



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

DELIBERA N. 739/13/CONS

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA TRA OKCOM S.P.A. E TELECOM ITALIA S.P.A. IN MATERIA DI CONTRIBUTI DI LINEE ADSL NAKED

L'AUTORITÀ

NELLA riunione del Consiglio del 19 dicembre 2013;

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

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

VISTO il decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante “*Codice delle comunicazioni elettroniche*” (di seguito denominato il “*Codice*”);

VISTA la delibera n. 352/08/CONS, del 25 giugno 2008 recante “*Regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione elettronica*” (di seguito denominato il “*Regolamento di cui alla delibera n. 352/08/CONS*”);

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*”;

VISTA la delibera n. 223/12/CONS, del 27 aprile 2012, recante “*Adozione del nuovo regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 536/13/CONS;

VISTO in particolare, l’articolo 34, comma 2 *bis* introdotto dalla delibera n. 536/13/CONS adottata dal Consiglio nella 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. 25/07/CONS, del 17 gennaio 2007, recante “Attuazione della nuova organizzazione dell’Autorità: individuazione degli Uffici di secondo livello e modifiche ed integrazioni al regolamento di organizzazione e di funzionamento”;

VISTA la delibera n. 401/10/CONS, del 22 luglio 2010, recante “Disciplina dei tempi dei procedimenti”, come modificata dalla delibera n. 456/11/CONS;

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”;

VISTA la delibera n. 6/03/CIR, del 15 aprile 2003, recante “Offerte di servizi x-DSL all’ingrosso da parte della società Telecom Italia e modifiche all’offerta per accessi singoli in modalità flat”;

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”;

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-locazione di cui alla delibera n. 4/06/CONS”;

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”;

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)”;

VISTA la sentenza del Consiglio di Stato n. 6529 del 23 dicembre 2008;

VISTA la delibera n. 71/09/CIR, del 26 novembre 2009, recante “Approvazione dell’offerta di riferimento di Telecom Italia per l’anno 2009 relativa ai servizi bitstream (mercato 12)”;

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)”;

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”;

VISTA 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*”;

VISTA l'istanza della società OKcom S.p.A. (di seguito denominata “OKcom”) del 9 luglio 2012, acquisita al protocollo dell'Autorità n. 36603 del 16 luglio 2012, con la quale è stato richiesto l'avvio di un procedimento per la risoluzione della controversia nei confronti di Telecom Italia S.p.A. (di seguito denominata “Telecom Italia”/ “Telecom”/ “TI”), ai sensi dell'art. 23 del Codice e del Regolamento di cui alla delibera n. 352/08/CONS, in materia di contributi di attivazione di servizi ADSL *wholesale* fatturati da Telecom Italia;

VISTA la comunicazione del 16 luglio 2012, numero di protocollo 36603, con cui la Direzione Reti e Servizi di Comunicazione Elettronica (di seguito “Direzione”) ha avviato la controversia in epigrafe e convocato per il giorno 6 settembre 2012 (udienza tenutasi, a seguito di richiesta di differimento di parte convenuta, il 24 settembre) le parti in udienza, al fine di acquisire elementi utili circa l'istanza di OKcom;

VISTE la nota di Telecom Italia del 18 settembre 2012, acquisita al protocollo dell'Autorità n. 47314 in medesima data, con la quale la suddetta società ha inviato le proprie controdeduzioni all'istanza di OKcom;

VISTA la nota di Telecom Italia del 9 ottobre 2012, acquisita al protocollo dell'Autorità n. 50485 in medesima data, con la quale la stessa ha fornito i chiarimenti richiesti in udienza, incluso la propria valorizzazione economica del *petitum* del contenzioso;

VISTA la comunicazione della Direzione del 21 dicembre 2012, numero di protocollo 65672;

VISTA la comunicazione di OKcom del 3 gennaio 2013, acquisita al protocollo dell'Autorità n. 415 in medesima data;

VISTA la comunicazione della Direzione del 16 gennaio 2013, numero di protocollo 2487;

VISTI i verbali delle udienze tenutesi il 24 settembre 2012 ed il 23 dicembre 2012;

