



R E P U B B L I C A I T A L I A N A
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1427 del 2012, proposto da:
Società Telecom Spa, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Cardarelli, Filippo Lattanzi
e Jacopo D'Auria, con domicilio eletto presso Studio Legale Lattanzi -
Cardarelli in Roma, via G. P. Da Palestrina, N. 47;

contro

Autorita' Per Le Garanzie Nelle Comunicazioni, rappresentata e difesa
per legge dall'Avvocatura Generale Dello Stato, presso i cui Uffici è
domiciliato in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Società Fastweb Spa, in persona del legale rappresentante p.t., non
costituata;

Società H3g Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata
e difesa dagli avv.ti Filippo Degni e Aristide Police, con domicilio eletto
presso Aristide Police in Roma, via di Villa Sacchetti, 11; Società Wind

Telecomunicazioni Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Roberto Santi, Beniamino Caravita Di Toritto e Sara Fiorucci, con domicilio eletto presso Beniamino Caravita Di Toritto in Roma, via di P.Ta Pinciana, 6; Società Vodafone Omnitel Nv, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Mario Libertini, con domicilio eletto presso Mario Libertini in Roma, via Boezio N.14;

per l'annullamento

delibera Agcom del 17.11.2011, n. 621/11/cons, recante mercato dei servizi di terminazione di chiamate vocali su singole reti mobili: definizione del mercato rilevante, identificazione delle imprese aventi significativo potere di mercato ed eventuale imposizione di obblighi regolamentari (art. 119 c.p.a.)

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità Per Le Garanzie Nelle Comunicazioni, di H3g Spa, Wind Telecomunicazioni Spa e Vodafone Omnitel Nv;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 luglio 2012 il cons. Rosa Perna e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con il ricorso in epigrafe Telecom s.p.a. impugna, chiedendone l'annullamento *in parte qua*, la delibera dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (di seguito, anche Agcom o Autorità) n. 621/11/Cons (avente ad oggetto "Mercato dei servizi di terminazione di chiamate

vocali su singole reti mobili/mercato n. 7 fra quelli identificati dalla raccomandazione della Commissione europea 2007/879/CE”): definizione del mercato rilevante, identificazione delle imprese aventi significativo potere di mercato ed eventuale imposizione di obblighi regolamentari”), nella parte in cui riconosce all’operatore H3G un’asimmetria tariffaria fino al luglio 2013.

L’odierna deducete rappresenta che in Italia il mercato dei servizi di terminazione di chiamate vocali su singole reti mobili veniva regolato, da ultimo, con delibera n. 667/08/Cons; con essa l’Autorità, in esito al secondo ciclo di analisi del mercato della terminazione mobile avviato con la delibera n. 305/08/Cons, identificava i titolari di ciascuna rete (Telecom Italia, Vodafone Omnitel, Wind, H3G) quali operatori con significativo potere di mercato e imponeva loro le condizioni attuative degli obblighi in materia di controllo dei prezzi di cui all’art. 12 del d.lgs n. 259/03 (di seguito, codice delle telecomunicazioni).

Per quanto in questa sede rileva, la delibera n. 667/08/Cons estendeva ad H3G l’obbligo di stabilire prezzi di terminazione non superiori a quelli fissati e prescriveva una riduzione graduale (*aeccarage*) dei prezzi praticati (dal 1° luglio 2009, 11 euro/cent al minuto; dal 1° luglio 2010, 9 euro/cent; dal 1° luglio 2011, 6,3 euro/cent; dal 1° luglio 2012, 4,5 euro/cent); per il 2012 prevedeva dunque un prezzo di terminazione simmetrico, ossia eguale per tutti gli operatori mobili, pari a 4,5 euro/cent al minuto. Alla determinazione dei costi unitari del servizio di terminazione mobile 2009-2011, l’Agcom era pervenuta facendo ricorso ad un modello di costo di tipo *up down*, definito sulla base dei dati di contabilità regolatoria forniti dagli operatori e sottoposti a certificazione da parte di un soggetto esterno, e applicando al costo, prodotto dal modello suddetto, un tasso di remunerazione del capitale impiegato.

La delibera Agcom n. 667/08/Cons veniva impugnata da H3G per contestare la riduzione dei valori tariffari della terminazione sulla propria rete nonché il raggiungimento della simmetria tariffaria prevista per luglio 2012, a fronte della dedotta ineguale assegnazione di frequenze tra operatori: dal momento che il Ministero dello Sviluppo economico, con nota 19.5.2010, aveva aggiudicato ad H3G un blocco di 5 MHz in banda 900 MHz accoppiato a regime su base nazionale, con disponibilità solo dal 31.12.2012, l'assoggettamento del medesimo operatore ad una effettiva simmetria tariffaria avrebbe dovuto essere prorogato almeno sino a quella data.

Il giudice di prime cure (Tar Lazio, sez. III ter, n. 1336/2011) respingeva il ricorso di H3G, affermando l'adeguatezza e proporzionalità del sistema di *decauge* dei livelli tariffari contenuto nella delibera n. 667/08, e ritenendo altresì le misure congruamente motivate e conformi alle indicazioni della Commissione europea; la decisione trovava conferma in sede d'appello (Consiglio di Stato, sez. III, n. 3106/2011).

2. Peraltro, come già anticipato nella medesima delibera n. 667/08 (art. 14, comma 1), e dando seguito a quanto suggerito dalla Commissione Europea con la Raccomandazione 2009/396/CE del 7 maggio 2009 (sulle tariffe di terminazione), con la successiva delibera 60/11/Cons l'Autorità approvava un diverso sistema per il calcolo dei costi, improntato sul modello ingegneristico di tipo *bottom-up* LRIC (*long run incremental costs*), basato sulla configurazione della rete di un ipotetico operatore efficiente che si avvale di una tecnologia moderna e compete sulla base dei costi correnti.

