



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

DELIBERA N. 365/14/CONS

**DETERMINAZIONE DELLE TARIFFE DEI SERVIZI DI
TERMINAZIONE VOCALE SU RETE MOBILE DELL'OPERATORE
H3G IN OTTEMPERANZA ALLE SENTENZE DEL CONSIGLIO DI
STATO, SEZ. III, 7 GENNAIO 2013, N. 21 E, 9 LUGLIO 2013, N. 3636**

L'AUTORITÀ

NELLA riunione di Consiglio del 17 luglio 2014;

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”*;

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 direttiva n. 2002/19/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa *all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime, di seguito denominata direttiva accesso*;

VISTA la direttiva n. 2002/20/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa *alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica*, di seguito denominata *direttiva autorizzazioni*;

VISTA la direttiva n. 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, *che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica*, di seguito denominata *direttiva quadro*;

VISTA la direttiva n. 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa *al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica*, di seguito denominata *direttiva servizio universale*;

VISTE le Linee direttrici della Commissione per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato ai sensi del nuovo quadro normativo comunitario per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, di seguito denominate Linee direttrici;

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante *“Codice delle comunicazioni elettroniche”*;

VISTA la Raccomandazione della Commissione dell'11 febbraio 2003 relativa ai mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche suscettibili di una regolamentazione ex ante ai sensi della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, di seguito denominata Raccomandazione del 2003;

VISTA la Raccomandazione della Commissione del 17 dicembre 2007 relativa ai mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche che possono essere oggetto di una regolamentazione ex ante ai sensi della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, di seguito denominata Raccomandazione del 2007;

VISTA la Raccomandazione della Commissione del 15 ottobre 2008, relativa alle notificazioni, ai termini e alle consultazioni di cui all'articolo 7 della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica;

VISTA la delibera n. 217/01/CONS, del 24 maggio 2001, recante “Regolamento concernente l'accesso ai documenti”;

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. 425/14/CONS;

VISTA la delibera n. 453/03/CONS, del 23 dicembre 2003, recante “Regolamento concernente la procedura di consultazione di cui all'articolo 11 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259”;

VISTO il Protocollo d'intesa, del 22 maggio 2013, tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di comunicazioni elettroniche;

VISTA la delibera n. 118/04/CONS, del 5 maggio 2004, recante “Disciplina dei procedimenti istruttori di cui al nuovo quadro regolamentare delle comunicazioni elettroniche”;

VISTA la delibera n. 401/10/CONS, del 22 luglio 2010, recante “Disciplina dei tempi dei procedimenti”;

VISTA la delibera n. 286/05/CONS, del 19 luglio 2005, recante “Misure urgenti in materia di fissazione dei prezzi massimi di terminazione delle chiamate vocali su singole reti mobili”;

VISTA la delibera n. 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*”;

CONSIDERATO che con la suddetta delibera l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, di seguito denominata Autorità (oppure AGCOM), non aveva ritenuto opportuno imporre ad H3G, a differenza di quanto fatto per gli altri operatori notificati, gli obblighi di controllo dei prezzi e di contabilità dei costi, riservandosi di svolgere le opportune valutazioni successivamente con uno specifico provvedimento;

VISTA la delibera n. 47/03/CONS, del 5 febbraio 2003, recante “*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. 628/07/CONS, del 12 dicembre 2007, 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): valutazione ai sensi dell’art. 15, comma 4, della delibera n. 3/06/CONS, circa l’applicazione all’operatore H3G degli obblighi di cui all’art. 50 del Codice delle comunicazioni elettroniche*”;

VISTA la delibera n. 304/08/CONS, del 21 maggio 2008, recante “*Consultazione pubblica relativa alla integrazione della delibera n. 628/07/CONS concernente l’applicazione all’operatore H3G degli obblighi di cui all’art. 50 del Codice delle comunicazioni elettroniche*”;

VISTA la delibera n. 446/08/CONS, del 29 luglio 2008, recante “*Integrazione della delibera n. 628/07/CONS concernente l’applicazione all’operatore H3G degli obblighi di cui all’art. 50 del Codice delle comunicazioni elettroniche*”;

VISTA la delibera n. 667/08/CONS, del 26 novembre 2008, recante “*Mercato della terminazione di chiamate vocali su singole reti mobili (Mercato n. 7 fra quelli identificati dalla raccomandazione della Commissione europea n. 2007/879/CE)*”;

VISTA la sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Lazio (TAR LAZIO), sez. III ter, 16 febbraio 2009, n. 1491, che: a) in parte dichiara inammissibile e in parte respinge il ricorso n. 6759/08 proposto da H3G per l’annullamento della delibera n. 304/08/CONS; b) dichiara improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse il ricorso n. 9095/08 proposto da H3G per l’annullamento delle delibere n. 304/08/CONS, n. 446/08/CONS e n. 731/06/CONS;

VISTA la sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 7 gennaio 2013, n. 21 che accoglie il ricorso n. 5381 del 2009 proposto da H3G per la riforma della citata sentenza del TAR LAZIO n. 1491/2009 e che per l'effetto, in riforma *in parte qua* della sentenza appellata, annulla la delibera n. 446/08/CONS;

CONSIDERATO che la citata sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 7 gennaio 2013, n. 21 ha stabilito che *“è sufficiente rilevare come la riduzione del prezzo massimo del servizio di terminazione delle chiamate vocali sulla rete di H3G da 16,26 a 13,00 centesimi di euro al minuto, disposta con la delibera n. 446/08/Cons di cui qui si controverte, abbia avuto effetti per il periodo dal 1° novembre 2008 al 1° luglio 2009 (cfr. cit. delibera n. 667/08/Cons, art. 12), onde il vantaggio derivante all'appellante dall'eventuale annullamento della stessa delibera è chiaramente ravvisabile nell'ottenere, nel detto periodo di riferimento, il ripristino del prezzo pregresso o, quanto meno, la rideterminazione della contestata riduzione”* precisando che in riferimento a tale rideterminazione non è possibile stabilire a priori che *“le scelte temporali e quantitative possano essere identiche a quelle di cui si controverte e non già più favorevole per la medesima appellante”*.

