

**COLLEGIO ARBITRALE****12 DICEMBRE 2001****PRESIDENTE: ROMANELLI****ARBITRI: FOGLIANI,****CASTELLI AVOLIO****PARTI: BUSINESS IDEA S.R.L.****TELECOM ITALIA S.P.A.****Telecomunicazioni**

- Internet • Accesso
- Accordo 9.9.1999 tra Telecom e A.I.I.P. (Associazione Italiana Internet Provider)
- Clausola arbitrale • I.S.P. (Internet Service Provider) non iscritto all'A.I.I.P.
- Applicabilità.

*L'accordo 9.9.1999, stipulato tra Telecom e A.I.I.P. è applicabile anche all'I.S.P. che non abbia materialmente sottoscritto la clausola arbitrale.*

**Telecomunicazioni**

- Internet • Fornitura di servizi di accesso • Accordo 9.9.1999 tra Telecom e

**A.I.I.P. (Associazione Italiana Internet Provider)**

- Previsione del pagamento di una percentuale all'ISP (Internet Service Provider) sul ricavo ottenuto da Telecom per l'uso delle linee telefoniche da parte dei clienti • Obbligo di Telecom di effettuare i rimborsi • Sussiste
- Fattispecie • Criteri di calcolo.

*Nell'ambito dell'accordo tra Telecom e A.I.I.P. sussiste nella specie l'obbligo di Telecom di liquidare all'I.S.P. la percentuale stabilita, in base ai minuti di traffico, sui ricavi derivati dal traffico telefonico.*

(... omissis...).

Nella presente controversia la Business Idea denuncia la violazione da parte di Telecom degli obblighi dalla stessa assunti con la sottoscrizione dell'Accordo del 9 settembre 1999. Con tale atto Telecom, a fronte della rinuncia da parte dell'Associazione Italiana Internet Provider (AIIP) alla denuncia dalla stessa presentata all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per comportamenti anticompetitivi di Telecom nell'ambito dell'accesso ad Internet, pur non riconoscendo le contestazioni dell'AIIP ed i profili di abuso prospettati dall'Autorità, si impegnavano sostanzialmente a riconoscere a favore degli Internet provider (ISP) una percentuale di quanto Telecom ricavava dai clienti dei provider stessi dall'uso delle linee telefoniche per collegarsi ad Internet. L'Accordo era aperto all'adesione di tutti gli ISP, anche non aderenti all'AIIP, che ne avessero fatto richiesta entro il 15 ottobre 1999 e prevedeva il riconoscimento di rimborsi da determinarsi in relazione ai minuti di traffico terminato sui numeri telefonici Telecom Italia, dei POP degli ISP. La quantificazione del rimborso avrebbe dovuto essere operata secondo criteri diversi per il periodo gennaio 1999-agosto 1999, per il periodo gennaio 1998-dicembre 1998 (art. 8) e per il periodo 1 settembre 1999-agosto 2000 (art. 2).

La Business Idea.it è un ISP autorizzato dal Ministero delle comunicazioni a svolgere servizi Internet e ha aderito all'Accordo in questione in data 14 ottobre 1999 (doc. n. 7 fascicolo Business Idea) in conformità dell'art. 5 dell'Accordo stesso. La Business Idea lamenta il mancato rispetto delle disposizioni dell'Accordo da parte di Telecom, la quale benché messa nelle condizioni di potere contabilizzare i minuti di traffico e di procedere

alla liquidazione dei rimborsi in suo favore, poneva in essere i comportamenti inadempienti di seguito descritti: non corrispondeva integralmente l'importo dovuto da determinarsi ai sensi dell'art. 8 dell'Accordo relativamente al periodo gennaio 1998-agosto 1999; ometteva di effettuare e comunicare a Business Idea la contabilizzazione su determinate linee telefoniche regolarmente dichiarate; disapplicava gli sconti su CDN previsti dagli artt. 9 e 10 dell'Accordo; ometteva di effettuare il pagamento per il traffico sviluppato nel periodo settembre 1999-agosto 2000 su determinate linee per le quali riteneva che Business Idea non avesse raggiunto la soglia minima prevista dall'art. 6 dell'Accordo; ometteva di effettuare il pagamento dei rimborsi sviluppati dalle linee telefoniche intestate agli ISP A.G.I.net. S.r.l., R.&J. Informazioni Aziendali S.a.s., Europlanet di Andrea Borsari, Silink Internet Service Provider di Fazzino Stefano, in un primo tempo autorizzati a fatturare direttamente dalla stessa Telecom e successivamente, dietro indicazione di Telecom, riuniti in «cordata» con Business Idea la quale pertanto provvedeva a fatturare i medesimi importi in qualità di impresa «capocordata».

Nel corso del giudizio arbitrale, la Telecom ha sollevato in via preliminare l'eccezione di incompetenza del Collegio arbitrale ritenendo non applicabile al caso in questione la clausola compromissoria contenuta nell'art. 13 dell'Accordo non sottoscritta da Business Idea. Sempre in via preliminare Telecom ha dedotto l'inammissibilità della domanda proposta da Business Idea la quale non avrebbe titolo a richiedere il pagamento dei rimborsi in relazione a quelle linee telefoniche dichiarate da Business Idea a lei «indirettamente» intestate nell'accezione di cui all'art. 2 dell'Accordo di cui risulterebbero titolari ISP diversi. Telecom sostiene che i numeri telefonici «indirettamente» intestati all'ISP ai sensi dell'art. 2 dell'Accordo, e per i quali possa ritenersi obbligata al pagamento dei rimborsi, siano solo ed esclusivamente quelli richiesti da un franchisee in mancanza di una idonea dimostrazione del rapporto giuridico tra la Business Idea e gli altri ISP aderenti alla «cordata». Ne deriverebbe in via preliminare la carenza di legittimazione attiva di Business Idea e l'infondatezza di merito della domanda di rimborso relativamente alle linee dichiarate come «indirettamente» intestate a Business Idea.

Nel merito la Telecom ha quindi eccepito di non dovere alcunché sia per il traffico «soprasoglia», dal momento che Business Idea non avrebbe raggiunto il minutaggio minimo mensile per accedere alle agevolazioni previste dall'Accordo, sia per quello «sottosoglia» tenuto conto che Business Idea non avrebbe superato la presunzione di cui all'art. 6 dell'Accordo stesso.

**DIRITTO.** — 1. *In via preliminare: sull'eccezione di incompetenza del Collegio.* — In via preliminare, deve esaminarsi l'eccezione di incompetenza del Collegio svolta dalla difesa di Telecom per la prima volta nella propria comparsa conclusionale e ribadita, anche con l'ausilio di ulteriori argomentazioni, nella memoria di replica.

Secondo Telecom, tale eccezione dovrebbe ritenersi formulata sin dalla prima memoria nei cui quesiti era stato richiesto al Collegio di «dichiarare improcedibili, inammissibili e infondati i quesiti, le deduzioni e le richieste della società Business Idea»; ciò in quanto, ad avviso di Telecom, la dedotta inammissibilità deriverebbe dalla incompetenza del Collegio.

Il Collegio, a maggioranza, ritiene di non poter aderire a tale interpretazione. Una dichiarazione di inammissibilità della domanda presuppone infatti la validità della clausola compromissoria e la competenza del Collegio a conoscere della domanda, che invece è esclusa nel caso in cui il Collegio sia privo di competenza. In mancanza di alcun cenno specifico negli scritti difensivi precedenti alla conclusionale a tale eccezione di incompetenza del Collegio arbitrale, essa non può che ritenersi proposta nella conclusionale, primo scritto difensivo di Telecom in cui vi si fa cenno.

Si impone quindi la necessità di valutarne la tempestività della deduzione. Al riguardo va rilevato che Business Idea è stata posta in grado, con le repliche, di controbattere all'eccezione di incompetenza formulata per la prima volta nella conclusionale avversaria.

Secondo l'art. 817 c.p.c. ogni questione concernente la violazione dei limiti del compromesso e della clausola compromissoria deve essere proposta « nel corso del procedimento arbitrale », con la conseguenza che anche l'eccezione di incompetenza proposta in sede di comparsa conclusionale deve ritenersi formulata nei limiti temporali consentiti dall'art. 817 c.p.c., quando le parti siano state poste in grado, con l'assegnazione di termini articolati per lo scambio delle memorie conclusionali e per il deposito di memorie di replica, di controdedurre in ordine alla contestata competenza arbitrale (Cass. 7 agosto 1993, n. 8563).

Essendo stata l'eccezione di competenza dedotta nella comparsa conclusionale, essa deve ritenersi ammissibile, avendo avuto modo la Business Idea di contraddire ad essa, come in effetti ha fatto, nelle proprie repliche.

Nel merito di tale eccezione il Collegio rileva quanto segue.

Secondo Telecom, Business Idea non avrebbe diritto a beneficiare della clausola arbitrale in quanto, avendo aderito all'accordo solo in un secondo momento e non essendo iscritta all'A.I.I.P., non avrebbe materialmente sottoscritto in modo specifico la clausola compromissoria, ma si sarebbe semplicemente limitata ad aderire all'offerta Telecom per avvantaggiarsi delle agevolazioni economiche riconosciute agli Internet Service Provider (ISP). In mancanza di sottoscrizione, la clausola compromissoria sarebbe nulla e quindi inapplicabile al rapporto con Business Idea, con « immediati riflessi negativi sulla competenza del Collegio a dirimere la presente controversia ».

Ritiene il Collegio, a maggioranza, che la eccezione sia infondata. L'art. 807 c.p.c., nell'imporre la forma scritta ad substantiam per la clausola arbitrale, specifica che « la forma si intende rispettata anche quando la volontà delle parti è espressa per telegrafo o telescrivente ». Il requisito della forma scritta ad substantiam richiesto per la validità del compromesso e della clausola compromissoria non postula pertanto che la volontà negoziale sia indefettibilmente espressa in un unico documento recante la contestuale sottoscrizione di entrambe le parti, potendo, per converso, realizzarsi anche quando la seconda sottoscrizione sia contenuta in un documento separato, purché inscindibilmente collegato nei contenuti al primo (Cass. 22 febbraio 2000, n. 1989; Cass. 23 febbraio 1999, n. 1541). Tali caratteristiche si rinvencono indubbiamente nell'atto con cui Business Idea ha aderito all'Accordo Telecom / A.I.I.P., nel quale viene espressamente dichiarato « di aver preso visione dell'accordo in oggetto ed accertarne integralmente in contenuti » (doc. 7 fascicolo Business Idea), Adesione che peraltro è espressamente richiesta dall'Accordo stesso

nel quale, in più punti, viene fatto riferimento all'opportunità concessa a tutti degli ISP che ne avessero fatto richiesta di aderire all'offerta formulata da Telecom subordinatamente all'adesione in toto al contenuto dell'Accordo (artt. 5, 8, 9; doc. 2 fascicolo Business Idea).

A giudizio del Collegio tale dizione ricomprende ed esprime per iscritto la volontà di vincolarsi alla clausola arbitrale; volontà che è stata poi ribadita per atti concludenti mediante l'avvio della procedura arbitrale. Atteso d'altro canto che la giurisprudenza ritiene che tale atto di per sé tenga il luogo della sottoscrizione specifica della clausola (Cass. 24 dicembre 1968, n. 4075), a maggior ragione può ritenersi tenga il luogo della semplice sottoscrizione della clausola stessa; non essendo richiesta nella fattispecie, e non potendosi quindi sollevare questione di nullità, la ulteriore specifica sottoscrizione ex art. 1341 c.c. non trattandosi di « condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti » alle quali detta norma sarebbe applicabile, bensì del richiamo per *relationem* ad un contratto negoziato fra due parti di pari peso contrattuale (Cass. 24 settembre 1996, n. 8407; Cass. 4 maggio 2000, n. 5578; Cass. 3 luglio 2000, n. 8881).

Il Collegio arbitrale, pertanto, a maggioranza, si ritiene competente a decidere della controversia sottoposta al suo giudizio.

*2. In via preliminare: sulla legittimazione attiva di Business Idea. —*

Sempre in via preliminare, la Telecom ha eccepito la carenza di legittimazione attiva di Business Idea in quanto la maggior parte dei crediti dalla stessa vantati riguarderebbe utenze telefoniche intestate a società diverse dall'attrice e che non potrebbero considerarsi « indirettamente » intestate alla Business Idea secondo l'accezione di cui all'art. 2 dell'Accordo. Poiché la Business Idea non avrebbe chiarito ed adeguatamente dimostrato sulla base di quali poteri rivendichi diritti riconducibili a soggetti estranei al giudizio, la domanda di Business Idea, limitatamente alla parte relativa alle utenze telefoniche intestate a soggetti estranei al processo, dovrebbe essere respinta difettando in capo alla stessa la necessaria legittimazione.

Nel corso del giudizio Business Idea ha osservato e chiarito come la stessa agisca non per conto di altri bensì in proprio, per ottenere il pagamento dei ristorni sulle utenze a lei indirettamente intestate secondo quanto previsto dall'art. 2 dell'Accordo ed in conformità delle istruzioni impartite dalla stessa Telecom.

Il Collegio ritiene di dovere aderire alla tesi sostenuta da Business Idea seppure subordinatamente all'accertamento della titolarità in capo a Business Idea delle posizioni creditorie riferibili ai ristorni di pertinenza delle linee telefoniche intestate formalmente a soggetti diversi.

Sotto questo profilo il Collegio ritiene che dagli atti di causa emerga la prova che Business Idea sia titolare della necessaria legittimazione ad agire solo in relazione a quei crediti che, riferibili al traffico telefonico sviluppato sulle linee segnalate da Business Idea come a lei indirettamente intestate, risultano esserle stati trasferiti sulla base di negozi di cessione del credito formalmente comunicati al debitore ceduto secondo i dettami dell'art. 1264 c.c.

In particolare risulta documentalmente provato che le società R.&J. Informazioni Aziendali S.a.s., A.g.i.net S.r.l e la ditta Europlanet di Borsari Andrea, tutte intestatarie di linee telefoniche indicate da Business Idea a se stessa indirettamente intestate, abbiano ceduto a favore

di quest'ultima i crediti relativi ai ristorni maturati sul traffico telefonico provocato su tali linee, dandone formale comunicazione a Telecom. Tanto risulta dai documenti ai nn. 40 (R.&J.), 42 (A.g.i.net), 44 (Europlanet) nei quali ciascun operatore, nell'affermare che le linee telefoniche ivi indicate sono state utilizzate da Business Idea, invita Telecom, previa verifica della inesistenza di posizioni debitorie nei confronti dell'ISP Business Idea e previa verifica della regolarità della sua adesione, ad accreditare le somme direttamente a Business Idea. Che si sia attuato il trasferimento del credito in capo a Business Idea, con la contestuale privazione della titolarità del credito in capo al cedente, è confermato, a parere del Collegio, dall'espressa previsione contenuta nella comunicazione del cedente al debitore ceduto (Telecom) relativa alla possibilità per quest'ultimo di operare compensazioni con eventuali suoi crediti nei confronti del cessionario (Business Idea) inerenti al medesimo rapporto. Ulteriore conferma dell'avvenuta cessione dei crediti in questione il Collegio ritiene di potere trarre dalla circostanza che le fatture emesse da ciascun operatore per i crediti maturati sono state successivamente stornate e sostituite con nuove corrispondenti fatture emesse direttamente da parte di Business Idea la quale aveva già espresso il proprio consenso alla cessione sottoscrivendo autonomamente i documenti sopra richiamati.

In sostanza dalla documentazione in atti si ricava che, perfezionandosi la cessione dei crediti con il consenso del cedente e del cessionario, la Business Idea abbia definitivamente acquisito la qualità del creditore per i ristorni maturati sulle linee telefoniche di cui risultano formalmente intestatari gli operatori R.&J., A.g.i.net e Europlanet e che sia legittimata ad esperire ogni azione inerente alla tutela del credito ceduto; peraltro il Collegio ritiene che la comunicazione al debitore ceduto (Telecom) relativa alla cessione sia stata effettuata nelle forme idonee e che pertanto permetta l'opponibilità del negozio di cessione al debitore medesimo.

Altrettanto non può affermarsi per quel che riguarda i crediti relativi alle linee telefoniche intestate agli operatori Silink e VegaTel della cui titolarità in capo a Business Idea non vi è prova in atti.

3. *Nel merito. Sull'an debeatur. I crediti maturati su linee indirettamente intestate a Business Idea.* — La Telecom sostiene che, sulla base dell'interpretazione letterale e sistematica dell'accordo, la Business Idea non avrebbe comunque diritto a richiedere i ristorni per le linee telefoniche indicate come a lei « indirettamente » intestate. Secondo Telecom, infatti, per utenze « indirettamente » intestate all'operatore e per le quali possono essere riconosciute le agevolazioni previste dall'Accordo, si debbono intendere solamente quelle utenze richieste ed intestate ad un franchisee (affiliato), ma utilizzate e gestite sotto il segno distintivo dell'impresa dell'ISP affiliante e sotto un unico ombrello commerciale (rappresentato da un accordo di franchising). In sostanza, sostiene la Telecom, per potere parlare di utenze indirettamente intestate occorre che sussista quantomeno un rapporto qualificato tra due distinti soggetti legati dalla medesima attività commerciale e tra loro perfettamente integrati sotto il profilo economico ed operativo. Non sarebbe quindi conforme all'Accordo la costituzione di « cor-date » tra diversi ISP il cui unico scopo sarebbe quello di potere accedere alle agevolazioni riconosciute dall'Accordo.

Il Collegio ritiene di non potere aderire a questa interpretazione.

La fattispecie del franchising viene infatti indicata nell'Accordo a mero titolo esemplificativo non escludendo, conseguentemente, il ricorso ad altre tipologie di accordi commerciali tra l'ISP richiedente e l'ISP intestatario delle utenze. Del resto, dalla documentazione in atti, si evince come la stessa Telecom, in sede di applicazione dell'Accordo, non abbia mai fatto riferimento alla necessità di un rapporto di franchising limitandosi a richiedere, per potere effettuare i pagamenti, la mera indicazione delle linee indirettamente intestate all'ISP richiedente. Al tempo stesso l'esistenza di accordi commerciali tra la Business Idea e gli altri ISP intestatari delle linee, appare comunque documentalmente accertata, in particolare facendo riferimento ai documenti da nn. 40 a 46 del fascicolo di parte attrice. Deve altresì rilevarsi che dalle comunicazioni inviate dallo studio Rossotto di Torino per conto di Telecom (doc. nn. 47, 48 e 49, fascicolo parte attrice) si evince come non sia mai stata intenzione di Telecom considerare la fattispecie del franchising come vincolante per gli ISP che volessero riunirsi in «cordata». Risulta altresì accertato che Telecom abbia comunque effettuato, nel periodo di prima applicazione dell'accordo, dei pagamenti riferibili al traffico prodotto da linee comunicate come indirettamente intestate all'ISP (doc. nn. 13 e 14 fascicolo Business Idea) e che, lungi dal richiedere la dimostrazione dell'esistenza di uno specifico accordo di franchising tra l'ISP intestatario e l'ISP dichiarante la linea come indirettamente intestata, si sia limitata a richiedere semplicemente una lettera di manleva per prevenire i rischi di un ipotetico doppio pagamento a favore di più operatori a fronte del traffico telefonico sviluppato sulla medesima linea (doc. nn. 58 e 59).

4. *I crediti maturati su linee indicate dall'ISP alla Telecom successivamente alla data di adesione all'Accordo.* — Il Collegio ritiene priva di pregio anche la deduzione di Telecom secondo la quale le utenze per le quali potevano essere richiesti i ristorni fossero soltanto quelle originariamente indicate all'atto dell'adesione all'Accordo che avrebbe dovuto essere formalizzato entro il 15 ottobre 1999.

Il contegno tenuto dalle parti nella fase esecutiva dell'Accordo dimostra inequivocabilmente la volontà di considerare, sotto il profilo dell'accesso alle agevolazioni economiche indicate nell'Accordo, anche le linee telefoniche diverse da quelle comunicate a Telecom al momento dell'adesione di ciascun ISP. Basti pensare ai moduli predisposti dalle parti per la variazione (moduli 2A, 3A e 4A, si vedano i documenti 10, 21, 23 e ss.).

Altrettanto infondata è la deduzione secondo la quale gli accordi tra gli ISP avrebbero dovuto essere perfezionati prima della data di adesione all'Accordo. Si tratta infatti di un'affermazione priva di riscontro e che appare comunque smentita sia dalla documentazione in atti (si pensi al tenore dei documenti nn. 48 e 49 del fascicolo di parte attrice), sia dall'analisi dalla stessa realtà logistico-operativa nella quale i diversi operatori operavano ed operano e della tipologia di servizio offerta ai clienti, utenti di Internet, posti in grado di usufruirne anche se fuori del distretto di competenza di ciascun operatore.

5. *La base di calcolo del minutaggio minimo.* — Anche la deduzione svolta da Telecom secondo la quale la soglia del minutaggio minimo provocato su ciascuna linea telefonica per potere avere accesso alle agevola-

zioni economiche previste dall'Accordo avrebbe dovuto essere calcolata su base mensile (292.000 minuti) e non annuale (3.500.000 minuti) appare priva di fondamento. In realtà tale interpretazione del dettato contrattuale, con particolare riferimento all'articolo 2, appare smentita da diverse considerazioni di ordine logico e sistematico. L'Accordo, infatti, a più riprese intende la soglia minima di minutaggio su base annuale quale criterio per la gestione della contabilizzazione dei costi e dei minuti (art. 6 Accordo); in sede di prima applicazione dell'Accordo, Telecom ha dimostrato di intendere la soglia minima annuale (calcolata sul periodo 1 gennaio 1998-31 agosto 1999) idonea a determinare l'accesso alle agevolazioni. La ratio e lo scopo finale dell'Accordo non sembrano infatti compatibili con una rilevazione della soglia minima su base mensile, tenuto conto che l'individuazione del mese come base di calcolo potrebbe provocare, secondo la tesi sostenuta da Telecom, la decadenza dai benefici riconosciuti dall'Accordo anche per ISP di notevoli dimensioni. Questi, infatti, sebbene movimentino un considerevolissimo bacino di traffico telefonico, subiscono, come è naturale che sia, un calo di accessi ad Internet nel periodo estivo o coincidente con festività.

Pertanto, ritenuto che l'esistenza della soglia minima debba essere verificata su base annua, in relazione al periodo 1 gennaio 1998-31 settembre 1999, il Collegio ritiene che Business Idea abbia dimostrato di avere superato i limiti minimi di traffico e che abbia quindi diritto di accedere alle agevolazioni contrattuali.

6. *Il traffico pagabile.* — Altro elemento di contestazione tra le parti è la quantificazione del traffico pagabile e non pagabile ai sensi dell'art. 8 dell'Accordo il quale prevede che « salvo prova contraria a carico dell'ISP, si presume che non siano stati utilizzati esclusivamente per accesso a Internet » (e pertanto esclusi dalla base di calcolo), « i numeri telefonici verso i quali sono state dirette chiamate degli abbonati aventi durata media inferiore ai sei minuti, nel caso di numerazioni intestate direttamente agli ISP, e a dieci minuti, nel caso di numerazioni non intestate agli ISP ». La norma, come è chiaro, prevede una presunzione superabile con la dimostrazione da parte dell'ISP dell'adibizione esclusiva delle linee al traffico dati. Ritiene il Collegio che tale prova sia stata fornita da Business Idea. È stato infatti accertato che per tutte le linee telefoniche in questione non è consentito, per il limite tecnico delle apparecchiature, effettuare traffico diverso da quello dati e solo verso la rete Internet. A tale proposito, per quel che riguarda le linee direttamente intestate a Business Idea, è stata prodotta in atti la relazione tecnica svolta dal Sig. Gianmarco Armellini (doc. n. 19 fascicolo Business Idea) che, all'esito di sopralluogo, constatò l'adibizione esclusiva al traffico Internet delle macchine installate da Business Idea. Tale accertamento risulta essere stato comunicato a Telecom e non risulta che la stessa abbia eccepito alcunché al riguardo (doc. n. 20).

Per quel che concerne le linee di cui risultano intestatarie gli ISP R.&J., Europlanet e A.g.i.net., la produzione in giudizio dei log di accesso ad Internet attesta inequivocabilmente la connessione di ciascuna linea al computer e che anche i collegamenti di durata inferiore ai sei minuti riguardavano comunque la trasmissione di dati (tale argomento verrà sviluppato più avanti). Per Europlanet, addirittura, la tipologia di impianto utilizzato esclude la telefonia vocale.

7. *Chiamate distrettuali ed extradistretto.* — Altra eccezione sollevata da Telecom riguarda la pretesa carenza di adeguata dimostrazione che le chiamate telefoniche siano state originate e terminate nell'ambito dello stesso distretto, circostanza questa che risulterebbe necessario provare per accedere alle condizioni economiche di cui all'Accordo (art. 2).

Il Collegio ritiene anche in questo caso che l'eccezione sollevata sia priva di fondamento. Premesso infatti che dalla lettura dell'Accordo non si evince che l'onere di tale dimostrazione sia a carico dell'ISP, e che pertanto nel caso di specie è applicabile il principio di carattere generale di cui all'art. 2697 c.c., comma 2, secondo il quale chi eccepisce l'inefficacia di determinati fatti o la modificazione e l'estinzione di un diritto deve provare i fatti sui quali l'eccezione si fonda (*reus in excipiendo fit actor*), il Collegio ritiene che nel caso in questione sia carente lo stesso interesse da parte di Telecom a proporre tale eccezione; si consideri, infatti, che l'operatore telefonico riceve, a differenza dell'utente, un maggior vantaggio economico dal traffico in teleselezione piuttosto che da quello distrettuale.

8. *I rimborsi per le CDN.* — Il Collegio ritiene dovuti anche i rimborsi relativi ai circuiti diretti dal momento che Telecom, sebbene obbligata ai rimborsi degli artt. 10 e 11 dell'Accordo, ne ha omesso letteralmente il riconoscimento in favore dell'ISP senza mai fornire a fondamento del proprio contegno inadempiente ed a fronte delle richieste formulate dall'ISP alcuna argomentazione di sorta.

9. *Sul quantum debeatur.* — Il Collegio ritiene che nel corso del giudizio siano stati acquisiti elementi sufficienti per permettere una valutazione corretta delle somme dovute da Telecom a Business Idea pur nei limiti esposti al precedente punto 2).

La produzione solo parziale da parte di Telecom dei tabulati relativi alle linee telefoniche sulle quali è stato effettuato il traffico di trasmissione dati riferibile a Business Idea se, da una parte, ha consentito di verificare la correttezza dei criteri sulla base dei quali l'attrice ha formulato la richiesta di pagamento, sia in sede stragiudiziale che giudiziale, dall'altra ha evidenziato un comportamento non collaborativo da parte di Telecom dal quale il Collegio ritiene di potere trarre argomenti di prova a norma dell'art. 116 c.p.c. Tanto più che la fornitura dei tabulati costituiva un vero e proprio obbligo contrattuale assunto da Telecom (si vedano gli artt. 6 e 8 dell'Accordo).

I conteggi effettuati da Business Idea sulla base dei dati in proprio possesso, che si dimostrano comunque coincidenti con quelli dei tabulati prodotti in giudizio da Telecom e conformi ai criteri che da essi emergono, non sono stati oggetto di contestazione da parte di Telecom, tale non potendosi considerare la generica impugnazione della loro validità non corredata dall'indicazione delle voci effettivamente contestate e dai criteri in base ai quali i calcoli medesimi avrebbero dovuto essere effettuati. Peraltro non risultano essere stati smentiti da Telecom gli errori di individuazione delle utenze telefoniche imputate dall'attrice già in sede di esecuzione del contratto (cfr. doc. nn. 12, 20 e 21 fascicolo Business Idea).

Business Idea ha provveduto a depositare in giudizio, per le posizioni estranee ai tabulati che Telecom ha prodotto in giudizio, i log di accesso ai computer della cui attendibilità il Collegio, per ragioni squisitamente



di carattere tecnico, non ha motivo di dubitare. Si tratta infatti di tabulati che documentano ogni singola chiamata ai computer degli ISP, indicandone la provenienza, l'ora e la durata (cfr. doc. nn. da 75 a 88 compresi). Da essi Business Idea ha tratto gli schemi riepilogativi da cui trarre i criteri di calcolo delle somme dovute da Telecom.

Tali circostanze inducono il Collegio a ritenere dimostrato nel suo ammontare l'importo complessivo dovuto da Telecom a Business Idea nei seguenti limiti.

Per le ragioni esposte al punto 2) devono essere disattese le richieste di pagamento avanzate da Business Idea per il traffico sviluppato sulle linee degli operatori Silink e Vegatel.

Per quel che riguarda il rimanente traffico, ritiene il Collegio che esso possa essere riconosciuto soltanto nei limiti in cui di esso è stata fornita, mediante tabulati Telecom o i log di accesso ai computer, idonea prova.

Per i suddetti motivi non possono essere accolte le richieste relative: *a)* ad Europlanet, per i mesi di luglio e agosto 2000; *b)* ad A.g.i.net, per i mesi di settembre, ottobre, novembre e dicembre 1999; *c)* R.&J., per i mesi di settembre ed ottobre 1999. Per gli stessi motivi, non essendovi alcuna prova del traffico effettuato, devono essere escluse richieste relative alle tre linee Business Idea mai conteggiate da Telecom perché, per proprio errore, ritenute inesistenti.

Sulla base di tali criteri, per i quali non vi sono particolari difficoltà di calcolo, la somma dovuta da Telecom per tale traffico è pari a Euro 143.344,48 (pari a Lit. 277.553.619) oltre iva, di cui Euro 30.849,22 (pari a Lit. 59.732.429) oltre iva per minutaggio riferibile alle linee Business Idea, Euro 39.347,31 (pari a Lit. 76.187.026) oltre iva per il minutaggio riferibile alle linee Europlanet, Euro 47.257,54 (pari a Lit. 91.503.376) oltre iva per il minutaggio riferibile alle linee R.&J. e Euro 25.890,39 (pari a Lit. 50.130.788) oltre iva per il minutaggio riferibile alle linee A.g.i.net.

Ugualmente dovuta è la somma relativa alle linee CDN. Tale importo è pari a Euro 1966,67 (pari a Lit. 3.808.000) oltre iva per CDN Business Idea e a Euro 577,61 (pari a Lit. 1.118.400) oltre iva per CDN Europlanet, per complessivi Euro 2.544,27 (pari a Lit. 4.926.400) oltre iva.

Sulle somme così determinate andranno calcolati gli interessi corrispettivi al tasso legale da ogni singola scadenza secondo le determinazioni contrattuali: in particolare: gli importi di cui all'art. 8, per il periodo dal 1 gennaio 1998 al 31 agosto 1999, entro il 31 dicembre 1999; gli importi di cui all'art. 2, per il periodo dal 1 settembre 1999 al 31 ottobre 1999, entro il 28 febbraio 2000; gli importi di cui all'art. 2, per il periodo dal 1 novembre 1999 al 31 agosto 2000, entro sessanta giorni dalla scadenza del bimestre di riferimento; gli importi relativi alle CDN, dal 1 ottobre 1999 al 31 agosto 2000, il primo giorno di ogni mese. Sulla base di quanto disposto dalle parti nel corso del comitato tecnico del 19 gennaio 2000, agli interessi corrispettivi dovranno aggiungersi gli interessi moratori del 2,5% annuo a decorrere dalle scadenze sopra indicate stabilite nell'Accordo.

La determinazione convenzionale degli interessi moratori in misura complessivamente superiore al tasso legale esclude che possa essere riconosciuta al creditore un ulteriore risarcimento per il danno da svalutazione monetaria per la mancata disponibilità del denaro, pregiudizio che d'altro canto non risulta essere stato in qualsiasi modo dimostrato dalla Business Idea. Tale ulteriore domanda, pertanto, deve essere respinta.

Deve altresì essere respinta la domanda risarcitoria proposta da Business avente ad oggetto il rimborso delle spese legali dovute affrontare per promuovere l'istanza al Presidente della Corte d'appello di Roma per la nomina di arbitro di parte in luogo di Telecom. A giudizio del Collegio tale domanda deve essere valutata in sede di liquidazione delle spese legali il cui onere dovrà essere ripartito secondo i criteri di cui agli artt. 90 e ss. c.p.c.

A tale proposito, il Collegio ritiene di dovere liquidare le spese legali a favore di Business idea.it s.r.l. in complessivi Euro 7.746,85 (pari a Lit. 15.000.000), oltre CPA 2% e IVA 20% e, tenuto conto dell'accoglimento parziale delle domande proposte da Business Idea, le compensa per il 50% ponendo il pagamento del residuo 50% a carico di Telecom, parzialmente soccombente.

Il Collegio si riserva di determinare con separata ordinanza l'importo complessivo e quello a saldo degli onorari degli arbitri e delle spese di funzionamento del Collegio da porre per 3/4 a carico di Telecom e per 1/4 a carico di Business Idea.

P.Q.M. — Il Collegio arbitrale, costituito ai sensi dell'accordo Telecom Italia / Associazione Italiana Internet Providers (A.I.I.P.) del 9 settembre 1999, pronunciando sulle domande ed eccezioni delle parti, ogni diversa domanda ed eccezione disattesa, così provvede:

1) accerta e dichiara a maggioranza la propria competenza a decidere della controversia sottoposta al suo giudizio respingendo conseguentemente l'eccezione di incompetenza sollevata da Telecom;

2) accerta e dichiara la legittimazione della Business Idea.it a promuovere le domande sottoposte al giudizio del Collegio limitatamente al traffico telefonico sviluppato sulle linee alla stessa « direttamente » intestate e su quelle che Business Idea ha comunicato come « indirettamente » intestate ma di cui risultano titolari gli ISP R.&J. Informazioni Aziendali S.a.s., A.g.i.net S.r.l e la ditta Europlanet di Borsari Andrea;

3) a parziale accoglimento della domanda proposta da Business Idea.it, accerta il diritto di Business Idea.it a vedersi corrisposto l'importo complessivo di Euro 145.888,75 (pari a Lit. 282.480.019) oltre iva per le causali di cui alla motivazione, nonché gli interessi da calcolarsi secondo i criteri e le decorrenze indicate in motivazione; per l'effetto condanna Telecom Italia S.p.A. a pagare in favore della Business Idea.it S.r.l. le somme predette maggiorate degli interessi da calcolarsi secondo i criteri di cui alla motivazione a decorrere dalle scadenze nella stessa motivazione indicate sino alla data di effettivo pagamento;

4) rigetta ogni altra domanda, deduzione ed eccezione;  
(...omissis...).