



REPUBBLICA ITALIANA

N.4888/2007

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Reg.Dec.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

N. 1744 Reg.Ric.

ANNO 2006

Disp.vo 449/2007

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto da Telecom Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Piero D'Amelio, Filippo Satta, Fabio Bassan e Filippo Lattanzi, ed elettivamente domiciliato presso il primo, in Roma, via della Vite, n. 7;

contro

Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, in persona del Presidente pro tempore, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato e domiciliato presso la stessa in Roma via dei Portoghesi n. 12;

e nei confronti

Wind Telecomunicazioni s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'avv.to Giuseppe Guizzi, ed elettivamente domiciliato presso lo stesso, in Roma, via Condotti, n. 91;

Fastweb s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dagli avv.ti Vincenzo Cerulli Irelli, Mario Libertini e Renzo Ristuccia, ed elettivamente domiciliato presso quest'ultimo, in Roma, via Ennio Quirino Visconti, n. 20;

Tele2 Italia s.p.a., non costituitasi in giudizio;

Codacons, in persona del legale rappresentante pro tempore, costituitosi in giudizio,

rappresentato e difeso dall' avv.to Carlo Rienzi, ed elettivamente domiciliato presso l'Ufficio legale nazionale del Codacons, in Roma, viale Mazzini, n. 73;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione II, n. 1773/06 pubblicata in data 8 marzo 2006;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, di Wind telecomunicazioni s.p.a., di Fastweb s.p.a. e del Codacons;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 10-7-2007 relatore il Consigliere Roberto Chieppa.

Uditi gli Avv.ti D'Amelio, Lattanzi, Bassan, Guizzi, Ristuccia, Cerulli Irelli e l'avv. dello Stato Guida;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1. Con ricorso n. 11547/03 Telecom Italia s.p.a. ha impugnato davanti al Tar del Lazio la deliberazione dell' dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (di seguito, Autorità) n. 11/03/CIR , recante “Approvazione dell’offerta di riferimento per l’anno 2003 di Telecom Italia” e la deliberazione n. 289/03/CONS, recante “Regolamentazione e controllo dei prezzi massimi dei servizi di telefonia vocale offerti da Telecom Italia”.

In particolare, con la delibera n. 11/03/CIR, adottata il 25 luglio 2003, è stato consentito agli operatori non dominanti di fissare liberamente il prezzo richiesto per i servizi di interconnessione per fonia vocale, a differenza di quanto imposto a Telecom, vincolata ad

offrire (in quanto Operatore notificato avente significativo potere di mercato sul mercato dell'interconnessione per la fonia vocale) un prezzo "orientato ai costi" per la terminazione sulla propria rete del traffico (ossia delle chiamate) originato da clienti (e reti) di altri operatori.

Con la deliberazione n. 289/03/CONS, adottata il 23 luglio 2003, è stato inoltre previsto che tutti i prezzi praticati da Telecom Italia al pubblico delle chiamate su numerazioni geografiche non potessero essere differenziati sul territorio nazionale e non potessero dipendere dalla tipologia di traffico ovvero dall'operatore di terminazione.

Con sentenza n. 1773/206 il Tar del Lazio ha riunito il menzionato ricorso ad altri tre, proposti da Telecom avverso diversi atti regolatori adottati dalla stessa Autorità ed ha respinto tutti i ricorsi.

Telecom Italia ha impugnato tale sentenza limitatamente alla reiezione del ricorso di primo grado n. 11547/03.

L'Autorità, Wind telecomunicazioni s.p.a., Fastweb s.p.a. e il Codacons si sono costituiti in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso ed eccependone l'improcedibilità.

All'odierna udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

2. L'oggetto della presente controversia è costituito dalla contestazione da parte di Telecom del combinato disposto delle due menzionate deliberazioni dell'Autorità, con cui per i servizi di interconnessione per fonia vocale da un lato è stato consentito agli altri operatori di fissare liberamente il prezzo di terminazione e, dall'altro lato, è stato imposto a Telecom il divieto di differenziare il prezzo al pubblico a seconda della tipologia di traffico o dell'operatore di terminazione.