VISTA la sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 24 maggio 2013, n. 2840, che dichiara inammissibili i ricorsi per revocazione della sentenza del Consiglio di Stato n. 21/2013 proposti rispettivamente da Wind, Telecom Italia e Vodafone;

CONSIDERATO che, essendo sorti alcuni dubbi interpretativi circa la modalità di ottemperanza alla sentenza n. 21/2013, l'Autorità, al fine di dare corretta e puntuale esecuzione al giudicato, ha proposto ricorso al Consiglio di Stato per chiarimenti ex art. 112, comma 5, del *Codice del processo amministrativo*, di seguito denominato *Cpa*;

CONSIDERATO, in particolare, che con il predetto ricorso l'Autorità ha tra l'altro chiesto come debba intendersi l'inciso, della sent. n. 21/2013, che rinvia, ai fini della rinnovazione del procedimento, allo *“stesso periodo, o periodo di durata inferiore, anche nell'ambito della procedura di cui alla stessa delibera 667/08/Cons”*. L'Autorità ha, in particolare, chiesto di sapere se la rinnovazione del procedimento viziato debba concernere il periodo di efficacia della delibera n. 446/08/CONS o anche solo una parte di esso, ovvero periodi persino successivi al 30 giugno 2009 e fino al 30 giugno 2012;

VISTA la sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 9 luglio 2013, n. 3636, nella quale detto Organo, oltre a dichiarare inammissibile il ricorso proposto da H3G contro l'Autorità per ottemperanza alla sentenza del Consiglio di Stato n. 21/2013, ha accolto il ricorso dell'Autorità ex art. 112 del *Cpa* e ha stabilito che l'Autorità dovrà *“rinnovare il procedimento, ora per allora, emendato da tali vizi, fornendo, laddove ritenga di confermare la sentenza di ribassare la tariffa di €/cent/min 16,26 stabilita nella delibera n. 628/07/CONS, adeguate motivazioni circa tale scelta, in coerenza con le regole che presiedono all'esercizio della discrezionalità tecnica in subiecta materia e in armonia con il complessivo andamento del quadro tariffario, nazionale ed europeo, nel*

mercato di riferimento ed esaminando, comunque, la contabilità regolatoria di H3G, per quanto non certificata, mediante un attento e scrupoloso vaglio critico”;

CONSIDERATO che la suddetta sentenza ha stabilito che la rinnovazione del procedimento e la riedizione del potere costituiscono l'unica e necessitata strada che la sentenza n. 21/2013 ha inteso indicare all'Autorità, con l'ovvia precisazione che tale riedizione dovrà tener conto degli effetti conformativi scaturenti dal giudicato. Tali effetti consistono *“nel difetto di adeguata motivazione in ordine alle ragioni che avevano giustificato l'ulteriore ribasso della tariffa prima che fosse terminata la seconda analisi di mercato, diversamente da quanto l'Autorità aveva stabilito nella precedente delibera n. 628/07/CONS, e nel mancato esame della contabilità regolatoria di H3G, per quanto non certificata”;*

CONSIDERATO che la sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 9 luglio 2013, n. 3636 ha precisato che gli effetti conformativi *“consistono, come la Sezione ha già peraltro avuto modo di rilevare nella sentenza n. 2840 del 24.5.2013 in sede di revocazione, nel difetto di adeguata motivazione in ordine alle ragioni che avevano giustificato l'ulteriore ribasso della tariffa prima che fosse terminata la seconda analisi di mercato, diversamente da quanto l'Autorità aveva stabilito nella precedente delibera n. 628/07/CONS, e nel mancato esame della contabilità regolatoria di H3G, per quanto non certificata”*, ribadendo al contempo che *“la sentenza n. 21/2013, peraltro, non ha posto vincoli all'Autorità, al di là degli effetti conformativi sopra precisati, né per quanto riguarda il contenuto della sua decisione, laddove preceduto da accurata istruttoria e adeguatamente motivato, né per quanto concerne la sua efficacia temporale, che potrebbe riguardare l'intero periodo disciplinato dalla delibera n. 446/08/CONS o anche una sola parte di esso”*, distinguendo, pertanto, il perseguimento dei citati effetti conformativi dalla determinazione del contenuto della decisione finale dell'Autorità e dall'associata definizione del periodo di riferimento per l'applicazione del prezzo di terminazione di H3G;

CONSIDERATA, conseguentemente, la necessità, in sede di rinnovazione del procedimento e di riedizione del potere, di motivare ulteriormente con riferimento alle ragioni sottostanti:

- (i) l'ulteriore ribasso nell'anno 2008, prima della conclusione della seconda analisi di mercato da 16,26 a 13 eurocent, della tariffa di terminazione per H3G, rispetto a quanto determinato dall'Autorità nella delibera n. 628/07/CONS per l'anno 2008;
- (ii) l'applicazione di tale ribasso ad un periodo anteriore a quello successivamente individuato nella delibera n. 628/07/CONS, ossia ad un periodo successivo a quello disciplinato dalla precedente analisi di mercato;
- (iii) i criteri metodologici applicabili ai fini della determinazione del nuovo prezzo, di cui alla delibera n. 446/08/CONS, pari a 13 eurocent, ovvero di altro prezzo da

valutare con apposita analisi di mercato quanto agli effetti conformativi scaturenti dal giudicato;

- (iv) l'applicazione temporale del nuovo prezzo di terminazione, effettuata ora per allora, all'intero periodo disciplinato dalla delibera n. 446/08/CONS, ovvero dal 1° novembre 2008 al 30 giugno 2009 o anche una sola parte di esso, in conformità con la facoltà riconosciuta dal giudicato all'Autorità e da esso espressamente distinta dagli effetti conformativi di cui sopra e dalle relative valutazioni;

CONSIDERATO il seguente quadro regolamentare di riferimento:

La delibera n. 3/06/CONS

1) L'Autorità, con la delibera n. 3/06/CONS, ha definito un mercato rilevante per ciascuna rete mobile, di dimensione geografica nazionale, costituito dal mercato della terminazione delle chiamate vocali originate sia dalle reti fisse che dalle reti mobili (cfr. art. 2, comma 1 e 3, della delibera n. 3/06/CONS).

2) Dopo aver accertato che nei mercati rilevanti così definiti non sussistevano condizioni di concorrenza effettiva, l'Autorità ha identificato gli operatori Telecom Italia, VODAFONE, WIND e H3G quali detentori di un significativo potere di mercato (cfr. art. 3 della delibera n. 3/06/CONS) e ha imposto loro gli obblighi di: i) accesso ed uso di determinate risorse di rete; ii) trasparenza; iii) non discriminazione. L'Autorità, inoltre, ha ritenuto opportuno imporre, in quelle circostanze, gli obblighi di controllo dei prezzi e di contabilità dei costi solo agli operatori TELECOM ITALIA, VODAFONE e WIND (cfr. articolo 8 della delibera n. 3/06/CONS). Più precisamente, per quanto riguarda l'obbligo di controllo dei prezzi, l'Autorità ha introdotto un meccanismo programmato di riduzione annuale dei prezzi in un orizzonte triennale per gli anni 2006 - 2008, in base al quale: i) a partire dal 1 luglio 2006, il prezzo del servizio di terminazione, per gli operatori TELECOM ITALIA e VODAFONE, non sarebbe potuto essere maggiore di 11,20 centesimi di euro al minuto (12,90 centesimi di euro al minuto per WIND) e, negli anni successivi, sarebbe stato sottoposto a un meccanismo annuale di riduzione pari, in ciascun anno di applicazione, all'indice dei prezzi al consumo (IPC) - 13%; IPC - 16% per WIND). Per quanto riguarda l'obbligo di contabilità dei costi, tutti e tre gli operatori avrebbero dovuto predisporre, per ciascun anno di riferimento e dunque per gli anni 2005, 2006 e 2007, un sistema di contabilità regolatoria a costi storici e a costi correnti nonché il modello a costi incrementali. Pertanto, con riferimento agli operatori TELECOM ITALIA, VODAFONE e WIND, nella delibera 3/06/CONS l'Autorità aveva ritenuto opportuno delineare un quadro tariffario nazionale che prevedeva un modello nel quale, nel triennio considerato, vigeva in ciascun anno (1 luglio – 30 giugno) e per l'intera durata, un prezzo determinato con un meccanismo di riduzione su dodici mesi. Ne conseguiva quindi un modello di regolazione nel quale la modifica programmata dei prezzi avveniva da un anno all'altro e mai all'interno dell'orizzonte temporale individuato.

3) Quanto ad H3G, in considerazione del successivo ingresso sul mercato di tale operatore, l'Autorità ha ritenuto opportuno non imporre allo stesso – in quanto nuovo entrante – gli obblighi di controllo dei prezzi e di contabilità dei costi, pur riservandosi la valutazione circa l'imposizione di tali obblighi nell'ambito di un eventuale provvedimento successivo (cfr. art. 15, comma 4, della delibera n. 3/06/CONS).

La delibera n. 628/07/CONS

4) Gli obblighi di controllo dei prezzi e contabilità dei costi sono stati imposti ad H3G con la delibera n. 628/07/CONS. Lo schema di provvedimento che precedeva tale delibera era stato notificato alla Commissione europea ed ai Paesi membri in data 2 luglio 2007. Per quanto riguarda il primo obbligo, l'Autorità ha disposto che dal 1 marzo 2008 e fino alla conclusione del secondo ciclo di analisi di mercato, il prezzo del servizio di terminazione delle chiamate vocali sulla rete dell'operatore H3G non sarebbe potuto essere maggiore di 16,26 centesimi di euro al minuto. Il prezzo di 16,26 centesimi di euro al minuto è stato poi, a seguito delle pronunce della magistratura amministrativa,¹ applicato a partire dal 1 gennaio 2008. L'Autorità ha, in particolare, valutato la ridotta base degli utenti di H3G e la necessità di salvaguardare il livello degli investimenti effettuati e la situazione finanziaria dell'operatore, per il quale gli obblighi di controllo dei prezzi e di contabilità dei costi avrebbero potuto rappresentare, in quella fase, un onere eccessivo. Con riferimento, all'obbligo di contabilità dei costi, H3G avrebbe dovuto predisporre, per gli anni 2005, 2006 e 2007, un sistema di contabilità regolatoria a costi storici e a costi correnti e, per gli anni 2006 e 2007, il modello a costi incrementali, di cui all'allegato A1 alla delibera n. 3/06/CONS.

