

DELIBERA N. 584/13/CONS**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA TRA SIportal S.R.L. E
TELECOM ITALIA S.P.A. IN MATERIA DI CONTRIBUTI DI ATTIVAZIONE
ADSL****L'AUTORITÀ**

NELLA riunione del Consiglio del 28 ottobre 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, e s.m.i.;

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 n. 270 del 18 novembre 1995 – supplemento ordinario n. 136;

VISTO il decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante “*Codice delle comunicazioni elettroniche*”, come modificato dal decreto legislativo 28 maggio 2012, n. 70, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana n. 126 del 31 maggio 2012 (il *Codice*);

VISTO il “*Regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione elettronica*”, approvato con delibera n. 352/08/CONS del 25 giugno 2008 (di seguito, anche “*Regolamento di cui alla delibera n. 352/08/CONS*”) pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana n. 197 del 23 agosto 2008 - supplemento ordinario n. 198;

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*”, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana n. 156 del 7 luglio 2010 – supplemento ordinario n. 148;

VISTO il “*Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*” (di seguito, anche “*Regolamento di organizzazione e funzionamento*”) di cui alla delibera n. 223/12/CONS del 27 aprile 2012, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana del 15 giugno 2012,

n. 138, e s.m.i. ed, in particolare, l'articolo 34, comma 2 *bis* introdotto dalla delibera n. 536/13/CONS, immediatamente esecutiva, adottata dal Consiglio nella medesima riunione del 30 settembre 2013;

CONSIDERATO che, ai sensi del citato articolo 34, comma 2 *bis* del Regolamento di organizzazione e funzionamento, le competenze attualmente assegnate dall'articolo 1, comma 6, lettera a) della legge n. 249/97 alla Commissione per le infrastrutture e le reti sono, per effetto delle dimissioni di un suo componente, trasferite, in via transitoria, al Consiglio sino all'espletamento delle procedure di nomina del nuovo componente l'Autorità ed alla conseguente ricomposizione della suddetta Commissione ai sensi dell'articolo 3bis del Regolamento di organizzazione e funzionamento;

VISTA la delibera n. 152/02/CONS del 15 maggio 2002, recante “*Misure atte a garantire la piena applicazione del principio di parità di trattamento interna ed esterna da parte degli operatori aventi notevole forza di mercato nella telefonia fissa*”, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana, n. 153 del 27 giugno 2002;

VISTA la delibera n. 34/06/CONS del 19 gennaio 2006, recante “*Mercato dell'accesso a banda larga all'ingrosso (mercato n. 12 della 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 n. 44 del 22 febbraio 2006;

VISTA la delibera n. 83/06/CIR del 20 dicembre 2006, recante “*Valutazione ed eventuali modificazioni dell'offerta di riferimento 2006 di Telecom Italia relativa ai servizi di accesso disaggregato all'ingrosso alle reti e sottoreti metalliche e ai servizi di co-localizzazione di cui alla delibera n.4/06/CONS*”, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana n. 48 del 27 febbraio 2007- supplemento ordinario n. 49;

VISTA la delibera n. 133/07/CIR del 21 dicembre 2007, recante “*Approvazione delle condizioni economiche dell'offerta di riferimento di Telecom Italia per l'anno 2007 per i servizi bitstream (mercato 12)*”, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana n. 20 del 24 gennaio 2008 - supplemento ordinario n. 21;

VISTA la delibera n. 249/07/CONS del 23 maggio 2007, recante “*Modalità di realizzazione dell'offerta dei servizi bitstream ai sensi della delibera 34/06/CONS*”, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana n. 132 del 9 giugno 2007 - supplemento ordinario n. 135;

VISTE le sentenze del Consiglio di Stato nn. 6527 e 6529 del 23 dicembre 2008;

VISTA la delibera n. 731/09/CONS del 16 dicembre 2009, recante *“Individuazione degli obblighi regolamentari di cui sono soggette le imprese che detengono un significativo potere di mercato nei mercati dell’accesso alla rete fissa (Mercati n. 1, 4 e 5 fra quelli individuati dalla Raccomandazione 2007/879/CE)”*, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana n. 15 del 20 gennaio 2010 - supplemento ordinario n. 13;

VISTA la delibera n. 499/10/CONS del 23 settembre 2010 recante *“Adeguamento e innovazione della metodologia dei test di prezzo attualmente utilizzati nell’ambito della delibera n. 152/02/CONS “Misure atte a garantire la piena applicazione del principio di parità di trattamento interna ed esterna da parte degli operatori aventi notevole forza di mercato nella telefonia fissa”*, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana n. 253 del 28 ottobre 2010 - supplemento ordinario n. 235;

VISTA l’istanza di Siportal S.r.l. (di seguito “SIPT” o “Siportal”) del 27 luglio 2011, acquisita al protocollo dell’Autorità n. 39473 del 28 luglio 2011, con la quale veniva richiesta l’instaurazione di una procedura per la risoluzione della controversia con Telecom Italia S.p.A. (nel seguito “TI” o “Telecom”), ai sensi dell’art. 23 d.lgs. n. 259/03 e del Regolamento di cui alla delibera n. 352/08/CONS in materia di contributi di attivazione per il servizio ADSL fatturati da Telecom Italia;

VISTA la nota (acquisita al protocollo dell’Autorità n. 41241) con cui la Direzione Reti e Servizi di Comunicazione Elettronica (di seguito “Direzione”), in data 5 agosto 2011, ha avviato la controversia in epigrafe e convocato per il giorno 26 settembre 2011 le parti in udienza, al fine di acquisire elementi utili circa l’istanza di SIPT;

VISTA la nota di Telecom del 21 settembre 2011, acquisita al protocollo dell’Autorità n. 48456 del 21 settembre 2011, con la quale la suddetta ha inviato le proprie controdeduzioni all’istanza di SIPT;

VISTO il verbale della prima udienza, tenutasi in data 26 settembre 2011, a margine della quale il responsabile del procedimento assegnava alla società Siportal un termine di dieci giorni per il deposito della ulteriore documentazione citata nella propria istanza introduttiva;

VISTA la nota di Siportal del 5 ottobre 2011, acquisita al protocollo dell’Autorità n. 52917 del 6 ottobre 2011, contenente la documentazione richiesta, incluso un aggiornamento del *petitum* e del relativo periodo di riferimento. In particolare SIPT versava in atti il riepilogo (in formato *excel*) degli importi, alla stessa fatturati da TI, relativi a contributi di attivazione, extra-attivazione, disattivazione,

variazione, afferenti a linee ADSL *naked* e condivise, da gennaio 2006 sino a gennaio 2011;

VISTO il verbale dell'udienza tenutasi il 21 novembre 2011 e le memorie depositate da Siportal e Telecom, in data 16 novembre 2011, in vista dell'udienza;

VISTO il verbale dell'udienza svoltasi il giorno 5 dicembre 2012;

CONSIDERATO che, nel corso della succitata udienza, le parti fornivano aggiornamenti circa i tentativi compiuti per una composizione bonaria della controversia, illustrandone le principali criticità e che il responsabile del procedimento, al fine di agevolare l'individuazione di una soluzione transattiva, proponeva una ripartizione su base temporale del *petitum*, in funzione del quadro regolamentare di volta in volta in vigore: 1) periodo antecedente l'introduzione dei servizi *bitstream* (sino alla fine del 2007) in cui vigeva l'obbligo di ribaltamento lato *wholesale* delle promozioni svolte da Telecom Italia a livello *retail*; 2) periodo successivo (dal 2008 in poi) in cui l'applicazione di promozioni lato *wholesale* avveniva a seguito di un *test* di prezzo;

CONSIDERATO che le parti, lasciando impregiudicate le proprie posizioni, si dichiaravano disponibili ad individuare un percorso transattivo per tentare una composizione bonaria della controversia;

VISTO il verbale dell'udienza svolta il giorno 31 gennaio 2013;

CONSIDERATO che in tale sede le parti segnalavano il persistere di alcuni elementi di criticità nei rapporti commerciali tra le stesse, con particolare riferimento alla rinegoziazione del contratto d'interconnessione ed alla presenza di ulteriori importi, inerenti a prestazioni di rete fornite da Telecom, le cui fatture erano state contestate da Siportal senza ottenere da Telecom il dovuto riscontro (cd. *partitario*);

CONSIDERATO che tali ultime due questioni (contratto d'interconnessione e *partitario*) non attenevano al *petitum* della controversia e che tuttavia, in ottica collaborativa, Telecom forniva la propria disponibilità ad una verifica dei motivi di divergenza tra le parti;

CONSIDERATO che nella stessa udienza di cui sopra le parti non si dichiaravano, in linea con quanto già sostenuto nella precedente udienza, contrarie alla formulazione di una proposta transattiva da parte dell'Autorità;

VISTO il verbale dell'udienza tenutasi il giorno 21 febbraio 2013;

CONSIDERATO che in tale sede Siportal riteneva non soddisfacenti le verifiche, concernenti il partitario, svolte da Telecom. Quest'ultima chiedeva a SIPT di attendere il completamento delle verifiche e comunque chiedeva di affrontare la questione al di fuori della presente controversia; avvalendosi di quanto previsto dal Regolamento, le parti si dichiaravano favorevoli a valutare una proposta transattiva dell'Autorità per una composizione bonaria della controversia;

CONSIDERATO che l'Autorità rappresentava l'opportunità che la negoziazione del contratto d'interconnessione e la verifica del *partitario* fosse proseguita tra le parti al di fuori della presente controversia, ferma restando la propria disponibilità in funzione di *facilitatore* nell'ambito delle proprie attività di vigilanza;

VISTA la proposta transattiva dell'Autorità, svolta nel corso della suddetta udienza in accoglimento della richiesta delle parti, predisposta sulla base delle linee guida già fornite alle stesse nell'udienza del 5 dicembre 2012;

VISTA la comunicazione agli Uffici e a controparte, svolta a mezzo *email*, del 1 marzo 2013 con cui Siportal precisava che, dall'importo che sulla base della proposta transattiva le doveva essere restituito (corrispondente ad una quota parte del complessivo *petitum* del contenzioso), doveva essere sottratta una specifica somma già dalla stessa trattenuta, benché all'epoca dei fatti fatturata da Telecom. La società puntualizzava altresì che tale importo era stato inserito nella tabella *excel* prodotta in atti;

VISTA la successiva *email* del 7 marzo 2013 con cui Siportal, nell'aggiornare gli Uffici sugli sviluppi delle trattative, chiedeva a Telecom di confermare la correttezza del suddetto importo già trattenuto;

VISTO il verbale dell'udienza svoltasi il giorno 3 maggio 2013;

CONSIDERATO che nel corso dell'udienza di cui sopra le parti hanno preso in considerazione la proposta transattiva formulata dall'Autorità, riservandosi di svolgere alcune verifiche sugli importi afferenti al *petitum* inclusi nella proposta. In particolare, Siportal chiedeva ancora a Telecom di verificare la correttezza dell'importo che Siportal medesima aveva già trattenuto sul totale fatturato.

VISTA la comunicazione via *email* del 30 maggio 2013 con cui Siportal comunicava agli Uffici dell'Autorità di non aver raggiunto, in relazione alla controversia in oggetto, un accordo con Telecom Italia e chiedeva di trasmettere gli atti del procedimento alla Commissione per le infrastrutture e reti (CIR) per le determinazioni di competenza;

VISTA la comunicazione di Telecom, svolta tramite *email*, del 14 giugno 2013, con cui, in relazione al *petitum* della controversia, la stessa confermava la correttezza dell'importo già trattenuto da Siportal su quanto fatturato da Telecom; tale importo, in quanto rientrante nell'ambito del *petitum* del contenzioso, sarebbe dovuto quindi essere sottratto dall'importo complessivo che, secondo la proposta transattiva dell'Autorità, andava restituito a Siportal;

CONSIDERATO quanto segue:

I. Il fatto

1. Siportal è un operatore titolare di autorizzazione generale che offre, su rete di comunicazione elettronica fissa, servizi di accesso dati a banda larga, servizi di fonia in tecnologia VOIP (voce e dati), e servizi di telefonia vocale in tecnologia POTS ad utenze residenziali e *business*. Siportal fornisce i servizi in questione ai propri clienti attraverso una propria rete oppure avvalendosi dei servizi di accesso e trasporto offerti da Telecom, sulla base delle condizioni riportate nei relativi contratti.

Un primo contratto veniva sottoscritto tra le parti in data 29 ottobre 2004¹ in vigore del quadro regolamentare definito dalla delibera n. 6/03/CIR²; ne è poi seguito un secondo, in sostituzione del precedente, sottoscritto in data 17 ottobre 2006. Entrambi i contratti venivano denominati "*Offerta wholesale Easy.IP ADSL flat ad accesso singolo opzione ALL: modalità "Special Profile"*".

In data 28 maggio 2008 Siportal, con l'entrata in vigore del nuovo quadro regolamentare definito con la delibera n. 34/06/CONS³ che regola i servizi *bitstream* (che andavano a sostituire i precedenti servizi ADSL *wholesale*), ha sottoscritto un terzo contratto con Telecom per la fornitura di servizi di accesso a banda larga *bitstream*, denominato "*Special profile*".

2. Le prime richieste formali di chiarimenti, da parte di Siportal a Telecom, in relazione alla questione sottoposta all'attenzione dell'Autorità con la presente controversia, risalgono, sulla base di quanto dichiarato nel corso del procedimento, al mese di aprile 2007.

¹ Tale contratto non prevedeva alcun canone aggiuntivo né sovrapprezzo per l'erogazione di servizi ADSL Wholesale su linea *naked*.

² Delibera recante "*Offerte di servizi x-DSL all'ingrosso da parte della società Telecom Italia e modifiche all'offerta per accessi singoli in modalità flat*", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 28 aprile 2003, n.97.

³ Delibera recante "*Mercato dell'accesso a banda larga all'ingrosso (mercato n. 12 della 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 n. 44 del 22 febbraio 2006.

Con *email* del 3 ottobre 2008 Siportal, a seguito di una richiesta di chiarimenti inviata a Telecom in data 1 ottobre 2008, in merito alla mancata applicazione a livello *wholesale* della promozione, praticata da quest'ultima lato *retail*, sul contributo di attivazione di propri servizi ADSL *Alice Casa Internet e Alice Casa Voce e Internet*⁴, chiedeva che l'analoga promozione le fosse applicata su linea *bitstream naked*⁵ a partire dal 1 ottobre 2008.

3. Telecom replicava a Siportal di avere comunicato formalmente all'Autorità le proprie promozioni, sia a livello *wholesale* sia *retail*, sui contributi per l'attivazione dei servizi ADSL *naked* (di cui alle succitate offerte cosiddette *Alice Casa*) in data 22 settembre 2008, chiarendo al riguardo che la valutazione sulla necessità di effettuare promozioni a livello *wholesale* avviene nell'ambito delle verifiche di replicabilità svolte dall'Autorità.
4. In data 23 ottobre 2008 Siportal comunicava a Telecom la propria intenzione di inviare una segnalazione all'Autorità relativa alla condotta in oggetto; tale segnalazione veniva inviata all'Autorità, in data 27 novembre 2008, via *email*.
5. In data 1 luglio 2009 Siportal inviava ulteriori richieste di chiarimenti a Telecom in merito al mancato ribaltamento della promozione sul contributo di attivazione ADSL in questione.
6. Con nota del 22 febbraio 2011 Siportal diffidava Telecom all'emissione di note di credito per gli importi corrisposti e relativi a: i) contributi di attivazione, ii) contributi di variazione, iii) contributi di disattivazione ADSL su linea *naked* e su linea condivisa (nel caso di linea condivisa la contestazione riguardava solo i contributi di variazione e disattivazione, essendo il contributo di attivazione da sempre in promozione) per un importo complessivo di Euro 1.845.173,04 (unmilioneottocentoquarantacinquemilacentosettantatre/04).
7. In data 22 marzo 2011 Telecom rigettava la richiesta di emissione di note di credito inoltrata da Siportal.
8. Siportal pertanto decideva di rivolgersi all'Autorità ai sensi dell'art. 23 del *Codice delle comunicazioni elettroniche* e della delibera n. 352/08/CONS, affinché:

⁴ Trattasi di servizi di accesso a banda larga, incluso eventualmente telefonia su IP (VoIP), che venivano offerti da Telecom, ai propri clienti, su accessi ADSL cosiddetti *naked*, ovvero senza la contestuale fornitura del servizio telefonico analogico cosiddetto POTS (*Plan Old Telephone Service*), come viceversa fino ad allora avvenuto.