Assunto il nuovo modello di verifica dei costi, con la delibera 254/11/Cons l'Agcom avviava quindi la consultazione pubblica sull'analisi di mercato relativo alla identificazione dei servizi di

terminazione di chiamate vocali su singole reti mobili, proponendo uno schema di delibera che rimodulava il percorso di livellamento delle tariffe originariamente stabilito.

In detto schema l'Autorità, identificati Telecom, H3G, Vodafone e Wind come operatori dominanti sulla propria rete, prevedeva un graduale *derecage* delle tariffe di terminazione sulla base dei risultati del nuovo modello di costo: per i tre operatori Telecom, Vodafone e Wind veniva prevista la completa simmetria tariffaria a partire dal gennaio del 2012, con una graduale riduzione delle tariffe da € 4,1 cent./min. sino ad € 0,98 cent./min. per il 2015; in favore di H3G veniva invece confermata l'asimmetria tariffaria, prorogandola tuttavia al gennaio del 2014, vale a dire, per un ulteriore anno e mezzo rispetto a quanto previsto dalla precedente delibera n. 667/08/Cons.

Lo schema di provvedimento veniva trasmesso alla Commissione UE ed agli operatori mobili per le rispettive osservazioni; tanto la Commissione Europea (nota SG-Grefe(2011)D/10210) quanto gli altri operatori manifestavano perplessità in ordine al mantenimento dell'asimmetria tariffaria in favore di H3G.

L'Autorità adottava quindi la delibera n. 621/11/Cons e, a seguito delle indicazioni rese dalla Commissione, riduceva il percorso di livellamento delle tariffe, indicando come data per il raggiungimento della simmetria tariffaria il mese di luglio 2013.

3. Nel gravarsi avverso la predetta delibera, l'odierna ricorrente ha svolto il seguente articolato motivo di gravame:

-Violazione del principio di simmetria delle tariffe di terminazione; violazione e inasprita applicazione della raccomandazione della commissione europea del 7.5.09 e dell'art. 12 del d.lgs 259/03, anche in riferimento alle osservazioni di cui alla nota SG-Grefe (2011) D/10210; eccesso di potere per carenza dei presupposti di fatto e

di diritto, irrazionalità, illogicità e di parità di trattamento; carenza e/o insufficienza di motivazione e oggetto di istruttoria; violazione del principio di proporzionalità, non discriminazione e parità di trattamento; violazione dei principi di impresa e di libera concorrenza e agli artt. 41 cost. e 4, 12 e 13 del codice delle telecomunicazioni:

il livellamento dei prezzi di terminazione con decorrenza solo a partire da luglio 2013 e non già, come stabilito nella precedente delibera n. 667/08, da luglio 2012, sarebbe illogico e irrazionale oltre che contrario ai principi ed alle precise indicazioni espresse dalla Commissione europea con la nota SG-Grefe (2011)D/10210; inoltre l'Autorità avrebbe omesso di rendere, sul punto, qualsivoglia motivazione circa la sussistenza di ragioni obiettive che giustifichino tale misura.

4. Per resistere al ricorso in epigrafe si è costituita nel presente giudizio l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, che ne ha chiesto il rigetto nel merito siccome infondato.

Si è costituita H3G s.p.a., chiedendo il rigetto del ricorso nella parte in cui è diretto a conseguire l'annullamento dei capi della delibera dell'Agcom n. 621/11/Cons nei quali si riconosce alla medesima H3G un'asimmetria tariffaria.

Si sono altresì costituite Wind Telecomunicazioni s.p.a. e Vodafone Omnitel N.V., insistendo per l'annullamento della delibera Agcom impugnata.

5. Alla pubblica udienza del 4 luglio 2012 la causa è stata trattenuta in decisione; nella discussione in camera di consiglio il Collegio si è riservato, rinviandone la decisione alla camera di consiglio del 21 settembre 2012 .

DIRITTO

1. A fini di sistematico inquadramento della vicenda, il Collegio ritiene

utile richiamare preliminarmente alcuni passi delle precedenti pronunce rese dal Giudice amministrativo sul tema delle asimmetrie tariffarie nel mercato della telefonia mobile.

All'esito del giudizio introdotto da H3G avverso la delibera Agcom n. 628/07 per contestare, nella veste di *newcomer* nel mercato della terminazione mobile, il percorso di graduale riduzione delle tariffe di terminazione in essa previsto, questo Tribunale riteneva che *“l'impugnata deliberazione era preordinata ad eliminare progressivamente e in un arco ragionevole di tempo la posizione asimmetrica di cui H3G ingiustamente fruiva nonostante fosse da tempo presente e operante con successo nel mercato, laddove la ‘necessità’ di intervenire sollecitamente con misure integrative e correttive del precedente deliberato era giustificata non solo dalle sollecitazioni e dai richiami della Commissione CE ma anche, e soprattutto, dal fatto che gli altri operatori (Tim, Vodafone e Wind) erano già stati sottoposti, con la delibera 3/06/Cons, ad un'ulteriore riduzione dei prezzi di terminazione, con la conseguenza che mantenere fermo il prezzo già fissato per H3G avrebbe comportato, in contrasto con l'obiettivo di simmetria fra i diversi operatori, un allargamento della forbice fra essi e H3G ed un ulteriore vantaggio economico per quest'ultima.*

In sostanza, nell'ulteriore riduzione dei prezzi di terminazione di H3G deve ravvisarsi solo una tappa del percorso che l'Autorità ha doverosamente iniziato per il loro graduale allineamento a quelli imposti ad altri operatori con i quali essa condivide lo status di impresa giustificata perché avente significativo potere di mercato e che, alla luce delle indicazioni provenienti dall'organo comunitario, deve condurre in un arco temporale limitato, all'obiettivo di prezzi di terminazione simmetrici per tutti gli operatori presenti sul mercato con la contestuale eliminazione di ingiustificate e anacronistiche sacche di privilegio” (Tar Lazio, III ter, n. 1491/09).

