in modo chiaro che *"...tali accessi a consumo non possano essere oggetto di migrazione amministrativa atteso che l'Autorità non ha inteso, anche al fine di incentivare l'abbandonare di tale modalità definire un costo Ethernet a consumo. Per cui, per gli accessi a consumo (asimmetrici e simmetrici) attestati in aree coperte da Ethernet, l'OAO potrà scegliere se migrarli in Ethernet, o se rimanere in ATM ma pagando il prezzo pieno della banda ATM"*.

Si soggiunge, non meno significativamente, che il tema della possibile "conversione" attraverso la predisposizione di una specifica "tabella" che definisse in modo univoco la relazione – ai soli fini della migrazione amministrativa – tra i profili ATM a consumo ed i corrispettivi profili *Ethernet* (necessariamente *flat*) era già stato sottoposto all'esame di Agcom in sede di consultazione (cfr. p.to n. 80 della Del. n. 78/17/CONS) e dalla stessa Agcom trattato negli inequivocabili termini di cui al richiamato punto 102 della citata delibera.

Pertanto si evidenzia che le tipologie di accesso con tariffazione "a consumo" su banda ATM, ancora disponibili in offerta di riferimento, sono le stesse che hanno preceduto la formulazione della prima offerta di riferimento Bitstream nel 2007, e già all'epoca furono mantenute al solo scopo di non turbare il mercato nel passaggio dal regime del "*retail minus*" (vigente fino al 2006) a quello del "*cost plus*" introdotto a partire dal 2007.

A ciò si aggiunge che la logica sottesa all'esclusione della migrazione amministrativa per i servizi ATM a consumo risiede anche nella ragione – tecnica – ben nota anche a Fastweb (come a tutto il mercato), cioè che i canoni dei servizi ATM a consumo sono, di norma, inferiori ai costi di accesso alla rete fissa (costi fissi e non a consumo). Ne discende che una riduzione ulteriore di prezzo, ottenibile per via della migrazione amministrativa - oltre che non regolamentata - porterebbe il prezzo degli accessi a consumo ulteriormente al di sotto dei costi di accesso alla rete fissa.

Peraltro le censure di Fastweb sul punto, in definitiva, presuppongono un'identità di fattispecie in raffronto che nel caso in esame non risulta riscontrabile, né dimostrato da parte convenuta che sorvola sulle evidenze oggettive, ovvero che gli stessi limiti strutturali dell'ATM, sulla più recente tecnologia *Ethernet* (che fin dall'inizio ha previsto tipologie di prezzo solo *flat*, e non anche a consumo), impediscono di migrare con tariffa *Ethernet* gli accessi ATM con pricing "*a consumo*".

Ciò, infatti, non sarebbe possibile poiché è impossibile operare l'associazione di un corrispondente prezzo "*a consumo*" su *Ethernet* che, come detto, ha solo pricing "*flat*" e ciò in ragione anche delle diverse componenti tecniche che caratterizzano entrambi gli accessi.

Si osserva inoltre, ad ulteriore conforto di quanto sopra evidenziato che, comunque l'Autorità ha confermato un *trend* di riduzione dei costi di trasporto ATM, in ragione, in particolare, della progressiva *depreciation* annuale dei costi delle infrastrutture ATM, dell'assenza di nuovi significativi investimenti in ATM e dell'allocatione di parte dei costi delle infrastrutture trasmissive comuni sui servizi *Ethernet*. Il che dimostra come l'Autorità abbia tenuto conto del progressivo abbandono della tecnologia ATM, con la valorizzazione di minori costi sostenuti dall'operatore incombente.