CONSIDERATO quanto segue:

I. Il fatto

1. I contributi di attivazione ADSL oggetto della lite sono quelli percepiti da Telecom Italia nel periodo che va dal 1 febbraio 2011 al 28 maggio 2012. Si tratta, nello specifico, dei contributi *una tantum* di attivazione e disattivazione

previsti nel caso di fornitura di una linea *wholesale ADSL naked*¹ (detta anche linea *bitstream naked*) oltre che dei contributi *una tantum* di variazione del profilo ADSL e disattivazione previsti nel caso di una linea *wholesale ADSL condivisa* (detta anche linea *bitstream condivisa*²), che non erano stati oggetto di promozione da parte di Telecom sebbene lo fossero, nello stesso periodo, lato *retail*. Entrambe i servizi *wholesale* in questione sono regolamentati dall'Autorità nell'ambito dell'offerta di riferimento *bitstream*. Si richiama che, lato *wholesale*, il contributo di attivazione di una linea *bitstream ADSL naked* prevede due componenti di costo: la prima relativa all'attivazione fisica della linea di accesso, la seconda relativa all'attivazione logica del servizio ADSL (configurazione del circuito virtuale in tecnologia di trasporto ATM – *Asynchronous Transfer Mode* - o *Ethernet*).

2. OKcom con l'istanza del 9 luglio 2012, acquisita al protocollo dell'Autorità n. 36603 del 16 luglio 2012, ha richiesto l'avvio di un procedimento per la risoluzione della controversia, ai sensi dell'art. 23 del Codice e del Regolamento di cui alla delibera n. 352/08/CONS, nei confronti di Telecom Italia in materia di contributi ADSL *wholesale* che sarebbero stati indebitamente percepiti per il periodo che va dal 1 febbraio 2011 al 28 maggio 2012. Si fa presente che, a partire dal 1 febbraio 2011, OKcom è subentrata per effetto di affitto di ramo d'azienda in tutti i contratti e rapporti, con Telecom, in precedenza tenuti con quest'ultima da Teleunit S.p.A.

II. Le argomentazioni delle parti

II.1 OKcom

3. OKcom è un soggetto autorizzato alla fornitura di servizi di comunicazione elettronica. In particolare OKcom offre, ai propri clienti finali, servizi di accesso dati a banda larga, servizi di fonia, anche in tecnologia VoIP, servizi di *hosting* e *email* (principalmente alla clientela aziendale).

¹ Come meglio chiarito in seguito una linea *bitstream naked* è una linea di accesso fornita da Telecom all'operatore concorrente (capacità trasmissiva messa a disposizione sulla rete di Telecom dalla sede del cliente fino al nodo di consegna all'operatore interconnesso), sulla quale è trasportato il solo servizio dati. Su tale linea dati possono essere offerti servizi di accesso ad *Internet* e VoIP (Voice over IP).

² Una linea *bitstream* condivisa è una linea di accesso, fornita da Telecom all'operatore concorrente, sulla quale è trasportato sia il servizio dati sia il servizio telefonico analogico (POTS- *Plain Old Telephone Service*) offerto al medesimo cliente da Telecom stessa o da altro operatore.

