



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

DELIBERA N. 85/16/CIR

ATTO INTERPRETATIVO GENERALE IN MATERIA DI CONTRIBUTI *WHOLESALE ADSL NAKED*

L'AUTORITÀ

NELLA sua riunione della Commissione per le infrastrutture e le reti del 5 maggio 2016;

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*”;

VISTA la delibera n. 217/01/CONS, del 24 maggio 2001, recante “*Regolamento concernente l’accesso ai documenti*”, come modificata dalla delibera n. 422/06/CONS;

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante “*Codice delle comunicazioni elettroniche*”, così come modificato, da ultimo, dal decreto legislativo 28 maggio 2012, n. 70;

VISTA la delibera n. 118/04/CONS, del 5 maggio 2004, recante “*Disciplina dei procedimenti istruttori di cui al nuovo quadro regolamentare delle comunicazioni elettroniche*”, come modificata dalla delibera n. 731/06/CONS;

VISTA la delibera n. 401/10/CONS, del 22 luglio 2010, recante “*Disciplina dei tempi dei procedimenti*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 118/14/CONS;

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. 88/16/CONS;

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 *Regolamento*);

VISTO il “*Regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra operatori*”, approvato con delibera n. 226/15/CONS, del 20 aprile 2015 (di seguito denominato *nuovo Regolamento*);

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*



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

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. 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 delibera n. 249/07/CONS, del 23 maggio 2007, recante “*Modalità di realizzazione dell’offerta dei servizi bitstream ai sensi della delibera n. 34/06/CONS*”;

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

VISTA la delibera n. 731/09/CONS del 16 dicembre 2009, recante “*Individuazione degli obblighi regolamentari di cui sono soggette le imprese che detengono un significativo potere di mercato nei mercati dell’accesso alla rete fissa (Mercati n. 1, 4 e 5 fra quelli individuati dalla Raccomandazione 2007/879/CE)*”;

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 delibera n. 584/13/CONS del 28 ottobre 2013, recante “*Definizione della controversia tra Siportal S.r.l. e Telecom Italia S.p.A. in materia di contributi di attivazione ADSL*”;

VISTA la determina n. 6/14/DIR, recante “*Archiviazione della controversia tra Eutelia S.p.A. e Telecom Italia S.p.A. in materia di contributi di attivazione ADSL naked*”;

VISTA la delibera n. 86/15/CIR, del 5 maggio 2016, recante «*Archiviazione dell’opposizione proposta da Eutelia S.p.A. in A.S. alla determina n. 6/14/DIR recante “Archiviazione della controversia Eutelia S.p.A. in A.S. - Telecom Italia S.p.A. in materia di contributi di attivazione ADSL naked”*»;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Con nota del 31 maggio 2010, acquisita in data 3 giugno 2010 al protocollo AGCOM con n. 34953, Eutelia S.p.A. (Eutelia) ha presentato istanza per la risoluzione della controversia avverso Telecom Italia S.p.A. (Telecom) in materia di “*contributi di*



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

attivazione ADSL indebitamente fatturati da Telecom Italia, violativi del principio di parità di trattamento, relativi a servizi XDSL Wholesale e in materia di preavviso di risoluzione contrattuale del contratto Bitstream conseguente al mancato pagamento da parte di Eutelia dei relativi corrispettivi”, ai sensi dell’articolo 23 del *Codice delle Comunicazioni Elettroniche* (nel seguito *Codice*) e del *Regolamento* di cui alla delibera n. 352/08/CONS.

