

DELIBERA N. 59/07/CIR

Definizione della controversia Telegate Italia s.r.l./Telecom Italia s.p.a. relativa al prezzo del servizio di fatturazione per l'accesso alle numerazioni non geografiche 12xy e 892UUU, ai sensi della delibera 19/06/CIR

L'AUTORITA'

NELLA sua riunione della Commissione per le infrastrutture e le reti del 28 giugno 2007;

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

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

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

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

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

VISTA la delibera n. 1/00/CIR del 15 febbraio 2000, concernente "Valutazione e richiesta di modifica dell'offerta di interconnessione di riferimento di Telecom Italia S.p.A. del luglio 1999";

VISTA la delibera n. 10/00/CIR del 18 ottobre 2000, concernente "Valutazione e richiesta di modifica dell'offerta di interconnessione di riferimento di Telecom Italia 2000";

VISTA la delibera n. 4/02/CIR del 1 marzo 2002, concernente "Valutazione e richiesta di modifica dell'offerta di interconnessione di riferimento per l'anno 2001 di Telecom Italia S.p.A.";

VISTA la delibera n. 2/03/CIR del 27 febbraio 2003, recante "Valutazione e richiesta di modifica dell'offerta di interconnessione di riferimento per l'anno 2002 di Telecom Italia S.p.A. ";

VISTA la delibera n. 11/03/CIR del 25 luglio 2003, concernente "Valutazione e richiesta di modifica dell'offerta di interconnessione di riferimento per l'anno 2003 di Telecom Italia S.p.A.";

VISTA la delibera n. 3/04/CIR del 14 aprile 2004, concernente "Valutazione e richiesta di modifica dell'offerta di interconnessione di riferimento di Telecom Italia S.p.A. per l'anno 2004";

VISTA la delibera n. 1/05/CIR del 9 marzo 2005, concernente "Valutazione e richiesta di modifica dell'offerta di interconnessione di riferimento di Telecom Italia S.p.A. per l'anno 2005";

VISTA la delibera n. 15/04/CIR del 3 novembre 2004, concernente "Attribuzione dei diritti d'uso delle numerazioni per i servizi di informazione abbonati";

VISTA la delibera n. 417/06/CONS del 28 giugno 2006, recante "Mercati della raccolta, terminazione e transito delle chiamate nella rete telefonica pubblica fissa, valutazione di sussistenza del significativo potere di mercato per le imprese ivi operanti e obblighi regolamentari cui vanno soggette le imprese che dispongono di un tale potere (mercati n. 8, 9 e 10 fra quelli identificati dalla raccomandazione della Commissione europea n. 2003/311/CE)";

VISTA la delibera n. 19/06/CIR del 30 maggio 2006, recante “Approvazione dell’offerta di riferimento di Telecom Italia S.p.A. per l’anno 2006”;

VISTA l’istanza del 19 dicembre 2006 acquisita al protocollo n. 67309 del 28 dicembre 2006, con la quale la società Telegate Italia S.r.l. ha chiesto l’intervento dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni per la definizione, ai sensi dell’art. 23 del Codice delle comunicazioni elettroniche, della controversia insorta con la società Telecom Italia S.p.A. in ordine alla tariffa del servizio di fatturazione per l’accesso alle numerazioni non geografiche 12xy ed 892UUU;

VISTA la nota del 11 gennaio 2007, prot. n. 3037, con la quale la Direzione Reti e Servizi di comunicazione elettronica (di seguito “Direzione”) ha comunicato alle parti, ai sensi dell’art. 23 del Codice delle comunicazioni elettroniche, l’avvio di un procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della deferita controversia;

VISTO lo schema di accordo inviato alle parti dalla Direzione con nota del 16 aprile 2007, prot. n. 25168;

VISTA la nota della società Telegates Italia S.r.l. del 2 maggio 2007, acquisita al protocollo n. 29221 dell’8 maggio 2007, con la quale ha comunicato la sua disponibilità ad aderire alla proposta di transazione formulata dalla Direzione;

VISTA la nota della società Telecom Italia S.p.A del 2 maggio 2007, acquisita al protocollo n. 28362, del 4 maggio 2007, con la quale ha comunicato di non aderire alla proposta della Direzione;

PRESO ATTO della mancata accettazione della proposta di accordo da parte di Telecom Italia;