4. I servizi in questione sono forniti da OKcom ai propri clienti sia per il tramite di una propria rete di comunicazione elettronica sia mediante i servizi intermedi forniti da Telecom ed oggetto di specifici accordi commerciali.
5. Tra i servizi intermedi acquisiti da Telecom rientrano i servizi *bitstream* (in particolare in tecnica ADSL) di cui alla relativa offerta di riferimento, come approvata dall'Autorità.
6. I contributi *bitstream* ADSL oggetto della lite sono quelli percepiti da Telecom Italia nel periodo che va dal 1 febbraio 2011 al 28 maggio 2012 e non messi in promozione lato *wholesale* sebbene lo fossero, nello stesso periodo di tempo, lato *retail*. Si tratta, nello specifico, dei contributi di attivazione e disattivazione previsti nel caso di fornitura di una linea *bitstream* ADSL *naked* (servizio regolamentato dall'Autorità nell'ambito dell'offerta di riferimento *bitstream*). A questi si aggiungono i contributi di variazione e disattivazione applicati nel caso di linee *bitstream* ADSL condivise (in questo caso Telecom aveva applicato la promozione sul solo contributo di attivazione *bitstream* sul quale non vi è stata, pertanto, contestazione da parte di OKcom). Si richiama che, lato *wholesale*, il contributo di attivazione di una linea ADSL prevede due componenti di costo: la prima relativa all'attivazione fisica della linea di accesso (se non già attiva), la seconda relativa all'attivazione logica del servizio ADSL (configurazione del circuito virtuale in tecnologia di trasporto ATM –*Asynchronous Transfer Mode* - o *Ethernet*)³. La contestazione riguarda questa seconda componente nel caso di linee *bitstream* ADSL *naked*.
7. OKcom richiama che, a partire dall'ottobre 2008, Telecom Italia ha avviato la commercializzazione, a livello *retail*, di offerte di tipo ADSL *naked* (cosiddette offerte Alice Casa), caratterizzate dalla totale gratuità per i clienti finali del contributo di attivazione, variazione e disattivazione del servizio ADSL. OKcom, in via principale, lamenta il mancato ribaltamento, lato *wholesale*, delle promozioni sui contributi di attivazione (si fa riferimento alla componente di attivazione logica del servizio di accesso) di linee *bitstream* ADSL *naked* che Telecom Italia ha effettuato lato *retail*. Nello specifico OKcom rileva che, mentre nel caso di linee *wholesale* ADSL condivise⁴ sin dal 2006 Telecom ha posto in promozione il contributo di attivazione, analoga promozione è stata proposta sulle linee *bitstream naked* solo per alcuni periodi di tempo, a seguito dei *test* di prezzo svolti dall'Autorità e comunque successivamente all'avvio della commercializzazione di ALICE CASA (ottobre 2008).
8. OKcom ha anche lamentato, come premesso, la mancata applicazione delle promozioni sui contributi di variazione e disattivazione di linee *bitstream* ADSL condivise, atteso che Telecom ha applicato tali promozioni lato *retail*.

³ Discorso simmetrico vale per la disattivazione della linea ADSL.

⁴ In cui il servizio dati è offerto dall'operatore concorrente al proprio cliente il quale, comunque, continua a fruire del servizio telefonico offerto da Telecom o da altro operatore.

9. Ciò premesso OKcom ritiene che, nei casi in cui le promozioni svolte lato *retail* (come quelle di specie) siano riconducibili ad efficienze di rete e dunque ai minor costi sostenuti dall'operatore dominante, sussista un obbligo regolamentare per Telecom di *automatico ribaltamento* delle promozioni svolte lato *retail* a tutte le corrispondenti prestazioni offerte sul mercato *wholesale* e, pertanto, anche sui contributi (attivazione, disattivazione, variazione) di linee *bitstream ADSL naked* e condivise (in quest'ultimo caso parte istante fa riferimento ai soli contributi non in promozione lato *wholesale*, cioè quelli di variazione e disattivazione). L'assenza di tale ribaltamento comporta, secondo OKcom, la violazione dei principi di non discriminazione, di parità di trattamento e di replicabilità delle offerte. A tale proposito OKcom cita la sentenza del Consiglio di Stato n. 6529/08.
10. Alla luce di ciò, Telecom avrebbe dovuto trasferire tutte le promozioni *retail* dalla stessa effettuate (incluso quelle su linee *ADSL naked* afferenti al gruppo di offerte Alice Casa) sulle corrispondenti prestazioni previste per le linee *ADSL bitstream naked* e condivise.
11. OKcom ritiene, inoltre, che l'Autorità non abbia condotto le verifiche di replicabilità delle offerte in questione in contraddittorio con gli operatori, tenendo conto dei dati forniti da questi ultimi. Tale verifica, infatti, non avrebbe potuto che stabilire l'oggettiva impossibilità per gli operatori alternativi di replicare le offerte *retail* di Telecom. OKcom ritiene che la stessa giurisprudenza *antitrust* indica che il *test* di prezzo (di replicabilità) deve essere condotto non considerando i dati di costo dell'operatore dominante bensì i dati di quello dominato.
12. La conseguenza del suddetto mancato ribaltamento è che gli operatori concorrenti, diversamente dalla divisione *retail* di Telecom, hanno dovuto sostenere, per ciascun cliente al quale è stato fornito il servizio voce+dati (la voce in modalità VoIP) su linee *ADSL bitstream naked*, un contributo di attivazione della linea logica ADSL (componente relativa al circuito logico virtuale) in aggiunta a un distinto contributo di attivazione della linea fisica *naked*, con illegittimo vantaggio concorrenziale per Telecom. Analogo discorso si propone per le linee *bitstream ADSL* condivise in relazione ai contributi di variazione del profilo ADSL e di disattivazione.
13. OKcom non ritiene accettabile l'argomentazione di Telecom secondo cui, nel caso del *bitstream ADSL naked e condiviso*, la non discriminazione e la parità di trattamento tra operatori concorrenti è attuata attraverso l'effettuazione dei *test* di prezzo da parte dell'Autorità. A tal proposito parte istante fa riferimento al mancato orientamento al costo dei servizi in questione ritenendo, anche per tale ragione, necessario, ai fini della replicabilità, il ribaltamento delle promozioni operate a livello *retail* sulla corrispondente offerta *wholesale*, come il meccanismo *retail minus* avrebbe imposto.

