

DELIBERA N. 503/13/CONS

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

L'AUTORITÀ

NELLA sua riunione di Consiglio del 12 settembre 2013;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, recante "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo", pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana del 31 luglio 1997, n. 177 – supplemento ordinario n. 154;

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", pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana del 18 novembre 1995, n. 270 – supplemento ordinario n.136;

VISTE le direttive n. 2002/19/CE ("direttiva accesso"), 2002/20/CE ("direttiva autorizzazioni"), 2002/21/CE ("direttiva quadro"), 2002/22/CE ("direttiva servizio universale"), pubblicate nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee L 108/7 del 24 aprile 2002, così come modificate dalle direttive n. 2009/136/CE e n. 2009/140/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009, pubblicate nella *Gazzetta Ufficiale* dell'Unione europea L 337/11 del 18 dicembre 2009;

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, pubblicate nella *Gazzetta Ufficiale* dell'Unione europea C 165/6 dell'11 luglio 2002;

VISTO il decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante "Codice delle comunicazioni elettroniche", pubblicato nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana del 15 settembre 2003, n. 215, così come modificato dal decreto legislativo 28 maggio 2012, n. 70, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana del 31 maggio 2012, n. 126;

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, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* dell'Unione europea L 344/65 del 28 dicembre 2007;

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

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”, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana del 28 gennaio 2004, n. 22 e successive modificazioni;

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”, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana dell’8 febbraio 2006, n. 32 – supplemento ordinario n. 35;

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”, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana del 24 gennaio 2008, n. 20 – supplemento ordinario n. 21;

VISTA la delibera n. 304/08/CONS, 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”, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana del 16 giugno 2008, n. 139;

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”, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana del 30 agosto 2008, n. 203;

VISTA la delibera n. 667/08/CONS del 26 novembre 2008, recante “Mercato della terminazione di chiamate vocali su singole reti mobili (mercato n. 7 fra quelli identificati dalla raccomandazione della Commissione europea n. 2007/879/CE)” pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana del 3 gennaio 2009, n. 2 – supplemento ordinario n. 5;

VISTA la sentenza del TAR del Lazio (Sezione Terza Ter) n. 1491 del 16 febbraio 2009 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 n. 21 del 7 gennaio 2013 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;

VISTA la sentenza n. 2840 del 2013 con la quale il Consiglio di Stato dichiara inammissibili i ricorsi per revocazione della sentenza n. 21 del 7 gennaio 2013, proposti rispettivamente da Wind Telecomunicazioni s.p.a., Telecom Italia s.p.a. e Vodafone Omnitel N.V.;

CONSIDERATO che nella sentenza n. 21 del 2013 il Consiglio di Stato ha statuito che l'esecuzione della sentenza possa avvenire *“oltre che mediante 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 667/08/Cons, con 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”*;

CONSIDERATO che, essendo sorti alcuni dubbi interpretativi circa la modalità di ottemperanza, l'Autorità ha proposto ricorso al Consiglio di Stato per chiarimenti ex art. 112, comma 5, del c.p.a.;

VISTA la sentenza 9 luglio 2013, n. 3636 del Consiglio di Stato che ha dichiarato inammissibile il ricorso di H3G per ottemperanza della sentenza n. 21 del 7 gennaio 2013 ed ha accolto il ricorso dell'Autorità ex art. 112 c.p.a.;

CONSIDERATO che nella summenzionata 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 istruttoria e di motivazione, 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”*;

CONSIDERATO che il mantenimento in via temporanea degli effetti della delibera annullata deve intendersi connesso alla sola necessità di disporre previamente la rinnovazione del procedimento viziato per difetto di istruttoria e di motivazione, e deve dunque valere per la sola durata di detto procedimento;

CONSIDERATO che per il Consiglio di Stato la rinnovazione del procedimento costituisce *“l'unica e necessitata strada che la sentenza ha inteso indicare all'Autorità”* e che quindi la determinazione della tariffa di H3G nel periodo di riferimento debba 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 628/07/CONS, sia in caso di rideterminazione della tariffa;