A riguardo rileva inoltre, che le formule tariffarie *flat* "*siano state le sole ad essere impiegate sin dall'avvento dei servizi bitstream Ethernet, risultando le formule a consumo di difficile valutazione sulla base dell'orientamento al costo, stante la necessità di misurare e rendicontare i singoli bit trasmessi/ricevuti dai clienti, quando, invece, per le formule flat è maggiormente agevole rendicontare la capacità complessiva di un collegamento, indipendentemente dal traffico su di esso trasmesso; emerge, dunque, una ragione tecnica attendibile e ragionevole, sottesa alla decisione regolatoria di non imporre formule tariffarie a consumo sin dall'avvento della banda Ethernet per i servizi in contestazione, idonea a giustificare il diverso trattamento giuridico in contestazione*" (così C.d.S. n.6693/2021 del 7/10/2021 cit.).

Privi di pregio difensivo sono da ritenere poi le affermazioni di Fastweb in ordine alla evidenza di un asserito "*spazio bianco*" che unilateralmente si assume lasciato dalla regolamentazione ed in particolar modo riferito all'ATM "*a consumo*" in centrali ATM only.

Si osserva infatti che, nessun elemento legittima la lettura di Fastweb in ordine a siffatto argomento ivi incluso il riferimento ad una *ratio* differente da quella che risulta dalla chiara ed inequivoca disposizione regolamentare, asseritamente esistente, invece, secondo parte convenuta.

A riguardo si evidenzia che non sono rinvenibili né dati letterali né ulteriori ed oggettive circostanze che legittimano la lettura, che Fastweb fa sul punto, della più volte richiamata delibera n. 78/17/CONS, atteso che l'esclusione della migrazione amministrativa per i servizi ATM a consumo vale in via generale, ragion per cui assume scarso rilievo la circostanza che l'accesso sia avvenuto in centrali cd. ATM *only* posto che dove si usufruisce di tali tipologie di servizi si debbano applicare le tariffe ivi previste.

Nelle osservazioni che precedono si possono ritenere, quindi, assorbite le ulteriori argomentazioni della società convenuta che non assumono rilievo difensivo nel caso qui in esame.

5 Conclusioni

Tutto quanto sopra premesso ed in parziale accoglimento della istanza di TIM, ovvero fatta salva la quantificazione degli importi dovuti, da determinarsi in altra separata e competente sede, è riconosciuta legittima e conforme all'Offerta di Riferimento *Bitstream*, così come quanto definito nella delibera n. 78/17/CONS, in tema di procedura di migrazione da ATM ad Ethernet, la fatturazione emessa da Tim nei confronti di Fastweb S.p.A. per i servizi *bitstream* offerti con tecnologia ATM e tariffazione a consumo relativamente al periodo dedotto in lite (dicembre 2018/ febbraio 2021) e conseguentemente accerta e dichiara illegittima la contestazione da parte di Fastweb delle fatture relative agli accessi simmetrici a consumo perché in violazione delle disposizioni regolamentari richiamate .

VISTE le risultanze istruttorie e gli atti formati ed acquisiti del procedimento;

RITENUTO, alla luce degli esiti istruttori, di definire il contenzioso in epigrafe indicato, ai sensi del Codice delle comunicazioni elettroniche e della delibera n. 449/16/CONS;

UDITA la relazione del Commissario Antonello Giacomelli, relatore ai sensi dell'articolo 31 del *Regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Autorità*;

DELIBERA

Articolo unico

La fatturazione emessa da Telecom Italia S.p.A. nei confronti di Fastweb S.p.A., per i servizi *bitstream* offerti con tecnologia ATM e tariffazione a consumo, relativamente al periodo dedotto in lite (dicembre 2018 / febbraio 2021), è legittima e conforme all'Offerta di Riferimento *Bitstream* secondo quanto definito nella delibera n. 78/17/CONS, in tema di procedura di migrazione da ATM ad Ethernet.

La presente delibera è notificata a TIM e Fastweb e pubblicata sul sito *web* dell'Autorità www.agcom.it.

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

Roma, 27 gennaio 2022

IL PRESIDENTE
Giacomo Lasorella

IL COMMISSARIO RELATORE
Antonello Giacomelli

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE
Giulietta Gamba