14. Alla luce di ciò, OKcom richiede l'intervento dell'Autorità affinché accerti e dichiari non dovuti gli importi di cui ai contributi di attivazione, disattivazione ed extrattivazione per le linee *bitstream ADSL naked* e di variazione e disattivazione per le linee *bitstream ADSL* condivise (con fonia) in relazione al periodo che va dal 1 febbraio 2011 al 28 maggio 2012, e di ordinare, per l'effetto, a Telecom Italia la restituzione a OKcom dell'importo di euro 374.375,61+IVA (trecentosettantaquattromilatrecentosettantacinque,61), già corrisposto alla stessa Telecom.

2.2 Telecom Italia

15. Telecom esclude che la regolamentazione vigente preveda un obbligo automatico di ribaltamento a livello *wholesale* delle promozioni operate a livello *retail*, in assenza di specifiche esigenze di replicabilità legate all'utilizzo di tali prodotti *wholesale*.
16. A dimostrazione della propria tesi, Telecom richiama la stessa sentenza del Consiglio di Stato n. 6529/08 che OKcom ha citato a sostegno delle proprie argomentazioni. Dalla lettura di tale atto emerge, per l'appunto, che il ribaltamento delle promozioni a livello *wholesale* non è automatico ma è subordinato all'esito della verifica di replicabilità da parte dell'Autorità.
17. Dalla lettura della citata sentenza emerge che laddove la promozione al dettaglio derivi da una modulazione esclusivamente dei costi commerciali, non è richiesta, ai fini della replicabilità, alcuna promozione sul mercato *wholesale*.
18. Laddove la verifica evidenzia che le promozioni commerciali agli utenti finali derivano, in parte o in tutto, da maggiori efficienze di rete ottenute dall'operatore dominante, ne consegue l'obbligo di applicare agli operatori concorrenti le corrispondenti promozioni sulle analoghe prestazioni di rete, al fine di garantire la replicabilità delle offerte *retail*. Ne consegue, secondo Telecom, che non esiste un meccanismo automatico di ribaltamento delle offerte promozionali *retail* sul mercato *wholesale bitstream*.
19. A detta di Telecom, inoltre, la valutazione di replicabilità tramite i *test* di prezzo rappresenta uno strumento idoneo ai fini della verifica del rispetto del principio di non discriminazione e, in particolare, della parità di trattamento interna-esterna. In altri termini la replicabilità non è un concetto giuridico diverso dal principio di non discriminazione/parità di trattamento, bensì costituisce lo strumento idoneo a verificare che gli operatori fruiscano delle medesime condizioni tecnico-economiche concesse alle divisioni commerciali di Telecom.

