

APPELLO MILANO

24 DICEMBRE 1996

PRESIDENTE: SALAFIA**ESTENSORE:** CECCHERINI**PARTI:** TELSISTEM

(Avv. D'Angelo, Casati)

TELECOM ITALIA

(Avv. D'Ercole, Roma, Sena)

**Telecomunicazioni • Abuso
di posizione dominante •
Risarcimento del danno •
Liquidazione • Criteri**

Il risarcimento del danno provocato dall'abuso di posizione dominante nel settore delle telecomunicazioni va determinato tenendo conto, fra l'altro, della perdita dell'opportunità di presentarsi quale prima impresa concorrente sul mercato libera-

lizzato dei gruppi chiusi di utenza. Tale opportunità deve ritenersi un bene acquisito al patrimonio della società per effetto dell'attività imprenditoriale da essa intrapresa la cui realtà non è contraddetta dalla difficoltà pratica di una esatta quantificazione cui si può ovviare attraverso una consulenza tecnica d'ufficio (sulla base di tale principio sono stati liquidati alla società L. 3.253.000.000).

S VOLGIMENTO DEL PROCESSO. — Con atto di citazione notificato in data 21-25 ottobre 1994, Telsystem S.p.A. ha chiamato in giudizio SIP S.p.A. (poi Telecom). Essa ha premesso di aver denunciato SIP S.p.A. all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato per abuso di posizione dominante nel mercato dei servizi di telefonia vocale per gruppi chiusi di utenti, a norma dell'art. 3 della legge n. 287/1990 cit., e che in data 1 luglio 1994 l'Autorità ha deliberato l'apertura dell'istruttoria nei confronti di SIP. L'attrice ha esposto poi di aver offerto per prima sul mercato italiano un sistema telefonico di rete a gruppi chiusi di utenti, che utilizzano il servizio solo per comunicare con proprie sedi o con soggetti con i quali vi siano stabili legami giuridici o economici. Il servizio viene prestato mediante una infrastruttura di rete, costituita da una linea affittata dalla esponente, che collega i nodi di accesso della società posti in città differenti: a questi nodi si collegano i centralini dei clienti mediante circuiti diretti urbani, per utilizzare la linea affittata e comunicare con proprie sedi in altre città senza comporre il numero di teleselezione, così risparmiando sui costi telefonici. Secondo la ricorrente, il servizio in questione, a séguito della direttiva n. 90/388/CEE della Commissione Europea, in data 28 giugno 1990, non è più oggetto di monopolio, sicché sin dal 18 novembre 1993 essa ha chiesto a SIP, che conserva una posizione assolutamente dominante sul mercato italiano, la concessione di una linea affittata (*circuito diretto numerico*) tra la propria sede di Milano e quella di Roma, ottenendo l'assicurazione che detta linea sarebbe stata concessa entro il 13 gennaio 1994. In data 25 novembre 1993 inoltre essa ha chiesto a SIP i *circuiti diretti urbani* occorrenti ai collegamenti delle sedi dei clienti con i nodi di accesso per il suo primo cliente (McCann-Erikson). La SIP peraltro ha prima rinviato la concessione del circuito diretto numerico, poi ha preteso dalla menzionata cliente della esponente una autorizzazione per gli allacciamenti, quindi dichiarato per iscritto alla esponente (in relazione al circuito diretto numerico richiesto) che, in attesa del recepimento della Direttiva citata, ogni « forma di rivendita a capacità trasmissiva su circuiti affittati è ancora contraria alla legislazione vigente ». In tale situazione di incertezza sulla disponibilità di SIP alle richieste concessioni, un altro cliente della esponente (Johnson & Higgins) ha desistito dalla conclusione del contratto; e un terzo cliente (Storage Technology Italia S.p.A.), per il quale l'esponente ha inoltrato la richiesta di allacciamento, è stato fatto oggetto di pressioni per indurlo a rinunciare al contratto. Infine, il 9 febbraio 1994 SIP ha negato al-