⁵ Trattasi di una linea *bitstream* (servizio intermedio consistente nella fornitura, da parte di Telecom, di una capacità trasmissiva dalla sede del cliente dell'operatore concorrente al relativo nodo di consegna sulla base della corrispondente offerta di riferimento approvata dall'Autorità), fornita senza la contestuale trasmissione (sullo stesso doppino in rame) del servizio telefonico analogico (POTS).

“Accerti e dichiari non dovuti da parte di Siportal gli importi di cui ai contributi di:

- i) *attivazione variazione e disattivazione per le linee ADSL naked;*
- ii) *variazione e disattivazione per le linee ADSL condivise (con fonia) in relazione al periodo 1/01/2006 – 31/01/2011, in quanto violativi del principio regolatorio di parità di trattamento e di replicabilità delle offerte commerciali della stessa e per l'effetto ordinare a Telecom di restituire a Siportal l'importo di Euro 1.845.173,04 oltre IVA già corrisposto dalla stessa”.*

Il *petitum* veniva poi aggiornato, con memoria integrativa del 5 ottobre 2011, ad Euro 2.233.723,49 (duemilioniduecentotrentatremilasettecentoventitre/49) oltre IVA per il periodo che va dal 1 gennaio 2006 sino al 31 gennaio 2011.

II. Le argomentazioni delle parti

II.1. SIPORTAL

Quadro regolamentare

9. Siportal lamenta l'indebita fatturazione da parte di Telecom dei contributi di attivazione, variazione, disattivazione ed extra attivazione di linee ADSL *naked* oltre che variazione e disattivazione di linee ADSL condivise (con fonia POTS).

Nello specifico, SIPT denuncia la pratica discriminatoria, a sua detta posta in essere da TI a partire da gennaio 2006, consistente nella mancata applicazione a livello *wholesale* delle promozioni applicate a livello *retail*, consistenti nella totale gratuità del contributo di attivazione, variazione e disattivazione di linee ADSL *naked* e condivise (in quest'ultimo caso SIPT lamenta la sola mancata applicazione della promozione sulla variazione di profilo⁶ e sulla disattivazione, essendo l'attivazione in promozione).

10. Secondo SIPT il ribaltamento delle promozioni *retail* anche a livello *wholesale* rappresenta l'unico strumento per garantire la replicabilità delle offerte *retail* dell'*incumbent* e, conseguentemente, per assicurare il rispetto degli obblighi di non discriminazione e parità di trattamento interna-esterna posti in capo a quest'ultimo dalla normativa vigente.

⁶ Il *profilo* definisce alcune specifiche tecniche dell'accesso dati fornito da Telecom quali la velocità trasmissiva, il tipo di tecnica trasmissiva, ecc.

SIPT richiama, a fondamento delle proprie richieste, gli obblighi posti in capo a TI dalla delibera n. 34/06/CONS⁷ e dalla conseguente delibera n. 249/07/CONS⁸. In particolare, l'art. 23, comma 7, di quest'ultima prevede che *“Telecom Italia ai sensi della delibera n. 152/02/CONS, prima di introdurre nuove offerte di accesso rivolte ai propri utenti finali contenenti promozioni, con almeno 30 giorni di preavviso, comunica all'Autorità ed agli operatori le corrispondenti promozioni sui servizi bitstream”*.

SIPT, nel ritenere che le offerte *retail* commercializzate da TI non erano ad avviso della stessa in alcun modo replicabili, contesta le modalità attraverso le quali sono stati svolti dall'Autorità i *test* di replicabilità con riguardo alle promozioni in oggetto.

SIPT, nello specifico, non comprende le ragioni per cui a parità di condizioni, considerata l'identità dell'offerta destinata all'utente finale, in esito allo svolgimento delle verifiche di replicabilità la promozione *retail* relativa alla gratuità del contributo di attivazione del servizio ADSL è stata ribaltata, a livello *wholesale*, sul corrispondente contributo di attivazione dei servizi *bitstream* solamente su linee condivise e non anche su linee *naked*. A tale proposito rileva che attraverso il servizio *bitstream naked* un operatore poteva, attraverso l'utilizzo della tecnologia VoIP, offrire all'utente finale lo stesso servizio di fonia+dati che TI erogava su linea condivisa (POTS+ADSL).

11. SIPT ritiene che il richiamo effettuato da TI alla sentenza del Consiglio di Stato n. 6529/08 secondo cui, a detta di Telecom stessa, non sussisterebbe un obbligo automatico di ribaltamento delle offerte promozionali *retail* sul mercato *wholesale*, sia parziale ed infondato. Secondo SIPT il Consiglio di Stato, lungi dall'affermare quanto addotto da TI, con la citata sentenza chiarisce definitivamente le modalità con le quali le eventuali verifiche di replicabilità devono essere effettuate. Tali modalità prevedono necessariamente che:

- 1) i dati da utilizzare per l'analisi della replicabilità devono obbligatoriamente essere quelli degli operatori concorrenti e non, invece, i dati di TI;
- 2) la verifica di replicabilità deve essere condotta in contraddittorio con tutti gli operatori interessati affinché vengano correttamente valutati tutti i contrapposti interessi, cosa che nel caso di specie non sarebbe, secondo quanto sostenuto, avvenuta;

⁷“Mercato dell'accesso a banda larga all'ingrosso (mercato n. 12 della 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”.

⁸“Modalità di realizzazione dell'offerta di servizi bitstream ai sensi della delibera n. 34/06/CONS”.

- 3) nei casi in cui l'esito della verifica iniziale evidenzia che le offerte *retail* dell'operatore dominante, con annesse promozioni, derivino, in parte o in tutto, da maggiori efficienze di rete, cioè da minor costi sostenuti dall'*incumbent* sul mercato all'ingrosso, la replicabilità delle stesse non potrà che essere garantita con il ribaltamento automatico delle offerte *retail* a livello *wholesale*.

Quanto affermato dal Consiglio di Stato nella succitata sentenza troverebbe, secondo SIPT, ampia conferma anche nella delibera n. 499/10/CONS⁹ con cui l'Autorità ha modificato l'impianto metodologico dei *test di prezzo* di cui alla delibera n. 152/02/CONS¹⁰.

12. SIPT, inoltre, richiama la sentenza n. 2737/2010 della Corte di Appello di Milano¹¹ con cui è stato accertato l'abuso di posizione dominante da parte di Telecom sul mercato a banda larga¹².

Sulla non replicabilità delle offerte di Telecom

13. SIPT al fine di dimostrare che il servizio commercializzato da TI, su linea ADSL *naked*, non è replicabile ha depositato tre tabelle relative ad altrettanti *test di prezzo* dalla stessa svolti, a sua detta, sulla base delle indicazioni contenute nella delibera n. 499/10/CONS:

- Tab. 1: "Cliente Siportal vs Cliente TI Alice Casa" (24 mesi);
- Tab. 2: "Cliente Siportal vs Cliente TI ADSL 7 mega" (24 mesi) e
- Tab. 3: "Cliente Siportal vs Cliente TI Adsl 20 mega" (24 mesi).

Il *test di prezzo* riportato nella Tabella 1, inerente al servizio *Alice Casa*, veniva svolto dalla società istante ipotizzando:

- un tempo di permanenza del cliente di 24 mesi;

⁹ "Adeguamento e innovazione della metodologia dei test di prezzo attualmente utilizzati nell'ambito della delibera n. 152/02/CONS "misure atte a garantire la piena applicazione del principio di parità di trattamento interna ed esterna da parte degli operatori aventi notevole forza di mercato nella telefonia fissa".

¹⁰ "Misure atte a garantire la piena applicazione del principio di parità di trattamento interna ed esterna da parte degli operatori aventi notevole forza di mercato nella telefonia fissa".

¹¹ Pubblicata in data 12 ottobre 2010.

¹² Tale abuso è stato accertato in quanto Telecom aveva imposto unilateralmente e in via retroattiva nei confronti della società ricorrente condizioni economiche non previste dal contratto ADSL *wholesale* vigente tra le parti ossia gli extracontributi *naked* ed extra canoni *naked*).

- l'applicazione di alcuni prezzi presenti nell'Offerta di Riferimento *bitstream* ed interconnessione (traffico voce) allora vigente (OR 2007);
- altre condizioni economiche previste nel contratto in vigore tra Siportal e TI;
- costi operativi commerciali ritenuti realistici da SIPT.

L'esito del *test di prezzo* svolto da SIPT dimostrerebbe che il totale dei costi per cliente pagato da SIPT (1.476,43 – millequattrocentosettantasei/43 Euro) è del 75,8% superiore rispetto al ricavo complessivo ottenuto da TI dal proprio cliente finale (840,00 – ottocentoquaranta/00 Euro), tenuto conto della promozione applicata.

Analogo *test di prezzo* è stato svolto, con riferimento al 2011, in tabella 2 (servizio ADSL 7 Mega), giungendo al risultato che il totale dei costi per cliente pagato da SIPT (694,23 – seicentonovantaquattro/23 Euro) è del 84,62% superiore rispetto al ricavo complessivo ottenuto da TI dal proprio cliente finale (376,03 – trecentosettantasei/03 Euro), tenuto conto della promozione applicata.

Infine, il *test di prezzo* svolto, con riferimento al 2011, in relazione all'offerta 20 Mega su linea condivisa, giunge al risultato che il totale dei costi per cliente pagato da SIPT (1162,05 – millecentosessantadue/05 Euro) è del 107,83% superiore rispetto al ricavo complessivo ottenuto da TI dal proprio cliente finale (559,14 – cinquecentocinquantanove/14 Euro), tenuto conto della promozione applicata.

Sulla proposta transattiva formulata dall'Agcom

14. SIPT ha dichiarato, nel corso dell'istruttoria, la propria disponibilità a prendere in considerazione la proposta transattiva nei termini formulati dall'Autorità. Ha confermato che dal *quantum* stabilito nella citata proposta come somma che le doveva essere restituita, pari ad Euro 932.100 (novecentotrentaduemilacento), deve essere sottratto l'importo da SIPT medesima già trattenuto, pari ad Euro 371.717,67 (trecentosettantunomilasettecentodiciassette/67), in quanto riferibile alle fatture oggetto della transazione. SIPT non ha poi portato a conclusione l'accordo transattivo con Telecom anche a fronte di ulteriori non risolti punti di disaccordo con la stessa (che tuttavia esulano dal *petitum* della controversia), con particolare riferimento alla questione del partitario e del nuovo contratto d'interconnessione (quest'ultimo, all'epoca, in fase di negoziazione).

II.2. TELECOM ITALIA

15. TI, per i motivi che seguono, contesta la ricostruzione operata da Siportal nell'istanza presentata in data 27 luglio 2011.

Quadro regolamentare

16. L'assunto di Siportal secondo cui sussisterebbe un obbligo regolamentare in capo a TI, previsto dalla delibera n. 34/06/CONS e n. 249/07/CONS, di automatico ribaltamento delle promozioni *retail* a tutte le corrispondenti offerte sul mercato *wholesale* è, ad avviso di TI, infondato, in quanto:
- 1) La regolamentazione vigente esclude, in assenza di specifiche esigenze di replicabilità, l'obbligo di ribaltamento automatico a livello *wholesale* delle promozioni applicate, da Telecom, a livello *retail*, come confermato anche dalla succitata sentenza n. 6529/08 del Consiglio di Stato.
 - 2) La verifica di replicabilità svolta dall'Autorità è l'ambito specifico nel quale viene valutato il rispetto dei principi di parità di trattamento interna-esterna e non discriminazione. Ogni qual volta TI commercializza un'offerta *retail* l'Autorità, richiesti i dati necessari, effettua il *test di replicabilità*.
 - 3) I test di replicabilità sono, quindi, effettuati dall'Autorità a cui TI comunica le offerte da commercializzare sul mercato (si fa riferimento alle proprie offerte al dettaglio di accesso a banda larga, incluso eventualmente servizi telefonici e video) con almeno 30 giorni di preavviso. Il termine di 30 giorni smette di decorrere se l'Autorità blocca l'offerta di Telecom, laddove ritenuta non replicabile. A quel punto TI modifica l'offerta (e quindi le eventuali promozioni nella stessa incluse), e la ripresenta all'Autorità fintanto che quest'ultima non dà il proprio nulla osta (anche tramite il meccanismo del silenzio assenso).
 - 4) In relazione alla insussistenza di un obbligo di ribaltamento automatico, lato *wholesale*, delle promozioni svolte a livello *retail* e della necessità, in sede di verifica, di un contraddittorio con tutti gli operatori Telecom fa presente che l'Autorità ha ribadito una posizione opposta, in linea con la sentenza citata, nella delibera n. 499/10/CONS (punto 66, lett. a) laddove “[i]n merito al “ribaltamento” sulle offerte wholesale delle corrispondenti condizioni economiche applicate lato retail, segnatamente per quanto riguarda i contributi di attivazione o permuta intra-OLO per tutti i servizi wholesale, l'Autorità - in linea con i principi stabiliti in materia da un recente pronunciamento del Consiglio di Stato - ritiene di confermare la propria posizione, per cui saranno gli Uffici dell'Autorità, in sede di verifica della replicabilità delle offerte promozionali di Telecom Italia, a valutare la necessità del ribaltamento a livello wholesale delle condizioni economiche proposte a livello retail”.

17. Telecom rileva che SIPT non ha fornito alcun elemento a sostegno della propria tesi secondo cui le offerte *Alice* di Telecom, oggetto del *petitum* della controversia, non sarebbero state replicabili. Di contro, a distanza di anni dal superamento dei *test di replicabilità* svolti dall'Autorità, TI evidenzia di avere riposto legittimo affidamento sulla correttezza delle condizioni economiche applicate in ambito *retail* e delle promozioni applicate.

Sulla proposta formulata dall'Agcom

18. Anche Telecom ha dichiarato, nel corso del procedimento, la propria disponibilità a prendere in considerazione la proposta transattiva formulata dall'Autorità. Ritiene, in accordo con Siportal, che dal *quantum* stabilito come somma da restituire a quest'ultima, pari ad Euro 932.100 (novecentotrentadue milacenti), debba essere decurtato l'importo da SIPT già trattenuto, pari ad Euro 371.717,67 (trecentosettantunomilasettecentodiciassette/67), in quanto afferente al periodo oggetto della transazione.

III. Valutazioni dell'Autorità sul quadro regolamentare inerente ai servizi *bitstream* e alla replicabilità delle offerte *retail* di Telecom Italia

Premessa

Si richiama, in via preliminare, che la fornitura di servizi al dettaglio (ADSL o voce + ADSL) da parte di operatori alternativi a Telecom Italia (cd. *Other Authorised Operator* o OAO) avviene tramite la fornitura agli stessi, da parte di quest'ultima, tra gli altri, dei seguenti servizi intermedi di accesso alla rete in rame: il servizio di *unbundling* oppure il servizio *bitstream*.

Il servizio di *unbundling* (cd. *full ULL*) consiste nella fornitura da parte di Telecom Italia agli altri operatori, a fronte di un canone mensile, dell'accesso fisico al doppino telefonico (cd. ultimo miglio della rete di accesso in rame) consentendo agli stessi di fornire alla propria clientela i servizi di telefonia "tradizionale" e/o ADSL. L'OAO, tuttavia, può anche noleggiare da Telecom Italia l'accesso alle sole frequenze alte del doppino telefonico (cd. *shared access*) in modo da poter fornire alla propria clientela i soli servizi basati su tecnica ADSL, quali l'accesso ad Internet e la voce su IP (in tal caso la parte inferiore dello spettro del doppino continua ad essere utilizzata da un altro operatore per la fornitura allo stesso cliente del servizio telefonico "tradizionale"). L'accesso al doppino (sia nella modalità *full ULL* che *shared access*) avviene presso la centrale locale di Telecom Italia anche grazie alla fornitura, all'OAO, di servizi accessori quali: l'affitto di spazi (per la locazione di apparati dell'OAO), l'acquisto di servizi di alimentazione e condizionamento di detti apparati, l'acquisto di raccordi tra gli apparati dell'OAO e quelli di Telecom Italia.