Partendo da tale premessa il Tribunale, nel successivo contenzioso

instaurato da H3G avverso la successiva delibera n. 667/08/Cons che prevedeva il raggiungimento della simmetria tariffaria a partire dal luglio 2012, osservava che con detta delibera *“non si è imposto un rimedio nuovo ma si è applicato in misura diversa il rimedio del controllo di prezzo già introdotto, stabilendo un'ulteriore riduzione dei prezzi di terminazione di H3G, al fine di proseguire il percorso di graduale allineamento di questi ultimi a quelli, più contenuti, imposti agli altri operatori”* per concludere che *“la determinazione dell'Autorità, anche alla luce delle indicazioni giunte dalla Commissione europea, è ispirata a criteri pro concorrenziali”* (Tar Lazio, III ter, n. 1336/11).

Con particolare riguardo alla censura – in un secondo momento agitata in quel giudizio dalla parte ricorrente - secondo cui la sopravvenuta impossibilità, per l'operatore H3G, di disporre dell'assegnazione di un blocco di 5 MHz in banda 900 prima della fine del 2013, avrebbe determinato un ulteriore profilo di illegittimità della delibera n. 667/08 laddove questa aboliva l'asimmetria tariffaria già a partire dal 2012, la decisione in esame precisava che *“nel caso di specie, non è ravvisabile alcun diretto nesso di causalità tra il sopravvenuto provvedimento del Ministero delle comunicazioni in materia di frequenze a 900 Mhz e il calendario di riduzione dei prezzi, prestabilito dalla delibera gravata.*

E, invero, seppure nella delibera n. 667/08 l'Agcom, nell'elencare la pluralità di motivi che spingono verso la simmetria dei prezzi di terminazione, enumera anche il profilo della progressiva parità di spettro frequenziale disponibile, affermando che ‘alla data del 2012 non dovrebbero esservi più diversità nell'allocazione delle risorse di spettro frequenziale tra gli operatori’, deve tuttavia ritenersi che, nella prospettiva dell'Autorità, la disponibilità di banda aggiuntiva per H3G entro la suddetta data non assunse a presupposto o a condizione della scelta di ridurre i prezzi, esprimendo piuttosto un ‘considerando’ orientativo, indice di una eventualità meramente plausibile, con la conseguenza che detta previsione, proprio perché non

vincolante (neanche semanticamente, come attestato dall'uso del modo condizionale dei verbi), non era idonea a determinare una illegittimità (sopravvenuta) della delibera nei ipotesi di mancato avveramento.

In ogni caso, il principio della progressiva parità di spettro frequenziale, ove pure se ne ammettesse la valenza motivazionale, avrebbe costituito pur sempre, manifestamente ed incontestabilmente, il singolo capo di una motivazione plurima, come si evince dal par. 4.3.2.2. della delibera n. 667/08; il successivo venir meno di tale principio, pertanto, non avrebbe invalidato gli altri capi della motivazione né l'atto nel suo complesso, stante che, nell'atto a motivazione plurima, è sufficiente che anche uno solo dei motivi fornisca autonomamente la legittima e congrua giustificazione della determinazione adottata e, nel caso in cui lo stesso atto sia sorretto da più ragioni giustificatrici tra loro autonome, è sufficiente la fondatezza anche di una sola di esse a sorreggere la legittimità dell'atto (Cons. Stato, Sez. IV, 20.12.2002, n. 7251; T.A.R. Toscana, sez. II, 4.6.2010, n. 6457; TAR Friuli, 11.2.2010, n. 101; TAR Lazio, Sez. II ter, 24.10.2007, n. 10469; TAR Lombardia, Bs, 6.12.1989, n. 1144; GARS, 20.12.1988, n. 211) (ancora, Tar Lazio, III ter, n. 1336/11).

Tali assunti venivano confermati dal giudice di seconde cure, allorché affermava che “non illegittimo o erroneo è il decisum del TAR nel concludere che l'ingresso dell'operante a nuove frequenze è nel provvedimento impugnato indicato come possibile ed auspicabile, non come questione dirimente, non essendovi diretta consequenzialità logica tra la scansione temporale del decalogo e la previsione del Ministero dello sviluppo economico circa il momento concreto della liberazione delle frequenze su banda a 900 MHz. ... Tanto, peraltro, non volendo considerare il giusto principio affermato dal Giudice di prime cure, per cui la questione della progressiva parità frequenziale non sarebbe, ove appunto la si ritenesse statuizione, solo uno dei tanti motivi su cui si basa l'impugnata deliberazione, inidoneo, come tale e se illegittimo, a travolgere in toto, né ad invalidare gli altri capi della

motivazione, qualora corretti e legittimi' (Consiglio di Stato, III, n. 3106/11).

I giudici amministrativi, in relazione al *thema decidendum* portato al loro esame, ritenevano dunque legittime le scelte dell'Autorità sul raggiungimento della simmetria tariffaria a partire dal luglio 2012.