Non sono state contestate con il ricorso in appello, e pertanto non formano oggetto del presente giudizio, le statuizioni dell'impugnata sentenza relative alla riunione degli altri tre ricorsi proposti da Telecom avverso altre deliberazioni dell'Autorità e riuniti dal Tar.

Telecom si è limitata a contestare la sussistenza dei presupposti per la riunione dei ricorsi, ma tale censura è inammissibile, tenuto conto che il potere officioso del giudice di riunire per connessione più ricorsi non è soggetto a sindacato in sede di appello, se non nel caso, che certamente qui non ricorre, in cui la riunione sia stata disposta in manifesta assenza dei presupposti e abbia determinato una violazione del diritto di difesa delle parti.

Peraltro, alcun beneficio potrebbe trarre Telecom dall'eventuale accertamento dell'assenza dei presupposti per la riunione dei ricorsi, essendo la sua pretesa diretta all'accertamento dell'illegittimità delle impuginate deliberazioni ed è questo il profilo che deve essere esaminato da questo giudice di appello.

3. In via preliminare, si devono esaminare le eccezioni di improcedibilità e inammissibilità del ricorso, sollevate dalle parti appellate.

L'improcedibilità deriverebbe dal fatto che a seguito della successiva deliberazione dell'Autorità n. 417/06/CONS sarebbe venuto meno l'interesse di Telecom alla decisione del ricorso, in quanto l'assetto degli interessi sarebbe regolato da tale nuovo atto e alcuna utilità potrebbe trarre l'appellante dall'annullamento delle impuginate deliberazioni.

Con la deliberazione n. 417/06/CONS l'Autorità ha stabilito che il prezzo del servizio di terminazione sia fissato dagli operatori alternativi notificati sulla base di criteri di equità e ragionevolezza (art. 40.2) ed ha fissato un vincolo di prezzo massimo (*cap*), decrescente per i successivi cinque anni (da 1,54 Eurocent/min. fino a 0,55 Eurocent/min.), derogabile previa

autorizzazione dell'Autorità qualora il maggior prezzo risulti giustificato dai costi (artt. 40.3 e ss.).

Si osserva che con tale deliberazione l'Autorità ha temperato la misura asimmetrica relativa al servizio di terminazione con alcuni di quei criteri di ragionevolezza e proporzionalità, invocati dal Telecom nel ricorso con riguardo all'assenza di un tetto massimo al prezzo del servizio fissato dagli operatori alternativi e alla mancanza di un limite temporale alle misure introdotte.

Il fatto che con la successiva deliberazione del 2006 sia stato previsto tale tetto e siano state fissate precise scadenze temporali costituisce elemento sopravvenuto in base al quale non può essere valutata la legittimità delle impugnate deliberazioni del 2003.

Inoltre, le nuove misure introdotte con la deliberazioni del 2006 non hanno effetto retroattivo e, sotto tale profilo, permane l'interesse di Telecom alla decisione del ricorso.

Infatti, pur essendo vero che le impugnate deliberazioni non imponevano a Telecom l'accettazione dei prezzi richiesti dagli operatori alternativi, il contenzioso pendente su tali prezzi non è ancora stato definito e non può essere allo stato escluso che proprio l'assenza dei criteri invocati da Telecom possa incidere negativamente sull'esito per tale impresa delle controversie pendenti (procedimento contenzioso pendente presso l'Autorità e giudizio arbitrale avviato da Telecom).

Ciò impone a questo Collegio di decidere nel merito la controversia in esame.

4. Sotto altro profilo, va rilevato che alcuna inammissibilità del ricorso deriva dal passaggio in giudicato della sentenza del Tar n. 14517/2006.

Con tale decisione il Tar ha in parte respinto il ricorso di Telecom avverso la deliberazione dell'Autorità n. 16/06/CIR del 4 maggio 2006, recante "Definizione della

controversia Fastweb s.p.a./Telecom Italia s.p.a. in materia di tariffe di interconnessione inversa”, accogliendolo per profili attinenti al diritto di Telecom di accedere agli atti depositati da Fastweb.