Il servizio *bitstream* consiste, invece, nella fornitura da parte di Telecom Italia agli altri operatori dell'accesso, a fronte di un canone mensile, della capacità trasmissiva a banda larga messa a disposizione tra la sede del cliente ed un nodo di consegna (a livello più remoto rispetto alla centrale locale) presso cui l'OAO è "colocato", consentendo a quest'ultimo di fornire alla propria clientela servizi basati su tecnica ADSL (in generale xDSL). Tale accesso viene anche detto "virtuale" in quanto consiste non già di un accesso fisico al doppino telefonico, come nel precedente caso, bensì di un accesso ad un flusso trasmissivo. Il servizio *bitstream* rappresenta una evoluzione del precedente servizio ADSL *wholesale*, come meglio chiarito nel seguito.

L'attivazione del servizio comporta il pagamento, da parte dell'OAO, di un contributo *una tantum* a ristoro dei relativi costi sostenuti da Telecom Italia. Parimenti ogni operazione tecnica sulla linea quali: il cambio di profilo trasmissivo (ad esempio la velocità trasmissiva), la disattivazione, ecc., comporta il pagamento del relativo contributo *una tantum*. I prezzi all'ingrosso (canoni e contributi *una tantum*) sono riportati nell'offerta di riferimento *bitstream* approvata, annualmente, dall'Autorità e pubblicata sul portale *wholesale* di Telecom.

Il servizio *bitstream* può essere fornito sia in modalità *condivisa* che *naked*.

Nella modalità *naked* l'OAO utilizza in modo esclusivo la linea di accesso per la fornitura alla propria clientela di servizi xDSL e, nel caso, di telefonia in tecnica VoIP.

Nel caso del *bitstream condiviso* l'accesso ADSL viene fornito all'OAO, da Telecom Italia, in condivisione (sulla stessa linea fisica) con il servizio telefonico "tradizionale". La separazione frequenziale, all'interno del doppino in rame, dei due servizi (voce e dati) fa sì che la loro fornitura avvenga in modo indipendente.

III.1 La regolamentazione dei servizi ADSL WHOLESALE (2006-2007)

19. Prima dell'entrata in vigore dell'attuale quadro regolamentare in materia di servizi *bitstream* (avvenuta a fine 2007 con l'approvazione, con delibera n. 133/07/CIR¹³, delle condizioni economiche della prima offerta di riferimento *bitstream*) l'Autorità aveva regolato, con la delibera n. 6/03/CIR, le condizioni tecniche ed economiche dell'offerta di servizi ADSL *wholesale* (evoluti poi nei servizi *bitstream*) di Telecom agli operatori alternativi.
20. Il quadro regolamentare allora delineato partiva dal presupposto che con delibera 407/99 l'Autorità aveva rilasciato a Telecom Italia un'autorizzazione provvisoria

¹³ L'approvazione delle condizioni tecniche ed amministrative dell'offerta *bitstream* 2007 è stata svolta con specifico separato procedimento conclusosi con l'adozione della delibera n. 115/07/CIR.

per la fornitura di servizi di accesso ad Internet ad alta velocità basati sull'applicazione delle tecnologie ADSL e che tale autorizzazione provvisoria era subordinata al rispetto di determinate condizioni tra le quali l'obbligo, in ottemperanza al principio di *parità di trattamento*, di pubblicare un'offerta di servizi *wholesale* trasparente e *non discriminatoria*, con riferimento alle modalità e ai tempi di fornitura, rispetto a quanto offerto da Telecom Italia alle società controllanti, controllate, collegate e alle proprie divisioni operative e tale da consentire agli operatori che ad essa aderiscono di fornire tempestivamente un servizio di qualità equivalente, a condizioni concorrenziali sul mercato finale (incluso un ragionevole margine di profitto sul servizio offerto).

21. In aggiunta a quanto sopra, gli obblighi connessi alla fornitura di servizi in tecnologia x-DSL da parte di Telecom Italia erano stati definiti dalla delibera n. 2/00/CIR e, sostanzialmente, ripresi dalla delibera n. 6/03/CIR. Al fine di garantire la *parità di trattamento* tali obblighi prevedono, con riferimento ai servizi x-DSL, che le condizioni economiche proposte da Telecom Italia per l'offerta di servizi *wholesale* devono essere determinate sulla base del prezzo che Telecom Italia pratica alla clientela finale, per l'offerta di equivalenti servizi che utilizzino tecnologie x-DSL, cui sono sottratti (cosiddetto *retail minus*) i costi detti non pertinenti, quali i costi di commercializzazione dell'offerta (es. *marketing*, pubblicità e rete di vendita), i costi di gestione del cliente (es. costi di fatturazione e assistenza clienti) ed i costi delle ulteriori componenti di rete necessarie per la fornitura di un servizio finale di qualità equivalente a quello offerto al pubblico da Telecom Italia (o da sue controllate e collegate).
22. Telecom Italia, per ciascuna offerta al pubblico comunicata all'Autorità, era tenuta a fornire evidenza disaggregata dei costi dei servizi aggiuntivi e dei costi non pertinenti, fornendo altresì i criteri di valutazione utilizzati e indicando la natura dei dati utilizzati, con il necessario dettaglio¹⁴.

¹⁴ Servizi aggiuntivi (valore per ciascun servizio; ad es. apparati forniti gratuitamente, spazi *web*, caselle di posta elettronica, accesso gratuito a servizi a pagamento, accesso a servizi riservati alla clientela, etc.);
 Costi di Marketing;
 Costi di Pubblicità;
 Costi della rete di vendita diretta e indiretta;
 Costi di fatturazione;
 Costi di rischio insolvenza;
 Costi di assistenza clienti;
 Costi di infrastrutture di rete, aggiuntive a quelle incluse nei servizi all'ingrosso, inclusivi dei costi di manutenzione;
 Margine del servizio.

23. In tal modo, le condizioni economiche dei servizi x-DSL all'ingrosso offerti da Telecom Italia erano determinate in maniera tale da consentire ai concorrenti l'offerta di un servizio finale di qualità equivalente a quello fornito da Telecom Italia o dalle società controllanti, controllate, collegate ed il conseguimento di un ragionevole margine di profitto sul servizio.
24. Il principio di non discriminazione veniva pertanto garantito, al fine di mantenere invariato il margine stabilito, tramite il ribaltamento anche delle promozioni che Telecom Italia svolgeva a livello *retail*, sui corrispondenti costi *wholesale*. Infatti, se il prezzo del servizio *wholesale* è determinato per sottrazione, dal prezzo *retail* (quest'ultimo non soggetto a vincoli regolamentari), dei costi (di norma determinati sulla base di criteri di ragionevole efficienza) dei servizi aggiuntivi e non pertinenti, una eventuale promozione effettuata da Telecom lato *retail* necessariamente deriva (non essendo possibile comprimere ulteriormente i costi non pertinenti già efficienti) dall'imputazione, al proprio interno, di un minore prezzo *wholesale* (si ricorda che il prezzo *wholesale* non è orientato al costo per cui può essere soggetto a riduzioni pur consentendo all'impresa di operare con margini positivi). Tale riduzione dei prezzi *wholesale*, ottenibile alla luce del fatto che il canone ADSL *wholesale* (costo pertinente) non è orientato al costo¹⁵, deve essere ribaltata all'operatore concorrente affinché questo possa operare a parità di condizioni.

III.2 La regolamentazione dei servizi *bitstream* e dei test di prezzo (2008-2010)

25. Il successivo quadro regolamentare inerente ai servizi *bitstream* trae origine dall'adozione della delibera n. 34/06/CONS nella quale si passa (per tutti i servizi, fatto salvo il canone di accesso *naked*) dalla metodologia *retail minus* all'orientamento al costo. Si richiama, infatti, che ai sensi dell'art. 7, comma 2, della delibera n. 34/06/CONS, “[i] prezzi dei servizi *bitstream* di cui al successivo comma 3 [Servizi *bitstream* con interconnessione al DSLAM, limitatamente ai siti di centrale non ancora aperti ai servizi di accesso disaggregato; Servizi *bitstream* con interconnessione al *parent switch*; Servizi di trasporto metropolitano tra nodi *parent switch*] sono valutati, nel rispetto del principio di parità di trattamento interno-esterno, a partire dai dati di contabilità regolatoria, sulla base dei costi pertinenti ai servizi erogati e della remunerazione del capitale investito fissata dall'Autorità”.

Si richiama, altresì, ai sensi dell'art. 12, comma 1, della delibera n. 34/06/CONS, che “[n]el caso in cui l'utente finale corrisponda a Telecom Italia il canone telefonico, il prezzo della componente relativa alla rete d'accesso dei servizi *bitstream* di cui al precedente Art. 7, comma 3, punti 1 e 2 è formulato in base al

¹⁵ Sebbene in alcuni casi il retail minus ne possa fornire un'approssimazione ragionevole.

principio dell'orientamento al costo in relazione alle sole componenti di rete non remunerate dal canone telefonico".

26. La stessa delibera definisce gli obblighi, in capo a Telecom Italia, di non discriminazione e di replicabilità delle proprie offerte *retail* per il tramite dei servizi *bitstream*. Si richiama, in via generale, l'art. 4, comma 4, della delibera n. 34/06/CONS, ove è previsto che “[c]on riferimento alle condizioni economiche dei servizi *bitstream*, Telecom Italia applica i medesimi prezzi sia agli operatori interconnessi, sia alle proprie divisioni commerciali ed alle società ad essa collegate o da essa controllate”.

27. Ai sensi dell'art. 9, comma 6, della delibera n. 34/06/CONS, è altresì previsto, ai fini della verifica di replicabilità delle offerte *retail* di Telecom Italia, che “[...] Telecom Italia comunica all'Autorità le condizioni tecniche (inclusi gli SLA) ed economiche che caratterizzano ciascuna offerta al dettaglio di servizi a banda larga, nonché i costi delle componenti impiantistiche e commerciali aggiuntive rispetto al servizio *bitstream* regolamentato. In particolare, Telecom Italia, contestualmente all'avvio della commercializzazione, fornisce evidenza disaggregata dei servizi aggiuntivi (ad es. apparati forniti gratuitamente, spazi web, caselle di posta elettronica, accesso gratuito a servizi a pagamento, accesso a servizi riservati alla clientela) e dei costi non pertinenti, tra cui quelli di seguito elencati:

- *marketing;*
- *pubblicità;*
- *rete di vendita diretta e indiretta;*
- *fatturazione;*
- *rischio insolvenza;*
- *assistenza clienti;*
- *infrastrutture di rete, aggiuntive a quelle incluse nei servizi all'ingrosso, inclusivi dei costi di manutenzione”.*

28. Quanto sopra chiarisce, in maniera non equivoca, che:

- l'orientamento al costo è sancito dall'adozione della delibera 34/06/CONS;
- la non discriminazione e parità di trattamento è garantita dall'orientamento al costo dei servizi regolamentati *bitstream* (quindi il prezzo delle componenti di servizio regolate non garantisce a TI margini aggiuntivi ai costi sostenuti) e dalle verifiche di replicabilità svolte dall'Autorità sulla base dei dati comunicati, volta per volta, da Telecom Italia (verifiche che garantiscono che l'operatore concorrente, una volta acquistati i servizi regolati, sia in grado di competere sul mercato con Telecom stessa. Ciò

avviene, in linea di principio e nelle modalità definite nei modelli di test di prezzo, laddove la somma complessiva dei costi dei servizi, regolati e non, sia inferiore al prezzo *retail* praticato da Telecom).

29. La delibera n. 34/06/CONS regola, per la prima volta, anche il costo degli accessi *bitstream naked* su linea dedicata (accessi cioè utilizzati per la fornitura di servizi ADSL da parte degli operatori concorrenti senza la contestuale fornitura del servizio telefonico da parte di Telecom). Nello specifico la delibera n. 34/06/CONS ha stabilito che le condizioni economiche del canone di accesso *naked* venissero calcolate applicando una riduzione rispetto al canone di accesso applicato, *lato retail*, da Telecom Italia. Al riguardo si richiama, in particolare, l'art. 12, comma 2, della delibera n. 34/06/CONS, ove è previsto che: “[n]el caso in cui l'utente finale non corrisponda a Telecom Italia il canone telefonico o perché il servizio *bitstream* viene richiesto su linea non attiva, o perché il servizio di accesso telefonico al dettaglio viene cessato dall'utente finale successivamente all'attivazione del servizio *bitstream*, il prezzo della componente relativa alla rete di accesso remunerata dal canone telefonico, viene corrisposto a Telecom Italia dall'operatore alternativo e valutato sulla base della metodologia del *retail minus*, a partire dal canone di Telecom Italia per l'accesso residenziale, scorporando i costi non pertinenti al servizio di accesso quali i costi di commercializzazione dell'offerta (es. marketing, pubblicità e rete di vendita), i costi di gestione del cliente (es. costi di fatturazione e assistenza clienti) ed i costi delle infrastrutture di rete non utilizzate”.

Suddetta riduzione è stata definita dall'Autorità con delibera n. 34/06/CONS, ove all'art. 8, comma 3, è indicato quanto segue:

“Il valore del minus per la determinazione del prezzo della componente relativa alla rete di accesso è pari al 20%”.

Si evidenzia che tale norma non implica in alcun modo l'adozione di un criterio di prezzo *retail minus* nella regolamentazione del *bitstream*, bensì la mera approssimazione dei costi della sola linea di accesso *naked* (il doppino in rame) a partire dai prezzi di accesso *retail* (cioè il canone praticato da Telecom al proprio cliente) cui sono sottratti i costi evitabili (come indicato all'art. 12, comma 2, della delibera n. 34/06/CONS, sopra richiamato), pari al 20% del canone telefonico (la cartolina d'utente ed i costi commerciali, sono costi evitabili per l'OLO che acquista *bitstream*). Tutte le altre componenti del servizio *bitstream* sono valutate, come sopra ampiamente richiamato, sulla base dei dati di contabilità regolatoria.

30. La delibera succitata ha poi trovato attuazione nella delibera n. 249/07/CONS recante le “*Modalità di realizzazione dell'offerta dei servizi bitstream ai sensi della delibera 34/06/CONS*”¹⁶. L'art. 23 di detta delibera individua e chiarisce la

¹⁶ Da segnalare che con la delibera n. 731/09/CONS, recante “*Individuazione degli obblighi regolamentari di cui sono soggette le imprese che detengono un significativo potere di mercato nei*

metodologia di determinazione dei costi dei servizi *bitstream*. In particolare il comma 1 di detto articolo evidenzia che “[i] prezzi dell’offerta *bitstream* ATM ed IP per l’anno 2007 sono valutati utilizzando la Contabilità Regolatoria 2006 (in ciò confermando l’orientamento al costo). Più in generale, i prezzi dell’offerta *bitstream* ATM ed IP per ciascun anno sono valutati utilizzando la contabilità regolatoria dell’anno precedente”.