2. La società istante ha chiesto, in via principale, di accertare e dichiarare non dovuti, da parte di Eutelia, gli importi di cui ai contributi di attivazione ADSL *naked* fatturati da Telecom per il periodo 10 maggio 2005 - 12 novembre 2007, in ossequio al principio di parità di trattamento e di replicabilità delle offerte commerciali.
3. Nel corso del procedimento è stato svolto un confronto tra le Parti (Eutelia e Telecom) in relazione alla sussistenza dei presupposti per l’archiviazione della controversia *de qua*, ai sensi del combinato disposto degli articoli 3 e 12 del *Regolamento*.
4. Acquisiti tutti i necessari elementi istruttori la controversia è stata archiviata, con determina n. 6/14/DIR, ai sensi del combinato disposto degli articoli 3 e 12 del *Regolamento*, avendo il Direttore rilevato che il tema della legittimità dei contributi ADSL *naked* versati da Eutelia nel 2005-2007, oggetto del procedimento instaurato presso l’Autorità, viene sottoposto nel corso di un procedimento dinanzi al Giudice ordinario (GO) in diverse occasioni (udienze e memorie). Ne consegue che Telecom ha sottoposto al GO la cognizione della stessa controversia la quale, per l’appunto, è incentrata sul tema della legittimità dei contributi ADSL *naked* pagati da Eutelia da maggio 2005 a novembre 2007.
5. Con atto di opposizione, svolto ai sensi dell’articolo 12, comma 4¹ del *Regolamento*, Eutelia ha proposto un ricorso amministrativo gerarchico dinanzi alla Commissione per le infrastrutture e le reti dell’Autorità (CIR), chiedendo il riesame della determina n. 6/14/DIR.
6. Eutelia ha presentato, successivamente all’opposizione dinanzi alla CIR, ricorso al giudice amministrativo (TAR) affinché esso eserciti il proprio sindacato, esaminando le doglianze e i presunti vizi di legittimità di cui la determina sarebbe affetta. Eutelia, in particolare, ha chiesto al giudice “*l’annullamento della delibera 6/14/DIR poiché affetta da illegittimità per violazione di legge, in particolare per la violazione degli articoli 3 e 12 del Regolamento*”.
7. Telecom, nella memoria di replica, ha viceversa chiesto alla CIR di rigettare l’opposizione proposta da Eutelia e quindi, per l’effetto, di confermare

¹ Tale articolo testualmente recita: “*nel termine di dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento direttoriale di archiviazione ciascuna delle parti può proporre opposizione alla Commissione*”.



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

l'archiviazione della controversia disposta con la determina impugnata in quanto scevra da vizi, in termini di diritto e di forma.

8. In data 14 marzo 2016, con nota prot. n. 11414, Telecom ha notificato all'Autorità un atto di citazione proposto dinanzi al giudice ordinario avente ad oggetto la richiesta di accertamento negativo dell'insussistenza del diritto in capo ad Eutelia di ottenere da Telecom la restituzione del complessivo importo a suo tempo pagato a titolo di contributi di attivazione per il servizio ADSL *wholesale naked* per il periodo 10 maggio 2005-12 novembre 2007.

CONSIDERATO inoltre che:

9. Eutelia, con la nota del 21 marzo 2016, ha richiesto, all'adita Commissione per le infrastrutture e le reti di voler concludere e definire il procedimento di opposizione alla determina n. 6/14/DIR e, per l'effetto:
 1. annullare e/o riformare la determina n. 6/14/DIR in conformità a quanto stabilito dal decreto ex art. 101 L.F. emesso nel giudizio RG. n. 831/2012 e, per l'effetto, definire nel merito la controversia avviata da Eutelia con istanza, ai sensi dell'art. 23 del *Codice*, del 31 maggio 2010, tramite conforme applicazione delle statuizioni espresse con la delibera n. 584/13/CONS, applicabile al caso di specie per il principio della "*regulation by litigation*", ovvero ai sensi dell'art. 3, comma 8 del *nuovo Regolamento*;
 2. così, per l'effetto, statuire l'obbligo di restituzione di Telecom nei confronti di Eutelia in A.S. degli importi ottenuti a titolo di fatturazione dei contributi ADSL *naked* negli anni 2005 – 2007; il tutto rideterminando il valore degli importi da restituire maggiorandoli con la rivalutazione monetaria e gli interessi *ex lege* maturati su dette somme.
10. Eutelia fa, altresì, riferimento al *nuovo Regolamento* allegato alla delibera n. 226/15/CONS che ha previsto importanti correttivi, utili in relazione all'oggetto, nell'ambito dell'art. 3. In particolare, all'art. 3, comma 5 del *nuovo Regolamento* è previsto che l'Autorità, se il procedimento è già stato interessato da una "*valutazione esaustiva dei fatti e delle questioni giuridiche sottese*" possa, anche in costanza di istanza di improcedibilità, "*pronunciarsi sulle relative questioni*". Eutelia cita poi i commi 6 e 8 dell'art. 3 del *nuovo Regolamento*. Ritiene che gli stessi trovino riscontro nella fattispecie procedimentale di cui all'istanza Eutelia la quale è, tra le altre cose, stata interessata da una "*valutazione esaustiva dei fatti e delle questioni giuridiche sottese*" e consta di un precedente in termini (la citata delibera n. 584/13/CONS).
11. Eutelia ha quindi sottoposto alla CIR anche la valutazione sull'opportunità, comunque, di un pronunciamento di carattere generale da parte dell'Autorità, ai sensi di quanto previsto nella delibera n. 226/15/CONS, ritenendo che la quantità di



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

atti allegati, successivamente all'opposto provvedimento, abbia determinato un sub-procedimento che potrebbe essere definito in ossequio alle disposizioni vigenti.

A tale riguardo si richiamano i commi 4 e 5 dell'articolo 3 del *Regolamento* vigente (delibera n. 226/15/CONS):

“4. Se una parte propone azione dinanzi all’Autorità giudiziaria, rimettendo ad essa, anche solo in parte, la cognizione della medesima controversia, la domanda di cui al comma 1 diviene improcedibile. In tale ipotesi, la parte ricorrente è tenuta a presentare al responsabile del procedimento una dichiarazione espressa di rinuncia all’azione dinanzi all’Autorità.

5. Qualora l’ipotesi di cui al comma 4 si verifichi dopo che il procedimento, avviato ai sensi dell’articolo 6, abbia condotto ad una valutazione esaustiva dei fatti e delle questioni giuridiche sottese, l’Autorità può comunque pronunciarsi sulle relative questioni con un atto interpretativo generale, qualora le stesse siano di particolare importanza e la loro definizione contribuisca al perseguimento degli obiettivi stabiliti dagli articoli 3, 4 e 13 del Codice”.

CONSIDERATO che l'opposizione proposta è stata archiviata, con delibera n. 86/16/CIR, per l'effetto confermando la determina n. 6/14/DIR, ai sensi del combinato disposto degli articoli 3 e 12 del *Regolamento*, rilevato che la parte opponente ha adito contemporaneamente la CIR e il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio chiedendo loro una pronuncia sul medesimo oggetto (legittimità della determina n. 6/14/DIR) con coincidenza delle argomentazioni fattuali e giuridiche.

CONSIDERATO che nel caso di specie Telecom, *“dopo che il procedimento, avviato ai sensi dell’articolo 6, [ha] condotto ad una valutazione esaustiva dei fatti e delle questioni giuridiche sottese”*, ha devoluto la stessa questione dibattuta in questa controversia al Giudice ordinario.

CONSIDERATO che nel corso del procedimento, incluso la fase di opposizione, l'istruttoria procedimentale si è svolta attraverso una completa acquisizione degli atti e dei fatti oggetto della lite, nel pieno rispetto del principio del contraddittorio, così da determinare una piena ed esaustiva valutazione dei fatti e delle questioni giuridiche sottese.

CONSIDERATO che la stessa questione relativa alla debenza dei contributi *wholesale ADSL naked* è stata, nel corso degli anni, affrontata dall'Autorità in numerosi procedimenti controversiali.