Con la delibera n. 16/06/CIR l’Autorità ha: a) risolto negativamente per Telecom le numerose eccezioni pregiudiziali che la stessa aveva sollevato; b) riconosciuto nell’*an* il diritto di Fastweb a prevedere condizioni economiche per il servizio di terminazione differenti da quelle praticate da Telecom Italia, affermando in pratica l’applicabilità, alla stessa Fastweb, dell’art. 4, terzo comma, della delibera 11/03/Cir; c) disposto la nomina di un Consulente tecnico per la determinazione dei possibili valori minimo e massimo del prezzo di terminazione sulla rete di Fastweb, ferma restando la possibilità per entrambe le parti di chiamare propri esperti, che avrebbero potuto relazionarsi con il Consulente tecnico d’ufficio ma senza avere accesso alla documentazione riservata prodotta dalle rispettive controparti (quest’ultima determinazione è stata annullata dal Tar).

Fastweb ha sostenuto che Telecom avrebbe presentato identici motivi avverso la delibera 11/03 ed avverso la delibera n. 16/06, ma ciò non risponde al vero.

La delibera n. 16/06 e la successiva sentenza del Tar n. 14517/06 riguardano aspetti esecutivi della delibera n. 11/03 e, di conseguenza, il giudicato invocato da Fastweb ha riguardato l’applicazione della delibera n. 11/03 nei confronti di Telecom e Fastweb, ma non la legittimità di tale delibera, oggetto di contestazione solo nel presente giudizio.

Va ricordato che con il terzo comma dell’art. 4 della delibera n. 11/03/Cons è stata prevista la possibilità per gli operatori alternativi di richiedere a Telecom Italia la modifica dei prezzi di terminazione stabilita nel contratto e, in caso di mancato raggiungimento di un

accordo, la devoluzione all'Autorità delle controversie tra operatori secondo le disposizioni della delibera n. 148/01/CONS.

La delibera n. 16/06 è, quindi, intervenuta in sede di definizione da parte dell'Autorità di una controversia derivante dall'applicazione della precedente deliberazione n. 11/03.

Deve, quindi, ritenersi che il passaggio in giudicato della sentenza del Tar n. 14517/06 non ha determinato alcuna acquiescenza da parte di Telecom sulle questioni in contestazione nel presente giudizio, salvo quanto si dirà ora sulla competenza dell'Autorità a definire la controversia tra Fastweb e Telecom.

5. Uno dei motivi di appello, proposti da Telecom nel presente giudizio, è costituito dalla contestazione della delibera n. 11/03 con riferimento alla parte del già citato art. 4.3, che prevede che "le controversie tra operatori sono rimesse all'Autorità secondo le disposizioni di cui al capo I dell'allegato A della delibera n. 148/01/Cons".

Secondo Telecom, si tratterebbe di una sorta di arbitrato obbligatorio, illegittimo e non compatibile con i principi costituzionali in materia di tutela giurisdizionale.

Con l'impugnata sentenza il Tar ha dichiarato la censura inammissibile, essendo diretta avverso una misura introdotta dall'art. 18 del D.P.R. n. 318/1997 e dal D.M. 23 aprile 1998, nonché dalla delibera 148/01/CONS, e non dagli atti impugnati.

Sulla questione il Tar si è in parte pronunciato anche con la non impugnata sentenza n. 14517/06, con cui è stato affermato che ogni controversia insorta in ordine all'applicazione della delibera 11/03/Cons deve essere risolta dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni in applicazione di quanto disposto dalla delibera n. 148/01/Cons.

Secondo il Tar (sent. n. 14517/06), mentre con l'adozione della delibera n. 11/03/Cir l'Autorità è intervenuta nei rapporti tra gli operatori esercitando i poteri amministrativi *ex artt.*

13 e 49 del Codice delle comunicazioni elettroniche, nell'adottare la delibera n.16/06/Cir è invece intervenuta come giudice di una controversia, con la conseguenza che l'intero procedimento che davanti ad essa si è svolto segue le regole del procedimento paragiurisdizionale e non amministrativo.

Non è questa la sede per esaminare tale questione e ci si può qui limitare a rilevare l'inammissibilità della censura proposta da Telecom con riferimento alla deliberazione n. 11/03, sebbene sulla base di considerazioni diverse da quelle fatte proprie dal Tar.

Con tale delibera l'Autorità si è limitata a richiamare la possibilità di risolvere le controversie con le modalità stabilite dal regolamento, adottato con la delibera n. 148/01.