31. Lo stesso articolo fornisce indicazioni sulle modalità di svolgimento dei *test* di prezzo. In particolare ai commi 4-7 è previsto che:

4. *Tutte le offerte retail di Telecom Italia di servizi offerti mediante la propria rete di accesso a banda larga in tecnologia ATM o Ethernet/IP devono essere replicabili mediante l’uso dei servizi bitstream disponibili nell’offerta di riferimento;*
5. *Telecom Italia, per ogni offerta retail di cui al comma precedente fornisce, non meno di 30 giorni prima dell’avvio della commercializzazione dell’offerta, i dati necessari alla verifica delle condizioni di replicabilità secondo quanto indicato nell’allegato 5.*
6. *Laddove i prezzi dell’offerta bitstream contengano attivazioni, tali contributi devono essere giustificati sulla base delle evidenze contabili e saranno applicabili nei limiti della replicabilità delle offerte al dettaglio di Telecom Italia. A tal fine si terrà conto delle eventuali promozioni.*
7. *Telecom Italia ai sensi della delibera n. 152/02/CONS, prima di introdurre nuove offerte di accesso rivolte ai propri utenti finali contenenti promozioni, con almeno 30 giorni di preavviso, comunica all’Autorità ed agli operatori le corrispondenti promozioni sui servizi bitstream...*

32. Quanto riportato chiarisce e conferma definitivamente che:

- I. i prezzi dell’offerta *bitstream* sono orientati al costo;
- II. Telecom, e non gli operatori concorrenti, comunica all’Autorità i dati necessari per svolgere i test di prezzo; resta fermo che l’Autorità potrà chiedere, qualora necessario nell’ambito dell’istruttoria che sarà chiamata a svolgere, dati agli operatori concorrenti;
- III. l’applicazione di contributi di attivazione, lato *wholesale*, dipende dalle condizioni di replicabilità (comma 6) valutate in relazione alle eventuali promozioni applicate ai servizi *retail*, con ciò eliminando ogni dubbio sul

mercati dell’accesso alla rete fissa (Mercati n. 1, 4 e 5 fra quelli individuati dalla Raccomandazione 2007/879/CE)”, l’Autorità ha introdotto per il triennio 2010-2012 il meccanismo del network cap anche per i servizi bitstream su linea dedicata per il triennio 2010-2012.

fatto che non esiste, in detto quadro regolatorio, un meccanismo di ribaltamento automatico delle promozioni.

III.3 L'attuazione della delibera n. 249/07/CONS

33. La metodologia di svolgimento dei *test di prezzo* dei servizi *bitstream*, precedentemente all'adozione della delibera n. 499/10/CONS è, come premesso, basata sull'articolo 23 della delibera n. 249/07/CONS e sui dati di costo di cui al citato allegato 5.

L'applicazione del *test di prezzo* in presenza di offerte *bundle* (voce + dati ed eventualmente IP-TV) veniva svolta, in linea con la metodologia condivisa con gli operatori nel *tavolo tecnico* istituito ai sensi della delibera n. 133/07/CIR, art. 2, comma 15 (si veda, per dettagli, la successiva sezione 56), secondo le seguenti linee guida:

- ⇒ l'analisi è svolta per ogni specifica offerta *retail* comunicata preventivamente all'Autorità da Telecom Italia, ai sensi di quanto previsto dalla delibera 249/07/CONS;
- ⇒ il ribaltamento lato *wholesale* delle promozioni effettuate da Telecom Italia al dettaglio non è automatico, bensì valutato per ogni singola offerta sulla base dei ricavi, derivanti dall'offerta *retail*, e dei costi, che l'OLO deve sostenere per replicare l'offerta;
- ⇒ i ricavi sono quelli maturati da Telecom Italia in un periodo di **36 mesi** sulla base delle condizioni di offerta *retail* ed includono i contributi *una tantum* ed i canoni. Tali ricavi vengono valutati in relazione alla specifica offerta *retail* oggetto di analisi;
- ⇒ valutazione della replicabilità della componente di traffico telefonico basata sul Test di prezzo definito nella delibera n. 152/02/CONS;
- ⇒ valutazione della replicabilità della componente del servizio di accesso ad Internet a larga banda, sulla base dell'offerta di riferimento *bitstream*, ai sensi della delibera n. 249/07/CONS;
- ⇒ considerazione nel Test di Prezzo, ai sensi della delibera n. 249/07/CONS, delle promozioni effettuate a livello *retail* sui canoni e sui contributi *una tantum* relativi alle attivazioni ed agli apparati (*modem, decoder, ecc.*);

- ⇒ rispetto di un “margine” minimo, dell’ordine del 30%, tra il prezzo della componente del canone “effettivo”¹⁷, *retail* relativa alla sola connettività ed i costi di accesso *bitstream*. La componente del canone “effettivo” relativa alla sola connettività, è ottenuta sottraendo al canone “effettivo” i costi mensili di accesso¹⁸ ed i costi mensili dei servizi aggiuntivi al servizio di sola connettività eventualmente offerti, quali servizi mail, IPTV, voce, apparati. Il costo del traffico telefonico, sottratto dal canone “effettivo” mensile, è inclusivo del margine del 35%, di cui alla delibera n. 152/02/CONS. Si fa presente che la scelta di un valore di riferimento per il “margine” della componente del servizio di sola connettività, dell’ordine del 30%, veniva ritenuta congrua, essendo stato tale valore già adottato, dalla delibera n. 34/06/CONS, come *minus* tra i costi *bitstream* ed il prezzo *retail* del servizio di connettività;
- ⇒ le promozioni sono distribuite su un tempo medio di permanenza del cliente con l’Operatore di 3 anni;
- ⇒ nel caso di offerte che includono la IPTV sono stati considerati i costi *aggiuntivi* all’accesso ed al trasporto *bitstream* relativi ad apparati di rete IPTV (server, ecc.) ed ai contenuti;
- ⇒ qualora per una certa offerta *retail* si verifica che i ricavi non sono maggiori dei costi viene richiesto a Telecom Italia di rimodulare le condizioni economiche al dettaglio o di effettuare delle opportune promozioni all’ingrosso.

III.4 Le sentenze nn. 6527/2008 e 6529/2008 del Consiglio di Stato concernenti, rispettivamente, la delibera n. 83/06/CIR e la delibera n. 249/07/CONS.

34. Avendo entrambe le parti in lite citato le sentenze in oggetto l’Autorità ritiene opportuno un richiamo al contenuto delle stesse.

a) SENTENZA N. 6527/08

Giova innanzitutto richiamare che l’art. 2, comma 6¹⁹, della delibera n. 83/06/CIR impone a Telecom Italia tre distinti obblighi:

¹⁷ Canone “effettivo” rappresenta il valore del canone medio mensile ottenuto dividendo il ricavo complessivo, tenuto conto del mancato ricavo per le promozioni, per il numero di mensilità comprese nel periodo di riferimento del Test (3 anni nella valutazione in oggetto).

¹⁸ Sono i costi di accesso remunerati a livello *retail* dal canone telefonico, al netto degli elementi di rete non pertinenti al servizio, quali ad esempio la cartolina d’utente, nel caso di offerta *naked*.

¹⁹ Telecom Italia, ai sensi della delibera n. 152/02/CONS e di quanto previsto all’art. 6, comma 2, della delibera n. 4/06/CONS, con almeno 60 giorni di preavviso agli operatori ed all’Autorità prima di introdurre nuove offerte di accesso rivolte ai propri utenti finali, ripropone sui servizi intermedi le

- a) Comunicare con preavviso all'Autorità le “nuove offerte di accesso rivolte ai propri utenti finali”;
- b) Comunicare con il medesimo preavviso anche agli operatori concorrenti le medesime offerte al dettaglio;
- c) Riproporre a livello *wholesale* promozioni corrispondenti alle offerte al dettaglio.

Il TAR del Lazio, con sentenza n. 3217 del 16 aprile 2008, a seguito del ricorso presentato da Telecom Italia, aveva annullato l'articolo suddetto.

Il Consiglio di Stato ha successivamente confermato il dispositivo annullatorio del giudice di primo grado (sebbene con una diversa motivazione)²⁰ solo relativamente all'obbligo di comunicazione dell'offerta *retail* da parte di Telecom Italia agli OLO. La limitatezza del *thema decidendum* cui il Consiglio di Stato ha ritenuto in tal caso di dover circoscrivere le proprie valutazioni – la legittimità dell'obbligo di comunicazione dell'offerta promozionale *retail* agli OLO- comporta quindi inevitabilmente che sia assai ridotta l'incidenza dei passaggi motivazionali della sentenza in discorso sul meccanismo di replicabilità nel suo complesso.

b) SENTENZA N. 6529/08

Con tale pronuncia si è stabilito che le previsioni in tema di replicabilità dell'offerta di cui all'art. 23, co. 4, 5, 6 e 7 della delibera n. 249/07/CONS sono pienamente legittime e si pongono “in funzione di “adeguata” strumentalità logica, rispetto a quanto stabilito dalla delibera n. 34/06/CONS”, senza che per la loro attuazione occorresse, quindi, una nuova analisi di mercato. Con sentenza n. 6529/08, il Consiglio di Stato affronta in modo diretto ed approfondito il tema della replicabilità, stabilendo che l'accertamento dell'Autorità in ordine alla replicabilità può condurre a due esiti diversi.

- Se si accerta che la “promozione” agli utenti finali deriva da una rimodulazione dei costi commerciali, l'obbligo di replicare la “promozione” non potrà operare nel caso in cui l'attuale offerta *bitstream* ne consenta già la replicabilità.

corrispondenti promozioni. Tale previsione si applica anche al servizio di shared access con riferimento alle promozioni sui contributi di attivazione dei servizi ADSL retail di Telecom Italia (Alice). Le previsioni di cui al presente comma entrano in vigore a partire dall'entrata in vigore del presente provvedimento.

²⁰ Secondo un'importante puntualizzazione del Consiglio di Stato, l'annullamento pronunciato dal TAR “sia pure con una sorta di formula ellittica” ha avuto ad oggetto solo il secondo obbligo di preventiva comunicazione da parte dell'operatore dominante agli operatori alternativi delle offerte realizzate al dettaglio.

L'Autorità rileva che, nella pratica, tale "rimodulazione" di costi commerciali (non regolamentati dall'Agcom) si traduce o in un efficientamento di tutte le componenti di costo non regolate (ad esempio individuando *provider* diversi di servizi di interconnessione internazionali, di servizi di *Information Technology*, ecc.) o in una riduzione dei margini di profitto, già esistenti, rispetto ai costi complessivi (infatti non va escluso il caso che il prezzo *retail* praticato sia superiore ai costi complessivi, regolati e non). In conclusione l'operatore *incumbent* può svolgere delle promozioni lato *retail* sfruttando o le maggiori efficienze ottenibili sui costi non regolati o comprimendo i propri margini di profitto.

- Se, viceversa, la "promozione" necessita, al fine di consentirne la replicabilità, una rimodulazione dei costi all'ingrosso (questo perché i costi non regolamentati sono già efficienti e il margine di profitto non è ulteriormente comprimibile), diventerà allora necessario riversare la "promozione" anche a favore degli altri Operatori sul versante *wholesale*. Questo accade quando l'operatore non dispone di ulteriori margini di profitto da comprimere (e cioè la somma dei costi regolati e non è pari a quanto ottenuto da Telecom lato *retail*) e quando non è possibile ulteriormente efficientare i costi non regolati. In tal caso l'operatore *incumbent* può svolgere promozioni lato *retail* solo cercando maggiori efficienze sui costi regolamentati (cioè quelli riportati nell'offerta di riferimento *bitstream*, applicabile nell'anno di pertinenza, nel caso di specie). In tal caso tali maggiori efficienze vanno applicate, lato *wholesale*, anche agli operatori concorrenti (cioè in quanto, per parità di trattamento, gli operatori del mercato, incluso Telecom, utilizzano i prezzi dell'offerta di riferimento regolamentata).

Il fattore comune delle riflessioni su citate è che non esiste un meccanismo automatico di riversamento delle offerte promozionali *retail* sul mercato *wholesale bitstream*. Non sussistendo, infatti, come nel precedente regime *retail minus*, un legame diretto tra prezzo *retail* e prezzo *wholesale* (legame stabilito per sottrazione da quest'ultimo di una fissata percentuale di costi non pertinenti) è chiaro che uno sconto lato *retail* può andare ad erodere i margini dell'operatore *incumbent* sui prezzi non regolamentati o sui profitti, margini che dipendono dal livello fissato per il canone *retail* (quest'ultimo non regolamentato). Scopo del *test di prezzo* è proprio quello di verificare quanto sopra. Nella pratica ed al semplice scopo esemplificativo e di una più agevole comprensione di quanto sopra detto:

R= il ricavo complessivo in un certo periodo di osservazione (3 anni nel periodo di applicazione della delibera n.249/07/CONS, 1 anno o 2 anni nel periodo di applicazione della delibera n.499/10/CONS a seconda della tipologia di test svolta) da parte di Telecom e derivante da canoni e contributi versati dal cliente;

CW= i costi complessivi *wholesale* regolamentati come definiti dall'offerta di riferimento (OR) pertinente (si considerava l'OR *bitstream* nel quadro definito dalla delibera n.249/07/CONS; nel quadro regolamentare culminato con la delibera n.499/10/CONS il test di prezzo viene svolto sulla base del principio della fornitura efficiente dei servizi tramite una quota parte di linee ULL ed una quota parte di linee *bitstream*); nel caso di un *bundle* di servizi (dati + voce) vanno considerati anche i costi attinenti all'interconnessione per la terminazione e la raccolta di servizi voce di cui alla corrispondente offerta di riferimento;

CNP= i costi aggiunti ed evitabili sostenuti da un operatore efficiente;

M= il margine di profitto (valore non regolamentato, ma comunque positivo).

Dovrà verificarsi che:

$$R \geq CW + CNP + M$$

Una promozione, lato *retail*, effettuata da Telecom si traduce in un minore ricavo che si riflette in una riduzione di detto margine di profitto affinché la disequazione di cui sopra rimanga valida. Laddove il margine non fosse più riducibile, la promozione potrebbe incidere sui costi evitabili e aggiuntivi (CNP). Laddove anche questi ultimi non fossero più comprimibili (in quanto definiti secondo criteri di ragionevole efficienza), la promozione va ad erodere la componente di costi *wholesale* regolamentati, con conseguente necessità di un ribaltamento, di tali maggiori efficienze, verso gli operatori concorrenti che acquistano tali servizi.

Va anche detto che la verifica inerente alla necessità di promozioni *wholesale*, così come richiamato dal Consiglio di Stato, deve essere condotta dall'Autorità anche *in contraddittorio* con gli Operatori interessati.

Il rispetto del principio del contraddittorio procedimentale invocato dal Giudice amministrativo, tuttavia, non implica, l'obbligo dell'Autorità di convocare audizioni assembleari (tra l'altro non prescritte dal medesimo Giudice) con tutti gli operatori attivi sul mercato rilevante.

Viceversa, lo stesso principio può essere declinato opportunamente con audizioni e richieste di informazione individuali, al fine di ottenere gli specifici dati di cui l'Autorità necessita per svolgere le previste attività di verifica.

Il contraddittorio tra le parti si può, inoltre, svolgere anche attraverso un semplice confronto documentale, atteso che una fase di audizione, seppure in qualche caso utile, non è comunque prescritta.

Quanto sopra è, come si vedrà nel seguito, confermato dalle delibere seguenti che consolidano il quadro normativo di riferimento anche alla luce di dette sentenze.

III.5 Le delibere n. 731/09/CONS e n. 499/10/CONS

La delibera n. 731/09/CONS

35. Al termine del secondo ciclo di analisi di mercato viene adottata la delibera n.731/09/CONS la quale definisce gli obblighi in capo a Telecom sui mercati dell'accesso (*unbundling del local loop, bitstream e WLR*). L'articolo 68, recante le *Condizioni attuative dei test di prezzo*, prevede che:

1. L'Autorità effettua la verifica dei prezzi di cui all'Art. 15 comma 2²¹, mediante i test di prezzo, definiti poi con delibera n. 499/10/CONS.
2. Al fine di consentire lo svolgimento dei test di prezzo di cui al comma precedente, Telecom Italia comunica all'Autorità le nuove condizioni di offerta dei servizi di accesso al dettaglio alla rete telefonica pubblica fissa, nonché le modifiche alle condizioni di offerta preesistenti, con almeno 30 giorni di anticipo rispetto alla data prevista per la loro commercializzazione.
3. Contestualmente alla comunicazione delle condizioni economiche dell'offerta, che devono riportare tutti i dettagli contenuti nell'offerta medesima, compresi gli eventuali sconti che si intendono praticare ai clienti finali, Telecom Italia trasmette all'Autorità le informazioni necessarie alla valutazione dell'offerta, tra cui i profili di consumo della clientela di riferimento, evidenziando le modalità di attribuzione ai singoli servizi degli eventuali canoni aggiuntivi.
4. Fatte salve le sospensioni per richieste di informazioni e/o documenti, l'Autorità si esprime in ordine alla conformità della proposta sottoposta al test di prezzo nel termine di 30 giorni decorrenti dal ricevimento della comunicazione²². La commercializzazione delle offerte potrà avere luogo a seguito dell'avviso di conformità dell'Autorità ovvero al termine del periodo previsto per le verifiche dell'Autorità sulla base del principio del silenzio assenso.