la esponente qualsiasi offerta di apparati ed impianti utilizzabili per l'attività intrapresa, e pur procedendo alla installazione del circuito diretto numerico tra le sedi di Milano e Roma della esponente (il 25 febbraio 1994) non dava corso alle richieste di installazione dei circuiti diretti urbani richiesti dai clienti (la Storage vi ha rinunciato il 3 marzo 1994, chiedendo all'esponente la sospensione del servizio). SIP ha peraltro richiesto il pagamento del canone relativo alla linea diretta affittata. Sulla base di tali elementi di fatto, l'esponente ha denunciato l'abuso che SIP ha fatto della sua posizione dominante, per danneggiare una concorrente in un settore non più in regime di monopolio legale, ritardando l'esecuzione del contratto relativo alla installazione del circuito diretto numerico, rifiutandosi di dar corso a contratti già conclusi per l'installazione di circuiti diretti urbani, svolgendo opera di dissuasione presso i clienti attuali e potenziali della esponente, e pretendendo da questa malgrado tutto il pagamento del canone per l'affitto della linea. L'attrice ha chiesto quindi la condanna di SIP, in base all'art. 33, comma 2, legge 10 ottobre 1990, n. 285, al risarcimento dei danni.

La convenuta si è costituita ed ha resistito alla domanda avversaria. Essa ha in particolare negato di aver tenuto un comportamento illecito, anche sotto il profilo extracontrattuale anticoncorrenziale.

Con sentenza 27 giugno 1995, la Corte ha dichiarato la responsabilità della convenuta per abuso di posizione dominante in danno dell'attrice, e la ha condannata al risarcimento dei danni da liquidare in prosieguo di giudizio. Con ordinanza in pari data la Corte ha dato i provvedimenti per la prosecuzione del giudizio, ed in particolare ha disposto l'assunzione di una consulenza tecnica, nominando un collegio di consulenti e ponendo loro i seguenti quesiti:

« dicano i consulenti, dopo aver esaminato tutti gli atti di causa, ed aver svolto le indagini del caso, nonché consultato — se necessario — altre fonti informative disponibili:

quali spese, imputabili alla progettata impresa di telefonia vocale per gruppi chiusi di utenti, siano state sopportate in pura perdita dalla società attrice dall'inizio della sua attività alla data del 13 gennaio 1995;

quali profitti essa avrebbe potuto conseguire sino alla stessa data, se avesse potuto tempestivamente ottenere dalla società convenuta i necessari collegamenti diretti urbani con i propri clienti, secondo un prudente apprezzamento che tenga conto delle dimensioni dell'impresa, della sua capacità di penetrazione nel mercato e della produttività degli investimenti nella fase iniziale della sua attività;

se a causa del ritardo di un anno, cagionato dalla controversia con la società SIP S.p.A., la società Telsystem abbia subito un danno, consistente nella perdita dell'opportunità di presentarsi come la prima impresa operante sul mercato italiano della telefonia vocale per gruppi chiusi di utenti in regime liberalizzato;

in caso di risposta affermativa al quesito che precede, se sia possibile quantificare il danno subito dalla società attrice per la perdita di tale opportunità, con riferimento a parametri riconosciuti validi dalla scienza economica, secondo procedimenti razionali che mettano capo a conclusioni quanto meno statisticamente plausibili, e con prudente apprezzamento ».

Le parti hanno nominato i loro consulenti ed hanno svolto considerazioni critiche sulla relazione del collegio di consulenti d'ufficio.

All'esito di tali adempimenti la causa torna all'esame del Collegio per la decisione sulle questioni attinenti alla quantificazione del danno.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — L'abuso di posizione dominante, e con ciò la commissione del fatto illecito per cui è causa, da parte della Telecom è stato oggetto di accertamento nella precedente sentenza non definitiva della Corte, citata nella parte espositiva. In detta sentenza sono stati fissati anche i limiti temporali entro i quali l'abuso deve ritenersi accertato (vale a dire, tra l'inizio della attività in data 11 gennaio 1994 e il 13 gennaio 1995). Tali questioni non possono pertanto essere oggetto di riesame in questa sede. Devono conseguentemente reputarsi inammissibili le deduzioni svolte dalle parti ed intese ad ampliare i limiti temporali dell'illecito produttivo del danno, ovvero al contrario a ridiscutere la sussistenza degli estremi della anti-giuridicità nel comportamento della società convenuta.