Le questioni concernenti la sussistenza, o meno, di una forma di arbitrato obbligatorio e la compatibilità con i principi in tema di tutela giurisdizionale della previa devoluzione all'Autorità delle controversie insorte tra gli operatori può assumere rilevanza, non nel presente giudizio, ma negli eventuali giudizi "a valle" nel caso in cui un operatore decida di rivolgersi alla competente autorità giudiziaria senza previamente investire l'Autorità o comunque decorso il termine entro cui l'Autorità deve pronunciarsi.

La presente controversia si pone "a monte" rispetto a tali giudizi, per i quali è prevista tale fase di definizione delle controversie da parte dell'Autorità.

Il mero richiamo della rimessione delle controversie all'Autorità secondo le disposizioni della delibera n. 148/01/Cons non introduce alcun elemento di novità rispetto ad un sistema già esistente e regolamentato e rispetto alle previsioni dell'art. 23 del D. Lgs. n. 259/2003, che stabilisce che qualora sorga una controversia fra imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica, avente ad oggetto gli obblighi derivanti dal Codice,

l'Autorità, a richiesta di una delle parti, adotta quanto prima, e comunque entro un termine di quattro mesi, una decisione vincolante che risolve la controversia.

Ne consegue che la censura, proposta da Telecom nel presente ricorso in appello ed attinente alle citate modalità di risoluzione delle controversie, è inammissibile.

Resta comunque fermo il principio da tempo affermato dalla giurisprudenza, secondo cui le autorità indipendenti hanno natura amministrativa, essendo stata esclusa la possibilità di riconoscere natura giurisdizionale o para-giurisdizionale a tali Autorità, non conoscendo il nostro ordinamento giuridico un *tertium genus* tra amministrazione e giurisdizione, alle quali la Costituzione riserva rispettivamente gli art. 111 e 97 (Cass. civ., sez. I, 20 maggio 2002, n. 7341; nel senso della natura amministrativa delle Autorità indipendenti, v. anche Cons. Stato, VI, 12 febbraio 2001, n. 652).

Pertanto, l'attribuzione alle autorità indipendenti di funzioni "contenziose", comportanti un potere decisorio su diritti soggettivi, basato cioè sulla identificazione di posizioni giuridiche tutelate e non di valutazioni semplicemente discrezionali circa la sussistenza di un interesse pubblico, non elimina la necessaria soggezione di ogni atto delle Autorità ad un controllo giudiziario.

Anche in considerazione di tali principi va ribadita l'inammissibilità nel presente giudizio della descritta censura proposta da Telecom, tenuto conto che alcun tipo di definizione delle controversie da parte dell'Autorità potrà mai limitare la possibilità per le parti di rivolgersi al giudice, tale non essendo certo l'Autorità; né il ritardo da parte dell'Autorità nel risolvere entro i termini prescritti le controversie ad essa devolute potrà mai costituire ostacolo per l'esercizio delle azioni davanti alla competente autorità giurisdizionale.

6. Può essere a questo punto esaminato il punto centrale della controversia.

Le contestazioni mosse da Telecom riguardano – come già detto – il combinato disposto delle deliberazioni n. 289/03/CONS e n. 11/03/CIR con riguardo alle condizioni economiche dei servizi di interconnessione e, in particolare, alle quote di terminazione - intendendosi per tali il prezzo che l'operatore di «originazione» deve corrispondere per “terminare” una chiamata originata da un proprio cliente sulla rete di un altro operatore, fornitore del servizio di accesso per l'utenza chiamata.

Il prezzo di ogni telefonata è, infatti, composto dalla sommatoria del compenso per la c.d. originazione, spettante all'operatore della rete cui è abbonato il chiamante e di quello per la c.d. terminazione di pertinenza dell'operatore sulla cui rete termina la chiamata; la titolarità della tariffa spetta all'operatore del chiamante, che è tenuto poi a corrispondere all'operatore interconnesso il compenso per il servizio di terminazione reso.

Telecom contesta la possibilità per gli operatori alternativi di fissare liberamente il prezzo per i servizi di interconnessione e l'impossibilità per Telecom di differenziare i prezzi praticati al pubblico sul territorio nazionale in ragione della tipologia del traffico e dell'operatore di destinazione.