CONSIDERATO, inoltre, che il Consiglio di Stato ha stabilito che la rideterminazione della tariffa di H3G non potrà che avvenire attraverso *“un vivo e stimolante confronto con gli operatori del settore, la Commissione europea e, se del caso, anche con le autorità regolatorie degli altri Stati”*;

CONSIDERATO altresì che il Consiglio di Stato ha stabilito che l’Autorità, nella riedizione del potere regolamentare, dovrà tener conto degli effetti conformativi scaturenti dal giudicato che consistono nel necessario emendamento: *a. dal 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; b. dal vizio di mancato esame della contabilità regolatoria di H3G, per quanto non certificata;*

CONSIDERATO che il Consiglio di Stato ha stabilito che l’Autorità dovrà pertanto *“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 quanto ulteriormente statuito in tema di legittimo affidamento dal Consiglio di Stato secondo cui: *“laddove sia emendato dai vizi censurati dalla sentenza e sia sorretto da adeguata motivazione, infatti, il nuovo provvedimento, anche se eventualmente riduttivo della tariffa stabilita dalla delibera n. 627/08/CONS, non potrà ritenersi lesivo dell’affidamento di H3G, in quanto tale affidamento non può che concernere la corretta esplicazione del potere regolatorio alla stregua dei criteri sopra precisati”*;

RITENUTO di dovere ottemperare alla sentenza del Consiglio di Stato, avviando un nuovo procedimento volto a stabilire le tariffe di terminazione per H3G per il periodo 1° novembre 2008 – 30 giugno 2009;

RITENUTO che, per quanto il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 21/2013, abbia dato la possibilità all’Autorità di utilizzare, per la nuova determinazione, i dati istruttori già acquisiti precedentemente, risulta opportuno dare la possibilità a tutti gli operatori di voler confermare i dati già a suo tempo forniti ovvero di volerne fornire di nuovi, purché riferiti al periodo temporale predetto;

UDITA la relazione del Commissario Antonio Preto, relatore ai sensi dell’articolo 31 del Regolamento concernente l’organizzazione ed il funzionamento dell’Autorità;

DELIBERA

Articolo 1

(Avvio del procedimento)

1. In ottemperanza alle sentenze del Consiglio di Stato n. 21 del 7 gennaio 2013 e n. 3636 del 9 luglio 2013, è avviato il procedimento avente ad oggetto la determinazione delle tariffe dei servizi di terminazione vocale su rete mobile dell'operatore H3G per il periodo 1° novembre 2008 – 30 giugno 2009.
2. Il responsabile del procedimento è il dott. Umberto Iolli, funzionario della Direzione Analisi dei Mercati, Concorrenza e Studi.
3. Fatte salve le eventuali sospensioni di cui al comma successivo, il termine di conclusione del procedimento è di 45 giorni dalla data di pubblicazione del presente provvedimento sul sito *web* dell'Autorità. I termini del procedimento possono essere prorogati dall'Autorità con deliberazione motivata.
4. La decorrenza dei termini di cui al comma precedente è sospesa:
 - a. per le richieste di informazioni e documenti, calcolate in base alla data risultante dal protocollo dell'Autorità in partenza e in arrivo;
 - b. per il tempo necessario ad acquisire le osservazioni degli operatori e utenti nell'ambito della consultazione pubblica nazionale di cui alla delibera n. 453/03/CONS, calcolato in base alla data risultante dal protocollo dell'Autorità in arrivo;
 - c. per il tempo necessario ad acquisire le osservazioni della Commissione europea, ai sensi di cui in premessa.

La presente delibera è pubblicata sul sito *web* dell'Autorità.

Roma, 12 settembre 2013

IL COMMISSARIO RELATORE
Antonio Preto

f.f. **IL PRESIDENTE**
Antonio Preto

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE
Avv. Francesco Sclafani