Le delibere n. 304/08/CONS e n. 446/08/CONS

5) Successivamente, l'Autorità ha ritenuto opportuno rivedere le tariffe di H3G avviando una nuova consultazione pubblica (delibera n. 304/08/CONS di avvio della consultazione pubblica che ha portato all'adozione della delibera n. 446/08/CONS), volta ad integrare la delibera n. 628/07/CONS, proponendo che, a differenza di quanto stabilito nella precedente delibera, la tariffa di terminazione di H3G si riducesse già nell'anno 2008, all'interno del periodo annuale già regolato e non nell'anno successivo. La decisione di avviare un nuovo procedimento, motivata dalle sollecitazioni della Commissione europea e dal contesto europeo, nonché dalla necessità di un tempestivo intervento in vista della nuova riduzione programmata dei prezzi di terminazione degli altri operatori esigeva una modifica del modello regolamentare adottato che prevedeva

¹ Cfr. sentenza del TAR del LAZIO, sez. III, ter, 22 gennaio 2009, n. 895 e ordinanza del TAR del Lazio, sez. II, ter, 12 marzo 2010, n. 450. Con la sentenza n. 895/2009 il TAR ha accolto il ricorso di Telecom Italia dichiarando illegittimo il differimento dal 1 gennaio 2008 al 1 marzo 2008 della decorrenza della nuova tariffa di terminazione di H3G (16,26 Eurocent/minuto), e annullando l'articolo 3, comma 1, della delibera n. 628/07/CONS.

tariffe con vigenza annuale e tassi programmati di riduzione annuale, per ciascun anno, in un triennio. La nuova tariffa veniva così ridotta ulteriormente a 13 centesimi di euro al minuto a partire dal 1 settembre 2008 (cfr. art. 1 della delibera n. 304/08/CONS).

6) La nuova riduzione delle tariffe implicava che gli operatori TELECOM ITALIA, VODAFONE e WIND avrebbero dovuto applicare – così come stabilito dalla delibera n. 3/06/CONS – prezzi di terminazione più bassi dal 1 luglio 2008. Dal momento che, secondo lo stesso modello regolatorio, la delibera n. 628/07/CONS fissava per H3G un prezzo di terminazione che sarebbe rimasto invariato fino al termine della successiva analisi di mercato, il combinato disposto delle due delibere – la n. 3/06/CONS e la n. 628/07/CONS – finiva per incrementare, dal 1° luglio 2008, il divario tra il prezzo di terminazione di H3G, fissato dall’Autorità nel 2007 per H3G per l’anno 2008, e quello determinato per gli altri operatori sulla base della riduzione programmata nel periodo 2006-2008, definito dall’Autorità nell’anno 2006.

7) Peraltro, la nuova riduzione dei prezzi di terminazione per il triennio successivo al 2008, applicabile a tutti gli operatori inclusa H3G, secondo il citato meccanismo di programmazione dei prezzi applicato dall’Autorità, sarebbe entrato in vigore solo a conclusione del procedimento di analisi del mercato avviato con la delibera n. 342/07/CONS, i cui termini erano stati prorogati con la delibera n. 252/08/CONS.

8) Con la delibera n. 446/08/CONS l’Autorità, dopo aver notificato lo schema di provvedimento alla Commissione europea e aver interloquito con essa², ha quindi ridotto a 13 eurocent il prezzo di terminazione di H3G per una parte dell’anno 2008, rispetto al prezzo precedentemente determinato di 16,26 eurocent per l’intero anno, con la delibera n. 628/07/CONS. In particolare, l’applicazione del nuovo prezzo veniva stabilita a partire dal 1 novembre 2008, ovvero posticipando di due mesi l’entrata in vigore rispetto al termine posto in consultazione con la delibera n. 342/07/CONS, accogliendo, di fatto, le osservazioni prospettate dalla stessa H3G circa le difficoltà che avrebbe avuto nel dare immediata applicazione alla delibera.

9) In conclusione, per effetto della delibera n. 628/07/CONS, della sentenza del TAR del LAZIO, sez. III, ter, 22 gennaio 2009, n. 895, e della n. 446/08/CONS, il prezzo di terminazione per H3G, pari a 16,26 eurocent dal 1 gennaio 2008, si riduceva a 13 eurocent dal primo novembre 2008. I prezzi degli altri operatori non venivano invece modificati in corso d’anno, ma seguivano la riduzione annuale programmata, in ciascun anno, per il triennio 2006-2008;

² Il 12 giugno 2008, l’Autorità ha notificato alla Commissione europea lo schema di provvedimento precedentemente sottoposto a consultazione pubblica con la delibera n. 304/08/CONS. La Commissione ha invitato l’Autorità a chiarire, nell’adozione del provvedimento definitivo, in che modo, in base a considerazioni di efficienza, erano stati selezionati per il *benchmarking* i paesi più idonei per fissare il prezzo provvisorio e a contribuire a un’applicazione più rigorosa del modello proposto, come auspicato nelle precedenti osservazioni della Commissione stessa. Cfr. Lettera della CE del 15 luglio 2008 - SG-Grefe (2008) D/204577.