L'appellante deduce che i due principali operatori alternativi hanno approfittato della deliberazione n. 11/03 per aumentare fino al 500 % i propri prezzi di terminazione, salvo poi aggiudicarsi la principale gara pubblica del settore (gara Consip) con una offerta di un prezzo minutorio medio nettamente inferiore (viene, in particolare, citato il prezzo di 2,71 Eurocent/min. richiesto da Fastweb, a fronte del prezzo di 0,414 Eurocent/min. praticato da Telecom e a fronte del prezzo di 0,6 Eurocent/min, offerto dalla stessa Fastweb per l'aggiudicazione – avvenuta – della gara Consip).

Viene, inoltre, lamentato che il duplice intervento regolatorio del 2003 ha costretto Telecom a sopportare il peso economico delle scelte dei suoi concorrenti senza avere la possibilità di trasferirlo almeno in parte sui clienti finali; al riguardo si contesta l'omessa pronuncia da parte del Tar sull'impugnazione della delibera n. 289/03.

Con riguardo a tale ultimo punto, va rilevato che effettivamente il giudice di primo grado non ha fatto diretto riferimento alla delibera n. 289/03, evidentemente ritenendo che le considerazioni svolte per supportare la reiezione del ricorso di Telecom riguardassero implicitamente anche tale delibera.

Comunque, anche in caso di omessa pronuncia, l'effetto devolutivo del ricorso in appello impone a questo Collegio di risolvere la questione.

I motivi proposti avverso la delibera dell'Autorità n. 289/03 sono infondati.

Infatti, in presenza di una misura asimmetrica, quale quella contenuta nella delibera n. 11/03 per i pezzi di terminazione, non necessariamente deve essere prevista una determinata modalità per compensare gli effetti di tale misura per l'operatore dominante.

La pretesa di Telecom di poter differenziare i prezzi al pubblico a seconda della destinazione della chiamata (sulla rete Telecom "on net" o fuori rete "off net") non è stata accolta dall'Autorità sulla base di una valutazione esente da vizi di legittimità.

In una fase di limitato potere degli operatori alternativi, la possibilità per Telecom di differenziare i prezzi al pubblico delle chiamate "off net" rispetto a quelli delle chiamate "on net" (verso i propri clienti), costituirebbe un forte disincentivo per l'amplissima utenza dell'operatore dominante a chiamare verso utenti degli altri operatori, i quali finirebbero per essere incentivati a cambiare operatore per non essere penalizzati dal fatto di essere raggiungibili dalla clientela Telecom a condizioni più onerose.

Del resto, anche la Commissione europea ha ritenuto giustificato il divieto, in capo ad operatori con quote di mercato molto elevate in confronto a quelle dei concorrenti, di differenziare i prezzi tra chiamate “on net” e “off net” (nota Commissione del 29-6-2006).

Va anche chiarito che esula dall’oggetto del presente giudizio la questione dell’eventuale possibilità per Telecom di riversare gli incrementi del prezzo di terminazione corrisposto agli operatori alternativi non attraverso una differenziazione delle tariffe, ma mediante un aumento generalizzato delle stesse (l’ammissibilità, o meno, di tale aumento non dipende dalle contestate determinazioni dei due atti impugnati).

Parimenti esula dall’oggetto del giudizio il contenuto della successiva delibera dell’Autorità n. 642/06/CONS, con cui è stato peraltro ribadito il divieto di differenziazione dei prezzi in ragione della rete di terminazione, salva la possibilità per Telecom di formulare per i propri utenti pacchetti tariffari, che contengano entro un ragionevole tetto i differenziali di costo tra chiamate “on net” e “off net” (in tale delibera è stata comunque richiamata nei seguenti termini la già citata nota della Commissione europea: «considerato che la Commissione rilevando “l’ancora piccola dimensione degli operatori alternativi sul mercato italiano”, ha ritenuto “giustificato porre il divieto, in capo agli operatori con quote di mercato molto elevate in confronto a quelle dei propri concorrenti, di differenziare i prezzi tra chiamate tra *on-net* e *off-net*”»).