2. Venendo all'odierno gravame, la ricorrente Telecom contesta la delibera n. 621/11/Cons nella parte in cui conferma fino al luglio 2013 l'asimmetria tariffaria in favore di H3G, deducendo che per tale via l'Autorità avrebbe sostanzialmente disatteso gli indirizzi resi sul punto dalla Commissione europea la quale, già da tempo, con specifico riguardo ad H3G, aveva evidenziato come non vi fossero i presupposti per consentire nel mercato italiano della terminazione mobile ipotesi di asimmetria tariffaria; l'illegittimità del provvedimento impugnato emergerebbe con chiarezza dal raffronto della delibera medesima sia con la raccomandazione 2009/396/CE (sulle tariffe di terminazione) sia con le osservazioni rese dalla Commissione Europea sullo schema di delibera (nota SG-Grefe (2011) D/10210), in particolare laddove *“la Commissione ritiene che l'Agcom non abbia spiegato in che misura l'allocazione ineguale di frequenze abbia un impatto sulla differenza dei costi di fornitura di servizi di terminazione delle chiamate mobili. L'AGCOM non ha inoltre fornito informazioni sulla quantificazione delle potenziali differenze del costo di terminazione delle chiamate vocali sulle reti GSM900, GPRS1800 o UMTS2100”*.

3. Le censure sono meritevoli di positivo apprezzamento nei termini di seguito precisati.

3.1 Per quanto di stretto interesse nel presente giudizio, si osserva che la raccomandazione 2009/396/CE, nel richiamare la posizione comune del Gruppo di Regolatori Europei, ERG (07) 83 final 080312 del 28 febbraio 2008, affermava che:

“...le tariffe di terminazione dovrebbero di norma essere simmetriche e le

asimmetrie esigono un'adeguata giustificazione" (cons. n. 2);

"L'esistenza di divergenze significative nella regolamentazione delle tariffe di terminazione fissa e mobili crea gravi distorsioni della concorrenza..." (cons. n. 3);

"Nel fissare le tariffe di terminazione, ogni scostamento rispetto a un livello unico di costo efficiente deve essere dettato da differenze oggettive di costo che giungono al controllo degli operatori... Nelle reti mobili un'assegnazione ineguale delle frequenze può essere considerata un fattore estrinseco che comporta differenze di costo unitario tra gli operatori. È possibile rievare differenze di costo estrinseche quando l'assegnazione delle frequenze non è avvenuta in base a meccanismi di mercato, ma secondo un processo sequenziale di autorizzazione. Quando l'assegnazione delle frequenze avviene in base a meccanismi di mercato, come una vendita all'asta, o se esiste un mercato secondario, le differenze di costo dovute alle frequenze sono determinate piuttosto da fattori intrinseci e potrebbero essere notevolmente ridotte o eliminate" (cons. n. 16);

"I nuovi operatori dei mercati della telefonia mobile potrebbero essere soggetti a costi unitari più elevati per un periodo transitorio prima di raggiungere la dimensione minima atta a garantire l'efficienza... Facendo riferimento alla posizione comune dell'ERG, è ragionevole prevedere un lasso temporale di quattro anni per l'eliminazione delle asimmetrie, sulla base della stima che nei mercati della telefonia mobile sono probabilmente necessari da tre a quattro anni, dopo l'ingresso nel mercato, per raggiungere una quota di mercato compresa tra il 15 e il 20 % e quindi per avvicinarsi alla dimensione minima atta a garantire l'efficienza" (cons. n. 17);

"Le autorità nazionali di regolamentazione (ANR), quando impongono obblighi in materia di controllo dei prezzi e di contabilità dei costi... dovrebbero stabilire tariffe di terminazione basate sui costi sostenuti da un operatore efficiente. Ciò implica che dette tariffe sarebbero inoltre simmetriche" (par. 1);

"Nella determinazione dei livelli di costo efficiente, l'eventuale scostamento dai principi summenzionati dovrà trovare giustificazione in differenze oggettive di costo

che giungono al controllo degli operatori interessati. Tali differenze possono essere dovute, nei mercati della terminazione mobile, a un'assegnazione ineguale delle frequenze. Nella misura in cui il modello per il calcolo dei costi include le frequenze supplementari acquisite per fornire il servizio di terminazione di chiamata all'ingrosso, le ANR dovrebbero riesaminare con regolarità le eventuali differenze oggettive di costo, tenendo tra l'altro conto di un possibile aumento, in prospettiva, della disponibilità di frequenze da assegnare mediante procedure basate sul mercato, che potrebbero ridurre le differenze dei costi derivanti dalle assegnazioni attuali, e dovrebbero valutare se lo svantaggio relativo in termini di costi diminuisce nel tempo con l'aumentare della quota di mercato dei nuovi operatori. Nella misura in cui il modello per il calcolo dei costi include le frequenze supplementari acquisite per fornire il servizio di terminazione di chiamata all'ingrosso, le ANR dovrebbero riesaminare con regolarità le eventuali differenze oggettive di costo, tenendo tra l'altro conto di un possibile aumento, in prospettiva, della disponibilità di frequenze da assegnare mediante procedure basate sul mercato, che potrebbero ridurre le differenze dei costi derivanti dalle assegnazioni attuali, e dovrebbero valutare se lo svantaggio relativo in termini di costi diminuisce nel tempo con l'aumentare della quota di mercato dei nuovi operatori' (par. 9);