20. Tutto quanto premesso Telecom rappresenta che, nel periodo oggetto di contestazione, ha puntualmente comunicato all'Autorità le caratteristiche tecniche, economiche e commerciali delle proprie offerte ADSL *retail*, come previsto dalla vigente normativa, al fine di consentire all'Autorità di svolgere i *test* di prezzo. Telecom ha altresì risposto a tutte le richieste di approfondimento ricevute dall'Autorità. L'Autorità non ha, in relazione al periodo contestato, disposto il blocco di offerte commerciali per mancata replicabilità ed inottemperanza alle proprie disposizioni. Ritiene pertanto che la domanda di controparte debba essere respinta. Telecom ha effettuato una quantificazione economica del *petitum* del contenzioso che non si discosta significativamente da quella effettuata da OKcom. Tale quantificazione corrisponde a euro 368.544,63 (trecentosessantottomilacinquecentoquarantaquattro,63) per il periodo che va dal 1 febbraio 2011 al 28 maggio 2012.

III. Valutazioni dell'Autorità in merito al quadro regolamentare inerente i servizi *bitstream* e la replicabilità delle offerte ADSL *retail* di Telecom Italia

Premessa

21. 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 x-DSL). 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" o analogico (POTS). La separazione frequenziale, all'interno del doppino in rame, dei due servizi (voce analogica e dati) fa sì che la loro fornitura avvenga in modo indipendente.

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

22. 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/CIR⁵, 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* (evoluiti poi nei servizi *bitstream*) di Telecom agli operatori alternativi.
23. Il quadro regolamentare allora delineato partiva dal presupposto che con delibera n. 407/99 l'Autorità aveva rilasciato a Telecom Italia un'autorizzazione

⁵ 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.

provvisoria 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).

24. 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).
25. 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 dettaglio⁶.
26. 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

⁶ Servizi aggiuntivi quali ad esempio 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.

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.

27. 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 costo⁷, 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)

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

⁷ Sebbene in alcuni casi il *retail minus* ne possa fornire un'approssimazione ragionevole.

29. 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”.
30. 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*”.
31. 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).

32. 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.

33. 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*”⁸. L'art. 23 di detta delibera individua e chiarisce la

⁸ 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.

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”.

34. 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. Le previsioni di cui al presente comma entrano in vigore a partire dall’entrata in vigore del presente provvedimento.*

35. 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 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

36. 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"⁹ *retail* relativa alla sola connettività ed i

⁹ 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).

costi di accesso *bitstream*. La componente del canone “effettivo” relativa alla sola connettività, è ottenuta sottraendo al canone “effettivo” i costi mensili di accesso¹⁰ 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, come sopra determinati, 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.

37. 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 6¹¹, della delibera n. 83/06/CIR impone a Telecom Italia tre distinti obblighi:

¹⁰ 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*.

¹¹ *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 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.*

- 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)¹² 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.

c) 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.

L’Autorità rileva che, nella pratica, tale “rimodulazione” di costi commerciali (non regolamentati dall’Agcom) si traduce o in un efficientamento di tutte le

¹² 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.

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

38. Al termine del secondo ciclo di analisi di mercato è stata 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 2¹³, 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 comunicazione¹⁴. 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.
5. Successivamente alla commercializzazione dell'offerta, l'Autorità può procedere ad effettuare le necessarie attività di vigilanza e richiedere, a tale

¹³ 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.

¹⁴ 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.

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'analoga promozione a livello *wholesale*.
39. 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

40. Come anticipato, i principi di cui sopra sono stati 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.

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.

41. 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)¹⁵.

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*¹⁶. 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 annualmente¹⁷.

Per l'anno 2011 (cfr. sez. 5, punto 25, della circolare dell'8 luglio 2011), ad esempio, 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*

¹⁵ 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).

¹⁶ 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.