CONSIDERATO il seguente contenzioso:

10) La delibera n. 304/08/CONS (delibera di avvio della consultazione pubblica che ha portato all'adozione della delibera n. 446/08/CONS) è stata impugnata da H3G davanti al TAR LAZIO con ricorso n. 6759/08, al quale ha fatto seguito l'impugnativa, mediante motivi aggiunti allo stesso ricorso, della delibera n. 446/08/CONS (provvedimento definitivo)³. Con ricorso n. 9095/08 davanti allo stesso TAR LAZIO, l'operatore H3G ha altresì impugnato autonomamente la delibera n. 446/08/CONS oltre agli atti connessi alla stessa.

11) Nel corso del giudizio di cui sopra, l'Autorità ha concluso – con la delibera n. 667/08/CONS – il secondo ciclo di analisi del mercato della telefonia mobile e ha imposto ai quattro operatori notificati quali aventi un significativo potere di mercato (H3G, TELECOM ITALIA, VODAFONE e WIND), un meccanismo di riduzione programmata dei prezzi dal 1 luglio 2009. La legittimità di tale delibera, impugnata da H3G, è stata integralmente confermata sia dal TAR LAZIO, sez. III ter, 11 febbraio 2011, n. 1336, sia dal Consiglio di Stato, sez. III, 23 maggio 2011, n. 3106, sia ancora dal Consiglio di Stato, sez. III, 24 gennaio 2012, n. 288, che si è espresso negando la revocazione della sentenza del Consiglio di Stato n. 3106/2011, revocazione richiesta da H3G.

12) Con la sentenza del TAR LAZIO, sez. III ter, 22 gennaio 2009, il giudice, riuniti i ricorsi presentati da H3G, ha dichiarato: i) il primo ricorso inammissibile nella parte (atto introduttivo del giudizio) relativa all'impugnazione della delibera n. 304/08/CONS, ritenuta atto endoprocedimentale e quindi non immediatamente lesivo, e per la restante parte l'ha respinto; ii) il secondo ricorso improcedibile per sopravvenuto difetto d'interesse.

13) In data 24 giugno 2009 la società H3G ha presentato ricorso in appello al Consiglio di Stato per l'annullamento della citata sentenza del TAR LAZIO n. 1491/2009. Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 21/2013, ha accolto il ricorso presentato da H3G e ha annullato la delibera n. 446/08/CONS per difetto di adeguata motivazione in ordine alle ragioni che avevano giustificato l'ulteriore ribasso della tariffa prima che fosse terminata la seconda analisi di mercato e per difetto di istruttoria in ordine alla mancata considerazione della contabilità regolatoria di H3G, per quanto non certificata. Per dare esecuzione alla sentenza, il Giudice d'appello ha indicato due possibili soluzioni: i) *“il ripristino della situazione anteriore, quale fissata dalla delibera 628/07/Cons, con riguardo al periodo sino alla data del 1 luglio 2009 ex art. 12 della delibera*

³ Con il ricorso per motivi aggiunti H3G ha impugnato anche la delibera n. 731/06/CONS, avente ad oggetto *“Ulteriori modifiche alla delibera n. 118/04/Cons, recante “Disciplina dei procedimenti istruttori di cui al nuovo quadro regolamentare delle comunicazioni elettroniche”*, nella parte in cui stabilisce lo svolgimento in parallelo della consultazione pubblica e dell'esame degli schemi di provvedimenti da parte della Commissione.

667/08/CONS”; ii) *“la rinnovazione del procedimento, ora per allora, emendato dai vizi riscontrati con riguardo allo stesso periodo, o periodo di durata inferiore, anche nell’ambito della procedura di cui alla stessa delibera 667/08/CONS”*.

14) Essendo sorti alcuni dubbi interpretativi circa la modalità di ottemperanza alla sentenza descritta, l’Autorità ha proposto – quasi contemporaneamente al ricorso che nel frattempo aveva presentato H3G per l’ottemperanza della sentenza n. 21/2013 – ricorso al Consiglio di Stato per chiarimenti ex art. 112, comma 5, del Cpa.

15) Con la sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 9 luglio 2013, n. 3636, è stato dichiarato inammissibile il ricorso per ottemperanza presentato da H3G e, inoltre, è stato accolto il ricorso dell’Autorità ex art. 112 Cpa. Con tale sentenza, il Consiglio di Stato ha escluso l’immediato ripristino della tariffa originariamente stabilita subordinando l’eventuale reintroduzione della medesima all’esito di un nuovo procedimento istruttorio opportunamente depurato dei vizi, di motivazione e di istruttoria, che hanno determinato l’annullamento della delibera impugnata; ciò al fine di *“non creare un vuoto regolatorio, un vacuum normativo, in conseguenza del disposto annullamento, proprio in nome e in applicazione del principio di continuità e buon andamento dell’azione amministrativa, e ciò anche in via interinale, evitando l’immediato effetto ripristinatorio, per il periodo temporale di riferimento disciplinato dalla delibera n. 446/08/CONS, della precedente tariffa di terminazione di €/cent/min 16,26 stabilita dalla delibera n. 628/07/CONS”*.

16) Più precisamente, per il Consiglio di Stato, la rinnovazione del procedimento costituisce *“l’unica e necessitata strada che la sentenza ha inteso indicare all’Autorità”*, quindi la determinazione della tariffa di H3G nel periodo di riferimento deve avvenire *“previa rinnovazione del procedimento, ora per allora, emendato dai vizi con riguardo allo stesso periodo, o periodo di durata inferiore”*, sia in caso di ripristino della situazione anteriore, quale fissata dalla delibera n. 628/07/CONS (delibera confermata dalla sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 24 gennaio 2011, n. 476, e dunque di ormai acclarata e non più contestabile legittimità) sia in caso di rideterminazione della tariffa.

17) Per ottemperare alle sentenze del Consiglio di Stato n. 21/2013 e n. 3636/2013, l’Autorità ha quindi avviato, con la delibera n. 503/13/CONS, il presente procedimento di analisi del mercato volto a rideterminare, ora per allora, le tariffe di terminazione di H3G per il periodo 1 novembre 2008 – 30 giugno 2009.

VISTA la delibera n. 503/13/CONS, del 12 settembre 2013, recante *“Avvio del procedimento di determinazione delle tariffe dei servizi di terminazione vocale su rete mobile dell’operatore H3G in ottemperanza alle sentenze del Consiglio di Stato n. 21 del 7 gennaio 2013 e n. 3636 del 9 luglio 2013;*

VISTA la delibera n. 615/13/CONS, del 5 novembre 2013, recante “Consultazione pubblica concernente la determinazione delle tariffe dei servizi di terminazione vocale su rete mobile dell’operatore H3G in ottemperanza alle sentenze del Consiglio di Stato n. 21 del 7 gennaio 2013 e n. 3636 del 9 luglio 2013”;

VISTE le istanze di audizione pervenute da parte delle società: BT Italia S.p.A. (BT), Fastweb S.p.A. (FASTWEB), H3G S.p.A. (H3G), Telecom Italia S.p.A. (TELECOM ITALIA), Vodafone Omnitel B.V. (VODAFONE) e WIND Telecomunicazioni S.p.A. (WIND);

SENTITE, le seguenti società: BT, FASTWEB, H3G, TELECOM ITALIA, VODAFONE e WIND;

VISTI i contributi in merito all’analisi di mercato condotta (ALLEGATO 1), prodotti singolarmente dalle società, BT, FASTWEB, H3G, PosteMobile S.p.A. (POSTEMOBILE), TELECOM ITALIA, VODAFONE e WIND, così riassumibili:

18) In merito all’ulteriore ribasso del prezzo di terminazione di H3G nel medesimo anno (2008) di introduzione del prezzo regolato, tutti gli operatori, ad eccezione di H3G, sostengono che sia necessario confermare in capo ad H3G l’obbligo di controllo dei prezzi così come stabilito dalla delibera n. 446/08/CONS, ossia un prezzo di terminazione pari a 13 centesimi di Euro al minuto a partire dal 1 novembre 2008. Viceversa, H3G ritiene che il Consiglio di Stato, nelle sentenze n. 21/2013 e n. 2840/2013, richieda all’Autorità di individuare “ulteriori elementi di novità” rispetto alle motivazioni già contenute nella delibera n. 446/08/CONS per giustificare una riduzione di prezzo.

19) In merito ai criteri metodologici applicabili ai fini della determinazione del nuovo prezzo di terminazione, tutti gli operatori partecipanti, ad eccezione di H3G, richiedono all’Autorità di confermare il prezzo di 13 centesimi di euro al minuto, stabilito dalla delibera n. 446/08/CONS, avvalendosi del *benchmark internazionale* o di una combinazione di questo e del *glide path*. La maggior parte degli operatori, infatti, ritiene che dalle analisi della contabilità regolatoria effettuate dall’Autorità si evinca che la stessa non sia utilizzabile. In questo modo, gli operatori ritengono che si darebbe seguito a tutte le indicazioni fornite dal Consiglio di Stato. Alcuni operatori, inoltre, avanzano tale richiesta anche al fine di non dover rimettere in discussione i risultati di bilanci oramai chiusi da tempo.

20) Al contrario, H3G ritiene che l’Autorità debba confermare il valore di 16,26 centesimi di euro al minuto stabilito con la delibera n. 628/07/CONS per tutto il periodo (1 novembre 2008- 30 giugno 2009).

21) In merito all’applicazione temporale del nuovo prezzo di terminazione, nessun operatore, tranne H3G, ha considerato la possibilità che la rideterminazione del prezzo

da parte dell'Autorità riguardi un periodo inferiore a quello disciplinato dalla delibera n. 446/08/CONS.

Valutazioni finali

22) Sulla base delle considerazioni esposte, l'Autorità ritiene che, per ottemperare correttamente alla sentenza del Consiglio di Stato, non si possa prescindere dall'utilizzo della contabilità regolatoria. Al riguardo, si osserva che il valore della tariffa di terminazione di H3G calcolato utilizzando i risultati delle contabilità regolatorie degli anni 2005-2006-2007, opportunamente rettificata per tenere conto delle valutazioni scaturenti dall'analisi delle osservazioni pervenute nel corso della consultazione pubblica, sarebbe pari a 13,2 o 13,79 centesimi di euro al minuto, a seconda che si utilizzi la media dei costi che emergono dalle contabilità ponderata (per i minuti di traffico) o semplice. Tra questi due valori, l'Autorità ritiene che la media ponderata per i minuti di terminazione meglio rappresenti il costo minutorio sostenuto da H3G negli anni 2005, 2006 e 2007.