Infine, come verrà chiarito in seguito, si deve tenere conto che con la contestuale delibera n. 11/03, l’Autorità non ha affatto attribuito agli operatori alternativi il potere di fissare liberamente e unilateralmente il prezzo di terminazione, con la conseguenza che solo all’esito della corretta determinazione di tale prezzo può essere valutato l’impatto su Telecom della misura asimmetrica.

7. Il punto focale delle contestazioni mosse da Telecom si incentra, quindi, sulla delibera n. 11/03/CIR, con cui è stato previsto che gli accordi relativi ai servizi di interconnessione offerti dagli operatori alternativi possono prevedere condizioni economiche differenti da quelle fissate per Telecom, che, su richiesta delle parti, procede alle opportune modificazioni dei contratti di servizio di terminazione su rete di altro operatore entro i termini previsti dalla normativa vigente.

In altri termini, l'art. 4.3 dell'impugnata delibera consente agli operatori alternativi di chiedere a Telecom la modifica dei prezzi di terminazione stabilita nel contratto secondo condizioni diverse da quelle praticate da Telecom, senza quindi alcun obbligo di reciprocità, applicato fino ad allora nella prassi (c.d. accordi di «reciprocità»).

Tuttavia, il menzionato art. 4.3 non attribuisce agli operatori alternativi alcun potere unilaterale di determinare i propri prezzi di terminazione, che quindi Telecom non è costretta a subire (i prezzi richiesti dai principali operatori alternativi e menzionati in precedenza costituiscono, quindi, mere proposte di variazione delle condizioni contrattuali).

In caso di mancato accordo con Telecom, il prezzo di terminazione viene fissato all'esito del procedimento contenzioso davanti all'Autorità o dalla competente autorità giurisdizionale eventualmente adita.

Ciò esclude che la asimmetria lamentata da Telecom sia di per sé illegittima.

Il vincolo cui è soggetta Telecom di un tetto (*cap*) per il proprio prezzo di terminazione, a fronte dell'assenza di un corrispondente e reciproco vincolo per gli operatori alternativi, è, infatti, giustificato da esigenze di sviluppo della concorrenza e di sopravvivenza degli operatori alternativi, che hanno la necessità di recuperare i propri maggiori costi, anche tramite i ricavi da interconnessione.

È evidente che la tariffa di terminazione determinata per Telecom Italia sulla base dei propri costi efficienti riflette economie di scala proprie di un operatore *incumbent* efficiente e verticalmente integrato e non può essere rappresentativa dei costi tipici di un operatore nuovo entrante, soprattutto quando questi decida di investire sulle infrastrutture di rete di accesso.

La legittimità di una tale misura asimmetrica è stata riconosciuta anche dalla Commissione europea, che ha rilevato che un trattamento differenziato deve essere adeguatamente motivato e che adeguata giustificazione è stata fornita dall'Autorità con riferimento alle più deboli economie di scala e di scopo degli operatori alternativi e all'enorme differenza nei volumi di traffico di terminazione (cfr. nota Commissione del 24-5-2006).

Tuttavia, la stessa Commissione ha sottolineato l'esigenza di stabilire un percorso regolamentare certo nei tempi, che induca gli stessi operatori alternativi a diventare efficienti nel tempo.

Ciò significa che la misura asimmetrica in questione è legittima, ma deve (*rectius*, doveva) essere accompagnata da adeguati criteri di ragionevolezza e proporzionalità e da limiti temporali certi.

Criteri e limiti che sono stati previsti con la menzionata delibera n. 417/06/CONS, ma che erano assenti nell'impugnata delibera n. 11/03/CIR.

Ciò dimostra come l'impugnata delibera fosse viziata da illegittimità per non aver accompagnato la misura asimmetrica con un limite temporale certo (fissato anche al solo fine di un riesame della situazione) e con criteri di ragionevolezza e proporzionalità, a cui dovevano attenersi anche gli operatori alternativi nel presentare le proprie richieste di prezzi di terminazione e che costituissero il parametro per la definizione dell'eventuale contenzioso.

Si è già detto come la pendenza del contenzioso costituisca elemento che rende attuale l'interesse di Telecom al parziale annullamento della deliberazione.

Le modifiche apportate con la delibera n. 417/06 confermano le evidenziate carenze dell'atto regolatorio del 2003, ma lasciano intatto l'interesse di Telecom a vedere integrato quell'atto sulla base dei principi sopra esposti.