'Qualora sia dimostrabile che un nuovo operatore nel mercato della telefonia mobile, che opera al di sotto della dimensione minima atta a garantire l'efficienza, deve sostenere costi unitari incrementali superiori a quelli degli operatori modellizzati, se è accertato che nel segmento al dettaglio esistono ostacoli all'ingresso e all'espansione nel mercato, le ANR possono consentire di recuperare tali costi nel corso di un periodo transitorio mediante tariffe di terminazione regolamentate. Tale periodo non dovrebbe essere superiore a quattro anni a decorrere dalla data di ingresso sul mercato' (par. 10);

“La presente raccomandazione lascia impregiudicate le decisioni normative adottate in precedenza dalle ANR nelle materie in essa trattate. Ciò malgrado, le ANR

dovrebbero far sì che entro il 31 dicembre 2012 le tariffe di terminazione siano applicate a un livello di costi efficiente e simmetrico, fatte salve le eventuali deroghe oggettive di costo determinate in conformità ai punti 9 e 10' (par. 11).

3.1.1 Dalla lettura della Raccomandazione sulle tariffe di terminazione risulta dunque, in linea generale, che le Autorità nazionali determinano i costi di terminazione in conformità a quelli dell'“operatore efficiente”, ferma la necessità di garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori con allineamento dei prezzi entro il 31 dicembre 2012. Le Autorità possono altresì ammettere, per breve tempo e sulla base di elementi oggettivi sottoposti a continuo monitoraggio, eventuali asimmetrie tariffarie in presenza di operatori *newcomer* che non abbiano raggiunto la dimensione minima d'efficienza o debbano sostenere costi superiori a quelli degli operatori efficienti o di operatori che subiscano costi per loro incontrollabili per effetto d'assegnazione ineguale di frequenze (C.d.S., n. 3106/11 cit.).

Poiché, nel caso di operatori *newcomer*, l'indicazione temporale in 4 anni proviene dalla Commissione europea, così come il Tribunale ha avuto modo di considerare, l'eventuale adozione di misure non rispondenti ai criteri di efficienza e simmetria indicati dalla Commissione stessa sarebbe contraria agli obiettivi da essa definiti, discriminatoria nei confronti degli operatori che hanno perseguito l'efficienza e distorsiva della concorrenza, oltre che contraria all'interesse dei consumatori (Tar, n. 1336/11 cit.).

Nel caso di specie, H3G non è più un *newcomer*, avendo da tempo superato il periodo di quattro anni dal proprio ingresso nel mercato, ed avendo goduto, per tal periodo, di asimmetrie tariffarie a suo vantaggio, in ragione della sua iniziale condizione la quale, peraltro, è in continuo divenire anche grazie alla progressiva liberazione delle frequenze (C.d.S.,

n. 3106/11 cit.) e pertanto l'Agcom, nello stabilire le nuove tariffe di terminazione, deve tener conto dei criteri indicati dalla Commissione se non vuole andare contro i principi cardine dell'azione regolamentare.

3.1.2 Tuttavia, nella vicenda che ne occupa, il (contestato) prolungamento della asimmetria tariffaria nei confronti di H3G viene in rilievo non già con riferimento *tout court* alla sua posizione di *newcomer*, bensì con riguardo al distinto, ancorché collaterale, profilo del ritenuto persistente squilibrio, in sfavore di detto operatore, nella dotazione di frequenze.

Sullo specifico profilo, la posizione espressa nella Raccomandazione è quella secondo cui le tariffe di terminazione dovrebbero di norma essere simmetriche e le asimmetrie esigono un'adeguata giustificazione; l'eventuale presenza di differenze nell'attribuzione delle frequenze tra operatori non rappresenta, in sé, un elemento atto a giustificare automaticamente l'asimmetria delle tariffe di terminazione.

La diseguale assegnazione delle frequenze può assumere, invero, rilevanza nella determinazione dei prezzi di terminazione, allorquando essa dia luogo a differenze oggettive di costo che sfuggono al controllo degli operatori, ciò che, nelle reti mobili, corrisponde all'ipotesi in cui l'assegnazione delle frequenze non sia avvenuta in base a meccanismi di mercato; in caso contrario, le differenze di costo sono determinate piuttosto da fattori intrinseci e potrebbero essere notevolmente ridotte o eliminate. Inoltre, rappresentando la misura dell'asimmetria tariffaria una situazione eccezionale, non necessariamente essa, una volta introdotta, deve essere mantenuta sino al momento effettivo del raggiungimento dell'eguale assegnazione frequenziale, potendo piuttosto cessare in vista di un possibile aumento, in prospettiva, della disponibilità di frequenze da assegnare mediante procedure basate sul

mercato, che potrebbero ridurre le differenze dei costi.

Ne consegue che la gara pubblica per l'assegnazione di nuove frequenze rappresenta un elemento che dovrebbe condurre ad un'accelerazione del raggiungimento della simmetria tariffaria.

3.2 Vanno poi considerati i rilievi successivamente svolti dalla Commissione Europea, con la nota SG-Greffe (2011) D/10210, sul progetto di delibera notificato, ai sensi dell'art. 7, par. 3, della direttiva 2002/21/CE, nel quale era previsto il raggiungimento della simmetria tariffaria a partire dal gennaio 2014:

“...le tariffe di terminazione dovrebbero essere fissate ad un livello che rifletta il costo di un operatore efficiente, il che dovrebbe dare quindi esito ad un'unica tariffa simmetrica. L'asimmetria, pur se ammissibile in casi eccezionali, deve essere adeguatamente e compiutamente giustificata. Nella raccomandazione sulle tariffe di terminazione della Commissione si riconosce che tale giustificazione potrebbe dipendere da differenze oggettive di costi ai di fuori del controllo dell'operatore. Simili differenze possono essere ascrivibili, ad esempio, a un'allocazione ineguale di frequenze. Al riguardo, la Commissione invita l'AGCOM a tener conto del fatto che, se per l'allocazione dello spettro si ricorre a un meccanismo di mercato, come un vendita all'asta come è stato fatto in Italia, eppure laddove esista un mercato secondario, le eventuali differenze di costo dovute alle frequenze sono determinate piuttosto da fattori endogeni e possono essere notevolmente ridotte o eliminate.