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso della fase istruttorie, da ultime le memorie delle parti dell’ 8 giugno e dell’11 giugno 2007 ;

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

UDITE le parti in contraddittorio in data 28 giugno 2007;

CONSIDERATO quanto segue:

A. Oggetto della controversia.

Telegate Italia S.r.l. (di seguito “Telegate”) con istanza del 28 dicembre 2006 instaurava la procedura per la risoluzione della controversia in esame, ai sensi dell’articolo 23, comma 1, del Decreto Legislativo 1° agosto 2003 n. 259, recante il Codice delle comunicazioni elettroniche (nel seguito “Codice”), e del Regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra organismi di telecomunicazioni, approvato con delibera dell’Autorità n. 148/01/CONS (nel seguito “Regolamento”). Nell’istanza, Telegate chiedeva all’Autorità di risolvere la controversia con decisione vincolante ed a tal fine stabilire che:

- *Telecom Italia è obbligata ad applicare al servizio di accesso dei propri abbonati alle numerazioni 12xy ed 892UUU gestite da Telegate, i prezzi definiti dalla delibera 19/06/CIR anche con riguardo al periodo dal 1° gennaio 2006 al 25 luglio 2006;*
- *Telecom Italia deve provvedere all’emissione di una nota di credito relativa alla mancata applicazione dei prezzi definiti dalla delibera 19/06/CIR relativamente al periodo 1° gennaio 2006 – 25 luglio 2006;*
- *Telecom Italia deve fornire a Telegate specifica e puntuale evidenza delle note di credito relative al rimborso dei maggiori valori corrisposti da Telegate.*

B. Iter Istruttorio.

In data 11 gennaio 2007 la Direzione convocava le parti in udienza, dando così luogo all’apertura formale del procedimento. La prima udienza si è tenuta il 15 febbraio 2007.

In data 13 febbraio 2007 Telecom Italia depositava la propria memoria difensiva nella quale contestava *in toto* quanto affermato da Telegate nella propria memoria.

Nel corso della prima udienza, le parti esponevano le loro ragioni. La Direzione faceva rilevare che sulla questione in esame aveva già avuto modo di esprimere la propria posizione in una nota del 6 settembre 2006 e riconvocava le parti ad una successiva udienza fissata per il giorno 22 marzo 2007.

A seguito della richiesta di rinvio di Telecom Italia , la seconda udienza si svolgeva il 28 marzo 2007. In questa sede, la Direzione, preso atto delle immutate posizioni delle parti, acquisiva la loro disponibilità a valutare la proposta di un accordo transattivo, ai sensi dell'articolo 6, comma 1 del Regolamento 148/01/CONS predisposto dalla Direzione.

In data 16 aprile 2007, la Direzione inviava alle parti la proposta di accordo che, sulla base degli elementi acquisiti nel corso del procedimento, prevedeva che Telecom Italia rimborsasse alla società istante un importo pari a 770.800 euro, corrispondente all'82% del credito vantato dalla parte istante.

Con lettera del 2 maggio 2007, la Società Telegate comunicava la sua disponibilità ad aderire alla proposta di transazione così come formulata nella citata lettera del 16 aprile.

La società Telecom Italia, al contrario, con lettera del 2 maggio 2007, la Società Telecom Italia dichiarava di non aderire alla proposta della Direzione.

La Direzione, pertanto, preso atto della mancata accettazione della proposta di accordo da parte di Telecom Italia, constatata l'impossibilità di comporre la controversia con una soluzione transattiva, sottoponeva la controversia alla competente Commissione per le infrastrutture e le reti, trasmettendo a questa i relativi atti.

C. I rapporti contrattuali tra le parti.

La società Telegate Italia S.r.l., facente parte del gruppo Seat Pagine Gialle S.p.A., è un operatore dotato di una licenza per l'offerta di servizi di comunicazione elettronica delle numerazioni 89.24.00 e 1256; inoltre gestisce attraverso *number hosting* i servizi offerti dalle altre società del gruppo ovvero le numerazioni 1240 e 1289 e in *number portability* la numerazione 89.24.24.

Il 20 novembre 2000 le Società Telegate e Telecom Italia stipulavano l'accordo di interconnessione (di seguito "Accordo"), successivamente integrato dagli accordi del 23 settembre 2005 e dell'11 novembre 2005.

In particolare, gli accordi del 23 settembre 2005 avevano ad oggetto, rispettivamente, la disciplina delle condizioni tecniche ed economiche relative al servizio di accesso al servizio abbonati Telecom Italia attraverso il numero 1240 e dell'accesso degli abbonati di Telecom Italia ai servizi offerti attraverso i numeri 1256 e 1289. L'accordo dell'11 novembre 2005 aveva ad oggetto la disciplina delle condizioni economiche relative al servizio di fatturazione e gestione insolvenza per l'anno 2005 con riguardo alle numerazioni 892UUU gestite da Telegate.

L'articolo 3 dell'Accordo prevedeva l'adeguamento automatico delle condizioni economiche dei servizi ivi previsti agli aggiornamenti dell'Offerta di Interconnessione di Riferimento (di seguito "OIR") di Telecom Italia.

In data 28 ottobre 2005 Telecom Italia pubblicava l'OIR per l'anno 2006 che prevedeva, per i servizi in oggetto, un prezzo pari al 9,1% della fatturazione di Telecom Italia relativo alle chiamate effettuate dai propri clienti verso le numerazioni non geografiche di Telegate.

In data 30 maggio 2006 l'Autorità con la delibera n. 19/06/CIR approvava l'offerta di riferimento di Telecom Italia S.p.A. per l'anno 2006 apportando ad essa alcune modifiche. La predetta delibera stabiliva, in particolare, all'articolo 2, comma 6, che Telecom Italia era tenuta ad applicare al servizio di accesso alle numerazioni non geografiche 12xy le medesime condizioni di interconnessione previste per il servizio di raccolta verso le altre numerazioni non geografiche e, al successivo comma 17, che il prezzo massimo per il servizio di fatturazione per numerazioni non geografiche, in linea con i principi adottati con la delibera n. 2/03/CIR, era fissato al 3,1%.

Faceva seguito uno scambio di corrispondenza tra le parti, in cui da un lato Telegate chiedeva a Telecom Italia di rimborsarle la differenza tra l'importo fatturato a titolo di corrispettivo per la fatturazione nei mesi gennaio 2006 - luglio 2006 (importo pari a 9,1% come indicato nell'OIR) ed il valore stabilito dalla delibera 19/06/CIR pari al 3,1%, dall'altro Telecom Italia replicava dichiarando che avrebbe applicato il prezzo di cui alla citata delibera solo a far data dal 25 luglio 2006.

Al riguardo, appare opportuno rammentare che la Direzione, con lettera inviata a Telecom Italia in data 6 settembre 2006, evidenziava che le

modifiche all'OIR disposte con la delibera n. 19/06/CIR dovevano applicarsi a decorrere dalla data di vigenza dell'offerta stessa, ossia dal 1° gennaio 2006. Inoltre, precisava che nei casi in cui l'Autorità aveva ritenuto disporre una diversa decorrenza di applicazione delle condizioni economiche, questa era stata esplicitamente indicata nei relativi provvedimenti di approvazione delle OIR.

D. Argomentazioni delle parti.

In via preliminare, Telegate evidenziava lo stato di incertezza in cui si trova il gruppo SEAT Pagine Gialle a seguito dell'inottemperanza di Telecom Italia alla delibera 19/06/CIR nella parte relativa al prezzo del servizio di fatturazione per l'accesso alle numerazioni non geografiche 12xy.

La Società, rilevava che la differenza dei valori percentuali di fatturazione incide in maniera sensibile sul conto economico di Telegate, poiché al 9,1% corrisponde un importo pari a 1,4 milioni di euro, mentre dall'applicazione del 3,1%, corrisponde un importo pari a 460.000 euro. Pertanto, Telegate osservava che costi così onerosi si ripercuotono inevitabilmente sulla clientela finale, rendendo difficile una politica concorrenziale sui prezzi.

Nel merito, Telegate riteneva che il rifiuto da parte di Telecom Italia di rispettare le condizioni economiche previste alla delibera *de qua* a decorrere dal 1° gennaio 2006 è palesemente illegittimo anche alla luce di quanto l'Autorità ha riconosciuto in sede di analisi di mercato, nella delibera n. 417/06/CONS, nella quale si prevede che *“l'OIR approvata ha validità annuale a partire dal 1° gennaio dell'anno corrispondente e gli effetti dell'approvazione decorrono, anche retroattivamente, da tale data”*, interpretazione, questa, ribadita anche nella comunicazione inviata dall'Autorità a Telecom Italia il 6 settembre 2006.

Inoltre, Telegate, nel replicare a quanto sostenuto da Telecom Italia in ordine all'asserita non retroattività degli atti amministrativi, osservava che, a prescindere dalle valutazioni di cui sopra, il suo diritto all'applicazione del valore del 3,1%, a far data dal 1° gennaio 2006, deriva innanzitutto dall'obbligo della stessa all'orientamento al costo cui è sottoposto il servizio in oggetto.

La situazione di incertezza derivante dall'applicazione di due tariffe diverse nel corso dello stesso anno, una per il periodo antecedente ed una per il periodo successivo all'approvazione dell'OIR da parte dell'Autorità non

sarebbe inoltre in linea con l'obbligo di trasparenza cui è sottoposta Telecom Italia.

Telecom Italia, ribadiva quanto già rappresentato alla società ed alla scrivente, riportandosi ai contenuti del ricorso presentato dinanzi al TAR del Lazio per l'annullamento, per la parte di interesse, della delibera 19/06/CIR, e contestava quindi l'interpretazione della delibera fornita dalla società Telegate nella propria istanza.

Al riguardo, Telecom Italia osservava che ai sensi della delibera n. 1/05/CIR (così come delle precedenti delibere n. 2/03/CIR e n. 3/04/CIR), l'Autorità aveva imposto alla medesima l'obbligo di fornire agli altri operatori il servizio di fatturazione con una remunerazione equivalente ai costi sostenuti. Telecom Italia precisava che a determinare tali costi concorrono componenti costanti quali la fatturazione ed emissione delle bollette, la gestione dei reclami e l'attività di prevenzione delle frodi. La gestione e prevenzione delle frodi, così come la gestione dei reclami, costituisce una componente rilevante dei costi relativi ai servizi erogati tramite numerazioni non geografiche.

Telecom Italia riteneva che per il periodo 1° gennaio 2006-25 luglio 2006 erano state correttamente applicate a Telegate le condizioni economiche di fatturazione comunicate e pubblicate il 28 ottobre 2005.

Secondo Telecom Italia, l'Autorità, nella delibera 19/06/CIR impugnata dalla stessa, non riteneva di mantenere il valore percentuale (9,1%) per la fatturazione derivante dalla propria contabilità regolatoria del 2004 e ne ha imposto in sua vece uno inferiore (3,1%) omettendo di tenere in considerazione i riscontri contabili forniti da Telecom Italia dai quali emergeva l'effettiva incidenza dei costi di gestione dei processi sopra indicati.

Telecom Italia osservava di aver comunque provveduto, nelle more del giudizio da essa incardinato dinanzi al TAR, ad apportare all'Offerta di Riferimento 2006 le modifiche richieste dall'Autorità nella delibera 19/06/CIR, procedendo quindi anche alla riformulazione delle condizioni economiche secondo quanto previsto. Ciò è stato fatto, però, applicando come naturale decorrenza dei termini la data del 26 luglio 2006, ossia trenta giorni dopo l'avvenuta notifica del provvedimento in data 27 giugno 2006.

In conclusione, Telecom Italia riteneva che dalla lettura della delibera 19/06/CIR e dal quadro normativo vigente non emergevano elementi tali da poter autorizzare un'applicazione retroattiva delle disposizioni regolamentari. Infatti, sottolineava la citata Società, una tale previsione era contenuta all'articolo 4, comma 11, dell'abrogato D.p.R. n. 318/97 e non era stata sostituita da norma analoga con l'entrata in vigore del Codice delle comunicazioni. Né, ad avviso di Telecom Italia, l'articolo 46, comma 2, del citato Codice attribuiva al provvedimento di modifica delle Offerte di riferimento una tale efficacia.

E. Motivazioni della decisione.

I. La sussistenza dei presupposti per l'adozione di una decisione vincolante.

L'articolo 23 del codice delle comunicazioni elettroniche attribuisce all'Autorità la competenza a dirimere le controversie tra imprese che forniscano reti o servizi di comunicazione elettronica, aventi ad oggetto gli obblighi derivanti dal codice medesimo, e detta regole procedurali suscettibili di immediata applicazione.