23) Ciò premesso, considerato che il Consiglio di Stato nella sentenza 21/2013 ha chiaramente affermato che la rideterminazione della tariffa di H3g debba avvenire *“..... in armonia con il complessivo andamento del quadro tariffario, nazionale ed europeo, nel mercato di riferimento ed esaminando, comunque, la contabilità regolatoria di H3G, per quanto non certificata, mediante un attento e scrupoloso vaglio critico”*, l'Autorità ritiene opportuno avvalersi, oltre che del risultato contabile (13,2 centesimi di Euro al minuto) del *benchmark* internazionale (12,7). La media tra questi due valori è conduce ad un prezzo sostanzialmente uguale a 13 centesimi di Euro al minuto; per cui, l'Autorità conferma di fatto il prezzo determinato dalla delibera n. 446/08/CONS.

24) Quanto al periodo di riferimento ai fini della rinnovazione del procedimento, si osserva che l'articolo 3, comma 1 della delibera n. 628/07/CONS, con il quale l'Autorità aveva imposto che dal 1 marzo 2008 la tariffa di terminazione di H3G non sarebbe potuta essere maggiore di 16,26 centesimi di euro al minuto, è stato annullato dalla sentenza del TAR del Lazio n. 895/2009 e, di conseguenza, la data di decorrenza della tariffa di terminazione di H3G è stata anticipata al 1 gennaio 2008. La delibera n. 628/07/CONS aveva stabilito, altresì, che la revisione della suindicata tariffa sarebbe potuta avvenire solo all'esito del procedimento di analisi di mercato avviato con la delibera n. 342/07/CONS.

25) Tuttavia, dal momento che dal 1 luglio 2008 le tariffe degli operatori TELECOM ITALIA, VODAFONE e WIND si sarebbero ridotte per effetto di quanto disposto dalla delibera n. 3/06/CONS, qualora l'Autorità non fosse intervenuta *medio tempore*, riducendo ulteriormente la tariffa di terminazione di H3G, il divario tariffario tra questa tariffa e quella degli altri operatori sarebbe aumentato, con effetti negativi per il mercato. Pertanto, per porre rimedio a tale situazione ed in considerazione

dell'andamento delle tariffe a livello europeo e dell'intento della Commissione di pervenire ad una maggiore armonizzazione tariffaria, l'Autorità ha approvato la delibera n. 446/08/CONS. Questa delibera ha disposto che, dal 1 novembre 2008, la tariffa di terminazione di H3G si sarebbe ridotta da 16,26 centesimi di euro al minuto a 13 centesimi di euro al minuto, consentendo ad H3G di poter beneficiare per quattro mesi dell'aumento del divario tariffario (verificatosi il 1 luglio 2008).

26) Sono queste le ragioni, tuttora valide, per cui all'epoca dei fatti si ritenne necessario intervenire con un'ulteriore riduzione del prezzo di terminazione di H3G, anche in considerazione del fatto che solo adesso è dato conoscere che il procedimento di analisi di mercato (avviato con la delibera n. 342/07/CONS e conclusosi con la delibera n. 667/08/CONS), ha disposto per tutti gli operatori mobili riduzioni del prezzo di terminazione solo a partire dal 1 luglio 2009 e che, pertanto, se l'Autorità non fosse intervenuta con la delibera n. 446/08/CONS, l'aumento del divario tariffario in favore di H3G si sarebbe protratto per ben 12 mesi.

27) Ferme restando le ragioni che indussero l'Autorità a deliberare l'ulteriore riduzione della tariffa di terminazione di H3G nell'anno 2008, non si può trascurare che qualora l'Autorità con tale provvedimento confermasse tale riduzione, H3G subirebbe un'ulteriore riduzione della tariffa di terminazione a distanza di dieci mesi, quando il meccanismo di riduzione programmata dei prezzi approvato con la delibera n. 3/06/CONS per gli operatori TELECOM ITALIA, VODAFONE e WIND prevedeva che le tariffe di terminazione si riducessero ogni dodici mesi.

28) In sintesi, qualora l'obiettivo dell'Autorità fosse "ora per allora" quello di evitare il sorgere del divario tariffario in favore di H3G, l'Autorità dovrebbe, con il provvedimento di ottemperanza, deliberare la riduzione della tariffa di terminazione dal 1 luglio 2008. In questo modo, il divario tariffario tra la tariffa di terminazione di H3G e degli altri operatori non sarebbe aumentato dal momento che a quella data si sarebbero ridotte anche le tariffe di terminazione degli altri operatori. Tuttavia, una tale misura apparirebbe non proporzionata in quanto H3G, a differenza degli altri operatori, vedrebbe ridotta la propria tariffa di terminazione due volte nello stesso anno ed a breve distanza.

29) L'Autorità ritiene maggiormente proporzionata una misura che preveda, da un lato, per tutti gli operatori una riduzione tariffaria ogni dodici mesi e, dall'altro lato, che il divario tariffario in favore di H3G non si protragga nel tempo troppo a lungo.

30) Per tali ragioni, si ritiene che l'entrata in vigore della nuova tariffa di terminazione debba essere il 1 gennaio 2009. In questo modo, la tariffa di terminazione di H3G si riduce esattamente dopo dodici mesi, come previsto per gli altri operatori, e, contemporaneamente, si evita che il divario tariffario sorto il 1 luglio 2008 in favore di H3G si protragga per ulteriori dodici mesi fino al 30 giugno 2009.