²¹ I prezzi praticati da Telecom Italia per i servizi di accesso alla rete telefonica pubblica in postazione fissa inclusi nei mercati rilevanti 1a e 1b di cui alla delibera n. 314/09/CONS – venduti sia singolarmente che congiuntamente ad altri – sono sottoposti a verifica da parte dell'Autorità volta ad accertare che i prezzi stessi, incluse eventuali promozioni, non siano predatori o non replicabili da parte di un operatore efficiente.

²² Le richieste di informazioni da parte degli Uffici dell'Autorità avvengono entro 10 giorni dal ricevimento della comunicazione. Qualora le proposte soggette a verifica richiedano un approfondimento di analisi, il termine iniziale può essere prorogato di ulteriori 30 giorni, dandone motivata comunicazione all'operatore.

5. Successivamente alla commercializzazione dell'offerta, l'Autorità può procedere ad effettuare le necessarie attività di vigilanza e richiedere, a tale scopo, a Telecom Italia di trasmettere i dati di consuntivo relativi ai volumi di traffico e ai ricavi associati all'offerta.
6. In caso di offerte promozionali, l'Autorità verifica, nell'ambito del test di prezzo, che l'offerta promozionale (ed anche eventuali proroghe della stessa) resti replicabile anche in assenza di un'analogha promozione a livello *wholesale*.
36. La disciplina su riportata nella sostanza conferma i principi affermati nel precedente ciclo di analisi di mercato. L'operatore notificato è soggetto all'obbligo di comunicazione preventiva delle offerte al dettaglio e delle informazioni necessarie allo svolgimento dei *test di prezzo*. L'Autorità, svolte le verifiche, invia all'operatore notificato la comunicazione di conformità ovvero si applica il meccanismo di silenzio assenso. Il *test di prezzo* tiene conto delle eventuali promozioni al dettaglio in relazione alle quali viene chiaramente specificato che la replicabilità possa aversi anche in assenza di analoga promozione lato *wholesale*.

La delibera n. 499/10/CONS

37. Come anticipato, i principi di cui sopra vengono attuati con la delibera n. 499/10/CONS recante “*Adeguamento e innovazione della metodologia dei test di prezzo attualmente utilizzati nell'ambito della delibera n. 152/02/CONS “misure atte a garantire la piena applicazione del principio di parità di trattamento interna ed esterna da parte degli operatori aventi notevole forza di mercato nella telefonia fissa”*”, del 23 settembre 2010, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 253 del 28/10/2010.

La delibera succitata contiene le linee guida di dettaglio per lo svolgimento dei *test di prezzo*. Rileva che, ai fini dell'applicazione del test di prezzo, l'Autorità utilizza, in via prioritaria (comma 5 dell'articolo 1 della succitata delibera):

- a) l'Offerta di Riferimento in vigore pubblicata dall'operatore notificato, soggetto all'obbligo di trasparenza ai sensi dell'art. 46 del *Codice* ed approvata dall'Autorità;
- b) la più recente contabilità resa disponibile dall'operatore notificato soggetto all'obbligo di contabilità dei costi, ai sensi dell'art. 50 del *Codice*;
- c) riferimenti di costo, per le parti non incluse in contabilità regolatoria, desumibili da contratti o accordi di fornitura stipulati dall'operatore notificato e/o da operatori alternativi;

- d) ove applicabile, eventuali *proxy* sulla base di *benchmark* di mercato nazionali ed internazionali, anche sulla base di dati forniti dagli operatori alternativi.

Ulteriori indicazioni di dettaglio sono riportate nella *circolare attuativa dell'Autorità dell'8 luglio 2011*.

Il test di replicabilità delle offerte al dettaglio di Telecom Italia di servizi a larga banda stand alone

Il *test* di replicabilità delle offerte al dettaglio di Telecom Italia di servizi a larga banda *stand alone*, descritto alla sez. 5.3 dell'allegato 1 alla delibera n. 499/10/CONS, si basa sulla seguente disequazione:

$$P_{LB} \geq F_{LB} = W_{LB} + X_{LB} + R_{LB}$$

dove:

P_{LB} = prezzo medio dell'offerta commerciale dell'operatore notificato, comprensivo di eventuali promozioni e contributi.

F_{LB} = soglia minima al di sotto della quale l'offerta dell'operatore notificato non può essere considerata replicabile da un operatore alternativo efficiente.

W_{LB} = costo degli *input* essenziali necessari ad un OLO ragionevolmente efficiente per realizzare un'offerta al dettaglio *stand alone* di servizi di accesso a larga banda, acquisibili dalle Offerte di Riferimento dell'operatore notificato relative ai **mercati nn. 4 e 5** della Raccomandazione 2007 sui mercati rilevanti.

X_{LB} = costo degli input di rete replicati dall'OLO efficiente.

R_{LB} = costi operativi commerciali dell'OLO efficiente, valutati come margine percentuale della somma dei costi di rete essenziali e non ($W_{LB} + X_{LB}$).

• **Valutazione del costo degli input essenziali – W_{LB}**

Il parametro W , come premesso, rappresenta il costo dei fattori produttivi essenziali necessari per realizzare il servizio, cui l'operatore alternativo può accedere soltanto ricorrendo ai servizi *wholesale* offerti dall'operatore SMP nei mercati all'ingrosso corrispondenti, ossia:

- i. servizi *wholesale* di accesso disaggregato alla rete locale (servizi del mercato 4);

- ii. servizi *wholesale* di accesso a larga banda e trasporto al nodo *parent* (servizi di accesso *bitstream* del mercato 5)²³.

La delibera n. 499/10/CONS (all'allegato 1), infatti, prevede che le verifiche di replicabilità siano svolte assumendo a riferimento un *mix di servizi all'ingrosso*²⁴. Nel caso delle offerte di servizi di accesso a banda larga in modalità *stand alone* (solo connettività Adsl), il mix da impiegare si compone dei servizi di *accesso condiviso* alla rete locale di TI e dei servizi *bitstream* con interconnessione al *nodo parent* (par. 5.3 dell'allegato 1 alla delibera n. 499/10/CONS).

La valutazione del parametro W_{LB} è pertanto ottenuta come **media ponderata**, su base nazionale, del costo degli *input* essenziali in aree aperte o non aperte ai servizi di *unbundling* in base alla seguente relazione:

$$W_{LB} = Q_{ULL} * W_{ULL} + Q_{Bitstream} * W_{Bitstream}$$

I costi dei servizi acquisiti nelle aree aperte all'*unbundling* ed al *bitstream* sono pesati, rispettivamente, tramite i parametri Q_{ULL} e $Q_{Bitstream}$ valutati dall'Autorità ed aggiornati annualmente²⁵.

Per l'anno 2011 (cfr. sez. 5, punto 25, della circolare dell'8 luglio 2011) Q_{ULL} è pari al **67,2%**. Il peso $Q_{Bitstream}$ è il complementare ad uno del precedente.

W_{ULL} - Costi degli *input* essenziali in aree aperte ai servizi di *unbundling*

²³ Ai fini della verifica di replicabilità si assume che la componente di trasporto nazionale sia sempre realizzata su infrastrutture di rete propria (e, pertanto, è considerata un costo fisso).

²⁴ Proprio per tenere conto delle diverse modalità con cui gli operatori alternativi fanno ricorso ai servizi intermedi offerti da Telecom Italia, ossia per tenere conto delle scelte di efficienza dei concorrenti dell'operatore notificato, è stato **introdotto il mix produttivo (tra LLU e altri servizi wholesale)**, da calcolare con cadenza annuale, quale riferimento da assumere ai fini della verifica della replicabilità delle offerte finali di Telecom Italia.

²⁵ Il mix produttivo è determinato attraverso il rapporto tra numero di linee ADSL attive (di Telecom Italia e degli OLO) attestate a centrali presso cui sono disponibili servizi di accesso disaggregato e numero totale di linee ADSL sul territorio nazionale. Nello specifico, tale valore è dato da:

(linee telefoniche attive di Telecom Italia attestate a centrali ULL + linee degli OLO in *full unbundling* + linee degli OLO in *shared access* + linee degli OLO in *bitstream naked* attestate a centrali ULL + linee degli OLO in *bitstream* condiviso attestate a centrali ULL) rapportato a

(linee telefoniche attive di Telecom Italia attestate a centrali ULL + linee telefoniche attive di Telecom Italia attestate a centrali non ULL + linee degli OLO in *full unbundling* + linee degli OLO in *shared access* + linee degli OLO in *bitstream naked* attestate a centrali ULL + linee degli OLO in *bitstream* condiviso attestate a centrali ULL + linee degli OLO in *bitstream naked* attestate a centrali non ULL + linee degli OLO in *bitstream* condiviso attestate a centrali non ULL).

Il test di prezzo di cui alla delibera n.499/10/CONS ipotizza che, nelle aree aperte ai servizi di *unbundling*, un OLO che intende replicare un'offerta di servizi *stand alone* di accesso *broadband* utilizza i servizi dell'Offerta di Riferimento del mercato 4 ed accessori, per realizzare la componente di accesso alla rete (da casa cliente fino alla centrale locale di Telecom Italia). Tutte le altre componenti della catena produttiva (accesso *broadband* e trasporto) sono realizzate su infrastruttura propria (e quindi sono incluse nella componente di costo X_{ULL}). Nel caso di un servizio *broadband* offerto in condivisione con il servizio telefonico analogico (POTS) il concorrente dovrà acquistare i seguenti servizi del mercato 4:

- servizio di *accesso condiviso* a livello di rete locale metallica (servizio di *shared access*), con particolare riferimento ai canoni di noleggio mensile ed, ove previsto, ai contributi di attivazione eventualmente comprensivi del contributo per la qualificazione della coppia;
- il servizio accessorio di co-locazione (costi per l'allestimento del sito, spazi, energia per alimentazione e condizionamento), compreso nella valutazione degli apparati utilizzati dall'operatore per l'attestazione dei servizi *broadband* in centrale (apparati DSLAM) e, pertanto, incluso nella X_{ULL}²⁶.

W_{Bitsream} - Costi degli input essenziali in aree non aperte ai servizi di *unbundling*

Nelle aree non aperte ai servizi di *unbundling*, il test di prezzo ipotizza che un OLO che intende replicare un'offerta di servizi *stand alone* di accesso *broadband* utilizzi i servizi dell'Offerta di Riferimento di accesso *bitstream* del mercato 5 ed, in particolare, i servizi di accesso e trasporto fino al nodo *parent* (*backhaul*). A questi va poi aggiunta la quota relativa al Kit ed al flusso di interconnessione tra le due reti, valutata in base al listino di riferimento.

• Valutazione del Costo degli input replicati dall'OLO – X_{LB}

La componente X (cfr. paragrafo 1.7 dell'allegato 1 alla delibera n. 499/10/CONS) corrisponde ai costi di rete non essenziali replicati dall'OLO efficiente. Tale valutazione, coerentemente con quanto in precedenza illustrato, considera i costi di rete propria che è necessario sostenere a seconda che l'OLO ricorra ai servizi di *unbundling* o ai servizi *bitstream*. I costi replicati dall'OLO sono quindi ottenuti come media ponderata dei due:

²⁶ Come riportato, allegato 2, sez. 7, della delibera n. 499/10/CONS, l'Autorità può considerare – come proxy – per il costo del DSLAM la differenza tra il prezzo del servizio di accesso asimmetrico su linea condivisa di cui all'OR sul Mercato 5, ed il prezzo dei servizi di accesso condiviso (*Shared Access*) di cui all'OR sul Mercato 4.

$$X_{LB} = Q_{ULL} * X_{ULL} + Q_{Bitstream} * X_{Bitstream}$$

Il pesi da attribuire ai costi X sono gli stessi di cui alla precedente sezione.

X_{ULL} - Costo degli *input* non essenziali in aree aperte ai servizi di *unbundling*

L'Autorità svolge la valutazione dei costi di rete propria del concorrente ipotizzando un operatore egualmente efficiente (EEO) il quale è in grado di raggiungere economie di scala e di scopo (e quindi costi unitari) almeno pari a quelli della rete dell'operatore notificato²⁷. A tal fine l'Autorità considera i costi unitari dell'*incumbent* calcolati sulla base di un modello a costi incrementali di lungo periodo o di valutazioni basate sui prezzi in vigore per i servizi di accesso *bitstream* al nodo *parent* pubblicati sull'Offerta di Riferimento dell'operatore notificato (per i quali è previsto il rispetto dell'obbligo di orientamento al costo)²⁸.

$X_{Bitstream}$ -Costo degli *input* non essenziali in aree non aperte ai servizi di *unbundling*

Per la clientela servita attraverso i servizi *bitstream* del mercato 5, l'operatore concorrente realizza in proprio solo la componente di trasporto nazionale (trasporto al nodo *distant*) e per la banda *Internet* della clientela. Tali costi sono valorizzati, come nel

²⁷ In linea con quanto definito per i servizi di fonia vocale, ed in coerenza con la delibera 251/08/CONS, l'Autorità ipotizza che per servire la propria clientela in *unbundling* l'operatore efficiente faccia riferimento ad una rete strutturata su tre livelli gerarchici: il livello locale di accesso *broadband* dei clienti in ULL, ed i livelli regionale e nazionale di gestione del traffico dati della clientela. Per la valutazione dei costi specifici associati a ciascuno dei tre livelli di rete, l'Autorità fa pertanto riferimento ai seguenti criteri di valutazione:

- i) livello locale di accesso *broadband* dei clienti in *unbundling/shared access*. A questo livello di rete, l'operatore realizza la componente di accesso a larga banda per la clientela finale servita tramite i servizi wholesale di *shared access* (per le linee condivise) o *full unbundling* (per le linee dedicate), che comprende: l'apparato di terminazione dei servizi *broadband* in sede-cliente (modem ADSL/SHDSL) e l'apparato per l'attestazione dei servizi *broadband* in centrale (DSLAM);
- ii) livello di trasporto regionale, utilizzato per il trasporto al nodo *parent* del traffico dati (banda) sviluppato dalla clientela in *unbundling* o *shared access*;
- iii) livello di trasporto nazionale e banda internet, utilizzato per la gestione del traffico dati a livello nazionale (trasporto al nodo *distant*) e per la banda internet del cliente finale, rappresentativo della tratta *backbone* e del livello remoto IP della rete del concorrente.

²⁸ Valutazioni che potranno costituire un utile e significativo riferimento di *ceiling*, opportunamente emendati delle componenti di costo non pertinenti, come ad esempio i costi di fatturazione, delivery, vendita a livello wholesale.

caso di clientela in ULL/SA, sulla base dei costi unitari di trasporto dell'operatore notificato, valutati in base ad un modello di costo LRIC.

Period by period e DCF (Discounted cash flow)

In aggiunta a quanto sopra si fa osservare che la delibera n. 499/10/CONS prevede l'applicazione di due differenti verifiche:

- I. l'una, di tipo dinamico (DCF), volta a verificare (cfr. sez. 3, punto 14, della circolare dell'8 luglio 2011) la copertura di tutti i costi dell'offerta, fissi e variabili. Si intendono per costi fissi quelli sostenuti dall'operatore indipendentemente dall'acquisizione di un nuovo cliente, per variabili quelli incrementali funzioni dei volumi generati dai nuovi clienti²⁹ nel periodo di permanenza media degli stessi (pari a 24 mesi),
- II. l'altra, di tipo statico (cosiddetta *period by period*), volta a verificare la copertura dei costi variabili generati dal singolo cliente in ciascun periodo di durata pari a 12 mesi (allegato 1, par. 1.4, della delibera n. 499/10/CONS).

Le due tipologie di verifica si differenziano, pertanto, sia per la durata del periodo di riferimento (24 mesi per il DCF, 12 mesi per il *period by period*, invece, come riportato nell'allegato 1, par. 1.4, della delibera n. 499/10/CONS), che per l'oggetto della verifica. A tale ultimo proposito, si evidenzia che l'analisi di tipo DCF si applica cumulativamente a ciascuna offerta *retail* dell'operatore notificato e all'insieme di promozioni programmato, nel periodo di riferimento, su di essa. Il test *period by period*, invece, è applicato separatamente ad ogni singola nuova offerta oppure ad ogni singola nuova promozione.