¹⁷ Il *mix produttivo* è determinato attraverso il rapporto tra numero di linee ADSL attive (di Telecom Italia e degli OLO) attestata 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 attestata a centrali ULL + linee degli OLO in *full unbundling* + linee degli OLO in *shared access* + linee degli OLO in *bitstream naked* attestata a centrali ULL + linee degli OLO in *bitstream* condiviso attestata a centrali ULL) rapportato a

(linee telefoniche attive di Telecom Italia attestata a centrali ULL + linee telefoniche attive di Telecom Italia attestata a centrali non ULL + linee degli OLO in *full unbundling* + linee degli OLO in *shared access* + linee degli OLO in *bitstream naked* attestata a centrali ULL + linee degli OLO in *bitstream* condiviso attestata a centrali ULL + linee degli OLO in *bitstream naked* attestata a centrali non ULL + linee degli OLO in *bitstream* condiviso attestata 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} ¹⁸.

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:

¹⁸ 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 notificato¹⁹. 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)²⁰.

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 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.

¹⁹ 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.

²⁰ 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*.

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 clienti²¹ 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*, 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 programmate, nel periodo di riferimento, su di essa. Il *test period by period*, è applicato separatamente ad ogni singola nuova offerta oppure ad ogni singola nuova promozione.

Dal punto di vista 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 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

²¹ (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...".

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 W^{22} (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

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

²² 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.

IV. Valutazioni istruttorie

IV.1 Le argomentazioni di OKcom

43. OKcom ritiene che, nei casi in cui le promozioni svolte lato *retail* (come quella di specie) siano riconducibili ad efficienze di rete e dunque ai minor costi sostenuti dall'operatore dominante, sussista un obbligo regolamentare per Telecom Italia di *automatico ribaltamento* delle promozioni *retail* a tutte le corrispondenti offerte sul mercato *wholesale* e, pertanto, anche su linee *bitstream ADSL naked*. L'assenza di tale ribaltamento comporta, secondo OKcom, la violazione dei principi di non discriminazione, di parità di trattamento e di replicabilità delle offerte. A tale proposito viene richiamata la sentenza del Consiglio di Stato n. 6529/08.

Alla luce di ciò, Telecom Italia avrebbe dovuto trasferire tutte le promozioni *retail* da essa commercializzate (incluso quelle su linee ADSL *naked* afferenti al gruppo di offerte Alice Casa) alle corrispondenti offerte *wholesale ADSL naked* e condivise.

44. OKcom ritiene, inoltre, che l'Autorità non abbia condotto le verifiche di replicabilità delle offerte in questione in contraddittorio degli operatori, tenendo conto dei dati forniti da questi ultimi. Tale verifica, infatti, non avrebbe potuto che stabilire l'oggettiva impossibilità per gli operatori alternativi di replicare le offerte *retail* di Telecom Italia.

45. OKcom non ritiene accettabile l'argomentazione secondo cui, nel caso dell'ADSL *naked*, la non discriminazione e parità di trattamento tra operatori concorrenti è attuata attraverso l'effettuazione dei *test* di prezzo da parte dell'Autorità. A tal proposito parte istante fa riferimento al mancato orientamento al costo dei servizi in questione ritenendo, anche per tale ragione, necessario, ai fini della replicabilità, il trasferimento delle promozioni operate a livello *retail* sulla corrispondente offerta *wholesale*, come il meccanismo *retail minus* avrebbe imposto.

46. Alla luce di ciò, OKcom richiede l'intervento dell'Autorità affinché accerti e dichiari non dovuti gli importi di cui ai contributi di attivazione, disattivazione ed extrattivazione per le linee ADSL *naked* e di variazione e disattivazione per le linee ADSL condivise (con fonia) in relazione al periodo che va dal 1 febbraio 2011 al 28 maggio 2012, e di ordinare, per l'effetto, a Telecom Italia la restituzione a OKcom dell'importo di euro 374.375,61+IVA (trecentosettantaquattromilatrecentosettantacinque,61), già corrisposto alla stessa.