La controversia in esame verte sull'interpretazione della delibera n. 19/06/CIR, e, più precisamente, sulla decorrenza degli effetti delle modifiche previste nella predetta delibera di approvazione dell'offerta di riferimento.

L'oggetto del contendere rientra pertanto certamente tra le materie rimesse alla competenza dell'Autorità dal citato articolo 23 del Codice delle comunicazioni elettroniche, alla luce dei connessi articoli 42, comma 5, e 44 del Codice medesimo.

La sentenza del TAR del Lazio, sez. III ter, 14 dicembre 2006, n. 14517, ha recentemente ribadito, invero, *“la competenza generale dell'Autorità a risolvere le controversie tra operatori in materia di accesso ed interconnessione e, in specie, di tariffe di terminazione su rete di operatori alternativi, ai sensi dell'art. 23, secondo comma, del Codice delle comunicazioni elettroniche, a meno che le parti non abbiano specificamente concordato una deroga a siffatta regola generale”*.

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

II. Il prezzo del servizio di fatturazione per l'accesso alle numerazioni non geografiche 12xy e 892UUU, ai sensi della delibera 19/06/CIR.

La presente controversia ha per oggetto la decorrenza degli effetti delle modifiche apportate dalla delibera di approvazione all'offerta di riferimento.

Esulano dunque dalla materia del contendere, e non potrebbero essere comunque trattate in questa sede, le doglianze esposte nella memoria di Telecom che attengono alla presunta illegittimità delle determinazioni con le quali l'Autorità ha appunto modificato l'offerta di riferimento, doglianze sostanzialmente identiche a quelle già esposte nel ricorso proposto al Tar del Lazio, tuttora pendente, con il quale è stato chiesto l'annullamento della delibera n. 19/06/CIR.

In atto, quest'ultimo provvedimento è pienamente efficace ed esecutivo, non avendo tra l'altro la società Telecom chiesto di annullarlo in sede di autotutela, e come tale assurge a parametro vincolante per la risoluzione della controversia.

Ciò premesso, si osserva introduttivamente che, al momento dell'adozione della delibera n. 19/06/CIR, Telecom Italia doveva essere qualificata come operatore avente una quota di mercato significativa, atteso che con delibera 160/03/CONS era stata in precedenza notificata nel mercato nazionale dell'interconnessione su rete fissa. Il Codice delle comunicazioni prevede, infatti, all'articolo 19, comma 9, che gli operatori di reti telefoniche pubbliche fisse, designati come operatori aventi una quota di mercato significativa in base al precedente quadro normativo, continuano ad essere considerati operatori notificati fino a che sia stata espletata la procedura relativa all'analisi di mercato prevista dal nuovo quadro normativo.

La Società resistente, in forza degli obblighi di trasparenza e non discriminazione derivanti dalla sua posizione sul mercato, era quindi tenuta a pubblicare l'Offerta di riferimento contenente le condizioni tecniche ed economiche per ciascun servizio offerto, e soggetta ad approvazione dell'Autorità.

Telecom Italia ha reso pubblica la propria Offerta di Riferimento per l'anno 2006 in data 28 ottobre 2005, fissando per il servizio di fatturazione per numerazioni non geografiche il prezzo di 9,1% dell'importo fatturato alla clientela chiamante.

L'Autorità in data 30 maggio 2006 ha adottato la delibera n. 19/06/CIR, con la quale ha approvato l'OIR apportando, però, alcune modifiche alla stessa, tra cui quelle riguardanti proprio il prezzo del servizio di fatturazione per l'accesso alle numerazioni non geografiche.

In particolare, infatti, l'Autorità, sulla base degli elementi contabili acquisiti, ed alla luce della modalità contabili previste dalla delibera n. 2/03/CIR, ha giudicato che l'incremento proposto da Telecom Italia (pari al 9,1%) non fosse adeguatamente giustificato, e ha ritenuto, invece, che un valore pari al 3,1% fosse già idoneo a ristorare i costi di fatturazione "efficienti" e in linea con la prassi internazionale.