Aua luce di quanto precede la Commissione ritiene che l'AGCOM non abbia fornito una giustificazione adeguata dell'asimmetria delle tariffe di terminazione mobili in Italia nel suo schema di provvedimento. Nella presente notifica, scostandosi rispetto alla notifica precedente, l'AGCOM sostiene che l'asimmetria delle tariffe di terminazione mobili sia giustificata esclusivamente dalle differenze tuttora significative nell'assegnazione dello spettro. La Commissione ritiene che l'AGCOM non abbia spiegato in che misura l'allocazione ineguale di frequenze abbia un

impatto sulla differenza dei costi di fornitura di servizi di terminazione delle chiamate mobili. L'AGCOM non ha inoltre fornito informazioni sulla quantificazione delle potenziali differenze del costo di terminazione delle chiamate vocali sulle reti GSM900, DCS1800 o UMTS2100' (n.d.r.: enfasi aggiunta).

3.2.1 In altri termini, nelle osservazioni in esame, dopo aver premesso che l'asimmetria delle tariffe di terminazione mobile, pur se ammissibile in casi eccezionali, deve essere adeguatamente e compiutamente giustificata, la Commissione europea riteneva che l'Agcom non avesse fornito una giustificazione adeguata della suddetta asimmetria in quanto l'Autorità nazionale, nel sostenere che l'asimmetria fosse per il presente giustificata esclusivamente da differenze tuttora significative nell'assegnazione dello spettro, non spiegava tuttavia in che misura l'allocatione ineguale di frequenze avesse un impatto sulla differenza dei costi di fornitura di servizi di terminazione delle chiamate mobili, né forniva informazioni sulla quantificazione delle potenziali differenze del costo di terminazione delle chiamate vocali sulle reti GSM900, DCS1800 o UMTS2100.

Pertanto, la Commissione Europea osservava come, al fine di giustificare la concessione di una misura tariffaria asimmetrica, la mera allegazione di una situazione di ineguale assegnazione delle frequenze tra gli operatori non risultasse in sé sufficiente, essendo invece necessario che fossero esplicitate la modalità e la misura dell'impatto di tale situazione sulla differenza dei costi di fornitura dei servizi di terminazione.

3.2.1 In esito alle osservazioni della Commissione, l'Autorità riduceva il percorso di livellamento delle tariffe, anticipando la data per il raggiungimento della simmetria tariffaria al mese di luglio 2013: per il 2012 e parte del 2013, quindi, l'asimmetria in favore di H3G risultava confermata.

In tal modo, ritiene il Collegio che l'Agcom abbia disatteso le precise indicazioni espresse dall'istituzione europea in quanto, da un lato essa ha fissato per il raggiungimento della simmetria tariffaria un termine successivo a quello ultimo del dicembre 2012 a tal fine previsto nella citata Raccomandazione e ribadito nelle successive osservazioni della Commissione; dall'altro, la stessa Autorità ha omesso di fornire una puntuale motivazione, nei termini espressamente richiesti dalla nota D/10210, circa la sussistenza di ragioni obiettive che giustificassero la disposta misura.

3.2.2 E invero, nel corpo della delibera impugnata non è dato rinvenire alcuna adeguata motivazione in ordine alla sussistenza dei presupposti indicati dall'organo comunitario come idonei a giustificare ulteriori misure asimmetriche in favore di H3G.

Nella motivazione del provvedimento, infatti, si rappresenta in modo generico la mera opportunità di *“posticipare, rispetto a quanto stabilito dalla delibera n. 667/08/CONS, il raggiungimento della piena simmetria delle tariffe di terminazione di chiamate vocali su rete mobile in quanto si rileva che al 2012 continuerà a permanere lo squilibrio tra gli operatori nella dotazione di frequenze. Si osserva, infatti, che l'attività di riavvicinamento e razionalizzazione dell'intera banda a 900 MHz - secondo quanto indicato nella Determina ministeriale di cui al punto 103 - si concluderà per il 31 dicembre 2013. Di conseguenza, l'Autorità ritiene che prima di tale data non si saranno ridotte le differenze oggettive di costo derivanti dall'iniziale assegnazione delle frequenze, che costituiscono elementi essenziali da giustificare un'asimmetria tariffaria tra gli operatori, come previsto anche dalla Raccomandazione sulla terminazione”* (4.3.4. 154).

Pertanto l'Agcom non ha chiarito in che misura l'allocazione ineguale di frequenze avesse un impatto sulla differenza dei costi di fornitura dei servizi di terminazione delle chiamate vocali, né si quantificano le

potenziali differenze del costo di terminazione delle chiamate vocali sulle diverse reti (GSM900, DCS1800 e UMTS2100).

