Procedimento cautelare
civile iscritto nel R. G. al
n.: 1043/2006

La Corte d'Appello di Milano
Prima Sezione Civile
in persona del Giudice Designato
dott. Filippo Lamanna
ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sciogliendo la riserva assunta all'udienza del giorno 2 maggio 2006, nel procedimento cautelare rubricato al numero di R.G. sopra indicato, promosso con ricorso ex artt. 700 c.p.c. e 33, secondo comma, legge 10 ottobre 1990, n. 287 ("*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*") e vertente

tra

FastWeb S.p.A.,
con sede legale in Milano, via Caracciolo n. 51,
in persona del legale rappresentante *pro tempore* Giovanni Gionata Moglia, giusta procura generale per atto notaio Elena Terrenghi del 13 gennaio 2005 rep. 11328, versata in atti,
rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Libertini, Gustavo Olivieri, Renzo Ristuccia e Stefano Piccardo, ed elettivamente domiciliata presso

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

lo studio di quest'ultimo, in Milano, Corso di Porta Romana n. 6, in forza di procura alla lite rilasciata in calce al ricorso

RICORRENTE

e

Telecom Italia S.p.A.,
con sede legale in Milano, Piazza degli Affari n. 2,
in persona del procuratore speciale avv. Ginevra Roscioni, giusta delega rilasciata dall'amministratore delegato Carlo Buora per atto del notaio Maria Bellezza di Milano in data 9 febbraio 2006, rep. 70130, racc. 5876,
rappresentata e difesa dagli avvocati Berardino Libonati, Aulo Cossu, Piero Fattori, Arturo Leone, Claudio Tesauro e Alberto Toffoletto, ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo, in Milano, Via Agnello n. 12, in forza di procura alla lite rilasciata a margine della memoria di costituzione

RESISTENTE

RILEVATO IN FATTO

La società FastWeb S.p.A. ha già denunciato alla Corte d'Appello di Roma, con ricorso notificato in data 29.12.2005, i medesimi comportamenti abusivi oggetto del presente procedimento, che è stato successivamente attivato presso questa Corte con un ulteriore ricorso qui depositato in cancelleria il 29.3.2006 dopo che la Corte capitolina, con ordinanza del 6 marzo 2006, aveva declinato la sua competenza (per territorio).

La ricorrente, dunque, chiede a questa Corte l'adozione di misure cautelari ed urgenti ai sensi dell'art. 700 c.p.c. e dell'art. 33, secondo comma, legge 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti della società Telecom Italia S.p.A., assumendo che quest'ultima abbia perpetrato in suo danno un abuso della posizione dominante da essa detenuta nel mercato della

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

fornitura al dettaglio (in ispecie alla clientela residenziale) di servizi di comunicazioni elettroniche per l'accesso ad Internet a "banda larga", realizzato attraverso atti posti in essere in attuazione di una strategia escludente.

Secondo FastWeb, gli atti abusivi perpetrati da Telecom Italia sarebbero riconducibili a tre distinte tipologie di comportamenti, consistenti in particolare : a) nell'illecito sfruttamento, da parte delle divisioni commerciali di Telecom Italia, di informazioni relative agli ex clienti e ai nuovi gestori presso cui essi sono migrati; b) nella sistematica sollecitazione dei clienti FastWeb al fine di convincerli a recedere da contratti già stipulati con essa, non solo attraverso offerte personalizzate e discriminatorie loro riservate, ma anche mediante affermazioni denigratorie dell'impresa concorrente; c) nell'utilizzo di un sistema di così cospicua incentivazione premiale dei propri agenti che potrebbe considerarsi economicamente giustificabile solo in quanto mirato ad escludere FastWeb dai mercati ove opera o ad impedirne la crescita.

A detta dell'istante i comportamenti denunciati, oltre a configurare – ciascuno autonomamente considerato – distinte ipotesi di illecito per violazione del divieto contenuto nell'art. 3 legge n. 287/1990, risulterebbero ancor più gravi e pregiudizievoli per la concorrenza nel settore considerato, se valutati complessivamente nell'ambito di una più vasta strategia di rafforzamento delle (peraltro già elevatissime) quote di mercato detenute da Telecom Italia, realizzata attraverso attività di *retention* e di *winback* rivolte ai clienti dei principali concorrenti e della stessa FastWeb in particolare ; una strategia che i vertici di Telecom Italia avrebbero più volte dichiarato pubblicamente di perseguire e che s'iscriverebbe in un più generale disegno anticoncorrenziale (già accertato e sanzionato dall'AGCM – sia pure limitatamente a pratiche abusive nel settore dei servizi all'utenza *business* - con provvedimento reso nel

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

procedimento "*Comportamenti abusivi di Telecom Italia*", n. 13752 del 16.11.2004, e confermato, sul punto, dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 1271 del 10 febbraio 2006), volto ad escludere FastWeb dal mercato dei servizi di comunicazione a banda larga, sia con riferimento alla clientela *business*, che con riferimento a quella *residenziale*.

La resistente Telecom Italia si è costituita depositando memoria difensiva con cui ha in primo luogo svolto eccezioni formali sull'irritualità della costituzione in giudizio della ricorrente, in particolare per il mancato deposito dei documenti richiamati nel ricorso (eccezione peraltro poi superata, una volta accertato che non vi era stato in effetti tale mancato deposito, ma che si era trattato di una provvisoria irreperibilità dipendente da un semplice disguido di cancelleria); ha contestato poi, nel merito, la rispondenza a verità delle allegazioni svolte dalla ricorrente e la fondatezza degli argomenti posti a sostegno delle sue richieste cautelari, soffermandosi in particolar modo sul difetto del requisito del *periculum in mora*, analizzato sia alla luce della "tempistica" che avrebbe caratterizzato il comportamento di FastWeb prima e dopo la presentazione del ricorso cautelare alla Corte romana, sia alla luce del progressivo aumento di clientela che ha contrassegnato la posizione di mercato di FastWeb nel più recente periodo.

Il contraddittorio fra le parti si è ulteriormente sviluppato attraverso il deposito di una memoria di replica da parte di FastWeb e di una memoria di contro-replica da parte di Telecom Italia, con cui quest'ultima ha anche più estensivamente eccepito il difetto del requisito del *fumus* cautelare controdeducendo sui singoli tipi di atti abusivi contestatile dalla ricorrente.

All'odierna udienza i difensori delle parti hanno verbalmente esposto ed ulteriormente illustrato le proprie tesi difensive.

All'esito, questo Giudice si è riservato di decidere.

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

RITENUTO IN DIRITTO

1. *Fumus* cautelare e sussistenza della posizione di dominio sul mercato di riferimento.

Per la delibazione del profilo riguardante la sussistenza del *fumus* cautelare occorre anzitutto verificare, alla luce dell'art. 3 della legge n. 287/1990, sia pure nei limiti di una valutazione istruttoria di carattere necessariamente sommario, se Telecom Italia abbia una posizione dominante sul mercato di riferimento.

Tale indagine, per ciò stesso, implica una preliminare puntualizzazione su tale mercato - inteso come *mercato rilevante* (*marché en cause*) – sulla base di un accertamento di fatto (anche perché la definizione del mercato rilevante varia da caso a caso in funzione delle diverse situazioni concrete), da condurre alla luce dei criteri interpretativi prospettati ed adottati sia dalla giurisprudenza, che dalla prassi amministrativa, a livello comunitario e nazionale.

Nel caso di specie sovviene, al fine dell'individuazione del mercato nel settore delle telecomunicazioni, la distinzione operata da un orientamento ormai consolidato sia a livello comunitario, che della prassi disciplinare antitrust italiana così come conformata dalle autorità garanti interessate (AGCM e AGCom), per ultimo anche alla luce del nuovo quadro regolatorio comunitario (direttive 19, 20, 21 e 22 del 2000) recepito in Italia con il codice delle comunicazioni elettroniche (D.Lgs. n. 259/2003), fra due tipi principali di mercati rilevanti: quello dei servizi forniti agli utenti finali (al dettaglio) e quello dei servizi forniti ai concorrenti (all'ingrosso).

Per ciò che riguarda la fornitura di servizi da parte dell'infrastruttura all'ingrosso, la Commissione europea ha individuato mercati distinti per l'accesso dei gestori alle reti locali (*local loop*), interurbane e internazionali, distinguendo peraltro - in funzione dell'estensione

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

geografica delle infrastrutture di pertinenza dei servizi - anche tre distinti mercati per la fornitura di capacità trasmissiva commutata e dedicata: la rete di accesso locale, la rete dorsale (o a lunga distanza) nazionale e la rete dorsale internazionale.

Per ciò che concerne invece l'offerta di servizi al dettaglio agli utenti finali, viene solitamente effettuata un'ulteriore distinzione in funzione della categoria di consumatori alla quale i servizi vengono offerti: l'utenza privata (o residenziale) e l'utenza affari (o imprese). In effetti tale ulteriore distinzione si giustifica, ed è legittima, perché effettuata in base alle caratteristiche della domanda e dell'offerta.

È quindi lecito ritenere che il mercato specifico di riferimento sia, nella concreta situazione e alla luce dei fatti denunciati, quello riguardante solo l'offerta dei servizi al complesso dell'utenza residenziale e non all'utenza *business*, in quanto distinta sia sotto il profilo della diversità delle esigenze espresse dai due tipi di domanda della clientela, che sotto il profilo delle modalità, anche economiche, dell'offerta di servizi di comunicazione.

Quanto alla dimensione geografica dei mercati interessati, essa coincide con il territorio nazionale, in considerazione dell'estensione nazionale delle reti di telecomunicazioni, della rilevanza nazionale della regolamentazione in materia, e della minore convenienza per gli utenti (in termini economici) di avvalersi di servizi di telecomunicazioni offerti da operatori stranieri; il che indirettamente conferma la competenza di questa Corte come giudice funzionalmente deputato a intervenire in primo ed unico grado di merito ai sensi dell'art. 33, secondo comma, legge 10 ottobre 1990, n. 287 nelle controversie afferenti illeciti concorrenziali che non abbiano rilievo comunitario .

Nel caso di specie, peraltro, il mercato di riferimento deve intendersi costituito, in linea con gli orientamenti già espressi anche dalle predette

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

Autorità Garanti, dai servizi di accesso a Internet ad alta velocità, ovvero a banda larga (*con modalità x-DSL*); servizi pure geograficamente relativi al territorio italiano e che l'AGCM ha già avuto occasione di considerare come inerenti ad un mercato merceologicamente distinto rispetto a quello dei servizi di accesso ad Internet in modalità tradizionale (c.d. "*dial-up*"), "*in quanto la domanda dei consumatori distingue nettamente la fruizione dell'accesso a Internet attraverso le due modalità a banda larga e a banda stretta, che sono comunque caratterizzate da condizioni economiche di offerta differenti*" (v. provvedimento *Telecom/Megabeam* n. 12319 del 7 agosto 2003, proc. C5838, § 55; cfr. anche la decisione Commissione CE nel proc. *AOL/Time Warner*).

Quanto alla posizione di dominanza, che, secondo la nozione elaborata da una costante giurisprudenza comunitaria e nazionale alla luce dell'art. 82 del Trattato CE (ed utilizzabile ora anche per l'individuazione delle imprese aventi un "*significativo potere di mercato*" nel settore delle telecomunicazioni), consiste in una posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato di riferimento e ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e dei consumatori; anch'essa si desume da una pluralità di elementi effettuali da accertare caso per caso, anche perché la posizione dominante «*[...] a differenza di una situazione di monopolio o di quasi monopolio, non esclude l'esistenza di una certa concorrenza, ma pone la ditta che la detiene in grado, se non di decidere, almeno di influire notevolmente sul modo in cui si svolgerà detta concorrenza, e comunque, di comportarsi sovente senza doverne tenere conto e senza che, per questo, simile condotta le arrechi pregiudizio*» (cfr. Corte di Giustizia, 13 febbraio 1979, causa 85/76, Hoffman La Roche).

Visto del Giudice-Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

Nella situazione di specie, la posizione dominante di Telecom Italia nel sopra indicato mercato di riferimento non è stata negata nemmeno dalla resistente, né in effetti si vede come avrebbe potuto negarla.

Infatti, sebbene Telecom Italia, quale emanazione dell'ex monopolista legale del settore (SIP), sia stata privatizzata ormai da alcuni anni, essa detiene tuttora – come evidenziato da FastWeb - una posizione largamente dominante su tutti i principali mercati della telecomunicazioni, in quanto titolare dell'unica rete pubblica fissa di comunicazioni elettroniche estesa sull'intero territorio nazionale e capace di raggiungere la maggior parte delle sedi degli utenti ("*last mile*"). Attualmente i suoi clienti su rete fissa sono stimati in circa 24 milioni.

Fattori di integrazione della posizione dominante sono in particolare il pressocché monopolistico possesso della rete di telecomunicazioni e dei servizi connessi all'offerta di infrastrutture, commutate e dedicate, che consente una posizione di controllo dei costi di tale risorsa.

È poi da ricordare che, secondo la Commissione UE, "*una quota di mercato superiore al 50% nell'accesso alle infrastrutture è solitamente sufficiente a dimostrare una posizione dominante*" (cfr. GUCE 22 agosto 1998, serie C, n. 265, pagg. 2-28).

Altri fattori da considerare, ai fini della qualificazione della posizione dominante, sono poi l'esistenza di una forte integrazione verticale; il vantaggio tecnologico e il possesso di informazioni relativamente ai protocolli di accesso o alle interfacce necessarie a garantire l'interfunzionalità del *software* e dell'*hardware*; la vasta gamma di prodotti offerti; la titolarità di un marchio diffuso; e, infine, il possesso anche di una rete commerciale di distribuzione efficiente ed estesa.

In relazione a tali parametri, pertanto, non è dubbio che Telecom Italia detenga una posizione dominante sul complesso dei mercati a monte e a valle interessati dai comportamenti che formano oggetto del

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lattanzi)

presente procedimento.

In particolare, non è dubbio che la posizione di dominio si estenda al mercato dei servizi di comunicazione a banda larga, ove la quota detenuta da Telecom Italia, che sembra attestarsi intorno al 71% circa (esclusa la quota relativa alle attività all'ingrosso: *wholesale*), è assolutamente prevalente sia in termini assoluti, che relativi (nel confronto con le quote di mercato delle imprese concorrenti), visto che la quota dell'impresa che sembra essere oggi la sua più diretta concorrente (vale a dire proprio FastWeb) è pari all' 11% circa; mentre ancora inferiori sono quelle delle altre concorrenti (la quota di Wind attestandosi al 9% circa e quella di Tiscali al 4% circa).

Infine, costituisce ulteriore elemento di riscontro di tale posizione di dominanza l'analoga opinione già espressa sulla sua positiva sussistenza (sulla base di dati percentuali comparabili con quelli or ora indicati) dall'AGCM (delibera 117/05/CONS), dal Consiglio di Stato (Cons. Stato n. 1271/06) e dall'*European Competitive Telecommunications Association* (ECTA) (*Broadband Scorecard Q3 – 2005* su www.ectaportal.com).

In ultima analisi, la posizione largamente dominante di Telecom Italia è un dato che appare oggettivo ed incontestabile.

Se Telecom Italia è l'operatore dominante (*incumbent*), devono considerarsi come suoi concorrenti i cd. OLO (*other licensed operators*), tra i quali deve annoverarsi, appunto, anche FastWeb.

2. *Fumus* e profili di abuso della posizione di dominanza.

FastWeb ritiene, come si è prima rilevato, che l' *incumbent* Telecom Italia abbia posto in essere una serie di aggressivi comportamenti escludenti per realizzare il mantenimento o il recupero di quote di mercato relative alla clientela residenziale, così rafforzando la propria posizione sul mercato con strumenti atti a condizionare artificiosamente la domanda dei consumatori.

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

In effetti, ciascuna delle tre tipologie di condotte denunziate da FastWeb sarebbe di per sé astrattamente idonea a configurare un'ipotesi di abuso di posizione dominante di carattere escludente; e quindi basterebbe la prova (anche solo di carattere sommario, secondo la caratteristica connotazione di minore intensità che pertiene alla sfera cautelare) che anche solo una di esse sia stata concretamente posta in essere da Telecom Italia per ritenere integrato il requisito del *fumus* cautelare.

In effetti, la positiva sussistenza di tale requisito emerge alla luce delle seguenti considerazioni.

(A) Base effettuale comune, soggiacente alle tre tipologie di condotte abusive denunziate da FastWeb, è lo svolgimento da parte di Telecom Italia di un'azione capillare di *winback* della clientela residenziale nel mercato dei servizi a banda larga.

La prova di tale fatto è stata adeguatamente fornita, attraverso una assai cospicua mole di documenti, che, anche se non tutti dotati di piena efficacia probatoria (molti di essi dovendo considerarsi prove documentali atipiche), concorrono nel loro complesso a delineare un quadro attendibile e coerente, espressione - comunque - di elementi di carattere presuntivo gravi, precisi e concordanti. Tale quadro probatorio, peraltro, in relazione alla medesima cospicua mole documentale, spiega alla stessa stregua efficacia anche in relazione agli altri profili inerenti al *thema probandum*, (sia in relazione al *fumus*, che al *periculum*) che verranno successivamente esaminati.

Sul piano programmatico, la politica di *retention* e di *winback* è stata ammessa, ed anzi proclamata, con diffusione anche alla stampa, da organi di livello apicale della stessa Telecom Italia (v. ad esempio le dichiarazioni rese dall'amministratore delegato di "Telecom Italia Wireline" in sede di presentazione dei risultati aziendali alla comunità finanziaria del

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

12 aprile 2005, del 26 luglio 2005, dell'8 novembre 2005 e dell'8 marzo 2006 e soprattutto l'assai esplicita intervista rilasciata dall'Ing. Mangiavacchi di cui al doc. 6 fasc. ricorrente, reperibile anche in Internet, in cui si afferma : «*Per noi è diventato quindi prioritario finalizzare le nostre strategie alla "customer retention" e al "winback", cioè al recupero di quote di mercato. Questo ha determinato un grande cambiamento nell'approccio di marketing, che precedentemente era fortemente legato al prodotto e si* rivolgeva *ad un mercato – praticamente - di massa, suddiviso in alcune macro categorie. In un regime di concorrenza molto aggressiva diventava fondamentale massimizzare la redemption delle campagne, e per farlo era necessario tarare l'offerta sui target specifici: questo richiedeva una profilazione dei clienti molto accurata. È iniziata una attività di progettazione e di sviluppo (...) finalizzata ad ottenere segmentazioni estremamente spinte della nostra clientela: siamo arrivati a ragionare su cluster molto piccoli incrociando un numero enorme di informazioni* (...) *La nostra prima attività è stata la razionalizzazione dei processi/sistemi informativi, in particolare relativi al traffico telefonico (...) Le liste estratte vengono passate alla direzione commerciale che le ripartisce sui vari call center»;* in tal modo Telecom ha «*saputo recuperare quote di mercato grazie a campagne mirate che hanno utilizzato la conoscenza del cliente maturata in questo tempo»).*

Sul piano delle realizzazioni concrete, poi, un primo riscontro si ha nelle prove raccolte dall'AGCM nel corso dell'istruttoria (richiamata dalla ricorrente e documentata in atti) svolta nell'analogo procedimento di abuso di posizione dominante da parte di Telecom Italia, sia pure riferito all'utenza *business* (procedimento sui "*Comportamenti abusivi di Telecom Italia*" n. 13752 del 16.11.2004), ma in cui le condotte poste in essere sono - almeno in parte - simili a quelle denunziate nel presente procedimento.

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

Infine, una conferma decisiva è data da alcune indagini demoscopiche documentate in atti da FastWeb (indagini che, tanto più in sede cautelare e sommaria, assumono certamente un significativo rilievo probatorio), le quali indicano che circa il 40% dei clienti di quest'ultima è stato contattato negli ultimi mesi da agenti di vendita di Telecom Italia ed ha ricevuto offerte commerciali mirate a ripristinare i contratti già in essere con quest'ultima.

Secondo poi l'indagine Doxa commissionata dalla stessa Telecom Italia, il 76,3% dei clienti FastWeb migra per effetto di proposte della Telecom Italia e non di "*propria iniziativa*".

In conclusione, può darsi per accertato che Telecom Italia abbia posto in essere un'attività finalizzata a riacquisire i suoi ex clienti migrati – nella specie - presso FastWeb.

Tale attività, naturalmente, non potrebbe considerarsi illecita, o più specificamente abusiva in senso concorrenziale, in sé e per sé considerata, ma solo se caratterizzata in concreto da quelle modalità e finalità "escludenti" che sono state specificamente allegate da FastWeb.

Tuttavia anche la prova di tali modalità e finalità può considerarsi - come già anticipato - adeguatamente fornita.

(B) Quanto all'illecito utilizzo delle informazioni sulla clientela da parte delle divisioni commerciali di Telecom Italia, FastWeb sostiene che Telecom Italia predisponga liste di marketing distribuendole ai propri *call center* ed agli agenti che formano la sua rete di vendita esterna; che la predisposizione di tali liste è effettuata anche sulla base di dati relativi agli ex clienti conservati dalle divisioni commerciali e di rete di Telecom Italia e relativi ai numeri telefonici, ai nominativi, ai consumi pregressi e ai profili di propensione alla spesa; che tali informazioni consentono la "tracciabilità" dei clienti passati alla concorrenza e agevolano le chiamate personalizzate su soggetti pre-individuati; che le divisioni commerciali

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

sono informate in ordine ai clienti e alle linee per i quali un altro operatore ha chiesto di fornire accesso disaggregato con portabilità del numero; che in ultima analisi Telecom Italia utilizza illegittimamente informazioni di cui (in gran parte illegittimamente) dispone la propria divisione *retail*, che permettono di distinguere i consumatori che sono clienti Telecom Italia da quelli che invece acquistano servizi di telecomunicazione dagli OLO.

Dinanzi a tali allegazioni si rinviene in effetti qualche iniziale ammissione da parte della stessa Telecom nella comparsa di costituzione depositata nel precedente procedimento instaurato avanti alla Corte d'appello di Roma; tuttavia, già nella fase conclusiva di quel procedimento Telecom Italia ha negato di conservare e utilizzare i dati relativi ai suoi ex clienti, e anche ora sostiene che i dati utilizzati per individuare i soggetti cui effettuare le offerte mirate al *winback* sarebbero ricavati da archivi pubblici (tra i quali a suo dire andrebbero annoverate le "Pagine Bianche") o dall'elenco clienti della stessa FastWeb pubblicizzato sul suo sito Internet. Peraltro la resistente non nega che vi sia un preciso divieto di utilizzazione - da parte delle forze commerciali dell'*incumbent* - delle informazioni che sono state acquisite sugli OLO per il tramite della divisione *wholesale* nella sua funzione di gestore della rete, ma assume, da un lato, che il divieto sia stato da essa puntualmente rispettato; e, dall'altro, che il divieto medesimo non impedisca minimamente che le divisioni *retail* dell'operatore storico possano condurre azioni di *marketing*, ivi incluso il *telemarketing*, o il *direct marketing*, attraverso le informazioni da esse stesse autonomamente acquisite.

Per la verità – fatta salva per il momento la valutazione circa la liceità dell'utilizzo dei dati dai cd. "archivi pubblici" che Telecom Italia ammette di fare – sembra poco verosimile, alla luce della documentazione acquisita in atti, che essa si sia limitata a tale utilizzo e che non abbia sfruttato invece anche i dati di ex clienti conservati (verosimilmente dalla

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

divisione *wholesale*, ma che comunque sono pervenuti infine nella disponibilità della divisione *retail*) anche dopo la chiusura dei vari rapporti contrattuali pregressi.

Tale conclusione sembra avallata da inequivoci elementi di riscontro.

In particolare, FastWeb ha prodotto due esempi delle liste di marketing incriminate (doc. 8.a e 8.b: "*Stampa della lista di marketing di TI su 7732 clienti residenziali romani Fastweb spa*" e "*Stampa della lista di marketing TI su clienti business platinum*") in possesso delle divisioni commerciali di Telecom Italia e che questa non ha smentito di aver utilizzato, limitandosi a dichiararsi indispettita per il fatto che tali documenti "riservati" siano venuti in possesso di FastWeb e che questa se ne sia servita come prove nel presente procedimento cautelare.

In tali liste sono riportati vari dati sui clienti (nome, cognome, indirizzo, numero di telefono, ecc.), e soprattutto nella lista 8.a (quella 8.b non sembrando contenere dati relativi ai nuovi gestori di clienti ex Telecom, ma semplicemente dati di clienti Telecom tout court, che la resistente afferma ancora oggi essere suoi clienti per circa l'85%) viene indicata – oltre ai dati del numero telefonico, del nome e cognome e della residenza - sia la "*fascia*" in cui i clienti sono stati classificati da Telecom Italia in base al volume di utilizzo telefonico o della spesa (ad esempio "fascia 2"), sia il gestore telefonico presso cui risultano migrati (appunto "FastWeb"), sia il tipo di servizio telefonico fornito.

Questi ultimi elementi informativi sono di portata dirimente.

Da un lato, infatti, giova ricordare che in modalità ULL il cliente migrato cessa completamente di avere rapporti con il gestore di provenienza (nella specie Telecom Italia); tanto la linea quanto il traffico sono infatti gestiti *ex novo* dall'operatore alternativo (nella specie FastWeb), che ha realizzato una propria infrastruttura nuova ed

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

autonoma, di cui fa parte il doppino in rame dell' "ultimo miglio". Sicché, mentre quando un cliente si avvale di altro operatore per instradare il traffico senza rinunciare alla linea dell'operatore dominante (sistema CPS), le divisioni commerciali di Telecom Italia conservano legittimamente la visibilità del nominativo del cliente e del suo numero telefonico; viceversa in caso di clienti ULL vi è la cessazione pura e semplice di una linea fino a quel momento attiva e quindi le divisioni di Telecom Italia, come ha giustamente osservato la ricorrente, non dovrebbero sapere – se non abusando di un'informazione *aliunde* acquisita (ad esempio in occasione della richiesta di portabilità del numero telefonico) -, che il doppino è attivo con un altro operatore.

Ciò non dimeno dalle liste in esame emerge che Telecom Italia è a conoscenza sia del nuovo gestore dell'ex cliente, sia (ancora) dei dati di profilatura del cliente stesso.

È ragionevole escludere che la collocazione dei clienti in una determinata "fascia" (che, come è logicamente presumibile, ha come referente l'entità della fruizione telefonica, consentendo di distinguere i clienti che spendono più degli altri in relazione al volume di traffico telefonico o alla tipologia dei costi dei servizi) sia traibile da "archivi pubblici"; molto più verosimile, invece, che tale dato sia la diretta conseguenza della conservazione dei dati personali relativi al traffico del rapporto precedente poi troncato dal cliente migrato presso FastWeb, recesso all'atto del quale la eventuale richiesta di portabilità del numero ha consentito di individuare anche il nuovo gestore presso cui la migrazione è avvenuta.

Peraltro, quanto al parametro che indica il profilo di spesa, si potrebbe obiettare che, in mancanza di una specifica *legenda* che renda certo ed esplicito il significato da attribuire al parametro "fascia", non sia possibile immediatamente e con certezza dedurne che esso si riferisca

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

necessariamente alla tipologia o al profilo del cliente in funzione del consumo o delle entrate che esso garantiva a causa del volume di traffico telefonico. Sarebbe tuttavia possibile replicare che in questa fase cautelare il carattere sommario della prova inerente al *fumus* consente di ritenere che quella qui proposta sia, alla luce della logica e del notorio, la lettura più congruente, più probabile, più verosimile della suddetta classificazione dei clienti per "fascia", non apparendo altrettanto convincenti le altre possibili ipotesi interpretative alternative; e tanto basterebbe (e in effetti basta) ai fini della positiva delibazione circa l'effettiva sussistenza del requisito in oggetto, in relazione alla presumibile illegittima conservazione, acquisizione ed utilizzazione dei suddetti dati informativi . Né, d'altra parte, Telecom è stata in grado di fornire una prova contraria efficace a confutare tale conclusione, ad esempio producendo una *legenda* dei dati del sistema, che fosse ovviamente munita di data certa e di autenticità, atta a spiegare in modo diverso il significato della classificazione per fascia.

Di fatto, le numerosissime *e-mails* inviate dagli ex clienti di Telecom Italia al nuovo gestore FastWeb per denunciare i ripetuti, ossessivi contatti telefonici con cui gli operatori o gli agenti di Telecom Italia continuano a cercare di recuperarli, dimostrano che, per una gran parte dei chiamati, Telecom Italia già aveva la conoscenza a priori del titolare del numero contattato come "cliente FastWeb".

Quanto poi alle "Pagine Bianche", che Telecom Italia ha affermato di aver utilizzato per reperire i dati in questione (onde confutare la tesi avversaria che le contestava invece la conservazione dei dati relativi ai rapporti pregressi e l'acquisizione dei dati del nuovo gestore in sede di recesso accompagnato da richieste di *number portability*), esse in realtà non contengono alcuna informazione sulle caratteristiche dei clienti e sulla relativa propensione al consumo, o sull'uso della banda larga, senza poi

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

considerare che appaiono alquanto teoriche, e comunque assai difficili e laboriose in concreto, le operazioni – che Telecom Italia ha sostenuto di effettuare – di "sottrazione" informatica dei dati dall'archivio relativo alle suddette "Pagine Bianche".

Infatti, come ha rilevato la difesa di FastWeb, solo a partire dall'edizione 2005/2006 sarebbe stato possibile esportare dati (ma al massimo 200 per volta, laddove, per portare a compimento l'operazione di sottrazione, Telecom Italia avrebbe dovuto ancor prima importare tutti i dati degli utenti telefonici).

Peraltro è assai dubbio che la suddetta operazione di "sottrazione" sia lecita in sé, e anche se non è questo il punto di maggior rilievo, comunque gli operatori licenziatari di rete fissa e gli operatori licenziatari di rete mobile - come ha opportunamente ricordato la difesa di FastWeb - hanno sottoscritto il Protocollo d'Intesa 29.4.2005 relativo alla costituzione e operatività della Base Dati Unica di cui alla delibera 36/02/Cons, che vieta la rivelazione dell'informazione sull' "operatore di appartenenza" e ne consente l'utilizzo "*esclusivamente per finalità di sicurezza e gestione della base dati unica, al solo fine di consentire la corretta interrogazione della Base dati unica ... salvo consenso espresso dell'interessato per utilizzi diversi*", dunque non certo per le finalità perseguite nel caso di specie da Telecom Italia.

Peraltro FastWeb ha prodotto un'indagine della società PEOPLE da cui emerge che Telecom Italia ha contattato circa il 21% dei soggetti che sono divenuti clienti FastWeb dopo l'aprile 2005 (data dell'ultimo aggiornamento del CD "Pagine Bianche"), i quali non potevano dunque trovarsi nell'archivio pubblico.

Telecom Italia ha anche sostenuto di aver tratto parte dei dati dallo stesso sito Internet di FastWeb. Ma non risulta dimostrato che sia mai esistita una lista pubblica – ovvero pubblicamente consultabile - di

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

abbonati FastWeb cui accedere in modo integrale e diretto. La ricorrente ha infatti evidenziato – in ciò non smentita dalla controparte - che il suo sito consentiva, fino alla primavera 2005, soltanto di trovare un numero sapendo prima il nominativo, oppure di trovare un nominativo sapendo prima il numero, sicché sarebbe stato necessario sapere già prima che un certo soggetto era abbonato di FastWeb per interrogare il database e individuare il numero, o sapere già prima un numero per cercare il nominativo dell'utente.

Infine, Telecom Italia ha affermato che il reperimento dei dati in questione si deve all'attività dei suoi agenti, ma ancora una volta senza fornire riscontri concreti. Di converso, come si è già prima rilevato, lo stesso ing. Leonardo Mangiavacchi, responsabile del "Customer Insight Management" di "Telecom Italia Wireline", nell'articolo-intervista dal titolo "*La fabbrica delle informazioni*, ha ammesso che «*Le liste estratte vengono passate alla direzione commerciale che le ripartisce sui vari call center*», i quali dunque, anche quando hanno veste di agenti, contattano proprio quegli utenti che la stessa Telecom Italia indica loro.

Posta tale premessa in fatto, deve poi rilevarsi, in diritto, che la conservazione dei nomi di ex clienti, dei loro numeri di telefono e delle loro abitudini di consumo, nei termini in cui sembra potersi dedurre alla luce delle concrete situazioni oggetto di sommaria delibazione probatoria, è illecita – come dedotto da FastWeb - non solo in via generale, ovvero con riferimento all'interesse dei singoli clienti alla tutela dei propri dati personali, ma anche sotto lo specifico profilo concorrenziale, ove ed in quanto realizzata dall'impresa dominante con finalità di promozione commerciale per il *winback* degli ex clienti.

Ai sensi dell'art. 11 del Codice in materia di protezione dei dati personali (D. lgs. 30 giugno 2003, n. 196) i dati personali oggetto di trattamento devono essere trattati in modo lecito e secondo correttezza;

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

essi devono essere raccolti e registrati per scopi determinati, espliciti e legittimi, ed utilizzati in altre operazioni del trattamento in termini compatibili con tali scopi; e conservati poi in una forma che consenta l'identificazione dell'interessato per un periodo di tempo non superiore a quello necessario agli scopi per i quali essi sono stati raccolti o successivamente trattati. I dati personali trattati in violazione della disciplina rilevante in materia di trattamento dei dati personali non possono quindi essere utilizzati.

A sua volta l'art. 123 statuisce, in modo espresso e dirimente, che i dati relativi al traffico riguardanti abbonati ed utenti trattati dal fornitore di una rete pubblica di comunicazioni o di un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico sono cancellati o resi anonimi quando non sono più necessari ai fini della trasmissione della comunicazione elettronica, fatte salve le disposizioni dei commi 2, 3 e 5, disposizioni a tenore delle quali, in particolare, il trattamento dei dati relativi al traffico strettamente necessari a fini di fatturazione per l'abbonato, ovvero di pagamenti in caso di interconnessione, è consentito al fornitore, a fini di documentazione in caso di contestazione della fattura o per la pretesa del pagamento, per un periodo non superiore a sei mesi, salva l'ulteriore specifica conservazione necessaria per effetto di una contestazione anche in sede giudiziale.

Anche l'art. 126 pone un limite di utilizzo, disponendo che i dati relativi all'ubicazione diversi dai dati relativi al traffico, riferiti agli utenti o agli abbonati di reti pubbliche di comunicazione o di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, possono essere trattati solo se anonimi o se l'utente o l'abbonato ha manifestato previamente il proprio consenso, revocabile in ogni momento, e nella misura e per la durata necessari per la fornitura del servizio a valore aggiunto richiesto.

L'art. 132, infine, stabilisce che i dati relativi al traffico telefonico,

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

inclusi quelli concernenti le chiamate senza risposta, sono conservati dal fornitore per un certo tempo massimo solo per finalità di accertamento e repressione dei reati.

In ultima analisi, dunque, una volta cessato il rapporto contrattuale per la fornitura del servizio di comunicazione da parte del gestore, non può effettuarsi la conservazione di dati relativi agli ex clienti al di fuori dei casi e dei tempi eccezionalmente e tassativamente previsti, ed in ogni caso non può effettuarsi l'utilizzo degli stessi dati per finalità diverse, come appunto quella di *winback*.

Sostiene tuttavia Telecom Italia che l'eventuale violazione delle suddette norme sarebbe irrilevante *in casu*, essendo la Corte d'appello incompetente a stigmatizzarla, visto che l'art. 159, secondo comma, del Codice della Privacy attribuisce al tribunale la competenza funzionale in materia di controversie concernenti la protezione dei dati personali, ivi comprese le domande cautelari (art. 156, sesto comma) e perché in ogni caso la legittimazione ad agire per la protezione dei dati personali spetterebbe non certo a FastWeb, ma al singolo interessato.

L'obiezione non coglie però nel segno, poiché l'illiceità della condotta in questione non è stata qui dedotta *ex se*, ma solo come presupposto di valutazione ai fini anticoncorrenziali, ed è chiaro che una violazione di norme generali possa colorare di sé anche la violazione delle norme che reprimono le attività anticompetitive se è la categoria dell'illecito la base comune di entrambe e se quindi l'illiceità del fatto-presupposto è idonea a porre in rilievo come l'attività abusiva sia posta in essere avvalendosi di mezzi comunque fraudolenti.

Siccome anzi l'art. 167 citato considera il trattamento illecito di dati riservati come fonte di molteplici fattispecie di reato, punibili anche con la reclusione, ci si riserva all'esito dell'eventuale causa di merito che dovesse essere istaurata, una volta accertato con istruttoria non sommaria

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

in che limiti sia stata perpetrata la conservazione dei dati informativi dopo la chiusura dei rapporti contrattuali con gli ex clienti, la decisione di comunicare o meno quanto emerso alla competente autorità di indagine penale.

Come giustamente rilevato da FastWeb, inoltre, la conservazione e l'utilizzo di tali dati, quando correlati anche all'acquisizione dei dati relativi al nuovo gestore, costituisce illecito anche ai sensi della disciplina sulla "*number portability*" oltre che di quella riguardante la materia specifica dell'accesso disaggregato (*Umbundling Local Loop* o ULL).

Quanto alla prima, perché la delibera 7/00/CIR dell'AGCom stabilisce (art. 4, comma ottavo) che i dati relativi ai clienti che optano per la "portabilità" del numero devono essere trattati con la massima riservatezza "*ed utilizzati esclusivamente ai fini dell'attivazione della prestazione*".

Quanto alla seconda, perché, alla stregua del *Testo coordinato degli obblighi in materia di accesso disaggregato e relativi servizi accessori* (Allegato B2 alla delibera 415/04/CONS), Telecom Italia, quando riceve da un operatore una richiesta di *unbundling,* deve assicurare la riservatezza delle informazioni acquisite dall'OLO.

Che poi – e conclusivamente - il suddetto comportamento di Telecom Italia si risolva anche in un abuso di posizione dominante, consegue alla semplice considerazione che solo in capo ad essa, quale ex monopolista cui facevano capo tutte le utenze telefoniche di rete, può riconoscersi il suddetto vantaggio informativo (dagli altri gestori non replicabile) di fatto costituente una sorta di *essential facility* immateriale (come del resto ritenuto in passato in analoghe, anche se non identiche, situazioni: v. ad esempio il provv. AGCM 8545 del 27.7.2000 - Telecom Italia/SEAT Pagine GIALLE - e n. 2970 del 27.4.1995 - SIP/STET -).

Solo Telecom Italia, infatti, alla luce delle constatazioni probatorie

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

che precedono, è in grado di disporre di tutti i dati dei clienti migrati ad altri gestori, che, evidentemente, non hanno né la possibilità di disporre di un database anche solo lontanamente paragonabile a quello di Telecom Italia (non potendo in virtù delle sole informazioni interne conoscere la clientela a banda larga dei concorrenti), né di adottare leciti sistemi di contrasto all'opera di accaparramento "di ritorno" posta in essere da Telecom Italia attraverso contatto telefonico degli ex clienti, nettampoco sulla base di una selezione dei clienti "migliori" sotto il profilo della propensione di spesa.

Proprio per la monopolistica disponibilità di tale patrimonio informativo deve ritenersi che Telecom Italia non possa e non debba utilizzarlo a fini anticoncorrenziali, dovendo adeguare il suo comportamento alla "speciale responsabilità" che gli deriva dalla posizione di *incumbent* nel mercato (giustificato apparendo il richiamo fatto da FastWeb al precedente paradigmatico costituito dal provv. AGCM *Ducati/Sip* A-27 del 24.3.1993, in cui si è ritenuto concorrenzialmente illecito "*l'utilizzo di informazioni rivenienti dall'attività di gestore esclusivo del servizio radiomobile nonché del servizio telefonico di base, ovvero l'utilizzo di dati relativi alle utenze di affari ed alle comunicazioni extraurbane per singola agenzia territoriale).*

Deve poi considerarsi che, in linea di principio, tutte le pratiche commerciali troppo aggressive vengono considerate contrarie alla correttezza professionale. Se ne ha conferma nella direttiva del Parlamento e del Consiglio CE 11.5.2005 n. 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno, alla cui stregua (art. 8 e allegato I, punto n. 26, richiamato dall'art. 5, quinto comma), costituisce comportamento sleale «*effettuare ripetute e sgradite sollecitazioni commerciali per telefono*», laddove, nella specie, emerge dalle denunce via *e-mail* dei clienti FastWeb, ex clienti Telecom Italia, una vera e propria persecuzione perpetrata dagli agenti ed operatori

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

di quest'ultima con periodiche e ripetute chiamate, attività iterativa la quale, atteggiandosi come una forma di indiretta "punizione" per chi non si decida a ritornare al più presto presso il vecchio gestore, finisce per operare anche compulsivamente sul cliente (indotto ad accettare di "tornare all'ovile" quanto prima pur di evitare i continui disturbi) sì da realizzare anche sotto tale profilo l'abuso informativo nell'ambito della sua posizione di *incumbent*.

È peraltro evidente come la reiterazione stessa delle chiamate faccia emergere – oltre che un'inconsulta attività di disturbo in danno degli ex clienti, di cui non constano analoghi precedenti – l'intenzione di Telecom Italia di non limitarsi a proporre offerte convenienti per recuperare semplicemente gli utenti migrati presso FastWeb rendendoli edotti di un miglior servizio ipoteticamente garantito dal gestore *incumbent*, poiché tale obiettivo potrebbe giustificare una ben più circoscritta, contenuta e sobria attività di *telemarketing*; ma piuttosto a realizzare il riacquisto del cliente a qualunque costo, secondo una correlazione funzionale che può trovare spiegazione non certo nell'utilità economica sperata nel singolo caso, ma nella compressione della quota di mercato che in proporzione, ma con incidenza sul risultato complessivo, può derivarne in pregiudizio dell'impresa concorrente, utilità marginale di valore enormemente più grande.

In conclusione, può ritenersi dunque sufficientemente provato che sotto tale profilo Telecom Italia abbia posto in essere pratiche abusive attraverso l'impiego sistematico di informazioni privilegiate, acquisite in violazione di precisi obblighi legali e regolamentari. Tali condotte appaiono improprie, perché messe in atto con mezzi difformi da quelli su cui si basa la normale concorrenza, non obiettivamente giustificabili ed in concreto capaci di influire sulla fisionomia, ovvero sulla struttura concorrenziale del mercato di riferimento.

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

Tale illecito, evidentemente, non potrebbe reprimersi semplicemente estendendo obblighi di *disclosure* informativa (ad esempio ordinandosi a Telecom Italia di mettere a disposizione di FastWeb l'elenco degli abbonati ai servizi di banda larga), proprio perché si tratterebbe di attività in contrasto con la ricordata normativa di tutela dei dati riservati. Può invece essere perseguito con provvedimenti di carattere inibitorio.

(C) Parimenti corredata da adeguati riscontri probatori è la denunciata sistematica sollecitazione dei clienti FastWeb da parte di Telecom Italia al fine di convincerli a recedere da contratti stipulati con l'altro gestore attraverso offerte personalizzate e discriminatorie, nonché mediante affermazioni denigratorie.

È infatti emerso che Telecom Italia offre sconti e altre agevolazioni economiche riservate solo agli ex clienti migrati presso FastWeb.

In particolare risultano essere stati offerti vari prodotti (come apparecchi per fax, telefoni cordless, lettori MP3) per «*attenuare l'impatto che il contributo di attivazione, pari a ben 150 euro, è suscettibile di produrre sull'utente "in rientro" in Telecom*» (v. p. 80 della memoria di costituzione di Telecom Italia innanzi alla Corte d'appello di Roma), offerte che non risultano generalizzate a tutta l'utenza.

Una variegata casistica di offerte selettive e speciali si rinviene nei numerosi docc. allegati sub 13 fasc. ricorrente (offerta di videotelefoni, di servizi "voce" su tutto il territorio nazionale, di collegamento Internet illimitato, con omaggi aggiuntivi quali telefoni, videotelefoni, fax "Michelangelo" o lettori MP3 SAMSUNG, o di altri prodotti di telefonia per la casa, di rateizzazione dei costi di allacciamento alla rete Telecom, ecc.).

Da essi emerge inoltre che è stata avviata una campagna di offerte commerciali che prevedono, a partire da febbraio 2006 (cfr. doc. 14.a e 14.c), condizioni particolarmente vantaggiose per i clienti dei concorrenti che intendano "rientrare" in Telecom Italia, come quelle dell'offerta che ha

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

previsto un particolare programma di accumulo punti denominato "Minuti Preziosi", volto ad attribuire un *bonus* di 900/1200 punti ai soli clienti rientranti in Telecom Italia, *bonus* che consente già in partenza di ottenere l'azzeramento del canone base per un anno, il riconoscimento di uno sconto ulteriore sul traffico telefonico pari a 100 Euro, l'azzeramento del canone Adsl con un ulteriore sconto pari a 150 Euro sul traffico telefonico, l'omaggio di apparecchi "FAX" e "cordless" (né il fatto che tali offerte a quanto pare siano state da poco ritirate sposta i termini della questione, poiché si tratta di attività che è comunque confluita nel complesso di atti programmaticamente destinati a realizzare un *winback* aggressivo mediante offerte selettive e discriminanti); risulta inoltre garantita in altri casi la non applicazione del contributo di attivazione pari ad Euro 150 per RTG e ad Euro 120 per ISDN, o l'annullamento del canone di attivazione di "Alice Business", o l'applicazione di condizioni di favore sul traffico verso rete mobile, condizioni che, nel loro complesso, comportano risparmi di spesa *ictu oculi* alquanto consistenti – anche se non necessariamente quantificabili nel 20% indicato da FastWeb - rispetto alle tariffe standard praticate agli altri clienti; analogo vantaggio sta nell'offerta di collegamento Internet a velocità maggiorata a 5 megabyte (che, diversamente da quanto affermato dalla difesa della resistente, sembra riguardare proprio la tipologia di trasmissione veloce dei dati e non sembra affatto limitata al solo utilizzo di 5 caselle o *mailboxes*).

Telecom Italia tuttavia eccepisce che non sarebbe certa la genuinità e provenienza dei messaggi di posta elettronica in cui sono stati denunciati i fatti in questione, basandosi soprattutto sulla mancata indicazione dei numeri telefonici degli utenti denuncianti; sostiene inoltre di offrire ai suoi ex clienti servizi allo stesso identico prezzo praticato alla generalità della clientela, fornendo "in aggiunta" solo un omaggio di modico valore; perciò nel caso di specie non si sarebbe – a suo dire - in

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

presenza di condizioni economiche o clausole contrattuali idonee a determinare un effetto fidelizzante e/o escludente.

Anche tali considerazioni non appaiono fondate.

Quanto all'efficacia probatoria delle *mails*, essa certamente sussiste nei limiti di rilevanza sommaria della prova ragionevolmente acquisibile in un procedimento di natura cautelare, ove possono di norma utilizzarsi varie categorie di prove, anche atipiche, e tra queste le dichiarazioni scritte provenienti da terzi.

Del resto la stessa difesa di Telecom Italia ha ricordato, in uno dei suoi scritti difensivi, che anche secondo la S. Corte (Cass., n. 8063/2001) gli scritti privati provenienti da terzi estranei alla lite, pur non avendo efficacia di prova piena possono, tuttavia, essere liberamente apprezzati, nel loro valore indiziario, dal giudice del merito, onde costituire fonte di convincimento e fondamento della decisione, tutte le volte in cui la loro credibilità ed attendibilità risulti confortata dal difetto di contestazione della parte contro la quale siano stati prodotti, ovvero dal concorso con altri elementi del giudizio, anche in relazione a particolari circostanze che possano fornire loro specifico significato e rilevanza.

Nella specie ovviamente manca la non contestazione di Telecom Italia; tuttavia non mancano le particolari circostanze che possano conferire specifico significato e rilevanza alla detta documentazione.

Si è in presenza, infatti, di un elevatissimo numero di dichiarazioni-denunce inviate via posta elettronica da clienti FastWeb, già clienti Telecom, residenti sull'intero territorio nazionale, e dunque già solo per la elevata quantità di tali dichiarazioni esse possono considerarsi, oltre che campione largamente rappresentativo della clientele contattata da Telecom Italia, anche quale prova documentale atipica di elevato valore dimostrativo, dotata di verosimiglianza anche quanto alla genuinità della provenienza delle *mails* dai denuncianti/clienti in ciascuna *mail* indicati.

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

Ciò perché si tratta di documenti in cui è comunque indicata tutta la serie di dati sufficienti alla rintracciabilità elettronica dei clienti mittenti; pertanto in un ordinario giudizio di merito ben potrà Telecom Italia procedere a dedurre prove per accertare con *plena cognitio* quell'autenticità dei messaggi oggi desumibile *ictu oculi* solo in base ad un'istruttoria-delibazione di carattere superficiale.

Deve peraltro evidenziarsi la contraddizione in cui cade Telecom Italia quando afferma, da un lato, che la mancata indicazione dell'utenza telefonica nelle *mails* costituisca oggettivo impedimento alla individuabilità del cliente e alla genuinità della stessa indicazione di essere cliente FastWeb, mentre invece, dall'altro, aveva prima sostenuto di aver recuperato i dati dei suoi ex clienti passati a FastWeb e contattati ai fini del progettato *winback* proprio mediante semplici estrazioni dei dati (anche per semplice nominativo) dalle "Pagine Bianche" e dal sito di FastWeb.

Quanto all'affermazione secondo cui non ricorrerebbero condizioni economiche idonee a determinare un effetto fidelizzante e/o escludente, essa è smentita dai fatti sopra evidenziati ed è in parziale contrasto con un diffuso orientamento interpretativo di segno opposto.

Anche il Consiglio di Stato, ad esempio, nella richiamata recente sentenza n. 1271/2006, ha ritenuto che le condizioni offerte dall'operatore dominante ai clienti FastWeb per indurli a rientrare in Telecom Italia falsino la concorrenza perché contemplanti "*condizioni contrattuali particolarmente favorevoli solo per un certo tipo di clientela*", così violando "*gli obblighi di equità e non discriminazione*" che gravano sull'impresa dominante.

In via generale, del resto, non può dubitarsi che le offerte di sconti e di altre forme di agevolazione economica riservate selettivamente ad ex clienti dell'impresa in posizione dominante costituiscano una tipica pratica escludente, come tale vietata dall'art. 3, legge n. 287/1990 (cfr. anche

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

Cons. Stato 19 luglio 2002, n. 4001, caso *Coca-Cola;* e, a livello comunitario, la decisione della Commissione CE nel caso *Hilti* 22 dicembre 1987, in *GUCE* n. L 065 dell' 11/3/1988).

Merita anche ricordare che la Commissione CE (nel caso deciso il 14 luglio 1999, Virgin/British Airways), ha rilevato che l'impresa dominante non può concedere sconti per incoraggiare la fedeltà dei clienti, che non siano giustificati da specifiche ragioni di efficienza o da altre obiettive giustificazioni economiche.

Né qui può valere l'obiezione di Telecom Italia che, con riferimento ad alcune delle dette offerte, contesta a FastWeb una sorta di genericità delle denunce fatte dai clienti nelle proprie *mails*, ovvero una mancata prova certa della natura discriminatoria di esse rispetto alle offerte riguardanti in generale la clientela.

Il fatto che gli ex clienti migrati presso FastWeb abbiano messo in evidenza – tutti, non solo qualcuno - la singolare convenienza delle offerte Telecom, convenienza appariscente tanto più a paragone con le offerte commerciali degli altri gestori concorrenti, è sintomo di un dato che, al di là delle singole specificazioni tecniche, è stato colto nella sua portata distorsiva e discriminatoria dall'intera utenza chiamata.

Né d'altra parte, visionando il sito ufficiale di Telecom su Internet – accertamento che chiunque può fare, che può svolgersi certo in un procedimento ad istruttoria sommaria e in parte officiosa come quello cautelare, e che è stato anzi sollecitato presso questo giudicante dalle stesse parti in causa per ottenere conferma dei dati contenuti in documenti che tardivamente hanno chiesto di produrre in udienza e che non è stato loro concesso di produrre - è dato cogliere che le offerte in questione, così come variamente indicate dai suddetti ex clienti, siano conformi a quelle riguardanti la generalità dell'utenza.

Né può ritenersi che si sia trattato, come pretenderebbe Telecom,

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

"semplicemente di omaggi e benefici economici di importo ridotto concessi una tantum", tali quindi da non influire sugli obblighi di equità, non discriminazione e correttezza competitiva su di essa incombenti.

Si è trattato in realtà di offerte palesemente *ultra modum* sul piano economico proprio perché – tra l'altro – di carattere selettivo. Il fatto poi che alcuni dei benefici si siano concretizzati in vantaggi fruibili *una tantum* non sposta i termini della questione: infatti non è la durata delle condizioni vantaggiose, ma l'impatto (dovuto alla speciale attrattiva costituita dalla possibilità di fruire di consistenti vantaggi immediati, ad esempio senza sostenere i costi ordinari di riattivazione), che esse possono produrre sul cliente oblato, a costituire parametro di valutazione della condotta abusiva, che in concreto si è sostanziata nell'adozione di strumenti escludenti della concorrenza, per la struttura dell'offerta, per il contesto predatorio nella politica commerciale perseguita (tale anche perché non avente proprio essa efficacia transeunte, visto che implica, con il recupero del cliente, una proiezione futura e stabile degli effetti conseguiti all'offerta attrattiva) e/o per la non replicabilità o controllabilità/verificabilità dell'offerta stessa da parte dei concorrenti.

Con particolare riguardo poi alle offerte di esonero dal pagamento del costo di attivazione, Telecom Italia afferma di praticare tale sconto a tutta l'utenza e a comprova di ciò produce una lettera apparentemente inviata in data 22.2.2006 all'Autorità di Garanzia per le comunicazioni, con cui ha comunicato a quest'ultima l'intenzione di applicare in modo generalizzato la clausola di attivazione gratuita dall' 1.3.2006 al 30.4.2006. Sennonché proprio tale missiva costituisce prova contraria alla tesi di Telecom, visto che dimostra come prima di tale momento – e a una data anteriore appunto si riferisce la gran parte delle offerte evocate dai clienti FastWeb contattati da Telecom - le offerte in questione non fossero affatto generalizzate, ma rivolte solo alla clientela che si intendeva riconquistare.

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

Quanto poi all'effettiva potenzialità lesiva delle suddette offerte, ne costituiscono ulteriore elemento di decisivo riscontro i risultati dell'indagine Doxa concernenti "*Le dinamiche di rientro in TI dopo il passaggio ai Competitor*", i quali indicano chiaramente come la scelta (dei clienti passati alla concorrenza) di ritornare in Telecom Italia sia stata dettata, nel 61,3% dei casi, da una proposta da parte di Telecom Italia, e come tale percentuale, nel caso dei clienti FastWeb, arrivi addirittura al 76,3%, sicchè resta anche adeguatamente (ancorché sommariamente) provato il nesso eziologico, vale a dire il fatto che, senza la martellante ed aggressiva politica di *winback* perseguita da Telecom, assai difficilmente i clienti sarebbero spontaneamente trasmigrati presso il vecchio gestore.

(D) È emerso peraltro che, nel contattare gli ex clienti, Telecom Italia ha perpetrato una sistematica denigrazione della concorrente FastWeb (v. docc. sub 13), mettendone in dubbio sia la solidità patrimoniale (attraverso illazioni sulla sua insolvenza), sia la capacità di fornire servizi adeguati alla clientela (diffondendo ad esempio notizie secondo cui molti clienti di FastWeb si sarebbero lamentati dei servizi prestati da quest'ultima e di disturbi tecnici, senza ovviamente che tali notizie potessero essere in alcun modo verificate).

Secondo Telecom Italia i suoi agenti invece si limiterebbero a mettere in comparazione i servizi che essa offre con quelli del concorrente, del tutto lecitamente; non si tratterebbe dunque "*di privilegi informativi, né di strategie escludenti, ma di semplice abilità competitiva*".

Al riguardo deve evidenziarsi però che le *mails* più volte citate dimostrano senza equivoci la diffusione delle suddette insinuazioni denigratorie.

Ebbene, la tendenziosità della diffusione delle notizie riguardanti disturbi e malfunzionamenti, anche al di là dell'eventuale falsità delle stesse, come anche la semplice illazione circa una possibile insolvenza in

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

cui verserebbe il concorrente, costituiscono non certo un'ipotesi di *objective necessity defense*, ma comportamento francamente anticoncorrenziale, potendo produrre discredito per l'imprenditore concorrente (cfr. Cass. civ., 2 aprile 1982, n. 2020; Cass. civ., 13 giugno 1978, n. 2931). La S. Corte ha anzi evidenziato che la concorrenza sleale, in relazione ad atti di pubblicità indirizzati ai potenziali acquirenti di una certa merce, può derivare non soltanto da affermazioni false, su qualità o pregi del proprio o dell'altrui prodotto, ma anche dalla divulgazione di circostanze o notizie vere, che venga effettuata in maniera subdola o tendenziosa, o comunque con modalità contrarie alla correttezza professionale, sì da implicare discredito e pregiudizio per l'azienda dell'imprenditore concorrente.

Al tempo stesso la denigrazione operata dall'impresa in posizione dominante costituisce abuso di tale posizione, tanto più se realizzata nell'ambito di una strategia complessiva di impedimento della crescita di mercato del concorrente, ossia di generalizzato *boicottaggio*, rendendo necessario per il concorrente sostenere costi aggiuntivi e ingiustificati per contrastare questa offensiva (*"Raising rival's costs"*).

Sostiene non dimeno Telecom Italia che le stesse denunce dei clienti invocate da FastWeb come prova dell'attività denigratoria sarebbero prova certa che gli assunti comportamenti di Telecom non hanno prodotto alcun effetto pregiudizievole per FastWeb, proprio perché i suddetti clienti sono rimasti fedeli alla ricorrente e anzi sono apparsi finanche "sdegnati" – come si evincerebbe dal tono di alcune dichiarazioni – dalla sistematica improntitudine del comportamento degli operatori Telecom; sicché l'assunta denigrazione che FastWeb vorrebbe imputare a Telecom costituirebbe nelle stesse affermazioni della controparte un'attività anticoncorrenziale di Telecom nei confronti di clienti della ricorrente assolutamente inutile, perchè non avrebbe avuto alcun effetto sui clienti di

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

FastWeb, né sarebbe risultata idonea ad impedire l'acquisizione da parte della stessa ricorrente di nuove quote di mercato.

Tale argomentazione, però, costituisce un evidente paralogismo, poiché la prova che è stata offerta tramite le dichiarazioni rese dai clienti di FastWeb era funzionale a dimostrare come usualmente Telecom abbia svolto la denunciata attività denigratoria, e non invece a dimostrare che tutti i soggetti contattati le abbiano dato credito. Semmai il fatto che su altri clienti l'attività denigratoria possa aver fatto presa può evincersi, sia pure solo in via logico-presuntiva, dai dati riguardanti la massiccia migrazione di ritorno a cui si è già fatto cenno (300 clienti al giorno da FastWeb a Telecom).

In ogni caso, come si diceva poc'anzi, la denigrazione è di per sé un fatto illecito pregiudizievole sotto il profilo concorrenziale, qualificabile in senso abusivo quando abbia attitudine anticompetitiva perché perpetrato dall'operatore *incumbent* in danno degli altri operatori presenti sul mercato al fine di estrometterli da esso o comunque di ridurne la presenza. Se poi alcuni clienti di FastWeb non sono stati permeabili a tale attività denigratoria, questo induce semmai a credere che l'attività stessa abbia assunto connotati talmente eccessivi che alcuni clienti l'hanno giudicata inaccettabile sia sul piano della credibilità, che dell'etica commerciale.

Alcuni clienti hanno poi censurato anche il fatto che le offerte di Telecom Italia, proprio perché "troppo" vantaggiose, apparissero ben lontane dal tipo di condizioni contrattuali che essa era solita applicare in passato, nel rapporto pregresso, e, seppure rinunciando ad un evidente vantaggio, hanno voluto con il loro rifiuto, e con la correlata denuncia a FastWeb, stigmatizzare proprio questo atteggiamento sleale e contraddittorio, dimostrando come le ragioni della mancata trasmigrazione non dipendessero *sic et simpliciter* dall'inefficacia dell'attività denigratoria,

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

ma dalla delusione provata per l'ancipite condotta, e per la non credibile ed inaffidante resipiscenza, dell'ex gestore.

(E) Quanto al sistema di incentivi applicato da Telecom Italia alla propria rete di vendita (agenti e distributori), risulta dalla documentazione allegata (doc. 15.a fasc. ricorrente) che Telecom Italia si è impegnata a pagare ai propri agenti per ogni cliente sottratto a FastWeb un compenso sensibilmente superiore rispetto a quello previsto per la fornitura di servizi agli altri clienti Telecom.

In particolare, per i clienti in accesso disaggregato (*unbundling* o ULL), Telecom, per la "riconquista" di un cliente *business*, corrisponde una provvigione fissa di € 100, indipendentemente dal servizio effettivamente acquistato dal cliente, che si aggiunge a quella spettante per la vendita del medesimo servizio ad un cliente già di Telecom Italia; ma anche per i clienti *residenziali* l'agente riceve un compenso sensibilmente maggiorato in caso di *winback* di un cliente sottratto alla concorrenza, compenso che in molti casi è più del doppio di quanto Telecom Italia gli riconosce per la vendita del medesimo servizio ad un proprio cliente.

La differenza di compenso a seconda che il servizio sia venduto ad un normale cliente Telecom Italia ovvero ad un cliente in *winback* sottratto alla concorrenza appare rilevante (quanto al "Servizio Alice Time" il compenso per cliente Telecom Italia è di 25 euro, mentre per un cliente in *winback* è di 54 euro; nel "Servizio Alice 20 ore" il compenso per cliente Telecom Italia è di 20 euro e per un cliente in *winback* di 49 euro; nel "Servizio Alice Flat tutte" il compenso per cliente Telecom Italia è di 40 euro e per un cliente in *winback* di 69 euro; nel "Servizio Alice Sat Free" il compenso per cliente Telecom Italia è di 20 euro mentre per un cliente in *winback* è di 49 euro; nel "Servizio Alice Flash" il compenso per cliente Telecom Italia è di 30 euro e per un cliente in *winback* è di 59 euro; nel "Servizio Adsl Smart" il compenso per cliente Telecom Italia è di 30 euro e

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

per un cliente in *winback* è di 59 euro).

Inoltre, risulta documentalmente provato che Telecom offre ai propri agenti incentivi economici (come ad esempio viaggi premio) per il raggiungimento di determinati risultati di *winback* .

Telecom Italia, pur ammettendo di utilizzare il sistema provvigionale sopra descritto, ha cercato di sostenere la razionalità economica di tali incentivi, che, a suo dire, risulterebbero giustificati dal maggior incasso derivante dal canone e dal traffico che solo il cliente sottratto alla concorrenza sarebbe in grado di generare. Essa assume che gli incentivi in parola concernono offerte lecite perché superiori ai costi, e pienamente replicabili da un OLO efficiente; sarebbero dunque atti pienamente leciti all'operatore storico, soprattutto in un contesto dove l'incentivo è, per unanime riconoscimento, dovunque la pratica più corrente per ravvivare la concorrenza.

Si tratta, tuttavia, di argomentazioni del tutto inconferenti.

Da una parte, se il maggior costo di un cliente recuperato fosse ammortizzabile facilmente come sostiene Telecom, l'incentivo potrebbe essere applicato con riguardo ad ogni nuovo potenziale cliente senza discriminazione alcuna, e non si spiegherebbe allora perché l'incentivo dovrebbe riguardare solo i vecchi clienti.

Inoltre, ravvisare il fondamento del compenso maggiorato e degli altri incentivi offerti da Telecom Italia agli agenti che favoriscono il rientro di clienti ULL nel maggior valore – in senso comparativo - che questi clienti avrebbero per l'operatore che li acquisisce in termini di ricavi attesi, presupporrebbe, a sua volta, come non ha mancato di osservare FastWeb, la possibilità di dimostrare che, a parità di servizio acquistato, un (ex-)cliente di FastWeb o degli altri operatori concorrenti sia in grado di generare ricavi più elevati di un normale cliente di Telecom Italia che decida di acquistare quei medesimi servizi a banda larga; ma Telecom

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

Italia non solo non ha fornito alcuna evidenza di tale assunto; soprattutto essa ha prodotto documenti dai quali si ricava un dato di segno esattamente opposto. Si tratta dell'indagine Doxa versata in atti con la tabella che analizza *"l'utilizzo del Competitor-fonia e ADSL"*, da cui emerge che, sul totale dei clienti intervistati (870), il 74,5% utilizzava i servizi dei concorrenti di Telecom Italia solo per effettuare telefonate in banda stretta, mentre appena il 22,6 % si avvaleva anche di servizi a banda larga (ADSL o fibra ottica), in evidente contrasto con l'assunto secondo cui *"il cliente in ULL rappresenta pacificamente un cliente pregiato e con un'elevata redditività"* .

Nessuna prova oggettivamente efficace è stata poi fornita da Telecom Italia per riscontrare la generica affermazione secondo cui i 29 euro in più riconosciuti in media agli agenti per ogni rientro servirebbero a coprire i maggiori *"costi di negoziazione"* che l'agente dovrebbe in tal caso sostenere.

Vero è, invece, che il riferimento ai possibili ricavi da traffico, oltre che avere ad oggetto una variabile difficilmente calcolabile *ex ante*, non giustifica comunque la maggiorazione delle provvigioni quando il servizio offerto al cliente preveda una tariffa *flat* o a *forfait,* come ad esempio il servizio "Alice Flat", per il quale l'agente percepisce ugualmente una provvigione maggiorata per il semplice fatto che il cliente è stato sottratto al concorrente. Sicché anche sotto questo profilo sembra più evidente l'interesse a sottrarre quote di mercato ad un determinato concorrente piuttosto che ad incrementare la propria.

In ogni caso, nessuna giustificazione è stata fornita da Telecom Italia in relazione alle altre forme d'incentivo offerte ai suoi agenti per il raggiungimento degli obiettivi di *winback.*

Il fatto che poi anche il sistema di incentivi sia stato già considerato anticompetitivo dall'AGCM, e poi dal Consiglio di Stato nella citata

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

sentenza, sia pure con riferimento all'utenza *business*, conferma l'opinione qui espressa. In relazione a tale comportamento ed al sistema d'incentivi offerto alla rete di vendita per l'utenza *business*, Telecom Italia è già stata infatti sanzionata per abuso di posizione dominante dall'AGCM, la quale ha ritenuto che *"una complessa struttura di incentivazione nella quale il "premio" di natura economica per il venditore è espressamente collegato ai risultati di winback e retention della clientela a danno dei concorrenti, e quindi direttamente connesso al raggiungimento di obiettivi di vincolo del cliente"* costituisca una circostanza sufficiente a dimostrare l'esistenza di un obiettivo strategico volto ad escludere i concorrenti dal mercato e quindi sia illecito sotto il profilo concorrenziale allorché risulti privo, come nel caso di specie, di autonoma giustificazione sotto il profilo economico (cfr. il § 373 del provvedimento AGCM e le considerazioni analoghe svolte al riguardo dalla sentenza confermativa del Consiglio di Stato n. 1271/06).

Né contro tale conclusione varrebbe addurre il diverso contesto operativo sotteso ai due casi esaminati (clientela *business* anziché residenziale), visto che – pur nell'evidente diversità di *target* - non si ravvisano in concreto sensibili differenze fra queste due fattispecie rispetto al problema degli incentivi, né Telecom Italia, che ha voluto enfatizzare tale differenza, ha dimostrato in che senso essa si sostanzierebbe dal punto di vista economico in relazione alle componenti del compenso erogato agli agenti. Peraltro non ha rilievo che il suddetto sistema incentivante in quel caso non rappresentasse – nell'asserto di Telecom - un'autonoma fattispecie abusiva bensì un elemento che insieme ad altri contribuiva alla fidelizzazione del cliente, che cioè costituisse uno degli elementi che componevano la complessa fattispecie abusiva così come individuata dalla stessa AGCM, poichè comunque anche nella presente vicenda processuale l'attività anticoncorrenziale può essere riguardata, oltre che atomisticamente, anche nel suo quadro complessivo, come

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

insieme di atti sinergicamente orientati a comprimere la concorrenza con abusive operazioni di *winback*.

I meccanismi premiali sopra descritti, dunque, appaiono non rispondere nemmeno in questa sede, alla luce dei dati fin qui emersi, ad un criterio di normale razionalità e lealtà economica, ma finalizzati piuttosto a sottrarre clientela alla concorrente FastWeb al fine di ostacolarne la crescita sul mercato dei servizi a banda larga; sicché, più che incentivare fisiologicamente i propri agenti a concludere il maggior numero di (nuovi) contratti, sembra che Telecom Italia abbia inteso parametrare il premio incentivante essenzialmente alla quantità di clienti sottratti alla impresa concorrente, per eliminarla dal mercato o ridimensionarne la presenza, o impedirne la crescita.

(F) Ciascuna delle tipologie di atti fin qui considerate costituisce, come già detto, autonoma ipotesi di abuso.

Tuttavia esse possono anche considerarsi – come già precisato - non solo atomisticamente, ma nel contesto di un unico quadro programmatico di carattere anticompetitivo.

In tal senso il carattere illecito andrebbe più specificamente ravvisato non tanto in relazione ad ogni singola attività, ma piuttosto in relazione all'effetto combinato che esse sono in grado di produrre sinergicamente.

Da tale diverso punto di vista - che Telecom Italia non ha voluto prendere in considerazione - sarebbe quindi finanche irrilevante stabilire se l'illiceità sia puntualmente attribuibile a ogni distinta tipologia di atti, bastando che il concorso di tutti i medesimi atti all'unico effetto anticoncorrenziale vietato fosse comunque registrabile in concreto alla luce degli elementi probatori raccolti.

E a questa stregua non può certo dubitarsi che l'insieme delle attività esaminate abbia avuto ed abbia tale effetto, visto che in relazione

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

ad esse si è manifestato l'operare e il concreto realizzarsi di un unico disegno volto a porre in essere un accaparramento di ritorno degli ex clienti con modalità complessivamente escludenti dell'impresa concorrente.

Con tali attività Telecom Italia non si è limitata ad invitare l'utenza, volta a volta telefonicamente contattata – ed avvalendosi di un privilegio informativo non replicabile ed illegittimamente utilizzato - a raffrontare *sic et simpliciter* la bontà dei servizi da essa offerti con quelli dell'operatore concorrente, ma ha proposto condizioni contrattuali di vantaggio particolarmente attraenti e selettive a prescindere dall'economicità che l'offerta aveva per essa medesima, difficilmente rifiutabili dagli oblati (come altrettanto difficilmente replicabili dai concorrenti), con modalità di reiterazione periodica talmente martellante da risultare quasi ossessiva, ed offrendo incentivi premiali agli agenti essenzialmente ragguagliati o motivati dai risultati del *winback,* nel contesto di una politica commerciale aggressiva e compulsiva, spinta fino agli estremi limiti e caparbiamente finalizzata alla riconquista del cliente "a qualunque costo" pur di comprimere le quote di mercato dell'impresa concorrente.

In ultima analisi, risulta certamente dimostrata – nei limiti della sommaria delibazione richiesta in questa sede - la sussistenza del *fumus boni juris* per la concessione delle richieste misure cautelari.

3. Il requisito del *periculum in mora.*

(A) La descritta situazione – in relazione all'evidente rischio di lucro cessante per perdita di clientela che deriva dalla massiccia attività di *winback* esercitata da Telecom Italia con modalità illegittime, e quindi al rischio connesso di deterioramento della posizione di FastWeb nel mercato delle telecomunicazioni - fa emergere dunque anche la sussistenza del requisito del *periculum.*

Non può infatti seriamente dubitarsi che proprio il rischio imminente

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

di pregiudizio cui la ricorrente è assoggettata per effetto del comportamento concorrenzialmente abusivo di Telecom integri e configuri una situazione meritevole di essere cautelata in via di urgenza.

Da un lato è evidente che tali rischi sottendano un ingente danno patrimoniale (cui andrebbe correlato anche il rapporto di strumentalità tra azione cautelare e successiva azione di merito in rapporto alla materia per cui è funzionalmente competente questa Corte), danno da ritenersi peraltro sussistente *in re ipsa* in presenza di comportamenti illeciti di un concorrente idonei a determinare uno sviamento - nemmeno transitorio, ma duraturo - di clientela, anche attraverso attività denigratorie; dall'altro, tale danno nemmeno sembra esaurire il pregiudizio derivante da un deterioramento della posizione di FastWeb in un mercato particolarmente dinamico come quello delle telecomunicazioni, e delle comunicazioni elettroniche in particolare, laddove il rischio di pregiudizio per estromissione è tanto più grave per quanto è relativamente più piccola la posizione dell'operatore concorrente rispetto a quella dell'*incumbent*, secondo una correlazione inversamente proporzionale, in parte dimostrata dai risultati delle attività di *winback* condotte da Telecom Italia, se si considera il numero crescente di clienti FastWeb (in media 300 al giorno) che nel più recente periodo oggetto di documentazione e comunicazione sembra essere rientrato presso Telecom Italia.

Quest'ultima tuttavia sostiene la carenza di *periculum* contestando a FastWeb il ritardo con il quale la ricorrente avrebbe a suo dire avviato l'azione cautelare nei suoi confronti, ed evidenziando i buoni risultati, in termini di crescita di fatturato e di nuovi clienti, ottenuti da FastWeb in epoca prossima all'inizio del procedimento cautelare.

L'obiezione non è però conferente poiché:

- tutti i comportamenti illeciti sopra descritti, già in atto al momento dell'avvio iniziale dell'azione cautelare di FastWeb, non sono mai cessati e

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

risultano tuttora in corso;

- i 23 giorni intercorsi tra il 6 marzo 2006, data di deposito dell'ordinanza romana, e il 29 marzo 2006, data di deposito del ricorso milanese, rappresentano un tempo più che compatibile con la persistenza del *periculum in mora,* trattandosi di tempo tecnico evidentemente necessario per la reimpostazione del ricorso e lo svolgimento delle attività accessorie finalizzate al radicamento del giudizio in altro distretto;

- l'impedimento arrecato alla crescita potenziale di un'impresa costituisce già danno patrimoniale, giuridicamente rilevante, oltre che danno in parte non ristorabile per equivalente (ma semmai con interventi repressivi o inibitori), senza che la dimostrazione del perdurare di un certo tasso percentuale di crescita in atto da parte di FastWeb possa costituire prova del contrario, tanto più in relazione al dato desumibile dall'elenco delle richieste di rientro di clienti FastWeb in Telecom Italia, cui si è poc'anzi fatto cenno, che indica una media di rientri da FastWeb in Telecom Italia di circa 300 unità al giorno.

D'altra parte dalle stesse indagini commissionate da Telecom alla DOXA, e in particolare, quella relativa all'approfondimento sui clienti rientrati in Telecom dopo ULL con altri operatori (Fastweb e Infostrada), è emerso che su un campione di 886 clienti intervistati "*che sono tornati a Telecom nel mese di dicembre 2005*", 586 erano di provenienza Fastweb.

(B) Siccome la tutela richiesta ex art. 700 c.p.c. ha carattere sia cautelare che anticipatorio, ed essa è stata richiesta dopo il giorno 1.3.2006, data di entrata in vigore della maggior parte delle norme emanate con le recenti leggi di novellazione del codice di rito (cfr. decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito, con modificazioni, nella legge 14 maggio 2005, n. 80; decreto-legge 30 giugno 2005, n. 115 e legge di conversione 17 agosto 2005, n. 168, nonché decreto-legge n. 273 del 2005, c.d. *milleproroghe*, convertito nella legge 23 febbraio 2006 n. 51),

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

che hanno svincolato questo tipo di tutela dalla necessità inesorabile di un successivo giudizio di merito (cfr. il nuovo testo dell'art. 669-*octies*, sesto comma, c.p.c., a tenore del quale «*Le disposizioni di cui al presente articolo e al primo comma dell'articolo 669-novies non si applicano ai provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'articolo 700 e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile o da leggi speciali, nonché ai provvedimenti emessi a seguito di denunzia di nuova opera o di danno temuto ai sensi dell'articolo 688, ma ciascuna parte può iniziare il giudizio di merito*»), innovazione che può considerarsi valevole anche per i procedimenti urgenti antitrust richiedibili alla Corte d'appello in base alla speciale competenza per materia attribuitale dall'art. 33 legge n. 287/1990, può condividersi - *a fortiori* sulla base di tale premessa - l'opinione della difesa della ricorrente secondo cui la tutela d'urgenza qui richiesta sarebbe ammissibile anche solo sul presupposto della semplice "*violazione imminente del diritto*" (in analogia peraltro a quanto previsto dal decreto legislativo 16 marzo 2006, n. 140, di "*Attuazione della direttiva 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale*", ai sensi del cui art. 19, che ha modificato l'articolo 131 del decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30 : «*1. Il titolare di un diritto di proprietà industriale può chiedere che sia disposta l'inibitoria di qualsiasi violazione imminente del suo diritto e del proseguimento o della ripetizione delle violazioni in atto, ed in particolare può chiedere che siano disposti l'inibitoria ... secondo le norme del codice di procedura civile concernenti i procedimenti cautelari ... 1-bis. Se il giudice nel rilasciare il provvedimento cautelare non stabilisce il termine entro cui le parti devono iniziare il giudizio di merito, quest'ultimo deve essere iniziato entro il termine di venti giorni ...1-ter. Se il giudizio di merito non è iniziato nel termine perentorio di cui al comma 1, ovvero se successivamente al suo inizio si estingue, il provvedimento cautelare*

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

perde la sua efficacia. 1-quater. Le disposizioni di cui al comma 1-ter non si applicano ai provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'articolo 700 del codice di procedura civile ed agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito. In tali casi ciascuna parte può iniziare il giudizio di merito»).

4. I provvedimenti inibitori.

Quanto al tipo di provvedimenti cautelari da adottare, i rimedi richiesti da FastWeb hanno carattere essenzialmente inibitorio, e sono quindi certamente ammissibili, la gran parte della giurisprudenza riconoscendo senza grandi distinzioni la possibilità di emettere i provvedimenti inibitori in senso stretto (quelli cioè di mera astensione dal comportamento vietato), in quanto certamente esigibili in via provvisoria in funzione "*conservativa*", con il fine, cioè, di impedire l'ampliamento e/o l'aggravamento del danno.

Nella specie tali misure possono concretizzarsi in un ordine di immediata cessazione da parte di Telecom Italia dei comportamenti abusivi esaminati, che si sostanziano :

- nell'utilizzo delle informazioni sugli ex clienti da parte delle sue divisioni commerciali per attività mirate di *winback*, ed effettuate, queste ultime, soprattutto mediante chiamate telefoniche ripetute agli ex clienti migrati presso FastWeb;

- nell'utilizzo dei dati acquisiti in sede di recesso degli ex clienti dai contratti in essere, quando sia stata svolta la richiesta di *number portability*, al fine di individuare il nuovo gestore presso cui gli ex clienti accendono un nuovo contratto;

- nell'incentivazione della propria rete di vendita attraverso provvigioni maggiorate e altre forme d'incentivazione selettivamente collegate esclusivamente alla riconquista di clienti di FastWeb;

- nell'offerta di servizi a condizioni di favore selettivamente riservate agli attuali clienti FastWeb, per convincerli a ritornare in Telecom;

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

- in attività di denigrazione ai danni di FastWeb.

Per dare concretezza a tale inibitoria essa può essere corredata da un provvedimento condannatorio ancillare, con cui si preveda il pagamento in favore di FastWeb di una congrua somma per ogni successiva violazione dell'ordine inibitorio (anche in tal caso stante l'applicabilità analogica di norme processuali che disciplinano in altri contesti i provvedimenti inibitori con generalizzabili tipologie di *astreints*; v. ad esempio l'art. 131, secondo comma, del citato decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30, secondo cui «*Pronunciando l'inibitoria, il giudice può fissare una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata e per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento*»); somma che può nella specie quantificarsi – tenuto conto del carattere anche deterrente e sanzionatorio, oltre che risarcitorio di tale provvedimento - nell'importo di euro 500,00 per ciascuna infrazione (e dunque, esemplificativamente, per ciascuna telefonata ad ex clienti che abbia i connotati e le condizioni di offerta di cui si è detto, per ogni telefonata denigratoria, per ogni caso in cui viene attribuito un compenso maggiorato agli agenti di vendita per ogni ex cliente riacquisito, ecc.).

Considerata la natura interinale del presente provvedimento cautelare, non si reputa invece opportuno disporne la pubblicazione su quotidiani a diffusione nazionale, come richiesto dalla ricorrente, tale misura potendo al più esaminarsi all'esito dell'eventuale procedimento di merito che dovesse (facoltativamente, e non più necessariamente, ai fini della conservazione di efficacia del provvedimento cautelare) essere instaurato.

Peraltro la semplice possibilità che la causa di merito venga instaurata osta alla liquidabilità delle spese processuali in questa fase interinale.

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

P Q M

Visti gli artt. 669 *sexies*, 669 *octies* e 700 c.p.c., nonché gli artt. 1, 3 e 33, 2° comma, legge 10 ottobre 1990, n. 287;

disattesa ogni diversa domanda ed eccezione, così provvede:

1) **accogliendo la domanda cautelare** proposta dalla ricorrente FastWeb S.p.A. nei confronti della resistente Telecom Italia S.p.A., **ordina** a quest'ultima di **astenersi** dal proseguire nei comportamenti abusivi esaminati in motivazione, ed in particolare consistenti : nell'utilizzo delle informazioni sugli ex clienti da parte delle sue divisioni commerciali per attività mirate di *winback*, ed effettuate soprattutto mediante chiamate telefoniche agli ex clienti migrati presso FastWeb; nell'utilizzo dei dati forniti dagli ex clienti sul nuovo gestore in sede di recesso dai contratti in essere con richiesta di *number portability*; nell'incentivazione della propria rete di vendita attraverso provvigioni maggiorate e altre forme d'incentivazione selettivamente collegate esclusivamente alla riconquista di clienti di FastWeb; nell'offerta di servizi a condizioni di favore selettivamente riservate agli attuali clienti FastWeb per convincerli a ritornare in Telecom; e in attività di denigrazione ai danni di FastWeb;

2) **fissa nell'importo di euro 500,00** la somma che Telecom Italia dovrà pagare a FastWeb per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata nell'esecuzione dell'inibitoria di cui al punto precedente;

3) manda la Cancelleria per le comunicazioni.

Milano, addì 2 maggio 2006

Il Consigliere Designato
(Dott. Filippo Lamanna)

CORTE D'APPELLO di MILANO
DEPOSITATO IN CANCELLERIA
OGGI 16 MAG. 2006
IL CANCELLIERE C1
Concetta Melidona

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

Procedimento cautelare
civile iscritto nel R. G. al
n.: 821/2006

La Corte d'Appello di Milano
Prima Sezione Civile
in persona del Giudice Designato
dott. Filippo Lamanna
ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sciogliendo la riserva assunta all'udienza del giorno 2 maggio 2006, nel procedimento cautelare rubricato al numero di R.G. sopra indicato, promosso con ricorso ex artt. 700 c.p.c. e 33, secondo comma, legge 10 ottobre 1990, n. 287 ("*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*") e vertente

tra

Telecom Italia S.p.A.,
con sede legale in Milano, Piazza degli Affari n. 2,
in persona del procuratore speciale Giovanni Venditti, in virtù dei poteri conferitigli dall'Amministratore Delegato, Riccardo Ruggiero, per atto Notaio Bellezza di Milano del 4 novembre 2005, rep. 69768, racc. 5680,
rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Leone, Piero Fattori, Filippo Lattanzi, Aulo Cossu, Fabio Bassan e Alberto Toffoletto, ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo, in

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

Milano, Via Agnello n. 12, in forza di procura alla lite rilasciata a margine della memoria di costituzione

RICORRENTE

e

FastWeb S.p.A.,

con sede legale in Milano, via Caracciolo n. 51,

in persona del procuratore generale Giuliana Testore, giusta procura generale per atto notaio Elena Terrenghi del 24 febbraio 2005 rep. 11496, versata in atti,

rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Libertini, Gustavo Olivieri, Renzo Ristuccia e Stefano Piccardo, ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo, in Milano, Corso di Porta Romana n. 6, in forza di procura alla lite rilasciata in calce al ricorso

RESISTENTE

RILEVATO IN FATTO

Con ricorso notificato in data 13.3.2006 la società Telecom Italia S.p.A. ha chiesto a questa Corte l'adozione di misure cautelari ed urgenti ai sensi dell'art. 700 c.p.c. e dell'art. 33, secondo comma, legge 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti della società FastWeb S.p.A. assumendo che quest'ultima abbia perpetrato in suo danno un abuso della posizione dominante da essa in asserto detenuta nel mercato della fornitura all'ingrosso dei servizi di terminazione delle chiamate sulla propria rete di telefonia fissa.

Secondo la ricorrente, FastWeb porrebbe in essere i denunciati atti abusivi utilizzando i profitti sovra-competitivi che, grazie a tariffe di terminazione all'ingrosso eccessivamente onerose, estrae dalle imprese concorrenti (e, in particolar modo, da Telecom) al fine di scaricare su queste ultime i costi della

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

propria aggressiva strategia di espansione sui mercati al dettaglio dell'offerta di servizi di fonia, in modo da falsare in misura rilevante la concorrenza su tali mercati (posti a valle).

A sostegno di questa tesi la ricorrente svolge un'analisi dei prezzi e dei costi di terminazione di Fastweb, evidenziando che mentre l'art. 5, comma 9, della delibera AGCom n. 289/03/CONS impedisce a Telecom di differenziare le tariffe finali in base all'operatore di terminazione su rete fissa, di converso con delibera n. 11/03/CIR l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ha previsto che gli OLO (*other licensed operators*), attivi nel mercato dell'accesso, diretto e disaggregato, ovvero gli operatori che investono in infrastrutture alternative, potessero richiedere a Telecom la ridefinizione delle tariffe di terminazione sulle proprie reti, sicché, a partire dal 1° dicembre 2003, Fastweb, nonostante non fosse stato raggiunto alcun accordo con Telecom, ha deciso unilateralmente di applicare le seguenti tariffe di terminazione: - quota fissa per comunicazione 5,16 euro cent; - fascia oraria intera 1,30 euro cent al minuto; - fascia oraria ridotta 0,90 euro cent al minuto. Tali valori rappresenterebbero un incremento superiore del 500% rispetto a quelli precedentemente applicati da Fastweb agli altri operatori di telecomunicazioni, ivi inclusa Telecom (per la quale il prezzo medio di terminazione richiesto da Fastweb ammonterebbe a 2,71 euro cent per minuto, contro un prezzo finale minutario applicato da Telecom alla propria clientela pari a 2,43 euro cent). In sostanza, nel suddetto contesto, FastWeb potrebbe innalzare il livello delle proprie tariffe di terminazione senza subire alcuna riduzione delle proprie quote sui mercati al dettaglio, dal momento che l'aumento dei prezzi graverebbe unicamente sui suoi concorrenti (in larghissima parte su Telecom e, in misura minore sugli altri OLO, in ragione delle rispettive quote sui mercati al dettaglio) e non sui clienti da cui

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Gamma)

originano le chiamate.

Ricorda ancora la ricorrente che, secondo FastWeb, questa politica di prezzi sarebbe giustificata dai costi sostenuti, pari in media – secondo uno studio da essa commissionato - ad un valore oscillante tra i 3,82 euro cent e i 7,44 euro cent; osserva però Telecom che se davvero tali valori fossero attendibili risulterebbe allora inspiegabile l'offerta presentata da FastWeb in una recente gara bandita dalla Consip S.p.A. per l'affidamento dei servizi di telefonia fissa e trasmissione dati per le Pubbliche Amministrazioni (per un totale di 600.000 linee), essendo essa sorprendentemente più bassa rispetto a quella di ogni altro concorrente (i prezzi offerti per i servizi di fonia distrettuali attestandosi su euro cent 0,66 per minuto e per quelli interdistrettuali su euro cent 0,87 per minuto, mentre in passato anche le offerte più aggressive non sarebbero risultate mai inferiori a 0,90-1,00 euro cent al minuto; di fatto le nuove offerte risulterebbe pari ad 1/5 rispetto al prezzo medio di 2,71 euro cent per minuto richiesto da Fastweb a Telecom per la sola componente del servizio di terminazione). Telecom ne desume che il costo effettivo di terminazione sostenuto da FastWeb dovrebbe stimarsi approssimativamente pari a 0,55 euro cent al minuto. In altri termini, nell'ambito della gara Consip la remuneratività per FastWeb non sarebbe assicurata dai ricavi corrisposti dalla P.A. per il traffico uscente, bensì dai rilevanti profitti ottenibili con le chiamate in entrata, poiché statisticamente chiamate in uscita e in entrata su una medesima numerazione si equivalgono, conseguendone che la mancata profittabilità delle prime ben potrebbe essere assicurata dall'estrema remuneratività delle seconde. Da qui la precisa strategia di distorsione concorrenziale che consisterebbe nel far leva sul prezzo abusivo della terminazione per farsi finanziare dai concorrenti i costi di una

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

strategia commerciale ultra-aggressiva in loro danno.

Rilevato inoltre che servizi di terminazione su rete fissa possono qualificarsi come *essential facility* e che in tal caso il relativo titolare è tenuto a definire le tariffe e le altre condizioni di accesso applicando un principio di non discriminazione fra le proprie divisioni commerciali e tutti gli altri operatori, la ricorrente sostiene che anche tale obbligo sia stato violato da FastWeb.

Allo scopo di dimostrare poi la sussistenza anche del *periculum in mora,* l'istante evidenzia come, in mancanza di un intervento inibitorio di questa Corte, le dinamiche concorrenziali dei mercati dei servizi di telefonia al dettaglio sarebbero irreparabilmente compromesse, poiché la possibilità per FastWeb di sussidiare la propria espansione sui mercati al dettaglio dei servizi di telefonia senza sopportare i rischi e gli oneri di tale politica commerciale – posti a carico dei concorrenti tramite illecite tariffe di terminazione – implicherebbe che tale strategia, in assenza delle misure cautelari richieste, possa essere reiterata in occasione delle future gare organizzate dai grandi clienti, pubblici e privati, determinando un danno non reintegrabile, in quanto idoneo ad incidere su beni e diritti quali la clientela, la competitività imprenditoriale e la reputazione commerciale.

Per tali motivi Telecom chiede l'emissione di provvedimenti che inibiscano a FastWeb di porre ulteriormente in essere gli illeciti *antitrust* sopra descritti e, in particolare, di esigere da Telecom la tariffa ingiustificatamente gravosa di euro cent 2,71/minuto per la sola terminazione, e di porre in essere atti, richieste e/o iniziative di qualsivoglia natura finalizzati all'aggiudicazione della gara Consip e di formulare offerte in eventuali future gare pubbliche che costituiscano attuazione degli indicati illeciti *antitrust.*

La resistente FastWeb si è costituita depositando memoria

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

difensiva con cui ha eccepito il difetto di giurisdizione dell'A.G.O. sulla domanda volta all'inibitoria di atti, richieste e/o iniziative di qualsivoglia natura finalizzati alla aggiudicazione della gara Consip, appartenendo alla giurisdizione amministrativa la potestà di valutare l'anomalia delle offerte effettuate in gare ad evidenza pubblica; nel merito ha eccepito il difetto del requisito del *fumus* cautelare, negando che il possesso di infrastrutture di terminazione della rete possa costituire *essential facility* sulla cui base applicare il principio di non discriminazione delle offerte di prezzo; ha negato altresì di detenere una posizione dominante nel mercato di riferimento, evidenziando che la disciplina regolatoria dei prezzi in tale mercato non esige l'applicazione del principio di reciprocità tra costi relativi ai servizi della rete entrante e costi dei servizi di terminazione, ma una reciproca contrattazione fra gli operatori ai fini dell'interconnessione, situazione che sarebbe del tutto compatibile, come già ritenuto dall'Autorità di garanzia, con un'asimmetria dei prezzi fra servizi in entrata e servizi di terminazione, sulla cui congruità – anche in relazione alla necessaria verifica di componenti tecniche dei costi - dovrebbe comunque esprimersi, come in effetti è stata già chiamata ad esprimersi su sollecitazione delle stesse parti in causa, solo l'Autorità di garanzia e di regolamentazione del settore.

La resistente eccepisce poi il difetto del requisito del *periculum in mora*, tenuto conto del fatto che l'applicazione dei prezzi ora contestati risale al dicembre 2003 e quindi a circa due anni e mezzo prima dell'instaurazione del presente procedimento cautelare; che poi il danno lamentato sarebbe facilmente risarcibile per equivalente pecuniario; e che comunque non sarebbe ammissibile un ordine inibitorio volto a proibire la indiscriminata partecipazione a future gare ad evidenza pubblica.

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

Il contraddittorio fra le parti si è ulteriormente sviluppato attraverso il deposito di una memoria di replica da parte di Telecom Italia e di una memoria di contro-replica da parte di FastWeb.

All'odierna udienza i difensori delle parti hanno verbalmente esposto ed ulteriormente illustrato le proprie tesi difensive.

All'esito, questo Giudice si è riservato di decidere.

RITENUTO IN DIRITTO

1. Reputa questo Giudice che il ricorso cautelare non possa essere accolto, in difetto dei prescritti requisiti del *fumus* e del *periculum*, in relazione agli specifici profili di seguito evidenziati.

2. Quanto alla delibazione del profilo riguardante la sussistenza del *fumus* cautelare, che passa attraverso la previa individuazione del *mercato rilevante* e della posizione di *dominanza* in esso assertivamente dispiegata dall'impresa resistente, può in effetti convenirsi con quanto affermato da Telecom circa il fatto che, nella specie, il mercato rilevante sia quello della fornitura all'ingrosso dei servizi di terminazione delle chiamate sulla rete di telefonia fissa che fa capo a FastWeb, ed altresì sul fatto che su di esso, relativamente a tale segmento, questa abbia una posizione dominante.

In relazione al mercato, è corretta la indicazione di Telecom – avallata peraltro dalla delibera AGCom n. 30/05/CONS - circa il fatto che i mercati all'ingrosso della terminazione delle chiamate devono essere distinti in relazione alle singole reti fisse cui è destinata la chiamata, poiché gli operatori che offrono servizi di terminazione sulla propria rete fissa possono aumentare i prezzi dei propri servizi senza incorrere in rilevanti fenomeni di sostituzione, né dal lato della domanda, né dal lato dell'offerta, considerato : - che la terminazione della chiamata può essere effettuata solo dall'operatore di rete – generalmente uno solo – cui

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

è abbonato il destinatario; - che in Italia la chiamata è interamente a carico di chi chiama; - e che vigono precisi ed ineludibili obblighi di interconnessione che impediscono agli operatori di scegliere se concludere o meno accordi di interconnessione.

Da un punto di vista geografico, rilevato che la struttura della domanda e dell'offerta è omogenea sull'intero territorio nazionale, i mercati della terminazione delle chiamate su singole reti fisse hanno poi indubbiamente dimensione nazionale.

Ne consegue quindi, per la stessa definizione del mercato, che ciascun operatore il quale sia l'unico soggetto in grado di offrire servizi di terminazione sulla propria rete, detiene una quota pari al 100% di tale mercato, e che detenga quindi una posizione dominante.

Tale posizione deve di conseguenza riconoscersi anche a FastWeb con riferimento alla sua rete di terminazione.

Telecom sostiene peraltro che di tale posizione dominante FastWeb abbia abusato in suo danno applicando un prezzo eccessivamente gravoso proprio sui servizi di terminazione.

Secondo Telecom la complessa vicenda che ha generato l'attuale contenzioso origina dall'assenza di regolazione *ex ante*; da qui la necessità di un intervento antitrust, da effettuare *ex post*, da parte dell'autorità giudiziaria civile. L'Autorità garante, infatti, non è intervenuta con un atto generale per fissare *a priori* un tetto al prezzo richiesto dagli OLO per la terminazione sulla propria rete; pertanto non potrebbe parlarsi di prevalenza tra regolazione e concorrenza, mancando discipline contrastanti proprio per la mancanza di una specifica regolamentazione, in assenza della quale non sarebbe precluso l'intervento tutorio della Corte d'appello.

Rileva questo Giudice che, in effetti, allo stato non esiste alcun obbligo regolamentare sulle modalità di definizione del

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

prezzo di terminazione.

Tuttavia l'impostazione argomentativa della ricorrente appare logicamente incongrua : se manca la regolazione del prezzo di terminazione ciò non implica affatto che la lacuna debba o possa essere colmata in sede giudiziaria ordinaria, tanto meno in sede cautelare ed urgente. Tra mancanza di regolazione e possibilità di intervento calmieratore dell'autorità giudiziaria non sussiste infatti alcuna implicazione necessaria.

Più semplicemente, l'inconveniente lamentato da Telecom si origina dal fatto che, mentre è stato imposto un prezzo (sostanzialmente "amministrato") per i servizi in entrata, che si ragguaglia ai costi sostenuti proprio da Telecom come operatore *incumbent* sull'intera rete e sui mercati connessi, non vi è (o non vi è ancora) un limite regolato in sede amministrativa che quantifichi quanto meno nel massimo (da non superare) il prezzo dei servizi di terminazione.

Questo secondo limite, però, non è stato finora imposto dall'Autorità garante proprio perché si è ritenuto necessario riequilibrare la posizione sperequata tra operatore *incumbent* (Telecom) e gli OLO *new comers*.

In una situazione in cui Telecom detiene pressocché l'intera dorsale della infrastruttura di rete, è cioè titolare della principale *essential facility* costituita dalla rete di rame che attraversa l'intero territorio nazionale, si è ritenuto opportuno per il momento garantire agli OLO la possibilità di guadagnare una posizione un po' più paritaria risalendo la china della situazione di svantaggio naturale in cui si sono travati ad operare in origine, a causa della indisponibilità di comparabili infrastrutture e della conseguente necessità di effettuare ingentissimi investimenti per entrare concorrenzialmente nel mercato dominato dall'ex legalmonopolista.

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

È chiaro dunque che la possibilità per gli OLO di decidere una politica dei prezzi sui servizi riguardanti il proprio segmento della rete di terminazione risponde non ad una situazione casuale, ma ad una scelta ben ponderata dell'Autorità di garanzia.

In una situazione di mercato caratterizzata da forti distorsioni e da una disparità evidente, in cui il recupero di una parità sostanziale deve passare attraverso un sistema di pesi e contrappesi che possono nel tempo atteggiarsi variabilmente, la decisione di imporre a Telecom l'applicazione di determinati prezzi sui servizi in entrata e di lasciare liberi i suoi concorrenti di fissare i prezzi sui servizi in uscita non può dunque considerarsi come l'occasionale risultato di una regolazione positiva in un caso, e di una non regolazione nell'altro.

Anche la non regolazione è, in realtà, nel caso di specie, una forma di regolazione indiretta: è, cioè, nella sostanza, una regolazione asimmetrica, calibrata in tal guisa secondo una valutazione discrezionale che appare funzionale a realizzare una più equilibrata situazione di competitività.

Di conseguenza, anche l'eventuale scelta di superare questo sistema di "non regolazione" del prezzo dei servizi di terminazione deve lasciarsi all'ente che in tale settore sta dirigendo e conformando le modalità di esercizio delle forze e delle attività d'impresa dei concorrenti in campo.

Una calibratura di tale prezzo può essere infatti adeguatamente realizzata solo secondo una valutazione che sia a sua volta correlata al prezzo dei servizi in entrata, alla stregua di quei medesimi parametri di riequilibrio e di correlazione delle forze dei concorrenti presenti sul mercato che l'Autorità di garanzia ha già posto alla base della sua precedente attività regolatoria con riferimento ai prezzi dei servizi in entrata.

In altri termini non è possibile in questa sede giudiziaria –

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

tanto più perché ora connotata da sommarietà ed urgenza - stabilire se il prezzo di terminazione sia congruo e non discriminatorio, ed in che limiti possa e debba essere ridotto ed applicato da FastWeb nei confronti di Telecom, mancando comunque la possibilità di correlarlo funzionalmente al prezzo dei servizi in entrata, essendo stato questo a sua volta calcolato sulla base di una serie cospicua di parametri che hanno tenuto conto della situazione di *essential facility* in cui opera l'ex monopolista, secondo una valutazione complessiva costituente politica di regolazione del mercato ampiamente discrezionale da parte dell'autorità di disciplina del settore.

Su tale valutazione finirebbero per influire solo con esito verosimilmente negativo e ulteriormente distorsivo ed intempestivo interventi di altre autorità, come quello richiesto a questa Corte, non potendo essi correlarsi funzionalmente con l'unitaria *ratio* che ispira quella politica regolatoria.

Pertanto, come eccepito dalla difesa di FastWeb, la domanda di Telecom Italia deve ritenersi inammissibile a questo riguardo se non altro perché la determinazione del livello di giusto prezzo di terminazione è il risultato di una valutazione tecnico-discrezionale in cui incide in modo determinante l'applicazione del criterio di promozione della concorrenza perseguito dall'Autorità di garanzia sulla base di un proprio programma disciplinare.

Non è un caso, d'altronde, che la stessa Telecom, pur denunziando l'eccessività del prezzo praticato da FastWeb, nulla abbia potuto dire in ordine a quello che dovrebbe essere il giusto prezzo sostitutivo che questo Giudice dovrebbe imporre a FastWeb di applicare, o in relazione al quale dovrebbe considerare ingiusto quello ora da essa applicato, essendosi limitata soltanto a svolgere argomentazioni critiche sulla verosimiglianza dei costi sulla cui base FastWeb ha motivato ed

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

economicamente giustificato il prezzo in oggetto.

È peraltro appena il caso di osservare che anche una adeguata analisi tecnica dei costi è preclusa in un sede di istruttoria sommaria e superficiale quale è quella che connota i procedimenti cautelari ed urgenti.

Se, dunque, in astratto può considerarsi pertinente l'ampia trattazione sviluppata dalle difese delle parti in causa quanto alle problematiche riguardanti il *benchmarking* cui ragguagliare il rapporto tra costi e prezzi, tuttavia deve ribadirsi che il *benchmark* adottabile nel caso di specie può essere adeguatamente determinato, fissato, e concretamente utilizzato solo dall'Autorità regolatoria del settore, e se essa ha finora ritenuto di non regolare il prezzo dei servizi di terminazione proprio per garantire un recupero di concorrenzialità ai *new comers*, sarebbe quanto meno incauto ed intempestivo intervenire in questa sede in via surrogatoria senza una visione d'insieme al posto dell'autorità di regolazione, che ha invece il potere di intervenire anche d'ufficio in materia di interconnessione, e può emettere direttive a carico delle imprese interessate (art. 41 segg. c.c.e.).

Alla luce di queste considerazioni sussiste quindi un profilo di incongruità/irricevibilità della domanda cautelare che può apprezzarsi o sotto il profilo dell'inammissibilità, o del difetto di *fumus*.

3. La resistente FastWeb ha peraltro evidenziato anche la mancanza di *periculum*.

Essa ha osservato che le problematiche oggetto di questo procedimento sono state ben presenti a Telecom da lungo tempo, perché "*i prezzi di terminazione di FW di cui questa sede si chiede l'inibitoria sono praticati sin dal dicembre 2003*"; ha osservato quindi che "*solo oggi, a distanza di quasi due anni e mezzo dall'avvio della fatturazione, da parte di FW nel dicembre 2003, dei*

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

prezzi contestati, TI si accorge che questi sono ingiustificatamente gravosi...".

A questa obiezione Telecom ha replicato sostenendo che «*il sintomo, inequivocabile, ma al tempo stesso assolutamente nuovo, della dimensione assunta dal comportamento di FastWeb si è manifestato per Telecom (ma, andrebbe detto, per l'intero mercato) nel recente esito della gara Consip, in corso di aggiudicazione proprio a Fastweb, e degli elementi in quella sede emersi(...) È evidente che la nuova dinamica si astrae completamente dalla pregresse contestazioni fatte da Telecom (...) solo l'esito della gara Consip (gennaio 2006) ha posto con chiarezza Telecom di fronte a un rischio di pregiudizio imminente e irreparabile, traente origine da comportamenti illeciti sotto il profilo antitrust*».

Tuttavia, proprio alla luce di tale replica non è dubbio che manchi il requisito del *periculum*.

Esso manca certamente in ordine alla domanda principale avente ad oggetto un provvedimento di inibitoria volto a ridurre d'urgenza il prezzo di terminazione applicato da FastWeb, poiché da un lato tale prezzo è stato applicato sin dalla fine del 2003 senza che Telecom abbia mostrato di risentire finora alcun danno rilevante da tale fatto, mentre dall'altro essa stessa ammette che il danno paventato nasce solo dall'utilizzazione distorsiva che di tale prezzo sarebbe fatta, in combinazione con la rigidità del prezzo dei servizi in entrata imposti a Telecom medesima, solo in occasione della gara Consip.

Ma se per il passato, dunque, il prezzo applicato da FastWeb non ha prodotto alcun danno irreparabile (né un danno più qualificabile oggi come imminente), non si vede come potrebbe lo stesso prezzo produrre tale danno a partire da ora in poi in relazione a gare pubbliche.

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

V'è semmai da aggiungere che se poi il prezzo fosse, in relazione a tali gare, davvero un prezzo economicamente "non giustificato", allora finirebbe per rivestire quel carattere di "anomalia" ostativo - secondo le norme dettate in materia di gare e appalti pubblici - all'aggiudicazione da parte degli stessi organi preposti a valutare le offerte in gara e la legittimità del procedimento. In sostanza, una tutela contro un'offerta anomala potrebbe essere richiesta e realizzata congruamente in sede amministrativa, e anche se ovviamente la competenza della P.A. al riguardo non elimina la concomitante competenza antitrust demandata a questa Corte, sarebbe anche sotto questo profilo quanto meno incauto intervenire in senso impeditivo sullo svolgersi della gara in corso con provvedimenti interinali basati su una cognizione meramente sommaria senza poter avere la visuale d'insieme della correlazione funzionale tra prezzi dei servizi in entrata e prezzi dei servizi di terminazione.

Alla stregua delle considerazioni esposte, dunque, la domanda cautelare dev'essere rigettata.

4. Il rigetto del ricorso implica la necessità – ai sensi dell'art. 669-*septies* c.p.c. - di provvedere sulle spese di lite, spese che, stante l'esito della domanda, vanno poste integralmente a carico della ricorrente secondo il regime di soccombenza.

La relativa misura, per brevità, viene direttamente liquidata in dispositivo, tenuto conto della natura e del valore della controversia, della qualità e quantità delle questioni trattate e dell'attività complessivamente svolta dai difensori.

Per Questi Motivi

Visti gli artt. 669 *sexies*, 669 *septies* e 700 c.p.c., nonché gli artt. 1, 3 e 33, 2° comma, legge 10 ottobre 1990, n. 287;

disattesa ogni diversa domanda ed eccezione, così provvede:

1) **rigetta** la domanda cautelare proposta da Telecom Italia S.p.A.

Visto del Giudice Estensore
(Dott. Filippo Lamanna)

nei confronti della resistente FastWeb S.p.A.;

2) **condanna** la ricorrente Telecom Italia all'integrale rifusione delle spese di lite sostenute dalla resistente nel presente procedimento, liquidate per tale fase in € 10.200,00 (di cui € 2.200,00 per diritti ed € 8.000,00 per onorari), oltre alle spese generali di studio al 12,5% ed ai competenti oneri fiscali e previdenziali.

Milano, addì 2 maggio 2006

Il Consigliere Designato

(Dott. Filippo Lamanna)

CORTE D'APPELLO di MILANO
DEPOSITATO IN CANCELLERIA

OGGI 16 MAG. 2006

IL CANCELLIERE

Concetta Meldone

Visto del Giudice Estensore

(Dott. Filippo Lamanna)