Nell'istanza introduttiva della controversia si afferma che alla data dell'approvazione dell'OIR il riesame degli obblighi in materia di accesso e di interconnessione non era stato ancora concluso, e che dovevano trovare pertanto applicazione gli obblighi imposti agli operatori dalla normativa previgente, ai sensi dell'articolo 44, comma 1, del Codice delle comunicazioni elettroniche

Ad avviso dell'istante, doveva quindi applicarsi il d.P.R. 318/97, e, in particolare, la previsione del suo articolo 4, comma 11 (che sancisce il principio di retroattività delle decisioni di approvazione delle OIR a partire dal 1° gennaio dell'anno a cui l'offerta si riferisce), in coerenza con il principio del *tempus regit actum*, determinandosi conseguentemente, in forza dell'espresso disposto regolamentare testè citato, l'efficacia retroattiva delle modifiche apportate all'OIR 2006.

La resistente contesta l'impostazione appena riassunta, affermando che la norma di cui all'articolo 4 comma 11 del d.P.R. 318/97 non solo è stata abrogata a seguito dell'entrata in vigore del Codice, ma non è stata neppure sostituita da una norma di analogo tenore.

Sulla base di tale premessa Telecom Italia afferma che l'Autorità non potrebbe attribuire efficacia retroattiva al proprio provvedimento in assenza di una norma che preveda espressamente una deroga al principio di irretroattività degli atti amministrativi.

La ricostruzione proposta da Telecom non può essere accolta. Essa non trova fondamento né nei principi di carattere generale in materia di provvedimenti amministrativi, né in quelli ricavabili dal quadro normativo e regolamentare vigente, e, infine, appare in contrasto con la

ratio del potere attribuito all'Autorità di modificare l'offerta di riferimento sulla base dei principi da essa dettati.

A parte le considerazioni di carattere generale di seguito svolte, si deve convenire con l'attrice, innanzitutto, che al momento dell'adozione della delibera n. 19/06/CIR gli obblighi in concreto applicabili non potevano che essere quelli previgenti all'emanazione del Codice, sulla base di quanto previsto dall'articolo 44, comma 1 del codice medesimo (*"Gli obblighi vigenti alla data di entrata in vigore del Codice in materia di accesso e di interconnessione, imposti agli operatori che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, restano in vigore fintantoché tali obblighi non siano stati riesaminati e non sia stata adottata una decisione ai sensi del comma 2. Fino a tale data conservano efficacia le deliberazioni adottate dall'Autorità, relativamente ai suddetti obblighi, sulla base della normativa previgente"*).

E' questa una disposizione volta ad evitare che nel passaggio dalla precedente alla nuova disciplina possano esservi vuoti normativi, evenienza questa assolutamente in contrasto con le caratteristiche di rapida evoluzione del settore regolato che impongono, al contrario, una continua attività di regolazione con cadenze ravvicinate e regolari. A tale scopo, come esplicitato anche nelle direttive del nuovo quadro comunitario(si veda il considerando n. 12 della direttiva "accesso"), il previgente regime al quale erano soggetti gli operatori doveva essere integralmente *"ripreso anche nel nuovo quadro normativo"* nella sua integralità, compresa dunque, nel caso di specie, la specifica disposizione in materia di retroattività.

Ciò comportava, come evidenziato anche nella lettera inviata il 6 settembre 2006 dalla Direzione a Telecom Italia, che "qualora un organismo tra quelli obbligati introduca modifiche all'offerta d'interconnessione di riferimento pubblicata ai sensi dell'articolo 9, gli adeguamenti eventualmente richiesti dall'Autorità hanno efficacia retroattiva, con decorrenza dalla data di introduzione della modifica" (cfr. articolo 4, comma 11, del d.P.R. 318/97).

La Direzione ha dunque già avuto modo di chiarire che le modifiche all'OIR disposte con la delibera n. 19/06/CIR dovevano applicarsi a decorrere dalla data di effettiva applicazione dell'offerta stessa agli altri operatori, ossia dal 1° gennaio 2006, e questo sia per i servizi

soggetti a network cap sia per i servizi soggetti a verifica di orientamento al costo.

Ad ulteriore conforto della piena legittimità dell'applicazione della norma previgente di cui all'art. 4, comma 11, del d.P.R. n. 318 del 1997, si può, infine, accennare alle conclusioni alle quali è pervenuto l'Avvocato generale nella causa C-262/06 concernente una domanda pregiudiziale relativa ad una questione del tutto simile a quella in esame¹, conclusioni che collimano perfettamente con l'orientamento fin qui seguito.