Nessun utile elemento in tal senso può ricavarsi dalle ulteriori e generiche affermazioni rese nel prosieguo della motivazione, laddove si afferma che *'permangono valide le motivazioni alla base del riconoscimento della asimmetria tariffaria a vantaggio di H3G'* (V.51) e che *'occorrerà ancora un certo lasso di tempo prima che la parità nella dotazione frequenziale tra H3G e gli altri operatori siano risolte con risulti apprezzabili anche in termini di efficienza e riduzione dei costi unitari di fornitura del servizio di terminazione'* (ultimo Considerato).

Né adeguata giustificazione per il prolungamento della contestata asimmetria tariffaria può trarsi dal passaggio della delibera - richiamato nei propri scritti dalla difesa erariale - in cui l'Agcom rappresenta che le valutazioni sul tema dell'asimmetria tariffaria contenute nello schema di provvedimento sottoposto a consultazione pubblica, sono state elaborate senza tener conto della sentenza del Consiglio di Stato resa sulla precedente delibera n. 667/08/Cons (n. 3106/11, che confermava la sentenza Tar n. 1306/11, entrambe citate), essendo stata questa decisione depositata in data 23 maggio 2010, ossia un giorno dopo la data di pubblicazione della delibera di avvio della consultazione (V.50).

Tale argomentazione non soddisfa il ridetto onere motivazionale per una duplice ragione: da un lato, perché la giustificazione richiesta nella nota della Commissione non era una motivazione a schema libero, ma un percorso argomentativo individuato nell'oggetto e nei contenuti, al quale il passaggio motivazionale in esame in nulla corrisponde; dall'altro, perché la circostanza che le decisioni del giudice amministrativo siano intervenute successivamente all'adozione dello schema di delibera non poteva esimere l'Autorità dal conformarvisi, essendo state le stesse

pubblicate svariati mesi prima dell'adozione del provvedimento finale per cui è controversia sicché l'Autorità ben avrebbe potuto tenerle presenti nella rimodulazione del percorso di livellamento tariffario, in tal modo conformandosi anche alle indicazioni provenienti dalla Commissione europea.

3.3 Conclusivamente, l'Autorità non ha soddisfatto l'onere motivazionale rafforzato e specifico che discendeva dal carattere puntuale e circoscritto delle questioni sollevate dall'organo europeo con le richiamate "osservazioni", non avendo essa, di fatto, contrapposto argomenti adeguati e conferenti (Tar Lazio, III ter, sent. n. 9739/11), al fine di giustificare l'adozione di misure asimmetriche disallineate rispetto a quanto stabilito nella Raccomandazione del 2009 e ribadito nelle pertinenti osservazioni.

E il *ajicit* motivazionale della delibera rispecchia la mancata ponderazione da parte dell'Agcom delle ragioni evidenziate dall'organo comunitario, ciò che determina l'illegittimità *in parte qua* del provvedimento impugnato per l'avvenuta violazione della disciplina - nazionale e comunitaria - che imponeva alla medesima Autorità di tenere in massimo conto, nell'assolvimento dei propri compiti, gli atti giuridici della Commissione.

3.4. Quanto alla Raccomandazione sulle tariffe di terminazione, viene in rilievo l'art. 22 del Codice delle Comunicazioni elettroniche (che costituisce trasposizione dell'art. 19 della richiamata direttiva 2002/21/CE), giusta il quale l'Autorità, nell'assolvimento dei propri compiti, deve tenere "in massima considerazione le raccomandazioni della Commissione europea concernenti l'armonizzazione dell'attuazione delle disposizioni oggetto del Codice.." e qualora decida di non conformarsi, "ne informa[no] la Commissione europea

motivando le proprie decisioni”.

Trovando le raccomandazioni una specifica base giuridica nella direttiva quadro sulle comunicazioni elettroniche, come trasposta nell'ordinamento interno, ed essendo quindi l'autorità nazionale di regolamentazione del settore tenuta ad averne massima considerazione (“utmost account”), deve ritenersi che il giudice nazionale, ove una decisione dell'Autorità sia contestata per asserito contrasto con una raccomandazione, non possa a sua volta disattendere la raccomandazione ritenendola non vincolante oppure limitarsi a considerarne genericamente la *ratio*, ma debba piuttosto spingersi ad individuare il significato sostanziale della Raccomandazione e verificare se il provvedimento contestato abbia una motivazione sufficientemente congrua che ne giustifichi la deviazione dal contenuto della raccomandazione, vale a dire, se quest'ultima sia stata tenuta in “utmost account” dall'Autorità nazionale.

3.5. Quanto alle osservazioni rese dalla Commissione nella procedura ex art. 7 della direttiva 2002/21/CE, soccorre invece l'art. 12, comma 5, del ripetuto Codice (che traspone l'art. 7, par. 5 della direttiva), secondo il quale “l'autorità nazionale di regolamentazione interessata tiene in massima considerazione le osservazioni delle autorità di regolamentazione di altri Stati membri e della Commissione europea e [...] adotta il provvedimento risultante e lo comunica alla Commissione europea”.

Si osservi, incidentalmente, che le osservazioni in parola, rese nel corso delle procedure di consultazione, mirano a contribuire allo sviluppo di un mercato unico delle telecomunicazioni assicurando la cooperazione tra autorità di regolazione e tra queste e la Commissione, in vista di una coerente e trasparente applicazione delle Direttive in *subiecta materia* in

tutti gli Stati membri.