Tutto ciò premesso e considerato

VISTO il parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) relativo allo schema di provvedimento, pervenuto in data 20 dicembre 2013;

CONSIDERATO che l'AGCM ritiene di confermare quanto già espresso con i pareri resi nelle date del 22 dicembre 2005 (delibera n. 3/06/CONS), 20 novembre 2008 (delibera n. 667/08/CONS) e del 13 luglio 2011 (delibera n. 621/11/CONS), esprimendo parere positivo in merito alla definizione del mercato e all'individuazione del soggetto avente significativo potere di mercato;

CONSIDERATO che l'AGCM, in relazione ai criteri applicabili per la ridefinizione della tariffa di H3G, ritiene che la metodologia preferibile sia quella dell'analisi dei costi di terminazione derivanti dalla contabilità regolatoria e corretti, seppur nei limiti dovuti all'assenza di dati certificati;

CONSIDERATO che l'AGCM ritiene che un'eccessiva riduzione del differenziale nelle tariffe di terminazione regolate tra H3G e gli altri operatori con riferimento al periodo considerato potrebbe comportare il rischio di una riduzione del grado di concorrenza sul mercato dei servizi mobili, con effetti negativi sul benessere dei consumatori;

RITENUTO che il rischio paventato dall'AGCM non possa concretizzarsi nel caso di specie dal momento che la decisione in esame modificherà ora per allora la tariffa di terminazione di H3G senza che da ciò possa più derivare qualunque effetto, positivo o negativo, sul benessere dei consumatori, come peraltro osservato anche da alcuni degli operatori nei contributi alla consultazione pubblica;

RITENUTO di condividere quanto osservato dall'AGCM in merito all'utilizzo della contabilità regolatoria di H3G, seppur nei limiti dovuti all'assenza di dati certificati;

RITENUTO che la tariffa di terminazione determinata avvalendosi delle contabilità regolatorie di H3G e del *benchmark* internazionale rifletta i costi effettivamente sostenuti da H3G;

RILEVATA la necessità di procedere alla rinnovazione del procedimento di analisi del mercato, ora per allora, anche rispettando la tempistica di tale tipo di procedimento che l'Autorità conclude mediamente nell'ambito di un periodo temporale pari a dodici mesi;

UDITA la relazione del Commissario Antonio Nicita relatore ai sensi dell'articolo 31 del *Regolamento concernente l'organizzazione ed il funzionamento dell'Autorità*;

DELIBERA

Articolo 1

IDENTIFICAZIONE DEL MERCATO RILEVANTE

1. È confermato il mercato rilevante dei servizi di terminazione di chiamate vocali su singola rete mobile, di dimensione geografica nazionale, per l'operatore H3G, così come definito nell'analisi di mercato allegata alla presente delibera, che ne costituisce parte integrante.

Articolo 2

SIGNIFICATIVO POTERE DI MERCATO

1. Nel mercato rilevante di cui all'Art. 1, H3G è confermato quale operatore detentore di un significativo potere di mercato.

Articolo 3

OBBLIGO IN MATERIA DI ACCESSO E DI USO DI DETERMINATE RISORSE DI RETE

1. Ai sensi dell'art. 49 del Codice, si conferma per l'operatore H3G l'obbligo di accesso e di uso delle risorse di rete necessarie alla fornitura del servizio di terminazione di chiamate vocali sulla propria rete mobile, nelle modalità previste dall'art. 5 della delibera n. 3/06/CONS.

Articolo 4

OBBLIGO DI TRASPARENZA

1. Ai sensi dell'art. 46 del Codice, si conferma per l'operatore H3G l'obbligo di trasparenza nella fornitura del servizio di terminazione di chiamate vocali sulla propria rete mobile, nelle modalità previste dagli articoli 6 e 9 della delibera n. 3/06/CONS.

Articolo 5

OBBLIGO DI NON DISCRIMINAZIONE

1. Ai sensi dell'art. 47 del Codice, si conferma per l'operatore H3G l'obbligo di non discriminazione nella fornitura del servizio di terminazione di chiamate vocali sulla propria rete mobile, nelle modalità previste dagli articoli 7 e 9 della delibera n. 3/06/CONS.

Articolo 6

OBBLIGHI DI CONTABILITÀ DEI COSTI E DI CONTROLLO DEI PREZZI

1. Ai sensi dell'art. 50 del Codice, si conferma per l'operatore H3G l'obbligo di contabilità dei costi del servizio di terminazione vocale sulla propria rete mobile, nelle modalità previste dall'art. 3, comma 3 della delibera n. 628/07/CONS.

2. Ai sensi dell'art. 50 del Codice, si conferma per l'operatore H3G l'obbligo di controllo dei prezzi del servizio di terminazione vocale sulla propria rete mobile.

3. Dal 1 novembre 2008 fino al 31 dicembre 2008 il prezzo del servizio di terminazione delle chiamate vocali sulla rete dell'operatore H3G è di 16,26 centesimi di euro al minuto.

4. Dal 1 gennaio 2009 e fino al 30 giugno 2009, il prezzo del servizio di terminazione delle chiamate vocali sulla rete dell'operatore H3G è pari a 13 centesimi di euro al minuto.

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

Avverso il presente provvedimento può altresì essere proposto ricorso per inottemperanza al Consiglio di Stato, ai sensi degli art. 112, 113, comma 1, e 114 del Codice del processo amministrativo, e dell'art. 21-septies della legge 7 agosto 1990, n. 241, recante "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi"

La presente delibera è notificata alla parte e pubblicata sul sito web dell'Autorità, www.agcom.it.

Roma, 17 luglio 2014

IL PRESIDENTE
Angelo Marcello Cardani

IL COMMISSARIO RELATORE
Antonio Nicita

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE
Francesco Sciafani