Dopo un'ampia e approfondita disamina della questione, si è affermato che *“ogni genere di obbligo”* debba essere provvisoriamente mantenuto, anche ove lo stesso abbia contenuto generale ed astratto o sia previsto direttamente in una disposizione legislativa. L'Avvocato generale ha, poi, suggerito alla Corte di risolvere le questioni ² dichiarando che *“qualsiasi interpretazione degli art. 27, primo comma, della direttiva quadro, e dell'art. 16, n. 1, lett. a), della direttiva servizio universale”* che impongono agli Stati membri di mantenere provvisoriamente in vigore gli obblighi previgenti *“ricomprende tutti gli obblighi imposti agli operatori dalla normativa precedente, a prescindere dalla loro fonte o, in altri termini, dallo strumento individuato da ciascuno Stato membro ai fini dell'attuazione e dell'esecuzione dell'armonizzazione comunitaria”*, indipendentemente.

La naturale retroattività delle modifiche apportate in sede di approvazione dell'offerta di Telecom si ricava poi agevolmente dalla stessa motivazione della delibera, poiché le considerazioni espresse nelle premesse iniziali, al punto n. 9 e al punto 73 presuppongono, inequivocabilmente, la decorrenza dal 1° gennaio 2006 delle modifiche dalla stessa introdotte.

Anche a voler ipoteticamente prescindere dal disposto dell'art. 4, comma 11, del d.P.R. n. 318 del 1997, la conclusione della retroattività

¹ Il Tribunale competente per il contenzioso amministrativo di Colonia riteneva che potessero essere mantenuti solo gli obblighi che non richiedevano alcun atto esecutivo mentre, al contrario, il Tribunale supremo federale per il contenzioso amministrativo affermava riteneva che dovesse essere mantenuto ogni genere di obbligo anche se tale obbligo avesse contenuto generale ed astratto o fosse previsto direttamente in una disposizione legislativa.

² Proposta che, tra l'altro, si inserisce nel solco di un orientamento estensivo del regime transitorio previsto dal nuovo quadro normativo comunitario già in precedenza affermato dalla Corte di Giustizia (Sentenza 8 dicembre 2005, causa C-33/04).

delle modifiche apportate all'OIR è comunque ineluttabile per le seguenti, ulteriori, ragioni.

Il richiamo al principio generale di irretroattività dell'atto amministrativo, se può essere particolarmente stringente per un'attività che costituisca esercizio di un vero e proprio potere regolamentare (art. 11 delle disp. prel. c.c.), assume però un diverso e più limitato significato in una ipotesi, quale quella in esame, in cui è stato esercitato un potere di natura diversa (riconducibile allo schema delle "potestà di regolazione", nozione entro la quale sono sussunte tipologie di atti amministrativi assai differenti³).

Il potere di approvazione dell'offerta di riferimento, in particolare, esercitato dall'Autorità ormai fin dal recepimento nell'ordinamento italiano delle prime direttive di liberalizzazione del settore, ha invero caratteristiche e natura peculiari.

L'offerta soggetta ad approvazione è, infatti, efficace fin dalla sua pubblicazione da parte del proponente, e viene subito applicata da Telecom nei rapporti con gli altri operatori. Quella che nella normativa specifica di settore è qualificata come "approvazione", perciò, è in realtà un intervento che costituisce esercizio di un potere di vigilanza, che quindi interviene *ex post* rispetto ad un'attività che è stata già almeno per un certo periodo posta in essere dall'impresa. Attraverso questo intervento, l'Autorità verifica se l'offerta di riferimento dell'operatore a cui è imposto l'obbligo di pubblicazione sia effettivamente rispettosa dei principi e delle norme di settore che disciplinano le forme e i contenuti dell'offerta stessa, al momento della sua entrata in vigore, e in caso contrario adotta le conseguenti correzioni.

Non è dunque affatto necessario, contrariamente a quanto si assume *ex adverso*, che una norma del Codice espliciti la retroattività degli effetti di un eventuale intervento di modifica dell'offerta da parte dell'Autorità, dal momento che la sua retroattività è già *in re ipsa*.