Dal punto di visto metodologico si richiama che il test DCF è un metodo di valutazione di un investimento basato sull'attualizzazione dei flussi futuri di cassa attesi dall'attività in questione e, nello specifico, dalla commercializzazione dell'offerta sottoposta alla verifica di replicabilità. Consiste, pertanto, nell'analisi del piano di *business* proprio dell'offerta (in tutte le sue diverse articolazioni commerciali, ovvero le promozioni), in cui il valore dei movimenti di cassa dipende dal momento in cui essi si verificano. E', in tal senso, un'analisi dinamica di tipo finanziario, volta a verificare, nell'arco del periodo

²⁹ (cfr. sez. 4, punto 21, della circolare dell'8 luglio 2011): "***Ai fini del test si considerano variabili i soli costi connessi all'acquisizione del cliente, mentre sono esclusi dall'analisi period by period - in quanto ragionevolmente assimilabili a costi fissi - i costi relativi alla realizzazione dell'infrastruttura di rete, replicata dall'operatore alternativo, utilizzata per erogare il servizio a più clienti sottoscrittori di offerte diverse...***".

di osservazione, il recupero degli investimenti effettuati per la commercializzazione dell'offerta in esame.

Diversamente, l'analisi *period by period* è un'analisi economica di tipo statico nell'ambito della quale non è applicato il meccanismo dell'attualizzazione dei flussi di cassa (in altri termini: non è attribuito un valore economico al fattore tempo). Essa è effettuata allo scopo di verificare che, in ciascun singolo periodo, siano coperti i *costi variabili* relativi all'offerta ed evitare, pertanto, il verificarsi di fenomeni predatori di breve periodo non rilevabili mediante l'analisi DCF.

Si evidenzia, altresì, che la ***circolare dell'8 luglio 2011***, al punto 21, della sez. 4, riporta, ai fini della corretta individuazione dei costi fissi e variabili da considerare nei due test (*period by period* e DCF), quanto segue:

- a. Tutti i costi della componente W³⁰ (canoni e contributi per l'acquisto di servizi *wholesale*) sono da considerarsi variabili. Tali costi sono, pertanto, imputati integralmente ai fini del test *period by period*.
- b. Nel caso di analisi DCF la componente X include sia costi fissi, relativi ad investimenti dell'operatore alternativo indipendenti dalla specifica offerta base o promozione, sia variabili, cioè *input* di rete specifici determinati dall'acquisizione del cliente. Nel caso di analisi *period by period* la componente X include i soli costi variabili. In tale ottica, nell'analisi *period by period* la componente X include gli OPEX relativi alle componenti della rete di accesso mentre vengono esclusi integralmente i costi relativi alla rete di *backbone* (quali ad esempio l'acquisto di banda Internet nazionale o internazionale).
- c. La componente R (cfr. par. 1.8 dell'allegato 1 alla delibera n. 499/10/CONS) fa riferimento ai costi operativi commerciali necessari al concorrente efficiente per replicare l'offerta *retail* dell'operatore notificato. Tale componente include i costi di commercializzazione e di gestione del cliente (fatturazione, vendita, marketing, *service delivery* o *assurance*, etc.) e la remunerazione del capitale commerciale impiegato. La delibera n. 499/10/CONS (all. 1, par. 4.5) e la relativa circolare attuativa (al par. 4, punto 21) prevedono l'applicazione di un *markup* sui costi di rete (componente W+ R del test) pari al 25% per l'analisi DCF (nel caso di clientela residenziale, quale quella cui sono rivolte le offerte in esame) e del 10% per l'analisi *period by period*.

Applicabilità della delibera n. 499/10/CONS

³⁰ Per costi *wholesale* si intendono, come premesso, i costi degli input essenziali necessari all'OLO, ragionevolmente efficiente, per realizzare una offerta al dettaglio acquistando i servizi regolamentati in base alle Offerte di Riferimento dell'operatore notificato per i mercati nn. 4 e 5.

La delibera n. 499/10/CONS è vigente dal 28 ottobre 2010 data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana.

III.6 La sentenza n. 4065/08 del 12 ottobre 2010, della Corte di Appello di Milano

38. Si richiama che parte istante ha più volte richiesto che l'Autorità tenesse conto degli effetti della sentenza in oggetto. Appare pertanto opportuno riportarne i passaggi ritenuti essenziali ai fini del presente procedimento.

La società Teleunit ha denunciato la pretesa di Telecom Italia di fatturare, in via retroattiva per il periodo antecedente al 9 novembre 2007 (data in cui è stata pubblicata la nuova Offerta di riferimento *Bitstream*), *extra* canoni ed *extra* contributi su linee ADSL *naked* in quanto, per tali risorse di rete, le nuove condizioni economiche potevano trovare applicazione solo in ossequio a quanto previsto nel nuovo contratto, stipulato tra le parti in data 13 marzo 2008, e in conformità alla nuova Offerta di riferimento per i servizi *bitstream*³¹.

39. Con sentenza n. 4065/08 del 12 ottobre 2010, la Corte di Appello di Milano ha accolto la richiesta della società Teleunit S.p.A. Ciò in quanto le condizioni economiche relative agli accessi ADSL senza fonia (cosiddetti *naked*), che Telecom intendeva applicare retroattivamente per i servizi erogati dal febbraio 2006 e sino al novembre 2007, non erano disciplinate dall'apposito contratto sottoscritto tra le parti in data 30 settembre 2004 (il quale è rimasto in vigore sino al momento dell'entrata in vigore del diverso contratto per la fornitura dei nuovi e distinti servizi *bitstream*) né dal quadro regolamentare allora vigente (delibera n. 6/03/CIR), che non prevedeva alcuna possibilità per Telecom Italia di richiedere *extra* canoni ed *extra* contributi agli operatori concorrenti per i servizi ADSL erogati all'ingrosso su linee *naked*.

³¹ La società Telecom Italia S.p.A. ha contestato la fondatezza delle argomentazioni proposte da controparte, per carenza di supporto probatorio, in fatto e in diritto. In particolare, nel merito, l'intera tesi difensiva di Telecom Italia si è basata sulla possibilità di applicare al caso di specie quanto disposto dalla delibera n. 34/06/CONS e, in particolare, l'articolo 12 (Linee guida per l'implementazione degli obblighi in materia di controllo dei prezzi) che individua la metodologia del *retail minus* per la determinazione del prezzo della componente relativa alla rete di accesso. Sul punto la Corte ha rilevato che la normativa non ha mai imposto agli OLO alcun onere economico, essendosi limitata a dettare le linee guida per la predisposizione da parte di Telecom della nuova Offerta di riferimento per i servizi *bitstream*, in vista della successiva approvazione.

40. Al riguardo, infatti, la Corte d'Appello ha ritenuto che, con l'approvazione della delibera n. 34/06/CONS, l'Autorità ha dato esclusivamente avvio all'*iter* regolamentare che ha condotto all'approvazione dell'Offerta di riferimento per i nuovi servizi *bitstream* sostituendo la precedente Offerta per i diversi servizi ADSL *wholesale*. Nella delibera n. 34/06/CONS la regolamentazione adottata dall'Autorità non si risolve nell'imposizione autoritaria di obblighi economici in capo a tutti gli operatori (indipendentemente dalle loro effettive necessità di fruire dell'uno o dell'altro servizio e delle loro scelte imprenditoriali) ma, nella misura in cui individua Telecom Italia quale soggetto in posizione dominante, impone allo stesso l'osservanza di rigidi criteri tecnico-economici in vista della formulazione dell'Offerta di riferimento per la commercializzazione dei nuovi servizi *bitstream*³²³³.
41. In conclusione la citata sentenza si basa sul principio secondo cui le linee ADSL *naked* non rappresentano una tipologia di accesso regolamentata (né tanto meno, di conseguenza, oggetto di contrattazione tra le parti), avendo la delibera n. 6/03/CIR fatto riferimento, prima della regolamentazione del *bitstream*, solo a linee ADSL condivise.
42. Tale sentenza, rileva parte istante, incide sul presente caso laddove Telecom Italia ha ritenuto di applicare, nello stesso periodo temporale, alle linee ADSL *naked* un regime regolamentare diverso da quello delle linee ADSL condivise per le quali vigeva l'obbligo (fino al 2007) di ribaltare le promozioni al dettaglio nel caso di linee *naked*. Ciò senza che per le linee ADSL *naked* l'Autorità avesse previsto uno specifico regime regolamentare.

In altri termini, per analogia, parte istante ritiene che Telecom Italia, in assenza di specifica regolamentazione ed atteso che secondo il giudice le linee *naked* subivano lo stesso trattamento economico di quelle condivise (assenza di extra canoni ed extra

³² Telecom Italia cita a propria difesa anche la delibera n. 247/09/CONS e, in particolare, a sostegno delle proprie argomentazioni l'articolo 8 che individua nella misura del 20% il valore del minus per la determinazione del prezzo della componente relativa alla rete d'accesso. Al riguardo, la Corte d'Appello ha ritenuto che tale normativa regolamentare non possa trovare applicazione al caso di specie in quanto la delibera n. 247/09/CONS non costituisce fonte di alcuna obbligazione pecuniaria in capo agli OLO (inclusa Teleunit), inserendosi all'interno dell'*iter* regolamentare seguito dall'Autorità per la definizione delle "Modalità di realizzazione dell'offerta di servizi *bitstream* ai sensi della delibera n. 34/06/CONS".

³³ La Corte ha quindi, nel caso in questione rilevato una forma di abuso, posta in essere da Telecom Italia sul mercato all'ingrosso dei servizi ADSL *wholesale* e perpetrata a danno della società Teleunit, dal momento che si è preteso di imporre a quest'ultima in via retroattiva condizioni economiche, relativamente ai servizi ADSL *wholesale*, non disciplinate dal contratto inter partes del 2004. Esaminato il contenuto delle contrapposte difese, la Corte ha ritenuto fondata la domanda di Teleunit finalizzata ad accertare la nullità delle condizioni economiche ingiustificatamente gravose fatturate da Telecom Italia in via retroattiva.

contributi), avrebbe dovuto applicare a linee *naked* le stesse promozioni applicate a linee ADSL condivise, attesa l'automaticità del ribaltamento.

IV. Valutazioni istruttorie

Le argomentazioni di Siportal

43. Si richiama che Siportal lamenta l'indebita fatturazione, da parte di Telecom, dei contributi di attivazione, variazione, disattivazione ed extra attivazione di linee ADSL *naked* oltre che variazione e disattivazione di linee ADSL condivise (con fonia POTS).

Nello specifico, SIPT denuncia la pratica discriminatoria posta in essere, a sua detta, da TI, a partire da gennaio 2006, consistente nella mancata applicazione a livello *wholesale* delle promozioni applicate a livello *retail*, caratterizzate dalla totale gratuità per i propri clienti finali del contributo di attivazione, variazione e disattivazione di linee ADSL *naked* e condivise (in quest'ultimo caso SIPT lamenta la sola mancata applicazione della promozione sulla variazione di profilo e sulla disattivazione, essendo l'attivazione in promozione).

Secondo SIPT il ribaltamento delle promozioni *retail* anche a livello *wholesale* rappresenta l'unico strumento per garantire la replicabilità delle offerte *retail* dell'*incumbent* e, conseguentemente, per assicurare il rispetto degli obblighi di non discriminazione e parità di trattamento interna-esterna posti in capo a quest'ultimo dalla normativa vigente.

44. SIPT, nel ritenere che le offerte *retail* commercializzate da TI non erano ad avviso della stessa in alcun modo replicabili, contesta le modalità attraverso le quali sono stati svolti dall'Autorità i *test* di replicabilità con riguardo alle promozioni in oggetto.

A tale riguardo Siportal ritiene che i dati da utilizzare per l'analisi della replicabilità devono, obbligatoriamente, essere quelli degli operatori concorrenti e non, invece, i dati di TI; inoltre la verifica di replicabilità deve essere condotta in contraddittorio con tutti gli operatori interessati affinché vengano correttamente valutati tutti i contrapposti interessi, cosa che nel caso di specie non sarebbe, secondo quanto sostenuto, avvenuta; nei casi in cui l'esito della verifica iniziale evidenzia che le offerte *retail* dell'operatore dominante, con annesse promozioni, derivino, in parte o in tutto, da maggiori efficienze di rete, cioè da minor costi affrontati dall'*incumbent* sul mercato all'ingrosso, la replicabilità delle stesse non potrà che essere garantita con il ribaltamento automatico delle offerte *retail* a livello *wholesale*.

Le verifiche svolte dall'Autorità sulle offerte di Telecom inerenti al periodo oggetto della controversia

45. Sulla base del quadro regolamentare su ricostruito, l'attività di vigilanza svolta dall'Autorità coinvolge, nell'ambito del *petitum* di parte istante, due periodi soggetti ad un diverso presidio regolamentare:

- Fino al 2007, prima dell'entrata in vigore (con l'approvazione dell'offerta di riferimento) del *bitstream* e dei *test di prezzo*, vigeva il sistema del cosiddetto *retail minus* che, per quanto sopra chiarito (sezione III.1), comportava un obbligo di ribaltamento automatico, lato *wholesale*, delle promozioni svolte da Telecom lato *retail*. In tale contesto l'Autorità, in presenza di nuove offerte al dettaglio di Telecom, si limitava a verificare la corretta determinazione dei canoni *wholesale* ed il ribaltamento delle promozioni sulle rispettive componenti economiche.
- Dal 2008 in poi (sezioni III.2, III.3 e III.5) il ribaltamento delle promozioni svolte al dettaglio non è più automatico ma determinato sulla base degli esiti dei *test di prezzo* definiti via via dalle relative delibere: delibera n. 249/07/CONS e delibera n. 499/10/CONS. In tale periodo vige un meccanismo di comunicazione preventiva (30 giorni dal lancio commerciale), da parte di Telecom, delle condizioni di offerta a livello *retail* e *wholesale*. A tale comunicazione fa seguito un'istruttoria dell'Autorità che si conclude con richieste di modifica o con un'approvazione implicita (silenzio assenso).

Valutazioni inerenti al periodo di vigenza della delibera n.6/03/CIR

46. Parte istante lamenta il mancato ribaltamento (preventivo ed automatico) delle promozioni sui contributi ADSL (attivazione, variazione, ecc.) su linee di accesso ADSL *naked*.

Si mostrerà nel seguito che tale istanza deve essere accolta alla luce del quadro regolamentare allora vigente.

47. Si premette che, nel periodo in oggetto, Telecom Italia ha comunicato l'esonero, lato *wholesale*, dall'applicazione del contributo di attivazione (in alcuni casi anche del contributo di variazione) ADSL su linee condivise.

Parimenti, Telecom, non ha applicato la stessa promozione su linee ADSL *naked*.

Va detto, a tale riguardo, che la delibera di riferimento (n. 6/03/CIR) nel declinare il principio di non discriminazione e di parità di trattamento fa sempre riferimento a servizi ADSL (o xDSL) forniti in modalità condivisa, non essendo presenti (o

comunque non essendo oggetto di regolamentazione), a quel momento e per quanto noto, servizi ADSL forniti in modalità *naked* (senza cioè la contemporanea fornitura del servizio voce analogico – POTS).

Si tratta di capire se Telecom fosse, in tale contesto regolamentare, legittimata a non ribaltare le promozioni sulle linee ADSL *naked*. A tale riguardo non si può prescindere da quanto viene stabilito con sentenza n. 4065/08 del 12 ottobre 2010, dalla Corte di Appello di Milano. La stessa ha accolto la richiesta della società Teleunit S.p.A. in quanto il quadro regolamentare allora vigente (delibera n. 6/03/CIR, nelle more dell'approvazione dell'OR *bitstream* e della stipula dei relativi contratti) non prevedeva alcuna possibilità per Telecom Italia di richiedere *extra* canoni ed *extra* contributi agli operatori concorrenti per i servizi ADSL erogati all'ingrosso su linee *naked*. Il nuovo quadro, viceversa, si completava, secondo il CdS, con l'approvazione dell'OR *bitstream* 2007 e la relativa ripubblicazione. La citata sentenza si basa sul principio secondo cui le linee ADSL *naked* non rappresentano, nel periodo in questione, una tipologia di accesso regolamentata (né tanto meno, di conseguenza, oggetto di contrattazione tra le parti), avendo la delibera n. 6/03/CIR fatto riferimento, prima della regolamentazione del *bitstream*, solo a linee ADSL condivise.