RITENUTO quindi opportuno, in ragione della rilevanza della fattispecie che assume a tema di interesse regolamentare e contribuisce al perseguimento degli obiettivi stabiliti dagli articoli 3, 4 e 13 del *Codice*, provvedere ad emanare un atto interpretativo di portata generale che possa garantire le corrette dinamiche concorrenziali e di mercato.



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

RITENUTO pertanto opportuno, ai sensi del vigente *nuovo Regolamento*, che l'Autorità emani un pronunciamento di carattere interpretativo ampliando, per via generale, la portata della decisione di cui alla delibera n. 584/13/CONS, emanata nell'ambito della controversia proposta dalla società Siportal, stabilendo, in ossequio al principio di parità di trattamento, la non debenza dei contributi di attivazione *wholesale ADSL naked* richiesti da Telecom nel periodo antecedente al 2008.

RICHIAMATE, quindi, ai fini del presente procedimento, le motivazioni regolamentari sottostanti al dispositivo della delibera n. 584/13/CONS e, in particolare, le seguenti conclusioni di detta delibera:

- I. l'Autorità ha suddiviso il periodo oggetto del *petitum* in due parti: 2006-2007 in cui vigeva la delibera n. 6/03/CIR, 2008-2010 in cui vigeva la delibera n. 249/07/CONS e, successivamente a questa, la delibera n. 499/10/CONS.
- II. l'Autorità ha ritenuto che nel primo periodo Telecom avrebbe dovuto trattare, da un punto di vista regolamentare (incluso l'obbligo di ribaltamento delle promozioni), le linee *wholesale ADSL naked* come le linee *wholesale ADSL condivise* con il servizio telefonico POTS. Infatti nel contesto regolatorio di cui alla delibera n. 6/03/CONS (quindi fino all'approvazione dell'Offerta di riferimento *bitstream* 2007), Telecom avrebbe dovuto ribaltare le promozioni sull'attivazione ADSL svolta lato *retail* anche su linee *wholesale ADSL naked*, in attuazione dei principi di parità di trattamento e non discriminazione;
- III. con riferimento al secondo periodo (2008-2010) l'Autorità ha stabilito che l'attuazione del principio di parità di trattamento e non discriminazione avviene, in relazione al tema oggetto della controversia dei contributi *wholesale ADSL naked*, per il tramite dei *test di prezzo*. Non esiste pertanto alcun meccanismo di ribaltamento automatico delle promozioni. A tale riguardo l'Autorità ha chiarito che, con l'approvazione dell'Offerta di riferimento *bitstream*, avvenuta ai sensi della delibera n. 133/07/CIR a fine 2007, non sussisteva più in capo a Telecom un obbligo di ribaltamento preventivo ed automatico delle promozioni svolte dalla stessa, a livello *retail*, lato *wholesale* in quanto non previsto dalla vigente normativa. L'Autorità ha chiarito che, con l'approvazione dell'Offerta di riferimento *bitstream* di cui sopra, entrano in vigore i *test di prezzo* definiti nella delibera n. 249/07/CONS, che definisce tra le altre cose le modalità di predisposizione dell'Offerta di riferimento *bitstream*. Pertanto la normativa vigente prevedeva, dall'entrata in vigore della delibera n. 133/07/CIR, 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.

VISTI tutti gli atti del procedimento;

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



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

L'Autorità emana, ai sensi dell'articolo 3, comma 5, della delibera n. 226/15/CONS il seguente

ATTO INTERPRETATIVO GENERALE

Articolo 1

1. Non sono dovuti i contributi *una tantum wholesale ADSL naked* richiesti da Telecom Italia S.p.A. in data antecedente all'anno 2008.

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

Roma, 5 maggio 2016

IL COMMISSARIO RELATORE
Antonio Preto

IL PRESIDENTE
Angelo Marcello Cardani

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE
Riccardo Capecchi