Non sarebbe infatti coerente con le norme e i principi elaborati in sede comunitaria un intervento dell'Autorità di correzione dello OIR che si limitasse a produrre effetti *ex nunc*, in quanto in questo modo si sanerebbe implicitamente qualsiasi possibile illegittimità dell'offerta per il periodo in cui la stessa è stata già applicata dall'operatore notificato.

³ Fabio Cintioli *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisprudenza*

L'interpretazione sostenuta da Telecom svuoterebbe quindi il potere di approvazione dell'OIR di gran parte della sua ragion d'essere.

Ad opinare diversamente si giungerebbe, inoltre, a risultati del tutto anomali. Così, se si limitasse l'applicazione dei prezzi, come modificati dall'Autorità, al solo periodo successivo alla pubblicazione della delibera di approvazione dell'offerta di riferimento, si vanificherebbe qualsiasi effetto utile dell'attività di vigilanza, che finirebbe per essere produttiva di effetti solo per una porzione limitata di ciascuna annualità. Potrebbero, inoltre, essere incentivati comportamenti opportunistici da parte dell'operatore soggetto a controllo, che deliberatamente potrebbe decidere di violare le regole e i principi che disciplinano la predisposizione dell'offerta, per incamerare le somme derivanti dalle condizioni tecniche ed economiche ingiustificatamente apposte, confidando nei tempi, inevitabilmente non brevi, richiesti per una valutazione analitica dell'offerta.

D'altronde, la naturale retroattività delle modifiche dell'OIR imposte dall'Autorità, ha sempre⁴ trovato applicazione nelle delibere di approvazione delle OIR degli anni precedenti (cfr. delibera n. 1/00/CIR articolo 4, comma 1, lett. c; delibera n. 10/00/CIR articolo 9, comma 1, lett b; delibera n. 4/02/CIR articolo 4, comma 1, lettera b ed articolo 3 comma 2; delibera n. 2/03/CIR articolo 4, comma 1, lett b), nelle quali l'Autorità ha stabilito che l'offerta di riferimento avesse validità annuale a partire dal 1° gennaio dell'anno a cui l'offerta si riferiva e che gli effetti dell'approvazione decorressero da tale data.

Che tale principio sia un elemento intrinseco nel sistema normativo vigente e costante dell'attività regolamentare dell'Autorità si riscontra, infine, alla luce dei provvedimenti relativi alle analisi dei mercati rilevanti adottati sia anteriormente alla delibera n. 19/06/CIR (v. articolo 5, comma 1 e 6, della delibera n.4/06/CONS del 12 gennaio 2006 e articolo 5, comma 4 della delibera n. 45/06/CONS del 25 gennaio 2006) che successivamente (v. delibera n. 417/06/CONS del 28 giugno 2006), nonché, come già rilevato, nella stessa delibera 19/06/CIR che presuppone inequivocabilmente, come si ricava da vari punti della motivazione, la retroattività, al 1° gennaio 2006, degli effetti dell'approvazione.

⁴ Salvo i casi in cui ha espressamente previsto una diversa decorrenza, si veda al riguardo l'articolo 3 comma 2 della delibera n. 3/04/CIR

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

RITENUTO che la pretesa azionata da Telegate è fondata;

UDITA la relazione del Commissario Enzo Savarese, relatore ai sensi dell'art. 29 del Regolamento per l'organizzazione ed il funzionamento dell'Autorità;

DELIBERA

Articolo 1

1. Per le ragioni di cui in motivazione l'Autorità accoglie l'istanza di Telegate e, per l'effetto, riconosce il diritto di tale società alla restituzione delle maggiori somme percepite da Telecom Italia nel periodo dal 1 gennaio 2006 al 25 luglio 2006 per il servizio di fatturazione per l'accesso alle numerazioni non geografiche 12xy e 892UU, a causa della mancata applicazione delle modifiche alle condizioni tecniche ed economiche di interconnessione apportate dalla delibera 19/06/CIR all'offerta di riferimento di Telecom Italia per l'anno 2006.

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

Ai sensi dell'art. 9, del decreto legislativo n. 259 del 1 agosto 2003, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell'art. 23 bis, comma 2, della legge 6 dicembre 1971 n. 1034 e successive integrazioni e modificazioni, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica del medesimo.

Roma, 28 giugno 2007

IL COMMISSARIO
RELATORE

Enzo Savarese

IL PRESIDENTE
Corrado Calabrò

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE
Roberto Viola