48. Ciò premesso l'Autorità ritiene che, sulla base dello stesso principio su enunciato, debba escludersi la possibilità per Telecom Italia di non attuare, per le linee ADSL *naked*, il principio di non discriminazione e parità di trattamento di cui alla succitata delibera. Attuazione che si concretizza poi nel ribaltamento, lato *wholesale*, delle promozioni, effettuate lato *retail* sui contributi *una tantum*. La delibera n. 6/03/CIR, infatti, non prevede alcuna deroga a tale principio per le linee ADSL *naked* o, comunque, per qualunque tipologia di linea xDSL.
49. A conferma di quanto sopra si rileva che l'operatore che offre servizi di accesso *internet* su linee ADSL *naked*, se posto a confronto con un operatore che utilizza linee ADSL condivise, sostiene, per tale servizio, analoghi costi. Tale operatore pertanto, laddove, in regime di retail minus, non fruisca delle promozioni lato *wholesale* che Telecom imputa a se stessa e ribalta sugli OLO che operano su linee condivise, è posto in una condizione di svantaggio sul mercato. Ciò in quanto tali promozioni derivano (per un fissato *minus* per percentuale) da riduzioni dei prezzi *wholesale* regolati (connettività ADSL fino al nodo di consegna all'OLO) che devono essere ribaltate su tutti gli operatori che utilizzano servizi ADSL *wholesale*. Come chiarito tali riduzioni dei prezzi *wholesale* sono ottenibili, *in regime retail minus*, in quanto i relativi prezzi non sono orientati al costo (in altri termini non sono ottenuti sulla base di dati contabili o di modelli di costo ideali).

50. In conclusione, nel contesto regolatorio di cui alla delibera n. 6/03/CONS (quindi fino all'approvazione dell'OR *bitstream* 2007), Telecom avrebbe dovuto ribaltare le promozioni sull'attivazione ADSL svolta lato *retail* anche su linee *naked*.

Valutazioni sul periodo di vigenza delle delibere nn. 249/07/CONS e 499/10/CONS

51. E' stato chiarito che con l'approvazione dell'OR *bitstream*, avvenuta ai sensi della delibera n. 133/07/CIR a fine 2007), entrano in vigore i *test di prezzo* definiti nella delibera n. 249/07/CONS. L'articolo n.23 (e l'Allegato 5) ne definisce le modalità. L'attuazione da parte dell'Autorità è stata basata sulle indicazioni fornite in detto articolo oltre che per il tramite di ulteriori precisazioni regolamentari (sezione III.3).

I *test di prezzo* sono stati successivamente svolti secondo le modalità definite dalla delibera n.

499/10/CONS come successivamente integrata (sezione III.5).

52. Come premesso, anche in relazione a tale periodo parte istante lamenta il mancato ribaltamento, da parte di Telecom Italia, delle promozioni dalla stessa svolte lato *retail* (servizi ADSL con e senza linea POTS) sui corrispondenti servizi *wholesale*. In tal modo Telecom non avrebbe ottemperato agli obblighi imposti dalla normativa vigente o, eventualmente, ad ordini dell'Autorità.

Parte istante svolge inoltre osservazioni su alcuni aspetti di carattere procedimentale in relazione all'attività di vigilanza svolta dall'Autorità. Siportal ritiene, in particolare, che l'Autorità non ha utilizzato i dati forniti dagli operatori concorrenti e non ha tenuto in debito conto le osservazioni del mercato tramite il necessario contraddittorio con gli operatori.

In aggiunta parte istante deposita in atti alcuni *test di prezzo*, dalla stessa svolti, a conferma della non replicabilità di alcune offerte di Telecom.

Si mostrerà nel seguito che, ai sensi della normativa vigente, nessuna di tali istanze e valutazioni può essere accolta.

53. **Il ribaltamento delle promozioni.** Con riferimento alla mancata applicazione di promozioni sui contributi ADSL su linee *naked* l'Autorità ha sopra chiarito come, fatto salvo il periodo precedente all'entrata in vigore della disciplina sul *bitstream* (2006-2007), la normativa in tema di non discriminazione e obblighi di replicabilità non pone in capo a Telecom Italia alcun obbligo di ribaltamento preventivo e automatico delle promozioni svolte lato *retail*.

Come chiarito nelle sezioni precedenti (si vedano le sezioni III.3 e III.5, oltre che la seguente sezione che le richiama sinteticamente) è, viceversa, posto in capo

all'Autorità l'onere di, svolte le proprie valutazioni, eventualmente richiedere a Telecom Italia di rimodulare i relativi prezzi al dettaglio o di praticare delle riduzioni di prezzo lato *wholesale*, al fine di garantire la replicabilità delle proprie offerte.

A tale riguardo, nel periodo oggetto della presente controversia, Telecom ha regolarmente comunicato le proprie offerte al dettaglio (incluso le promozioni lato *retail* ed *wholesale*) ed i dati necessari alle verifiche di replicabilità. Al termine delle verifiche di replicabilità, laddove necessario, l'Autorità ha richiesto a Telecom Italia una rimodulazione degli schemi tariffari o dei contributi lato *wholesale* al fine di garantire la replicabilità. In altri casi inizialmente dubbi, al termine di una interlocuzione con Telecom (ove opportuno anche con gli OAO), l'Autorità ha ritenuto ragionevole quanto dalla stessa rappresentato, approvando l'offerta commerciale sulla base del meccanismo del silenzio assenso.

In conclusione l'Autorità non ritiene di accogliere la tesi, di parte istante, dell'esistenza di un obbligo di ribaltamento preventivo ed automatico delle promozioni svolte da Telecom Italia lato *wholesale* in quanto non previsto dalla vigente normativa. Viceversa la normativa vigente prevede una valutazione preventiva, per ogni singola offerta, sulla necessità o meno di sconti lato *wholesale* e, se del caso, l'indicazione, da parte dell'Autorità, a Telecom della modalità e dell'entità economica di tali sconti.

54. I dati utilizzati per le verifiche ed il contraddittorio con gli operatori.

Sui dati utilizzati

A tale riguardo si richiama (si vedano le sezioni III.3-III.5) l'art. 9, comma 6, della delibera n. 34/06/CONS laddove prevede che, ai fini della verifica di replicabilità delle offerte *retail* di Telecom Italia, “[...] Telecom Italia comunica all'Autorità le condizioni tecniche (inclusi gli SLA) ed economiche che caratterizzano ciascuna offerta al dettaglio di servizi a banda larga, nonché i costi delle componenti impiantistiche e commerciali aggiuntive rispetto al servizio bitstream regolamentato³⁴”.

³⁴ In particolare, Telecom Italia, contestualmente all'avvio della commercializzazione, fornisce evidenza disaggregata dei servizi aggiuntivi (ad es. apparati forniti gratuitamente, spazi *web*, caselle di posta elettronica, accesso gratuito a servizi a pagamento, accesso a servizi riservati alla clientela) e dei costi non pertinenti, tra cui quelli di seguito elencati:

- marketing;
- pubblicità;
- rete di vendita diretta e indiretta;
- fatturazione;
- rischio insolvenza;

La delibera succitata ha poi trovato attuazione nella delibera n. 249/07/CONS recante le “*Modalità di realizzazione dell’offerta dei servizi bitstream ai sensi della delibera 34/06/CONS*”³⁵. L’art. 23 di detta delibera fornisce indicazioni sulle modalità di svolgimento dei *test* di prezzo. In particolare ai commi 4-7 è previsto che:

4. *Tutte le offerte retail di Telecom Italia di servizi offerti mediante la propria rete di accesso a banda larga in tecnologia ATM o Ethernet/IP devono essere replicabili mediante l’uso dei servizi bitstream disponibili nell’offerta di riferimento;*
5. *Telecom Italia, per ogni offerta retail di cui al comma precedente fornisce, non meno di 30 giorni prima dell’avvio della commercializzazione dell’offerta, i dati necessari alla verifica delle condizioni di replicabilità secondo quanto indicato nell’allegato 5.*
6. *Laddove i prezzi dell’offerta bitstream contengano attivazioni, tali contributi devono essere giustificati sulla base delle evidenze contabili e saranno applicabili nei limiti della replicabilità delle offerte al dettaglio di Telecom Italia. A tal fine si terrà conto delle eventuali promozioni.*
7. *Telecom Italia ai sensi della delibera n. 152/02/CONS, prima di introdurre nuove offerte di accesso rivolte ai propri utenti finali contenenti promozioni, con almeno 30 giorni di preavviso, comunica all’Autorità ed agli operatori le corrispondenti promozioni sui servizi bitstream.*

Al termine del secondo ciclo di analisi di mercato viene poi adottata la delibera n. 731/09/CONS la quale definisce gli obblighi in capo a Telecom sui mercati dell’accesso (*unbundling del local loop, bitstream e WLR*). L’articolo 68, recante le *Condizioni attuative dei test di prezzo*, prevede che:

- I. L’Autorità effettua la verifica dei prezzi di cui all’art. 15 comma 2³⁶, mediante i *test di prezzo* [definiti poi con delibera n. 499/10/CONS];

assistenza clienti;
infrastrutture di rete, aggiuntive a quelle incluse nei servizi all’ingrosso, inclusivi dei costi di manutenzione”.

³⁵ Da segnalare che con la delibera n. 731/09/CONS, recante “*Individuazione degli obblighi regolamentari di cui sono soggette le imprese che detengono un significativo potere di mercato nei mercati dell’accesso alla rete fissa (Mercati n. 1, 4 e 5 fra quelli individuati dalla Raccomandazione 2007/879/CE)*”, l’Autorità ha introdotto per il triennio 2010-2012 il meccanismo del network cap anche per i servizi bitstream su linea dedicata per il triennio 2010-2012.

³⁶ I prezzi praticati da Telecom Italia per i servizi di accesso alla rete telefonica pubblica in postazione fissa inclusi nei mercati rilevanti 1a e 1b di cui alla delibera n. 314/09/CONS – venduti sia singolarmente che congiuntamente ad altri – sono sottoposti a verifica da parte dell’Autorità volta ad accertare che i

- II. Al fine di consentire lo svolgimento dei test di prezzo di cui al comma precedente, Telecom Italia comunica all'Autorità le nuove condizioni di offerta dei servizi di accesso al dettaglio alla rete telefonica pubblica fissa, nonché le modifiche alle condizioni di offerta preesistenti, con almeno 30 giorni di anticipo rispetto alla data prevista per la loro commercializzazione;
- III. Contestualmente alla comunicazione delle condizioni economiche dell'offerta, che devono riportare tutti i dettagli contenuti nell'offerta medesima, compresi gli eventuali sconti che si intendono praticare ai clienti finali, Telecom Italia trasmette all'Autorità le informazioni necessarie alla valutazione dell'offerta, tra cui i profili di consumo della clientela di riferimento, evidenziando le modalità di attribuzione ai singoli servizi degli eventuali canoni aggiuntivi.
- IV. In caso di offerte promozionali, l'Autorità verifica, nell'ambito del test di prezzo, che l'offerta promozionale (ed anche eventuali proroghe della stessa) resti replicabile anche in assenza di un'analogha promozione a livello wholesale.

I principi di cui sopra vengono attuati con la delibera n. 499/10/CONS che contiene le linee guida di dettaglio per lo svolgimento dei *test di prezzo*. Rileva che, ai fini dell'applicazione del *test di prezzo*, l'Autorità utilizza, in via prioritaria (comma 5 dell'articolo 1 della succitata delibera):

- A. l'Offerta di Riferimento in vigore pubblicata dall'operatore notificato, soggetto all'obbligo di trasparenza ai sensi dell'art. 46 del *Codice* ed approvata dall'Autorità;
- B. la più recente contabilità resa disponibile dall'operatore notificato soggetto all'obbligo di contabilità dei costi, ai sensi dell'art. 50 del *Codice*;
- C. riferimenti di costo, per le parti non incluse in contabilità regolatoria, desumibili da contratti o accordi di fornitura stipulati dall'operatore notificato e/o da operatori alternativi;
- D. ove applicabile, eventuali *proxy* sulla base di *benchmark* di mercato nazionali ed internazionali, anche sulla base di dati forniti dagli operatori alternativi.

55. In conclusione in nessun passaggio della normativa su riassunta è previsto l'utilizzo obbligatorio dei dati forniti dagli operatori concorrenti (e non quelli di Telecom).

prezzi stessi, incluse eventuali promozioni, non siano predatori o non replicabili da parte di un operatore efficiente.

Viceversa la normativa vigente dà peso primario ai dati contabili di Telecom e consente, in subordine, di tener conto di dati richiesti ai concorrenti. Parimenti, nessun passaggio della normativa citata prevede la necessità di un contraddittorio, svolto per ogni offerta, con tutti i soggetti interessati (e, cioè, di tutti gli operatori che forniscono servizi a banda larga). Ciò sarebbe d'altra parte, di fatto impraticabile alla luce delle stringenti tempistiche previste per l'approvazione e delle esigenze di riservatezza commerciale da parte del proponente le offerte, come puntualizzato successivamente.

L'Autorità ha svolto i *test di prezzo* sulla base delle procedure di cui alle delibere nn. 249/07/CONS e 499/10/CONS. Ai sensi di quanto in tali delibere previsto, i dati necessari ai test di prezzo sono forniti, di norma, da Telecom Italia. L'Autorità ha, tuttavia, la facoltà di acquisire ulteriori informazioni dal mercato, laddove ritenuto necessario nell'ambito della propria discrezionalità tecnica. Gli operatori concorrenti sono stati pertanto coinvolti nei tempi e modi previsti da tali delibere e dai conseguenti provvedimenti applicativi.

Se ne conclude che l'argomentazione di Siportal relativa al mancato utilizzo, da parte dell'Autorità, dei dati forniti dagli operatori non debba essere accolta ai sensi di quanto previsto dalla normativa vigente.

Sul contraddittorio

56. A tale riguardo giova precisare che il rispetto del principio del contraddittorio procedimentale cui fa riferimento il Giudice amministrativo nella sentenza del Consiglio di Stato citata da parte istante, non implica l'obbligo dell'Autorità di convocare, per ogni test di prezzo, audizioni assembleari con la preventiva comunicazione delle offerte di Telecom. Ciò sarebbe, tra l'altro, impraticabile alla luce della necessità di approvare entro 30 giorni le numerose offerte comunicate mensilmente da Telecom. A ciò si aggiunge che il contraddittorio va attuato tenendo conto dei vincoli di riservatezza dei dati commerciali e contabili di Telecom, già riconosciuti dal Giudice di secondo grado nella sentenza n. 6527/08 citata. Tali vincoli non consentono la comunicazione preventiva, ai concorrenti, di tutte le offerte al dettaglio di Telecom. Viceversa, tale principio viene attuato anche tramite audizioni e richieste di specifiche informazioni di cui l'Autorità necessita per svolgere le previste attività di verifica o per il tramite di tavoli tecnici di confronto con i soggetti interessati. Si aggiunge che contraddittorio tra le parti si può svolgere anche attraverso un semplice confronto documentale.

Ciò nonostante l'Autorità, in aggiunta a porre in essere quanto sopra, ha proceduto, nel rispetto dei principi della massima trasparenza e del più ampio contraddittorio, a convocare audizioni congiunte (cosiddetti tavoli tecnici) con tutti i soggetti interessati (direttamente o per il tramite delle associazioni di riferimento). In proposito si richiama, a titolo esemplificativo del coinvolgimento da parte

dell'Autorità dei soggetti concorrenti, che, nel quadro regolamentare di cui alla delibera n. 249/07/CONS, un'attività di definizione puntuale e condivisa dei test di prezzo, poi utilizzati, è stata svolta, ai sensi della delibera n. 133/07/CIR, art. 2, comma 15³⁷, in contraddittorio con i soggetti interessati, nell'ambito dell'Unità per il monitoraggio del processo di implementazione dei servizi *bitstream*, prevista all'art. 25, comma 5, della delibera n. 249/07/CONS.

Tale Unità si è riunita per la prima volta il 19 giugno 2008 e ha concluso le proprie attività nel mese di ottobre 2009 con la redazione di un documento condiviso sulle modalità di svolgimento dei test di prezzo.

Al Tavolo Tecnico summenzionato hanno partecipato tutti i principali operatori di rete e servizi (per citare i maggiori Telecom Italia, Wind, Vodafone, Fastweb, Eutelia, BT Italia, Welcome Italia, Tiscali) anche rappresentati dalle rispettive associazioni (AIIP).

Come da verbale redatto (prima riunione d'insediamento del tavolo tecnico del 19 giugno), detto tavolo tecnico si inquadra nel seguente contesto normativo:

- i. art. 25 della delibera n. 249/07/CONS recante “Modalità di realizzazione dell'offerta di servizi *bitstream* ai sensi della delibera n. 34/06/CONS”;
- ii. delibera n. 133/07/CIR recante “Approvazione delle condizioni economiche dell'offerta di riferimento di Telecom Italia per l'anno 2007 per i servizi *bitstream* (mercato 12)”. In essa il considerato 31 prevede che “[L'] Autorità ritiene in conclusione che più accurate modalità di verifica di replicabilità vadano definite in contraddittorio con tutti gli operatori.”;
- iii. art. 2, comma 15, in cui si prevede che “[l]e definizioni dei modelli per la verifica della replicabilità delle offerte retail di Telecom Italia di servizi basati su piattaforme a larga banda, siano esse in tecnologia ATM o Ethernet, sono definite nell'ambito dell'Unità per il monitoraggio del processo di implementazione dei servizi *bitstream* di cui all'art. 25, comma 5, della delibera n. 249/07/CONS.”

Detto tavolo tecnico si è concluso con la predisposizione di un documento condiviso con gli operatori che hanno partecipato. Le linee guida per i test di prezzo definite in tale documento sono state utilizzate nell'attività di verifica dell'Autorità svolta ai sensi della delibera n. 249/07/CONS. Le stesse hanno rappresentato un punto di partenza per la definizione dei *test di prezzo* previsti nella delibera n. 499/10/CONS.

L'Autorità, come premesso al precedente punto 33, con nota del 18 novembre 2008 inviata a Telecom Italia, aveva già fornito le proprie linee guida di valutazione della

³⁷ Cfr. la delibera n. 133/07/CIR recante “Approvazione delle condizioni economiche dell'offerta di riferimento di Telecom Italia per l'anno 2007 per i servizi *bitstream* (mercato 12)”.

replicabilità delle offerte *retail* di Telecom Italia in applicazione di quanto previsto dalla delibera n. 249/07/CONS ed in linea con le prime indicazioni di detto tavolo tecnico.

Se ne conclude, quindi, che anche l'argomentazione relativa all'assenza di un contraddittorio con il mercato non debba essere accolta avendo l'Autorità agito sulla base del principio della massima condivisione e trasparenza.

57. Sul test di prezzo svolto da parte istante

Come rappresentato nella sezione 3, par. 3.1, parte istante ha depositato in atti tre test di prezzo dalla stessa compiuti relativamente a tre offerte *retail* di Telecom (Offerta Alice Casa, Adsl 7 mega, Adsl 20 mega); i test suddetti proverebbero, secondo Siportal, la non replicabilità delle offerte *retail* di Telecom.

Si spiegano, nel seguito, le ragioni per cui le valutazioni svolte, da parte istante, non sono utilizzabili né dimostrano la non replicabilità delle offerte citate.

58. Va premesso che le offerte succitate fanno riferimento a periodi diversi e sono state valutate, dall'Autorità, secondo i diversi contesti regolamentari vigenti all'epoca in cui sono state commercializzate. La prima offerta, Alice Casa, risale al 2008 quando era in vigore la delibera n. 249/07/CONS. Le altre due offerte indicate ("Adsl 7 mega" e "Adsl 20 mega"), risalenti a fine 2010 e giugno 2011, sono state verificate ai sensi della delibera n. 499/10/CONS.

59. L'offerta "Alice Casa" veniva sottoposta all'attenzione dell'Autorità con nota inviata da Telecom l'8 agosto 2008, acquisita in pari data con prot. Agcom n. 50815. I profili di replicabilità relativi a tale offerta, come indicato dalla nota DIR del 18 novembre 2008, prot. Agcom n. 73167, sono stati valutati sulla base della metodologia indicata dalla delibera n. 249/07/CONS. In tale nota, con particolare riferimento all'offerta congiunta di servizi IPTV, l'Autorità richiedeva a Telecom di formulare le condizioni d'offerta che ne consentissero la replicabilità. In particolare, tali nuove condizioni d'offerta venivano riformulate da Telecom prevedendo, per la componente relativa ad Alice Home TV, un prezzo di 2,95 €/mese, iva inclusa, gratis per soli 6 mesi, a fronte dell'iniziale completa gratuità.

Si rileva, altresì, che il *test di prezzo* proposto da parte istante inerente alla suddetta offerta non è in linea con i criteri stabiliti dalla delibera n. 249/07/CONS né con le modalità applicative definite dall'Autorità nella nota succitata. Si cita, ad esempio, che la valutazione è stata svolta, da Siportal, sulla base di quanto segue:

- un periodo di permanenza media del cliente di 2 anni anziché 3 anni come previsto;

- i costi d'accesso *wholesale* considerati da SIPT non risultano essere in linea con quelli relativamente previsti dall'offerta *bitstream* allora vigente. In particolare si evidenzia che nel 2008 il costo del canone *bitstream naked* era pari a 18,21 €/mese, il costo del contributo *una tantum* di attivazione *bitstream naked* pari a 86,5 € (spalmato come premesso su tre anni), il costo della banda veniva valutato sulla base dei costi previsti nell'offerta di riferimento *bitstream* 2008 (PCR: 256 €/anno/Mbps ed MCR: 593,92 €/anno/Mbps) e dei consumi di traffico congrui per il profilo di velocità trasmissiva fornito alla clientela finale. Al riguardo invece Siportal computa un costo di 23,04 €/mese relativamente a “*canoni servizio adsl + extra canoni naked*” (senza altresì specificare le singole voci di costo che lo compongono) ed un contributo complessivo di attivazione pari a 60,34 € + 55,15 €
 - sono computati, ai fini del test, voci di costo non pertinenti perché non considerate tra i ricavi propri dell'offerta in esame (contributi di variazione e cessazione) e costi e ricavi di componenti aggiuntive di offerta acquisibili dal cliente finale solo in via opzionale, quali la fornitura e la consegna a domicilio del *modem*;
 - la componente di traffico telefonico inclusa nell'offerta non appare essere valutata sulla base del *test di prezzo* definito nella delibera n. 152/02/CONS;
 - sono computati, nello svolgimento del *test*, ulteriori costi determinati in maniera non conforme al dettato normativo (costi operativi, quantificati pari al 15% dei costi di rete essenziali e non; costi commerciali, nella misura del 10% dei costi di rete; margine operativo lordo, pari al 10% dei costi di rete);
 - il “margine” è valutato come semplice differenza percentuale tra costi (dalla stessa calcolati sulla base di proprie stime) e prezzo *retail* applicato da Telecom e non, come indicato al precedente punto 33, come “margine” tra il prezzo della componente del canone “effettivo” *retail* relativa alla sola connettività ed i costi di accesso *bitstream*.
60. Con nota del 29 dicembre 2010 acquisita in pari data con prot. Agcom n. 74454 Telecom comunicava all'Autorità le caratteristiche dell'offerta Adsl 20 mega e la propria intenzione di prorogare la promozione relativa al contributo di attivazione di tale offerta. A tal fine allegava le proprie valutazioni di replicabilità, effettuate ai sensi della delibera n. 499/10/CONS.

L'Autorità, non avendo nulla da eccepire in merito, ha approvato implicitamente l'offerta mediante l'applicazione del silenzio/assenso (previsto dalla delibera n. 499/10/CONS³⁸).

61. Con nota del 24 giugno 2011 (acquisita in pari data con prot. Agcom. n. 32398) Telecom comunicava all'Autorità il piano promozionale che sarebbe stato applicato, a partire dal 24 luglio 2011, all'Offerta Alice 7 Mega.

Con nota del 22 luglio 2011 prot. n. 3827 l'Autorità, alla luce delle valutazioni compiute sulla base della normativa in vigore ed, in particolare, di quanto previsto dalle delibere nn. 731/09/CONS e 499/10/CONS, non rilevando particolari criticità in merito ai profili di replicabilità dell'offerta in argomento ha approvato la suddetta promozione.

Si rileva che i test di prezzo proposti da parte istante per le ultime due offerte non ne dimostrano la non replicabilità in quanto non sono svolti sulla base della vigente normativa (delibera n. 499/10/CONS e circolare attuativa dell'8 luglio 2011).

A tale proposito e solo a titolo di esempio, sul piano metodologico deve evidenziarsi che:

- il *test* depositato da SIPORTAL si configura come un'analisi di replicabilità di tipo statico - dunque *period by period* (non è applicato il meccanismo di attualizzazione dei flussi di cassa proprio dell'analisi DCF) svolta tuttavia su un periodo di riferimento pari a due anni. In merito, la delibera n. 499/10/CONS all'allegato 1, par. 1.4, dispone che il periodo di riferimento ai fini dell'analisi *period by period* debba essere pari ad un anno;
- per quanto stabilito dalla delibera n. 499/10/CONS (all'allegato 1, par. 1.4.) il *test period by period* deve considerare i soli costi variabili propri dell'offerta, laddove invece SIPORTAL computa tutti i costi propri dell'offerta (fissi e variabili).
- inoltre il test svolto da SIPORTAL è elaborato unicamente a partire dai prezzi all'ingrosso di servizi che sembrerebbero essere di tipo *bitstream* (oltre ad altre condizioni economiche commerciali); la delibera n. 499/10/CONS (all'allegato 1), invece, dispone che le verifiche di replicabilità siano svolte assumendo a riferimento un *mix* di servizi all'ingrosso (nel caso delle offerte di servizi di accesso a banda larga in modalità *stand alone*, quali quelle in esame, il *mix* da

³⁸ Si veda in particolare la Circolare dell'8 luglio 2011, recante "Modalità attuative della delibera n. 499/10/CONS relativa ai test di prezzo applicati alle offerte tariffarie di Telecom Italia", par. 2, punto 3.

impiegare si compone dei servizi di *accesso disaggregato condiviso* alla rete locale di TI e dei servizi *bitstream* con interconnessione al *nodo parent* – si veda par. 5.3 dell'allegato 1 alla delibera n. 499/10/CONS);

- SIPORTAL inoltre computa, ai fini del *test*, voci di costo non pertinenti perché non considerate tra i ricavi propri dell'offerta in esame (contributi di variazione e cessazione) e costi e ricavi di componenti aggiuntive di offerta acquisibili dal cliente finale solo in via opzionale, quali la fornitura e la consegna a domicilio del modem;
- SIPORTAL computa, nello svolgimento del *test*, parametri introdotti e determinati in maniera difforme dal dettato normativo: costi operativi, quantificati pari al 15% dei costi di rete essenziali e non; costi commerciali, nella misura del 10% dei costi di rete; margine operativo lordo, pari al 10% dei costi di rete. A tale riguardo la normativa vigente prevede un tetto massimo complessivo del 25% per la somma dei costi operativi commerciali. Non sono previsti ulteriori costi operativi né margini di sorta.

V. Valutazioni conclusive dell'Autorità

62. Ai fini di una valutazione conclusiva della vicenda si ritiene opportuno suddividere il periodo oggetto del *petitum* in due parti: 2006-2007 in cui vigeva la delibera n. 6/03/CIR; 2008-2010 in cui vigeva la delibera n. 249/07/CONS e, successivamente a questa, la delibera n. 499/10/CONS.
63. L'Autorità ritiene che nel primo periodo Telecom Italia, anche alla luce della sentenza della Corte d'Appello di Milano succitata, avrebbe dovuto trattare, da un punto di vista regolamentare (incluso l'obbligo di ribaltamento delle promozioni), le linee *naked* come le linee condivise. Ne segue che parte istante ha diritto a richiedere la restituzione dei relativi contributi ADSL versati.

A tale riguardo si richiama (si vedano le premesse alla presente delibera) che, con nota del 5 ottobre 2011, Siportal versava in atti il riepilogo (in formato *excel*) degli importi, alla stessa fatturati da TI, relativi a contributi di attivazione, extra-attivazione, disattivazione, variazione, afferenti a linee ADSL *naked* e condivise, da gennaio 2006 sino a gennaio 2011. La somma dei contributi fatturati da Telecom nel periodo di vigenza della delibera n. 6/03/CIR (2006-2007) è pari, sulla base di quanto riportato in suddetto riepilogo, a Euro 932.100 (novecentotrentaduemilacento). Si richiama, inoltre, che Siportal ha già trattenuto, da tale importo, una somma pari a Euro 371.717,67 (trecentosettantunomilasettecentodiciassette/67). Come chiarito nelle premesse le

parti hanno congiuntamente verificato la correttezza di detti importi in quanto oggetto della proposta transattiva dell'Autorità³⁹.

64. Con riferimento al secondo periodo (2008-2010) l'Autorità ritiene di non dover accogliere le richieste di parte istante per le seguenti ragioni:

- I. l'attuazione del principio di parità di trattamento e non discriminazione avviene, in relazione al tema oggetto della presente controversia, per il tramite dei *test di prezzo*. Non esiste pertanto alcun meccanismo di ribaltamento automatico delle promozioni;
- II. l'Autorità ha svolto le verifiche di replicabilità dei servizi in oggetto in attuazione delle norme contenute nelle delibere nn. 249/07/CONS e 499/11/CONS;
- III. Telecom Italia ha applicato le promozioni sui contributi *wholesale* che l'Autorità ha richiesto, in via definitiva, al termine del procedimento di verifica;

VISTI tutti gli atti del procedimento;

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

DELIBERA

Articolo 1 (Contributi ADSL)

1. Telecom Italia S.p.A. è tenuta a pagare a Siportal S.r.l. il totale degli importi fatturati a titolo di contributi, da quest'ultima contestati ed oggetto del *petitum* della presente controversia, di attivazione, extra contributi di attivazione, variazione, disattivazione relativi a linee ADSL *naked* e condivise, fatturati a Siportal S.r.l. a far data dal 1° gennaio 2006 fino a fine di dicembre 2007, pari ad Euro 932.100 (novecentotrentaduemilacent).

³⁹ SIPT e Telecom hanno dichiarato, nel corso dell'istruttoria, la propria disponibilità a prendere in considerazione la proposta transattiva nei termini formulati dall'Autorità, confermando che dalla somma che, sulla base della proposta, Telecom avrebbe dovuto restituire a Siportal, pari ad Euro 932.100, deve essere sottratto l'importo da Siportal medesima già trattenuto, pari ad Euro 371.717,67.

2. La somma di cui al comma precedente è decurtata dell'importo di Euro 371.714,67 (trecentosettantunomilasettecentodiciassette/67), somma fatturata da Telecom Italia S.p.A. e ricompresa negli importi di cui sopra, ma non versata da Siportal S.r.l.

Articolo 2 **(Disposizioni finali)**

1. La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sul sito *web* dell'Autorità.
2. Ai sensi dell'art. 11, comma 9, del Regolamento adottato con delibera n. 352/08/CONS, le prescrizioni di cui all'art. 1 del presente provvedimento, costituiscono un ordine ai sensi dell'art. 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259.
3. Ai sensi dell'art. 133, comma 1, *lett. l)* e dell'art. 135, comma 1, *lett. b)*, del *Codice del processo amministrativo* approvato con decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.
4. Ai sensi dell'art. 119 del medesimo Codice, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni decorrenti dalla notifica del medesimo.

Roma, 28 ottobre 2013

IL PRESIDENTE
Angelo Marcello Cardani

IL COMMISSARIO RELATORE
Antonio Preto

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