IV.2 Le verifiche svolte dall'Autorità sulle offerte ADSL di Telecom

47. Sulla base del quadro regolamentare su ricostruito, giova premettere che l'attività di vigilanza svolta dall'Autorità in tema di *test* di prezzo è stata svolta in 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. Tale approccio regolamentare non riguarda il *petitum* della controversia in questione, atteso che i contributi di cui parte istante richiede la restituzione sono relativi al periodo temporale che va dal 1 febbraio 2011 al 28 maggio 2012.
 - 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). Tale approccio regolamentare si applica al *petitum* della presente controversia. Nello specifico il *petitum* della controversia riguarda i *test* di prezzo definiti dalla delibera n. 499/10/CONS, entrata in vigore a partire dal mese di ottobre 2010, e dalla connessa Circolare dell'Autorità su richiamata.
48. Le attività dell'Autorità che riguardano il *petitum* della controversia in questione sono quelle relative alle offerte ADSL *retail* lanciate, da Telecom, nel periodo che va dal 1 febbraio 2011 al 28 maggio 2012. I *test* di prezzo sono stati svolti, in tale periodo, secondo le modalità definite dalla delibera n. 499/10/CONS, come successivamente integrata (sezione III.5).

Come premesso, 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, a ordini dell'Autorità.

Parte istante svolge inoltre osservazioni su alcuni aspetti di carattere procedimentale in relazione all'attività di vigilanza svolta dall'Autorità. OKcom 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.

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

49. **Il ribaltamento delle promozioni.** Con riferimento alla mancata applicazione di promozioni sui contributi ADSL su linee *bitstream 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, svolte le proprie valutazioni, di richiedere eventualmente 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 ADSL (incluso le promozioni lato *retail* e *wholesale*) ed i dati necessari alle verifiche di replicabilità. L'Autorità ha svolto le proprie verifiche approvando, secondo le procedure previste dalla vigente normativa, sopra richiamata, le offerte al dettaglio comunicate da Telecom.

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. Le offerte ADSL *retail* di Telecom in questione, ed oggetto del *petitum* di parte istante, sono state tutte ritenute replicabili.

50. 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 regolamentato²³”.

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*”²⁴. 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.*

²³ 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”.

²⁴ 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.

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 2²⁵, mediante i *test* di prezzo [definiti poi con delibera n. 499/10/CONS];
- 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;

²⁵ 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.

- 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.
51. 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). 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 dell'offerta al dettaglio di Telecom e delle esigenze di riservatezza commerciale da parte del proponente le offerte, come puntualizzato successivamente.

L'Autorità ha svolto i *test* di prezzo, nel caso di specie, sulla base delle procedure di cui alla delibera n. 499/10/CONS. Ai sensi di quanto in tale delibera 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 OKcom 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

52. 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, già 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 15²⁶, 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

²⁶ 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)”.

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. Appare superfluo aggiungere che i *test* di prezzo definiti nella delibera n. 499/10/CONS sono stati adottati previa consultazione pubblica nazionale e comunitaria, con la massima garanzia di trasparenza e partecipazione degli operatori del mercato in questione.

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.

V. Valutazioni conclusive dell'Autorità

53. Per tutto quanto sopra premesso, con riferimento al *petitum*, 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. Telecom Italia ha comunicato all'Autorità le proprie offerte ADSL al dettaglio, ai sensi della normativa vigente, per le verifiche di replicabilità (*test* di prezzo). L'Autorità ha svolto le verifiche di replicabilità dei servizi in oggetto in attuazione delle norme contenute nella delibera n. 499/11/CONS;
- III. al termine delle verifiche svolte, le offerte ADSL *retail* comunicate nel periodo oggetto della controversia, e corrispondenti al *petitum* di parte istante, sono state approvate in quanto risultate replicabili.

VISTI tutti gli atti del procedimento;

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

DELIBERA

Articolo 1 (Contributi ADSL)

1. Telecom Italia non deve restituire ad OKcom l'importo di euro 374.375,61+IVA (trecentosettantaquattromilatrecentosettantacinque/61), alla stessa già corrisposto da OKcom e che fa riferimento al periodo che va dal 1 febbraio 2011 al 28 maggio 2012.

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

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sul sito *web* dell'Autorità www.agcom.it.

Roma, 19 dicembre 2013

IL PRESIDENTE
Angelo Marcello Cardani

IL COMMISSARIO RELATORE
Antonio Preto

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