Non convince la tesi delle parti appellate, secondo cui nel 2003 l'esiguità del traffico generato dagli operatori alternativi rendeva superflua la fissazione di limiti o criteri.

Da un lato, il dato dell'esiguità del traffico telefonico non giustifica l'assenza di criteri o tetti per gli aumenti dei prezzi di terminazione, che gli operatori alternativi potevano chiedere.

Sotto altro profilo, il prevedibile aumento di quote di mercato di tali operatori doveva indurre l'Autorità a fissare un percorso regolatorio temporalmente certo e delimitato, come poi avvenuto solo successivamente.

È, infatti, evidente che i menzionati maggiori oneri sostenuti dagli operatori alternativi sono destinati a ridursi quando l'operatore riesce a guadagnare quote di mercato rilevanti e tali da consentire la fruizione di economie di scala.

Deve, quindi, ritenersi che l'impugnata deliberazione dell'Autorità n. 11/03/CIR è illegittima nella parte in cui è stata omessa la fissazione di specifici criteri di ragionevolezza e proporzionalità per i prezzi di terminazione degli operatori alternativi ed è stata omessa la fissazione di un limite temporale certo o di un percorso regolatorio, anche temporalmente certo, per l'attenuazione nel tempo della misura asimmetrica in questione.

L'Autorità ha, in pratica, introdotto legittimamente una misura asimmetrica a carico di Telecom, omettendo però (illegittimamente) di disciplinarne in modo compiuto il contenuto e

non esercitando sotto tale profilo la propria funzione regolatoria (*ex ante*), impropriamente rinviata alla successiva fase di definizione del contenzioso.

Il ruolo principale dell'Autorità è, invece, proprio quello di intervenire in via regolatoria *ex ante* in modo da dare certezza sulle regole a tutti gli operatori, essendo residuali le menzionate funzioni contenziose, che, benché soggette anch'esse al controllo giurisdizionale, sono esercitate *ex post* con tutti gli inconvenienti che derivano dal prolungarsi di una fase di incertezza su regole e condizioni applicabili; inconvenienti accentuati nel caso di specie dai ritardi nella stessa fase di definizione del contenzioso davanti all'Autorità.

Va precisato che l'accertata illegittimità non determina il venire meno della misura asimmetrica, contenuta nel citato art. 4.3 dell'impugnata deliberazione, ma impone all'Autorità di determinare fin dall'entrata in vigore delle misure contenute nei due atti impugnati del 2003 i suddetti criteri e limiti, da utilizzare anche in sede di definizione delle controversie poste "a valle" della delibera n. 11/03 ed aventi ad oggetto la fissazione dei prezzi di terminazione degli operatori alternativi.

Nella sostanza, non viene meno la sussistenza, a decorrere fin dal 2003, del diritto degli operatori alternativi di prevedere condizioni economiche per il servizio di terminazione differenti da quelle praticate da Telecom, ma la fissazione di tali condizioni, priva di parametri sulla base dell'impugnata delibera, deve invece avvenire – sempre fin dal 2003 - secondo i criteri e i limiti (di prezzo e temporali), descritti in precedenza.

8. In conclusione, l'appello deve essere in parte accolto e in parziale riforma dell'impugnata sentenza, deve essere in parte accolto il ricorso di primo grado n. 11547/2003 nei sensi e nei limiti descritti in precedenza.

In considerazione della parziale reciproca soccombenza delle parti, ricorrono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, accoglie in parte il ricorso in appello indicato in epigrafe e, per l'effetto, in parziale riforma dell'impugnata sentenza, accoglie in parte il ricorso di primo grado n. 11547/2003 nei sensi di cui in parte motiva.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, il 10-7-2007 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez.VI -, riunito in Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Giovanni Ruoppolo	Presidente
Giuseppe Romeo	Consigliere
Domenico Cafini	Consigliere
Francesco Caringella	Consigliere
Roberto Chieppa	Consigliere Est.

Presidente

Giovanni Ruoppolo

Consigliere

Roberto Chieppa

Segretario

Giovanni Ceci

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il..21/09/2007
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)
Il Direttore della Sezione
Maria Rita Oliva

CONSIGLIO DI STATO
In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria