



REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
IL TRIBUNALE DI ROMA  
XVII SEZIONE CIVILE

**Sezione Specializzata in materia di Impresa**

composta dai magistrati:

Dott.ssa Claudia Pedrelli	Presidente
Dott. Fausto Basile	Giudice
Dott. Giuseppe Russo	Giudice rel.

riunito in camera di consiglio ha emesso la seguente

**SENTENZA**

nella causa civile di primo grado iscritta nel registro generale per gli affari contenziosi al n. 17824 dell'anno 2016 vertente

**tra**

**Estracom S.p.A.** (C.F. 01875880971), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in Roma al corso Vittorio Emanuele II n. 284 presso lo studio dell'Avv. Eutimio Monaco che la rappresenta e difende in forza di procura in atti

**attrice**

**e**

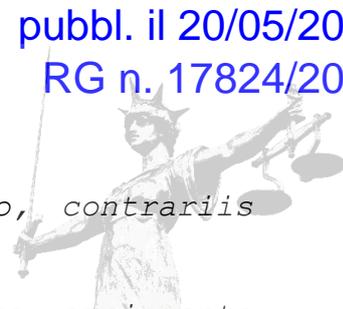
**Telecom Italia S.p.A.** (C.F. 00488410010), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in Roma alla piazza dei Caprettari n. 70 presso lo studio dell'Avv. Iacopo Pietro Cimino che la rappresenta e difende unitamente agli Avv. ti Luigi Arturo Bianchi e Stefano Verzoni in forza di procura in atti

**convenuta**

**oggetto:** risarcimento danni da illecito antitrust

**conclusioni**





per parte attrice: "Voglia l'Ecc.mo Tribunale adito, *contrariis rejectiis*,

1) accertare e dichiarare che le condotte tutte ampiamente illustrate, poste in essere da Telecom Italia S.p.A, costituiscono abuso di posizione dominante in violazione degli artt. 101 e 102 del T.F.U.E. (già artt. 81 e 82 del Trattato CE) e/o condotte illecite ed anticoncorrenziali in violazione degli artt. 2598 e/o 2043 cod. civ.; per l'effetto inibire a Telecom Italia S.p.A. la continuazione e/o ripetizione delle condotte abusive e/o comunque illegittime meglio descritte nella narrativa del presente atto, ove ancora in essere alla data della pronuncia;

2) in ogni caso condannare Telecom Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, al risarcimento di tutti i danni patrimoniali e non patrimoniali, a qualsiasi titolo subiti e subendi dall'attrice in conseguenza delle condotte illecite poste in essere dalla convenuta come da Atto di citazione, pari ad euro 7.290.338,01, ovvero in subordine, condanni Telecom Italia S.p.A. al risarcimento dei seguenti danni liquidati così come da Bozza di Relazione di Consulenza Tecnica d'Ufficio del 21.12.2017 nella misura di euro 1.734.180,00; ovvero in ulteriore subordine, condanni Telecom Italia S.p.A. al risarcimento dei seguenti danni liquidati così come da Relazione di Consulenza Tecnica d'Ufficio del 14.03.2018 nella misura di euro 1.545.077,00; in ogni caso sempre oltre al danno all'immagine subito da parte attrice da liquidare in via equitativa, interessi e rivalutazione monetaria maturati e maturandi sino al soddisfo;

3) fissare una somma dovuta dalla convenuta per ogni ulteriore abuso o discriminazione successivamente posta in essere in violazione della emananda sentenza e formalmente constatata dall'attrice, o per ogni violazione e/o ritardo nell'esecuzione dei provvedimenti inibitori che il Giudice adito vorrà adottare;

4) disporre la pubblicazione del dispositivo dell'emananda sentenza sui quotidiani "Il Sole 24 Ore" e "Il Corriere della Sera" con caratteri doppi, a cura dell'attrice ed a spese della convenuta.





*In ogni caso, con la refusione di spese ed oneri di lite in capo a Telecom Italia S.p.a.”.*

*Per parte convenuta: "Piaccia all'Onorevole Tribunale adito, per le ragioni di cui in atti o per quanto meglio ritenuto, disattesa ogni contraria domanda, eccezione e deduzione, e respinte tutte le avverse istanze istruttorie, così giudicare.*

*In via pregiudiziale: dichiarare la propria incompetenza a decidere con riguardo alle condotte riconducibili alle disposizioni del Contratto ULL del 23 aprile 2002, in ragione della clausola compromissoria ivi prevista.*

*Nel merito, in via preliminare: accertare e dichiarare l'intervenuta prescrizione, quantomeno parziale, dei diritti risarcitori azionati da Estracom S.p.A..*

*Sempre nel merito, in ogni caso: rigettare integralmente le domande formulate da Estracom S.p.A. in quanto infondate in fatto e in diritto.*

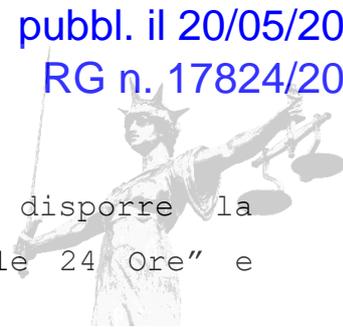
*In via istruttoria: disporre la rinnovazione e/o l'integrazione della consulenza tecnica d'ufficio.*

*Con condanna di Estracom S.p.A. alla rifusione delle spese di lite, oltre al rimborso forfettario, spese generali e agli oneri di legge accessori”.*

#### **FATTO E DIRITTO**

1. La società Estracom S.p.A. (di seguito Estracom) ha citato in giudizio la Telecom Italia S.p.A. (di seguito Telecom) chiedendo di dichiarare che le condotte della convenuta (descritte nell'atto di citazione) costituiscono abuso di posizione dominante in violazione degli artt. 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) e/o condotte illecite ed anticoncorrenziali in violazione degli artt. 2598 e/o 2043 c.c., con conseguente inibitoria a Telecom di continuare e/o ripetere le condotte illecite e sua condanna al risarcimento dei danni, patrimoniali e non patrimoniali quantificati in complessivi euro 7.290.338,01. Ha chiesto, inoltre, di fissare una somma a carico

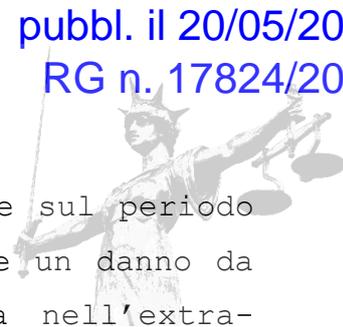




della convenuta per ogni ulteriore abuso e di disporre la pubblicazione della sentenza sui quotidiani "Il Sole 24 Ore" e "Corriere della sera".

A fondamento delle domande l'attrice - quale operatore autorizzato ad offrire servizi di telecomunicazione ed in particolare di telefonia vocale su rete fissa e di accesso dati a banda larga destinati all'utenza *business* (imprese) e all'utenza residenziale (famiglie) - ha accusato la convenuta di aver abusato della propria posizione dominante nel mercato all'ingrosso dell'accesso disaggregato alla rete locale (*unbundling*) e dell'accesso alla banda larga (*bitstream*) e precisamente: 1) di aver opposto alle imprese concorrenti un numero ingiustificatamente elevato di rifiuti (c.d. KO) alle richieste di attivazione dei servizi di accesso all'ingrosso; 2) di aver posto in essere strategie di prezzo discriminatorie ovvero finalizzate alla compressione dei margini dei concorrenti. A supporto del proprio assunto l'attrice ha invocato il provvedimento n. 24339 adottato in data 9 maggio 2013 dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito AGCM), la quale, all'esito di un procedimento istruttorio avviato nei confronti della Telecom (procedimento n. A/428) aveva sanzionato quest'ultima, accertando che le pratiche discriminatorie qui denunciate, poste in essere per tutto il periodo compreso tra gli anni 2009 e 2011, costituiscono abuso della posizione dominante. L'attrice ha indicato quali voci di danno eziologicamente connesse agli ingiustificati rifiuti di attivazione dei servizi di accesso all'ingrosso, oltre all'incremento dei costi delle lavorazioni degli ordini, la perdita di clientela, la perdita di *chance*, la perdita di rivenditori e *partner* commerciali e il pregiudizio alla propria immagine e reputazione commerciale; ha quindi allegato una consulenza di parte nella quale i periti incaricati, in ossequio al principio di omnicomprensività del danno da illecito antitrust sancito dalla direttiva 2014/104/UE, utilizzando il metodo del *benchmarking*, hanno stimato il danno relativo al periodo 2009-2012 in euro 3.576.224,75, nonché i danni per gli effetti inerziali

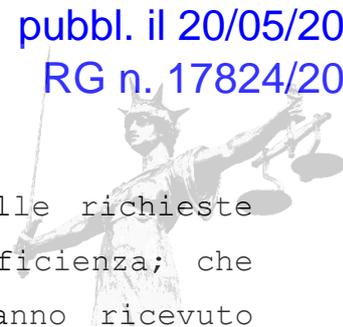




riflessi sul periodo 2013-2015 in euro 2.493.937,69 e sul periodo 2016-2017 in euro 303.003,73; infine ha dedotto anche un danno da *overcharge* per il periodo 2009-2015 consistito sia nell'extra-costi ovvero nel maggior prezzo indebitamente corrisposto a Telecom per l'acquisto dei servizi in parola (rispetto al prezzo scontato praticato dalla convenuta alla sua clientela primaria), sia come margine addizionale che la società attrice avrebbe ottenuto sugli accessi mancati in ragione dei minori costi all'ingrosso, danni quantificati dai periti di parte rispettivamente in euro 313.479,08 ed in euro 103.692,76.

Si è costituita in giudizio la Telecom, eccependo, in via pregiudiziale e preliminare: 1) la necessità di devolvere la controversia ad un collegio arbitrale in forza della clausola compromissoria contenuta nel contratto stipulato tra le due parti in causa avente ad oggetto la fornitura del servizio *Unbundling Local Loop* (ULL); 2) la nullità dell'atto di citazione per carenza e genericità della domanda; 3) l'intervenuta prescrizione, anche solo parziale, dei diritti risarcitori azionati da Estracom. Nel merito, la convenuta ha chiesto il rigetto delle domande avversarie per la manifesta assenza dei danni lamentati e, prima ancora, per non essere configurabile il prospettato abuso di posizione dominante e comunque la violazione da parte di Telecom di regole poste a presidio della concorrenza. La convenuta in particolare ha eccepito: che il valore probatorio rafforzato del provvedimento emesso dall'AGCM non può estendersi a tutti gli elementi costitutivi della pretesa risarcitoria avanzata dall'attrice; che il KO non esprime la volontà di rifiutare la prestazione richiesta, ma è solo una fase eventuale e del tutto fisiologica del processo di *delivery*; che occorre distinguere tra le richieste effettive (c.d. richieste elementari o ordinativi netti) e gli ordinativi di lavoro (c.d. ordinativi lordi), in quanto la medesima richiesta elementare può generare più ordinativi (c.d. catena) e più KO e soltanto gli scarti definitivi delle richieste elementari identificano i casi di potenziale mancata acquisizione dei clienti; che la Telecom nel corso degli





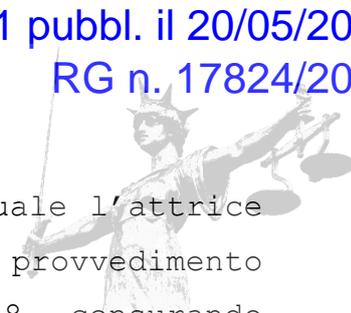
anni ha implementato il processo di lavorazione delle richieste degli OLO facendo investimenti e migliorandone l'efficienza; che gli OLO non sono stati discriminati, ma, anzi, hanno ricevuto prestazioni complessivamente migliori rispetto alle funzioni commerciali Telecom, come anche accertato dall'Autorità Garante della Comunicazione e dall'Organo di Vigilanza. La convenuta, infine, ha contestato le specifiche voci di danno denunciate da controparte negandone l'esistenza e deducendo inoltre che: l'analisi dei periti avversari si fonda su un *benchmark* errato sia da un punto di vista geografico, che da un punto di vista cronologico, in quanto gli stessi periti per costruire lo scenario controfattuale hanno fatto riferimento ad un mercato (quello britannico) e ad un periodo temporale (gli anni compresi tra il 2002 e il 2006) non compatibili con lo scenario italiano nel periodo oggetto di accertamento da parte dell'AGCM (anni compresi tra il 2009 e il 2011); che la Estracom non può rivendicare alcun danno riferibile alle presunte pratiche tariffarie abusive della Telecom, in quanto non opera nel segmento di mercato della grande clientela affari.

La causa è stata istruita attraverso l'acquisizione di documenti prodotti dalle parti; è stata, inoltre, disposta ed espletata una consulenza tecnica d'ufficio di natura economico-contabile volta, tra l'altro, all'accertamento e alla quantificazione dei danni lamentati dall'attrice.

All'udienza del 12/02/2021 (tenutasi con le modalità della trattazione scritta previste dagli artt. 221 D.L. 34/20, convertito in legge 17 luglio 2020 n. 77 e 83 D.L. 18/2020, convertito in legge 24 aprile 2020 n. 27) le parti hanno precisato le conclusioni come riportate in epigrafe e la causa è stata rimessa dinanzi al Collegio per la decisione, previa assegnazione dei termini ordinari previsti dall'art. 190 c.p.c. per il deposito delle comparse conclusionali e delle repliche.

2. Anzitutto va respinta l'eccezione pregiudiziale di nullità dell'atto di citazione per carenza della *edictio actionis* così





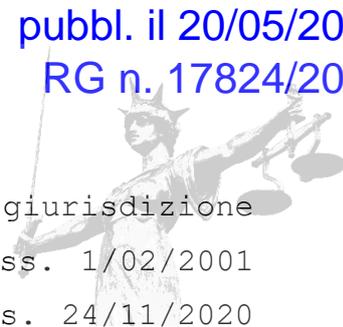
come sollevata dalla società convenuta, secondo la quale l'attrice si sarebbe limitata a richiamare i contenuti del provvedimento emesso dall'AGCM all'esito del procedimento n. A/428, censurando genericamente le condotte della Telecom in danno della generalità dei concorrenti senza allegare gli specifici comportamenti che quest'ultima avrebbe commesso in danno della Estracom.

La nullità per carenza dei requisiti di cui all'art. 163, nn. 3 e 4 c.p.c. postula la totale omissione dei fatti posti a fondamento della domanda e l'assoluta incertezza del bene della vita di cui si chiede il riconoscimento. Nel caso di specie, contrariamente a quanto sostenuto dalla convenuta, le domande proposte dall'attrice sono sufficientemente determinate sia nel *petitum* (costituito dalle richieste di accertamento degli illeciti antitrust e anticoncorrenziali, di inibitoria e di risarcimento del danno) che nella *causa petendi* (integrata dalle condotte abusive e discriminatorie imputate alla Telecom e dai danni specificamente indicati dall'attrice). L'atto introduttivo contiene con sufficiente determinazione tutti i requisiti formali e sostanziali indispensabili per delineare - almeno sul piano della fattispecie astratta - la responsabilità extracontrattuale imputata alla società convenuta, la quale, in tal modo, è stata posta nella condizione di formulare in via immediata ed esauriente le proprie difese (cfr. Cass. 4.06.2001 n. 7507), come in effetti è avvenuto.

3. Sempre in via preliminare occorre esaminare l'eccezione di compromesso sollevata dalla Telecom, la quale, invocando la clausola compromissoria contenuta in uno dei contratti stipulati con la controparte (e precisamente nel contratto del 23/4/2002 che regola la fornitura del servizio ULL), sostiene che la presente controversia debba essere deferita ad arbitri.

Tale eccezione pone una questione che attiene al merito, e non alla giurisdizione o alla competenza, in quanto i rapporti tra giudici ed arbitri non si pongono sul piano della ripartizione del potere giurisdizionale tra giudici, e l'effetto della clausola





compromissoria consiste proprio nella rinuncia alla giurisdizione ed all'azione giudiziaria (cfr. tra le tante cfr. Cass. 1/02/2001 n. 1403, Cass. 28/07/2004 n. 14234 e, da ultimo, Cass. 24/11/2020 n. 26696). Si tratta, quindi, di una questione preliminare di merito che attiene alla validità o all'interpretazione del compromesso o della clausola compromissoria.

L'eccezione è infondata.

Il contratto datato 23/4/2002 avente ad oggetto la fornitura del servizio ULL prodotto in copia dalla parte attrice (all. 3) contiene, all'art. 30, una clausola compromissoria ai sensi della quale *"tutte le controversie che dovessero insorgere tra le parti sull'interpretazione o esecuzione del presente accordo ... saranno devolute ad un collegio arbitrale costituito a norma dell'art. 806 e ss del c.p.c. italiano composto da tre arbitri"*.

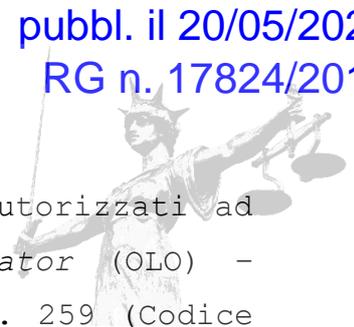
Dal tenore letterale della clausola emerge chiaramente l'intenzione delle parti di devolvere alla cognizione degli arbitri le sole controversie di natura contrattuale riguardanti appunto l'interpretazione e l'esecuzione del contratto relativo alla fornitura del servizio ULL. Nel caso di specie la controversia insorta tra le parti non è direttamente riconducibile al rapporto contrattuale sopra menzionato, in quanto la responsabilità imputata dall'attrice alla convenuta non ha fonte nel contratto, ma in comportamenti illeciti asseritamente posti in essere dalla Telecom in violazione degli artt. 101 e 102 TFUE e degli artt. 2598 e/o 2043 c.c.

Ne consegue che la clausola compromissoria non può operare e la controversia deve essere rimessa alla cognizione del giudice adito dall'attrice.

4. Venendo al merito le domande proposte da Estracom sono fondate e devono essere accolte nei limiti di seguito precisati.

Telecom è una delle principali società operanti nel settore delle telecomunicazioni, nonché proprietaria delle infrastrutture di rete necessarie per l'erogazione dei relativi servizi. In particolare, Telecom è proprietaria della rete pubblica commutata,





della quale si avvalgono anche gli altri soggetti autorizzati ad operare nel settore - i c.d. *Other Licensed Operator* (OLO) - secondo quanto previsto dal d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259 (Codice delle comunicazioni elettroniche).

Tra le società attive nel settore come OLO vi è la Estracom. Non disponendo di proprie infrastrutture, essa acquista "all'ingrosso" da Telecom l'accesso alla rete (c.d. ULL) nonché il servizio di trasmissione dati in banda larga (c.d. *bitstream*), per poi offrire ai propri clienti finali servizi di telefonia vocale e di connettività ed accesso ad internet a banda larga.

I rapporti tra Telecom ed Estracom sono regolati da specifici accordi che disciplinano, tra l'altro, le modalità di accesso ai servizi di rete.

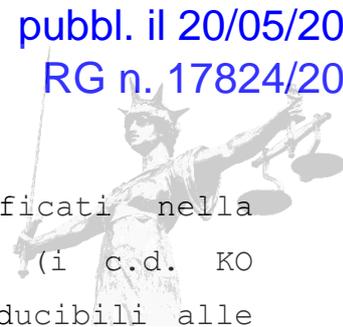
Per connettere alla rete i propri clienti finali ed erogare i servizi di accesso ad internet, Estracom - così come gli altri OLO - deve inviare a Telecom delle apposite richieste (ordini di lavoro) seguendo una speciale procedura (c.d. *delivery process*).

Tale procedura può concludersi con esito positivo, e in tal caso l'OLO potrà erogare al proprio cliente finale il servizio richiesto, oppure esito negativo: in quest'ultimo caso, il cliente finale non ottiene la connessione a causa di un errore che determina uno "scarto" o "KO" (netto).

I KO possono intervenire in diverse fasi della procedura e per diverse ragioni, che vengono sinteticamente descritte mediante l'attribuzione di un codice. L'AGCM, nel provvedimento sanzionatorio di cui si dirà a breve, riporta una classificazione dei KO che li distingue in cinque categorie o "famiglie", contraddistinte con lettere dalla A alla E, sulla base delle diverse ragioni che possono darvi luogo.

Nell'ambito di tale classificazione, merita evidenziare che, secondo quanto chiarito dall'AGCM, taluni tipi di KO sono generati da cause imputabili all'OLO (i c.d. KO formali, dovuti, ad esempio, a errori di compilazione degli ordinativi di lavoro, classificati nella famiglia A) o riconducibili al cliente finale (i c.d. KO cliente, dovuti, ad esempio, alla rinuncia da parte del





cliente finale ad attivare il servizio, classificati nella famiglia E). Le altre tipologie di KO menzionate (i c.d. KO tecnici e gestionali, famiglie B, C, D) sono riconducibili alle modalità di organizzazione e di svolgimento del processo di *delivery*.

La gestione del *delivery process* da parte di Telecom è avvenuta in modo differenziato a seconda che si tratti di ordinativi provenienti dalle funzioni commerciali interne per clienti finali della stessa Telecom (processo interno) oppure provenienti dagli OLO (processo esterno).

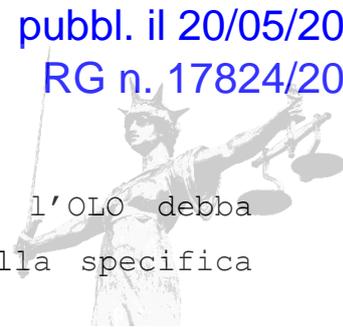
Nell'anno 2010, l'AGCM ha avviato un procedimento nei confronti di Telecom per accertare la sussistenza di condotte anticoncorrenziali consistenti, per quanto qui interessa, nell'opposizione ai concorrenti OLO di un numero ingiustificatamente elevato di rifiuti di attivazione dei servizi all'ingrosso.

All'esito dell'istruttoria, con provvedimento n. 24339/2013, l'Autorità antitrust ha accertato la sussistenza di tali condotte per il triennio 2009-2011 e le ha ritenute costituenti abuso di posizione dominante in violazione dell'art. 102 TFUE, in quanto finalizzate a rallentare il processo di crescita dei concorrenti nei mercati dei servizi di accesso al dettaglio, di telefonia vocale e di accesso ad internet a banda larga.

In particolare, l'AGCM ha riscontrato differenze strutturali e organizzative sostanziali tra il *delivery process* interno, riservato alle divisioni commerciali di Telecom per l'offerta diretta ai clienti finali, e il *delivery process* esterno riservato agli OLO, nel quale sono previste fasi e controlli formali ulteriori, tali da rendere più lenta e complessa l'attivazione dei servizi per gli OLO.

L'Autorità ha inoltre accertato che, nei casi di KO per indisponibilità della rete, mentre l'ordinativo di lavoro proveniente dalle divisioni interne di Telecom viene semplicemente sospeso, mantenendo la priorità in attesa che si renda disponibile la risorsa richiesta, l'ordinativo proveniente da un OLO viene





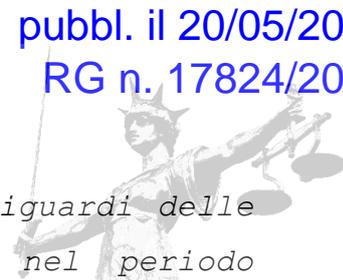
direttamente scartato con KO, il che comporta che l'OLO debba ripresentare la richiesta di attivazione relativa alla specifica linea, perdendo di fatto la priorità acquisita.

L'AGCM in particolare ha rilevato che *«il livello eccessivamente elevato dei KO emessi agli OLO, anche rispetto all'incidenza che gli scarti di lavorazione hanno per le divisioni commerciali della stessa Telecom, non costituisce un fenomeno "fisiologico" o imputabile al comportamento inefficiente degli OLO, ma è il frutto delle specifiche scelte strutturali, organizzative e procedurali adottate da Telecom nella gestione del processo di provisioning»* (v. par. 492 del provvedimento n. 24339/2013).

Gli accertamenti dell'Autorità antitrust hanno avuto ad oggetto anche le strategie commerciali e le politiche tariffarie della Telecom. Sotto questo profilo nel provvedimento in esame si legge che *«Telecom ha disegnato una politica tariffaria per la grande clientela business contraddistinta dalla capacità, quanto meno per il periodo 2009-2011, di comprimere i margini dei concorrenti altrettanto efficienti, determinandone l'esclusione dal mercato»* (v. par. 545 del provvedimento n. 24339/2013). L'AGCM ha quindi ritenuto che *«la politica tariffaria definita ed adottata da Telecom per la grande clientela business, consistente nell'applicazione delle percentuali di sconto di cui alle marketing guidelines, sia stata idonea a produrre effetti restrittivi della concorrenza sui mercati al dettaglio dei servizi di accesso alla clientela non residenziale»* (v. par. 549 del provvedimento n. 24339/2013).

L'Autorità ha, dunque, concluso deliberando: *«a) che le condotte poste in essere da Telecom e consistenti nell'opposizione ai concorrenti di un numero ingiustificatamente elevato di rifiuti di attivazione di servizi all'ingrosso, nel periodo 2009-2011, costituiscono un abuso di posizione dominante contrario all'art. 102 del TFUE, finalizzato a rallentare il processo di crescita dei concorrenti nei mercati dei servizi di accesso al dettaglio, di telefonia vocale e di accesso ad internet a banda larga; b) che le condotte poste in essere da Telecom Italia S.p.A. consistenti*





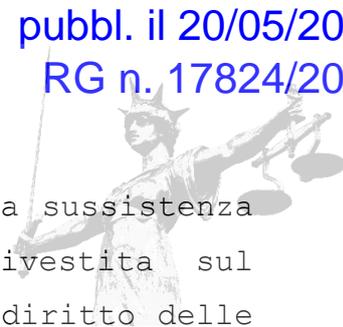
*nella compressione dei margini dei concorrenti nei riguardi delle offerte alla grande clientela affari, quantomeno nel periodo gennaio 2009 - luglio 2011, costituiscono un abuso di posizione dominante contrario all'art. 102 del TFUE, finalizzato ad ostacolare l'esplicitarsi di una effettiva concorrenza per l'offerta dei servizi di accesso al dettaglio rivolti alla clientela non residenziale».*

La legittimità del provvedimento antitrust in parola è stata confermata dal giudice amministrativo in entrambi i gradi di giudizio (TAR Lazio, Sez. I, 8.5.2014, n. 4801; Cons. Stato, Sez. VI, 15.5.2015, n. 2479). In particolare il giudice amministrativo di secondo grado ha affermato che *«va rifiutata una visione parcellizzata e atomistica della vicenda, come pretenderebbe la parte appellante [Telecom], quasi ad accertare o contrastare punto per punto ogni dato di fatto, essendo nozione comune che costituisca abuso di posizione dominante proprio una condotta o complesso di condotte commissive o omissive (non già la singola condotta) da parte dell'impresa che detiene una notevole forza di mercato, volte ad estromettere l'impresa concorrente attraverso l'adozione di una complessa strategia escludente o predatoria nei confronti dei rivali».*

5. Per stabilire il valore probatorio da attribuire nell'ambito del presente giudizio agli accertamenti amministrativi sopra esaminati occorre tenere presenti le indicazioni fornite dalla Corte di Cassazione con riferimento alle azioni di risarcimento danni da illecito antitrust c.d. *follow-on* (e cioè susseguenti al preventivo accertamento dell'illecito in sede amministrativa) introdotte, come quella qui in esame, precedentemente all'entrata in vigore del Decreto Legislativo 19 gennaio 2017, n. 3, recante Attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014.

La Suprema Corte ha, infatti, affermato che le conclusioni assunte dall'AGCM, nonché le decisioni del giudice amministrativo che eventualmente abbiano confermato o riformato quelle decisioni,





costituiscono una prova privilegiata in relazione alla sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso, fermo restando il diritto delle parti nel giudizio civile instaurato per il risarcimento dei danni di offrire prove a sostegno di tale accertamento o ad esso contrarie (Cass. n. 3640/2009), tuttavia *"senza che sia possibile nel giudizio civile rimettere in discussione i fatti costitutivi dell'affermazione di sussistenza della violazione della normativa in tema di concorrenza in base allo stesso materiale probatorio od alle stesse argomentazioni già disattesi"* dall'Autorità Garante all'esito del procedimento (così Cass. n. 13486/2011).

Nel caso di specie, mancando elementi di prova contraria, vanno condivise le conclusioni raggiunte dell'AGCM in ordine alla posizione dominante individuale detenuta da Telecom nel mercato all'ingrosso dell'accesso disaggregato alla rete locale (*unbundling*) e dell'accesso alla banda larga (*bitstream*) e alla condotta abusiva posta in essere da quest'ultima.

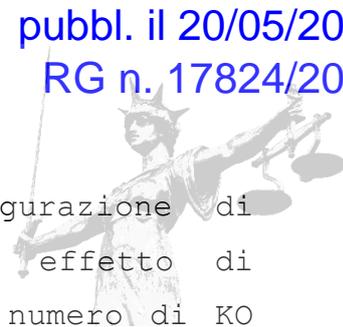
Le eccezioni sollevate in questa sede dalla convenuta per contrastare l'assunto avversario circa la sussistenza dell'illecito per lo più sono già state esaminate e respinte sia dall'AGCM che dal giudice amministrativo con motivazioni del tutto condivise da questo Tribunale.

In particolare deve essere disattesa la tesi di Telecom, sostenuta senza successo anche in sede procedimentale e dinanzi al giudice amministrativo, secondo cui la sussistenza dell'illecito anticoncorrenziale andrebbe accertata caso per caso in relazione ai singoli KO.

A ben vedere l'illecito anticoncorrenziale accertato dall'AGCM è la risultante di una rilevazione statistica, data dal differenziale tra il numero di KO "fisiologici", rinvenibili anche nel *delivery process* interno di Telecom, e il maggior numero di KO che Telecom ha opposto ingiustificatamente agli OLO.

Ai fini dell'accertamento degli elementi della fattispecie risarcitoria, e in particolare della condotta illecita, non assume dunque rilevanza il singolo KO, né ha senso distinguere i singoli





KO in leciti e illeciti: ai fini della configurazione di responsabilità, ciò che rileva è il complessivo effetto di distorsione della concorrenza derivante dal maggior numero di KO ingiustificatamente e reiteratamente opposti da Telecom agli OLO e non alle proprie divisioni commerciali, che invece hanno beneficiato di una "corsia preferenziale" nell'accesso ai servizi di rete per i propri clienti finali.

Del resto la convenuta non ha offerto alcuna prova idonea a smentire l'accertamento svolto dall'AGCM sui comportamenti anticoncorrenziali e discriminatori posti in essere da Telecom.

Per quanto fin qui esposto va accertato e dichiarato che siffatte condotte della convenuta costituiscono abuso di posizione dominante in violazione dell'art. 102 TFUE.

6. Di conseguenza va accolta la domanda di inibitoria avanzata da Estracom volta ad impedire la reiterazione delle condotte abusive.

7. Passando ad esaminare la successiva domanda di risarcimento danni avanzata dall'attrice, va anzitutto disattesa l'eccezione preliminare di prescrizione sollevata dalla convenuta.

In linea generale, la dottrina e la giurisprudenza prevalenti hanno chiarito che il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno decorre non da quando la condotta illecita viene posta in essere, bensì da quando il danneggiato può ritenersi in grado di percepire l'esistenza dell'illecito in tutti i suoi elementi oggettivi e soggettivi, nonché degli effetti dannosi da esso prodotti (in tal senso, tra le tante, Cass. civ., Sez. III, 21.2.2003, n. 2645).

Con particolare riferimento al risarcimento del danno per illecito antitrust, già da tempo la giurisprudenza europea, registrando la lacuna normativa dell'ordinamento sovranazionale relativamente alla disciplina della prescrizione del diritto, aveva invitato i giudici nazionali ad interpretare il diritto interno nel senso da rendere effettivi gli obiettivi di tutela



risarcitoria già fissati dal regolamento UE n. 1/2003 (CGUE, sent. 13.7.2006, in cause riunite da C-295/04 a C-298/04, Manfredi).

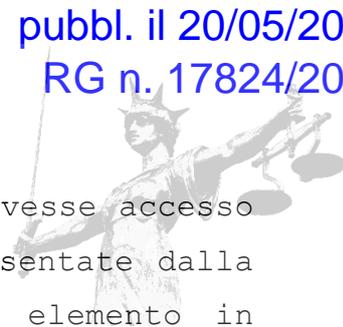
In linea con tali indirizzi interpretativi, la giurisprudenza di legittimità ha successivamente chiarito che l'illecito antitrust dà luogo ad un danno "lungolatente", nel senso che *«il momento dell'inflizione del danno ad opera del danneggiante ed il momento della sua percezione da parte del danneggiato non coincidono, ma tra loro si verifica uno stacco temporale»* (così Cass. civ., Sez. III, 2.2.2007, n. 2305), ed è conseguentemente pervenuta a statuire che il *dies a quo* della prescrizione del relativo diritto al risarcimento deve essere individuato nella data di deposito del provvedimento amministrativo di accertamento dell'illecito concorrenziale (cfr. Cass. civ., Sez. III, 6.12.2011, n. 26188).

Si noti che i principi ispiratori della richiamata giurisprudenza hanno trovato positiva conferma nella recente novella legislativa di cui all'art. 8 d.lgs. n. 3/2017, attuativo dell'art. 10 della direttiva 2014/104/UE, in base al quale il termine di prescrizione non inizia a decorrere prima che la violazione del diritto della concorrenza sia cessata e prima che l'attore sia a conoscenza o si possa ragionevolmente presumere che sia a conoscenza degli elementi essenziali dell'illecito, restando in ogni caso sospesa la prescrizione durante il procedimento antitrust.

Facendo applicazione di tali principi al caso di specie, considerata la natura e l'assoluta novità e peculiarità dell'illecito anticoncorrenziale accertato dall'AGCM, deve ritenersi che l'attrice abbia potuto raggiungere piena consapevolezza del danno cagionato dalla condotta abusiva di Telecom soltanto a seguito dell'adozione del provvedimento sanzionatorio n. 24339/2013 del 9.5.2013, pubblicato sul Bollettino dell'Autorità n. 20 del 27.5.2013.

Non si vede come il singolo OLO, e nel caso di specie Estracom, avrebbe potuto percepire la condotta di Telecom come non corretta e lesiva dei suoi diritti, prima e al di fuori dell'accertamento compiuto dall'AGCM. Non risulta infatti che la società attrice,





pur avendo consapevolezza dei numerosi KO ricevuti, avesse accesso diretto e completo ai dati relativi alle domande presentate dalla divisione commerciale interna alla stessa Telecom, elemento in assenza del quale non è assolutamente possibile percepire la condotta come abusiva e discriminatoria in violazione delle norme a tutela della concorrenza.

Né il *dies a quo* della prescrizione può essere fatto risalire - come preteso dalla convenuta - alla data di avvio del procedimento antitrust (23.6.2010) o prima ancora al momento (febbraio e aprile 2010) in cui altri operatori diversi da Estracom hanno segnalato all'AGCM gli abusi di Telecom. La denuncia da parte di soggetti diversi dall'attrice e l'avvio del procedimento non sono infatti di per sé dirimenti ai fini del decorso del termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno, laddove non sia provato che il danneggiato abbia avuto contestualmente piena conoscenza di tutti gli elementi della fattispecie illecita. Nel caso che occupa, la convenuta, su cui grava il relativo onere, non ha offerto tale prova, limitandosi a considerazioni generiche e di carattere puramente ipotetico.

Pertanto, considerando che, come risulta dalla documentazione depositata in giudizio dalle parti, a fronte della pubblicazione del provvedimento dell'AGCM in data 27.5.2013, Estracom ha provveduto sin dal 10.7.2015 ad inviare a Telecom formale diffida (all. 3 del fascicolo di parte convenuta) interruttiva del termine di prescrizione e che, successivamente, ha instaurato il presente giudizio con notifica dell'atto di citazione il 4.3.2016, il termine quinquennale ex art. 2043 Cod. civ. non è spirato e l'eccezione di prescrizione deve conseguentemente essere rigettata.

8. Nel merito la domanda risarcitoria è parzialmente fondata nei limiti di seguito precisati.

L'efficacia probatoria privilegiata della decisione adottata dall'Autorità Garante deve intendersi limitata all'accertamento della posizione rivestita sul mercato dalla società indagata, alla



qualifica di tale posizione come dominante, alla sussistenza del comportamento accertato e alla sua qualificazione come abuso della posizione dominante. Deve, invece, escludersi che lo stesso valore possa essere attribuito all'accertamento di tutti gli ulteriori elementi necessari alla liquidazione del risarcimento dei danni a favore delle vittime, quali in particolare la sussistenza dei danni ed il nesso di causalità rispetto al comportamento sanzionato.

Ed allora si deve fare riferimento alle regole generali in tema di onere probatorio (art. 2697 c.c.) e porre a carico della parte che propone l'azione risarcitoria l'onere di fornire la prova degli elementi costitutivi della propria pretesa.

E' evidente che un simile onere, in base ai principi generali, può essere assolto anche per il tramite di presunzioni.

Per il nesso eziologico l'onere probatorio risulta in parte attenuato in considerazione degli orientamenti giurisprudenziali che in tema di danno antitrust tendono al superamento del rigido criterio statistico, posto solitamente alla base del sillogismo causale, con il più ampio criterio del *"più probabile che non"*, ovvero della *"alta probabilità logica"*, *"da intendersi come grado di credenza razionale nel verificarsi di un determinato evento"* (cfr. Cass. n. 2305/2007).

Occorre quindi verificare se ricorrono tutti i presupposti per configurare una responsabilità della Telecom nei confronti di Estracom e se quest'ultima rientra tra le imprese concorrenti che in concreto hanno subito un pregiudizio eziologicamente collegato ai comportamenti illeciti accertati dall'autorità amministrativa.

All'esito degli approfondimenti istruttori condotti dal prof. Giuseppe Sancetta, consulente tecnico d'ufficio nominato in corso di causa, risulta dimostrato che soltanto la prima delle due condotte illecite di Telecom, sanzionate dall'AGCM, ha determinato un pregiudizio immediato e diretto anche nei confronti dell'attrice.

In relazione alla seconda fattispecie sanzionata dall'AGCM (capo "b" del provvedimento n. 24339 del 9/5/2013), consistente in una



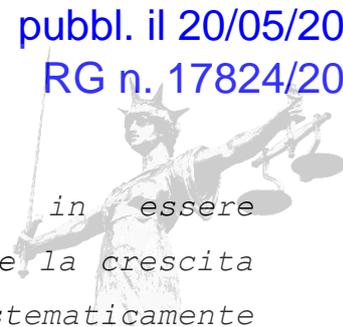
strategia di compressione dei margini posta in essere da Telecom nel segmento della grande clientela d'affari, il CTU non ha rinvenuto, nella documentazione prodotta da parte attrice, elementi sufficienti ed idonei ad attestare che Estracom abbia realisticamente sopportato un danno come diretta conseguenza di tale strategia. Secondo il consulente d'ufficio manca, quindi, la prova del danno da *overcharge* lamentato dall'attrice e, prima ancora, del nesso di causalità tra detto danno e la condotta abusiva imputata alla convenuta. Non si hanno, infatti, informazioni per determinare, nel concreto, quali sarebbero le gare (e quindi i clienti) che Estracom avrebbe perso come diretta conseguenza del secondo illecito posto in essere da Telecom. Non si dispone neppure di elementi idonei ad accertare se Estracom partecipasse effettivamente alle procedure di selezione del fornitore in cui si è realizzato detto illecito.

Con riferimento, invece, alla prima condotta abusiva sanzionata dall'AGCM (capo "a" del provvedimento n. 24339 del 9/5/2013) devono ritenersi integrati tutti gli elementi costitutivi della pretesa risarcitoria avanzata dall'attrice. Il CTU ha ricostruito le frazioni di KO lordi e KO netti che Telecom ha opposto ad Estracom nel periodo 2009 - 2011, calcolando anche il numero medio di ordini di lavoro sulle richieste elementari, sia relativamente al servizio ULL che al servizio BTS. Tali dati sono stati posti a confronto con quelli riscontrati dall'AGCM inerenti agli ordinativi di lavoro e alle richieste delle divisioni commerciali interne di Telecom e degli altri operatori concorrenti (OLO).

Dalla comparazione è emerso che, sia per il servizio di *unbundling local loop* (ULL) che per il servizio *bitstream* (BTS), Telecom ha opposto ad Estracom un tasso di KO superiore a quello mediamente opposto agli OLO ed alle proprie divisioni commerciali.

Il prof. Sancetta ha concluso affermando che *"anche Estracom rientra tra i concorrenti che hanno subito le conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'illecito antitrust posto in essere da Telecom (almeno relativamente alla prima fattispecie individuata dall'AGCM nell'ambito del procedimento A428)".* Secondo





il consulente d'ufficio "l'incumbent ha posto in essere comportamenti anticompetitivi finalizzati a ostacolare la crescita di Estracom, la quale ha ricevuto un numero di KO sistematicamente superiore rispetto a quello delle divisioni commerciali interne a Telecom e, comunque, in linea con il tasso medio di KO opposti da Telecom agli OLO nel triennio 2009-2011".

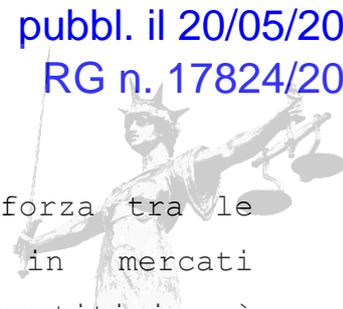
Quindi, si è avuto conferma che effettivamente anche la società attrice ha subito un pregiudizio consistente nella perdita di clientela in conseguenza dei rifiuti illegittimamente opposti da Telecom.

Per stimare il danno da perdita della clientela subito da Estracom, direttamente riconducibile al primo illecito accertato dall'AGCM (capo "a" del provvedimento finale), il consulente d'ufficio ha dapprima costruito uno scenario controfattuale diretto a ipotizzare quale sarebbe stata la probabile evoluzione delle quote di mercato degli operatori nel caso non si fossero verificate le violazioni accertate dall'AGCM ed ha poi stimato i ricavi e i margini perduti da Estracom, sulla base dei bilanci d'esercizio della Società depositati in atti.

Per costruire lo scenario controfattuale, il prof. Sancetta ha fatto riferimento ai dati elaborati dalla Commissione Europea (European Commission - Digital Scoreboard) richiamati anche nella documentazione in atti di cui al procedimento A428. Tali dati evidenziano, con periodicità semestrale, le quote di mercato detenute dai concorrenti degli ex monopolisti (ovvero gli OLO) in Europa e nei singoli mercati nazionali.

In proposito si deve condividere la scelta del consulente d'ufficio di far riferimento ai dati complessivi dell'Unione europea, in quanto essi tengono conto sia di mercati caratterizzati da elevato dinamismo competitivo che di altri contesti contraddistinti da un livello di concorrenza più tenue. Come evidenziato dal CTU, è ragionevole ipotizzare che il livello di quote di mercato raggiunto dagli OLO nei diversi mercati non derivi esclusivamente dall'assenza di abusi di posizione dominante e di politiche anticoncorrenziali praticate dagli *incumbent*, ma





può essere il risultato di variegati rapporti di forza tra le diverse organizzazioni imprenditoriali. Invero, in mercati caratterizzati dalla presenza di OLO molto competitivi, è ragionevole attendersi, *coeteris paribus*, una più elevata crescita delle quote di mercato di questi ultimi a discapito della quota detenuta dall'*incumbent*.

Di contro non può essere approvata la scelta dei consulenti di parte attrice che, invece, per costruire lo scenario controfattuale hanno fatto riferimento al mercato del Regno Unito che si distingue per un notevole dinamismo e per un livello elevato di concorrenza tra gli operatori.

Il riferimento all'Unione europea nella sua globalità anziché a un singolo mercato nazionale appare più appropriato, in quanto consente di desumere con una buona approssimazione ciò che sarebbe potuto accadere agli OLO italiani, se Telecom non avesse posto in essere le strategie anticompetitive sanzionate dall'AGCM nel provvedimento A428.

Ebbene procedendo ad un confronto internazionale ed utilizzando la stessa fonte e gli stessi paesi con cui l'AGCM ha effettuato una comparazione nell'ambito del procedimento A428, il prof. Sancetta ha verificato che gli OLO tedeschi, francesi, spagnoli e britannici sono - tutti - riusciti ad erodere ai rispettivi *incumbent* (Deutsche Telekom, France Télécom - ora Orange, e così via) quote di mercato maggiori di quanto siano riusciti a fare gli OLO italiani verso Telecom. Per quanto risulta dal grafico a pag. 24 della relazione peritale gli OLO italiani sono agli ultimi posti in quanto a capacità competitiva.

Quindi, *rebus sic stantibus*, è ragionevole ritenere che se Telecom non avesse posto in essere la suesposta strategia anticompetitiva, gli OLO italiani sarebbero potuti crescere in misura almeno pari a quanto hanno fatto mediamente gli OLO degli altri paesi europei.

Confrontando i dati dell'Unione Europea con quelli del mercato domestico il CTU ha potuto desumere le quote di mercato e la





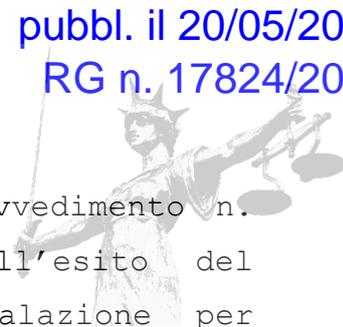
misura percentuale dei ricavi persi dagli OLO in Italia nel periodo 2009-2011.

Esaminando poi i bilanci d'esercizio di Estracom S.p.A. chiusi al 31 dicembre 2009, 31 dicembre 2010 e 31 dicembre 2011 (all. nn.11, 12 e 13 di parte convenuta) il consulente d'ufficio ha potuto stimare i valori assoluti dei ricavi perduti nell'anzidetto arco temporale, depurati dai componenti positivi di reddito non attribuibili alla somministrazione di servizi di telefonia, nonché i costi variabili correlabili ai ricavi persi. Il consulente d'ufficio ha così determinato i margini di contribuzione perduti che sono stati poi capitalizzati ad un tasso *free risk* per tener conto dell'indisponibilità delle risorse finanziarie del periodo nel quale essi sarebbero stati generati sino all'attualità. Accogliendo i rilievi dei consulenti di parte convenuta relativamente alla stima del margine di contribuzione e prendendo quindi in considerazione anche i canoni per ADSL ed i canoni per ULL il CTU ha in conclusione stimato il danno relativo al triennio 2009-2011 nei seguenti importi: euro 170.133,00 per l'anno 2009, euro 216.382,00 per l'anno 2010 ed euro 286.689,00 per l'anno 2011 (cfr. la tabella a pag. 55 della relazione peritale). Quindi il danno riportato da Estracom in conseguenza della condotta illecita posta in essere da Telecom nel triennio 2009-2011 deve essere quantificato in complessivi euro 673.204,00.

Le conclusioni del CTU fin qui riportate, fondate su adeguate indagini e supportate da un *iter* logico e argomentativo convincente ed esente da censure, devono essere pienamente condivise e fatte proprie da questo Tribunale.

Non possono, invece, essere approvate le ulteriori conclusioni del consulente d'ufficio, che, in adesione a quanto richiesto dalla parte attrice, ha proceduto alla stima anche dei danni relativi al periodo 2012-2015 sulla base del presupposto che le condotte illecite poste in essere da Telecom nel periodo 2009-2011 (ovvero nel periodo interessato dall'accertamento svolto dall'AGCM) avrebbero prodotto effetti economici anche in un arco temporale susseguente alle stesse.





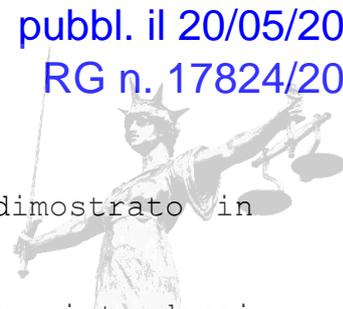
Tali conclusioni sono, infatti, smentite dal provvedimento n. 26310 adottato dall'AGCM in data 21/12/2016 all'esito del procedimento A-428C, avviato a seguito di segnalazione per verificare l'ottemperanza al provvedimento n. 24339/2013. Con il provvedimento n. 26310 (prodotto in copia dalla parte convenuta) l'Autorità antitrust ha accertato che le condotte poste in essere da Telecom nel successivo periodo 2013-2016 non presentano elementi di continuità con i comportamenti sanzionati all'esito del precedente procedimento ed ha conseguentemente escluso la reiterazione di condotte analoghe a quelle sanzionate. In particolare è stato accertato che i tassi medi di KO registrati nel periodo 2013-2016 sono progressivamente diminuiti rispetto a quelli del periodo 2009-2011 e che Telecom ha avviato un progetto di riorganizzazione dei sistemi di fornitura all'ingrosso idoneo a migliorare le garanzie di parità di trattamento.

Anche la pretesa risarcitoria riferita ad un presunto danno non patrimoniale va disattesa, dal momento che parte attrice non ha offerto specifiche prove sul deterioramento della propria immagine e reputazione commerciale nell'ambito della propria clientela.

In ogni caso occorre considerare che per la valutazione del risarcimento conseguente all'abuso di posizione dominante imputato a Telecom si deve necessariamente procedere ad una scelta di tipo discrezionale, posto che nella prospettazione del c.d. scenario controfattuale non è possibile pervenire a dati certi, ma ci si deve attenere a semplici ipotesi, sia pure supportate dai criteri della scienza econometrica cui ha fatto riferimento il CTU. Tale valutazione discrezionale nel caso di specie deve essere formulata in via equitativa, in termini di estrema prudenza, dovendosi evitare che il sistema risarcitorio si traduca in un meccanismo premiale per chi sul mercato non ha dimostrato particolare spirito di iniziativa o ambizioni espansionistiche, né si è sobbarcata i rischi di porre in essere un'attiva partecipazione alle dinamiche concorrenziali.

In questa prospettiva equitativa la determinazione del risarcimento nella indicata somma di euro 673.204,00 si ritiene





esaustiva di ogni profilo denunciato e risultato dimostrato in causa.

La somma indicata di euro 673.204,00 è da intendersi comprensiva, sempre in via equitativa, degli interessi compensativi. Su detta somma saranno invece dovuti gli ulteriori interessi al tasso legale, dalla presente pronuncia al saldo.

9. Quanto alle misure accessorie richieste dall'attrice va anzitutto respinta la domanda di fissazione di una somma a carico della Telecom per ogni ulteriore abuso. Non è possibile stabilire una somma a carico della convenuta per ogni ulteriore condotta illecita del tipo di quelle accertate, non potendosi quantificare il valore e il danno per ogni singola attività ed essendo l'abuso sopra accertato consistente non nella realizzazione di singole condotte, ma nella creazione di procedure di *delivery* discriminatorie a carico degli OLO rispetto a quelle riservate alla divisione interna della Telecom Italia S.p.A.

10. In considerazione della durata dell'illecito e della tipologia del danno arrecato all'attrice, va invece accolta la richiesta di pubblicazione del dispositivo della sentenza sui quotidiani "Il Sole 24 Ore" e "Il Corriere della Sera" con caratteri doppi, a cura dell'attrice e a spese della convenuta.

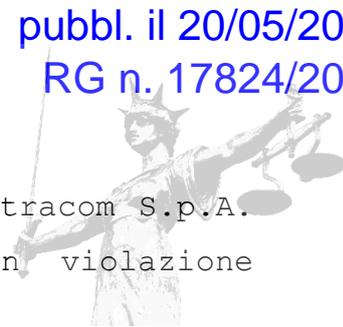
11. Le spese di lite seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo. Le spese di CTU, già liquidate in corso di causa, devono essere poste definitivamente a carico di parte convenuta.

P.Q.M.

il Tribunale di Roma, Sezione specializzata in materia di impresa, definitivamente pronunciando sulla causa in epigrafe, ogni altra istanza, difesa ed eccezione disattesa, così provvede:

- accerta e dichiara che le condotte poste in essere da Telecom Italia S.p.a. nel periodo 2009-2011 in relazione alle





- richieste di accesso al servizio inoltrate da Estracom S.p.A. costituiscono abuso di posizione dominante in violazione dell'art. 102 TFUE;
- inibisce a Telecom Italia S.p.A. la reiterazione delle condotte illecite sopra descritte;
  - condanna la convenuta al risarcimento dei danni cagionati a Estracom S.p.A. in conseguenza della condotta illecita e anticoncorrenziale sopra evidenziata, liquidando detti danni nella somma di euro 673.204,00 in moneta attuale e comprensiva degli interessi maturati ad oggi, con gli ulteriori interessi al tasso legale, dalla presente pronuncia al saldo;
  - dispone la pubblicazione della presente sentenza, per estratto (intestazione e dispositivo) e per una volta, a caratteri doppi del normale, sui quotidiani "Il Sole 24 Ore" e "Il Corriere della Sera" a cura dell'attrice e a spese della convenuta;
  - condanna la Telecom Italia S.p.A. a rifondere alla Estracom S.p.A. le spese legali liquidate in euro 30.000,00 per compensi professionali oltre accessori di legge; pone le spese di CTU definitivamente a carico di parte convenuta.

Così deciso in Roma, 19 maggio 2021

Il Giudice estensore  
dott. Giuseppe Russo

Il Presidente  
dott.ssa Claudia Pedrelli