Come il Giudice europeo ha riconosciuto (Tribunale di I Grado, 12 Dicembre 2007, T-109/06, Vodafone España, SA and Vodafone Group plc; 22 February 2008, T-295/06, Base), le osservazioni della Commissione rese nel corso della procedura di cui all'art. 7 della direttiva 2002/21/CE – specialmente "comments/no comments-letters" e "serious doubts-letters" - se non possono considerarsi come atti direttamente incidenti sulla posizione giuridica della singola impresa interessata (*"not directly affecting the legal situation of the undertakings concerned"*) si da costituire materia di un'autonoma e diretta azione di annullamento - devono tuttavia ritenersi un atto comunitario preparatorio nel contesto della procedura che conduce all'adozione di una misura dell'autorità nazionale di regolazione (*"constitute a preparatory Community act in the context of a procedure which leads to the adoption of a national measure by the NRA concerned"*). Tale rapporto di preordinazione dell'atto comunitario rispetto al provvedimento dell'Autorità nazionale –osserva il Collegio - dà ragione del vincolo, posto all'autorità nazionale, di tenere nel debito conto i rilievi dell'organo comunitario nell'adozione del provvedimento finale.

Deve pertanto ribadirsi, in linea con l'orientamento di questo Tribunale (cfr. Tar Lazio, III ter, nn. 1336/11, 1491/2009 e 895/09), che i rilievi della istituzione comunitaria, se "non vincolano l'Autorità di regolamentazione la quale ... non è obbligata a conformarsi sempre e comunque alle osservazioni svolte dalla Commissione, anche se ex art. 12 del Codice deve tenerle in massima considerazione, trattandosi non di prescrizioni, ma sostanzialmente di un atto di collaborazione dell'organo comunitario al programma di razionalizzazione del sistema del quale l'Autorità è investita"; ... "cionondimeno, poiché essi comunque

determinano un obbligo rafforzato di motivazione, occorre valutare se l'Autorità abbia ponderato le ragioni esposte dall'organo consultivo e di aver però deciso di perseverare nel proprio orientamento" (Tar Lazio, III ter, nn. 9739/11 e 895/2009).

4. Conclusivamente, l'Agcom ha disatteso le precise indicazioni espresse dall'istituzione europea in ordine all'asimmetria nelle tariffe di terminazione mobili, omettendo altresì di fornirne una puntuale giustificazione e pertanto la impugnata delibera è *in parte qua* illegittima.

5. Né a diverse conclusioni potrebbero condurre le pur articolate difese svolte nel presente giudizio dalla controinteressata H3G s.p.a., volte (correttamente) a distinguere concettualmente tra l'operatore *newcomer*, che opera al di sotto della dimensione minima atta a garantire l'efficienza, e il soggetto che si trovi a subire costi unitari più elevati a causa di differenze oggettive di costo, riconducibili alla ineguale dotazione frequenziale, per dedurre la correttezza dell'operato dell'Agcom laddove essa ha riconosciuto al medesimo operatore un regime di asimmetria tariffaria in relazione alla persistente, diseguale dotazione di frequenze; situazione, questa, che a dire della controinteressata, cesserebbe tuttavia oltre la data fissata dall'Autorità per il raggiungimento della simmetria tariffaria (luglio 2013), e cioè soltanto a partire dal 31 dicembre 2013, con l'effettiva conclusione del piano di *re-jarving* e l'assegnazione ad H3G di una banda su frequenza 900 MHz con copertura su tutto il territorio nazionale.

5.1 A quanto già considerato dal Collegio è sufficiente aggiungere che il prolungamento al luglio 2013 della asimmetria tariffaria non era nella specie giustificabile, non ricorrendo le condizioni previste nella Raccomandazione sulle tariffe di terminazione.

E invero, la previsione di una "giustificazione in differenze oggettive di

costo che sfuggono al controllo degli operatori interessati”, di cui al citato par. 9 della Raccomandazione, fa evidente riferimento a differenze di costo reali ed effettive, e non meramente teoriche, le quali debbono, inoltre, essere dimostrabili, e non anche a scostamenti ricavabili in via meramente presuntiva; di tali maggiori costi, in quanto discendenti da un’inequale assegnazione delle frequenze, occorre dunque dare la prova.

5.2 E proprio tale prova, nella specie, è mancata, come la Commissione europea chiaramente rilevava nella puntuale nota di rilievi, e analogamente a quanto, in relazione a precedente controversia, osservava la ripetuta decisione n. 3106/11 (*‘non può rappresentare un’impugnata deliberazione merce l’argomento del maggior costo che in ogni caso ne deriverebbe, a seconda della sua progettazione, dall’omessa, o tardiva, o insufficiente assegnazione delle ripetute frequenze perché essa sovrappone al riguardo, al fine di giustificare la necessaria utratività delle asimmetrie tariffarie, due distinti ordini di costi. L’uno concerne l’uso innovativo della tecnologia UMTS ... e delle frequenze su banda a 2100 MHz ..., per i quali l’impugnante ha goduto e gode tuttora della predette asimmetrie ... L’altro concerne (e ancora per poco) insufficiente disponibilità di frequenze su banda a 900 MHz, vicenda, questa, di cui non si giustifica o si dimostra di come e quanto si riverberi in via diretta ed immediata sui costi di terminazione’* (ndr: enfasi aggiunta).

5.3 Inconferenti si manifestano, infine, le deduzioni della controinteressata in merito alla portata della delibera n. 667/08/Cons e agli effetti del precedente contenzioso in materia di asimmetria tariffaria.

6. Il ricorso è dunque fondato e deve essere accolto, con conseguente annullamento, *in parte qua*, della delibera impugnata.

7. Stante la difficoltà delle questioni trattate si ritiene sussistano giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla *in parte qua* la delibera impugnata.

Compensa le spese.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 4 luglio 2012 e 21 settembre 2012, con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Roberto Politi, Consigliere

Rosa Perna, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/10/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)