Come risulta dalla precedente esposizione, l'accertamento del danno emergente e del lucro cessante cagionati alla società attrice dall'illecito comportamento della convenuta sono stati fatti oggetto di una consulenza tecnica collegiale, che si è estesa anche all'accertamento del danno costituito, per la società Telsystem, dalla perdita della opportunità di presentarsi come la prima impresa operante sul mercato italiano dalla telefonia vocale per gruppi chiusi di utenti in regime liberalizzato. La relazione del collegio di consulenti è sostenuta da una estesa ed articolata motivazione, corredata di dati e di grafici, che si avvale dei principi della scienza economica, opportunamente richiamati, e fa discendere le conclusioni dalla loro applicazione, condotta secondo procedimenti logici verificabili ed esenti da oscurità, manchevolezze e vizi. Essa costituisce dunque, per la Corte, la base alla quale attenersi nella decisione, previa verifica delle censure ad essa mosse dalle parti, e che verranno di séguito separatamente esaminate. In particolare, la razionalità dei procedimenti esposti dai consulenti, nella misura in cui risulta confermata dall'esame critico condotto sulla base delle censure formulate dalle parti, riduce considerevolmente lo spazio discrezionale del giudizio, e rende ininfluyente nel caso presente il dibattito delle parti sulla incidenza che l'intensità del dolo dovrebbe avere nella liquidazione equitativa del danno.

Sulla determinazione del danno emergente, una volta ribaditi i limiti temporali dell'indagine, non sembrano esservi vere e proprie contestazioni della parte attrice. Queste riguardano invece il lucro cessante, ed in modo particolare la quantificazione del danno da perdita di opportunità. Quest'ultimo è il danno che deriva dall'abuso di posizione dominante, quando esso si traduca in un impedimento all'ingresso sul mercato di un concorrente che offra un servizio nuovo: esso costituisce indubbiamente il punto più controverso della causa, ed al tempo stesso quello di maggiore rilevanza sul piano economico.

La società Telsystem sostiene fondamentalmente che i consulenti avrebbero sottovalutato l'effetto che sul mercato avrebbe provocato a suo favore l'annuncio della commercializzazione di un nuovo servizio. Ma su questo punto gli argomenti della società attrice non intaccano le ragioni che hanno guidato i consulenti nella redazione del loro parere, e che essi hanno indicato con chiarezza ed in modo persuasivo. Pur ammettendo l'importanza del fattore invocato, resta il fatto che il suo sfruttamento efficace, vale a dire la quota potenziale del mercato di fatto aggredibile, poteva variare in funzione: a) degli investimenti in comunicazione

pubblicitaria ed in attività di promozione compiuti, b) della capacità e velocità di commercializzazione e c) della capacità organizzativa e della disponibilità di risorse umane per attivare i servizi, mantenere gli impianti, gestire i servizi agli standard stabiliti. Su questi punti i consulenti hanno svolto delle puntuali considerazioni, laddove l'attrice non è in grado né di esprimere delle precise critiche ad esse, né di offrire alla Corte elementi di fatto idonei a ribaltare il giudizio del collegio di consulenti.

L'attrice si duole poi di essere stata penalizzata dalla sua qualità di azienda monoprodotta: non si sarebbe tenuto conto del fatto che al rimorchio dell'unico prodotto offerto inizialmente altri potevano esserne in seguito commercializzati. Non può tuttavia consentirsi al capovolgimento in tal modo proposto del ragionamento dei consulenti (i quali avevano osservato che i potenziali concorrenti della società Telsystem dispongono « di utili ed articolati mix di offerta necessari a fronteggiare un mercato soggetto alle turbolenze prodotte dalle continue e peraltro imminenti modifiche legislative e tariffarie », e « possono adottare tecniche di vendita promozionali di un servizio marginale a traino di altri servizi principali »). Trattandosi di accertare qui un lucro cessante, deve necessariamente muoversi dalla situazione di fatto concretamente esistente ed accertata, al fine di osservare le proiezioni che essa avrebbe avuto virtualmente in una situazione di fatto poi non verificatasi: ed è certo che la società attrice offriva solo il prodotto del quale si controverte, la cui commercializzazione non poteva avvalersi dei canali di diffusione offerti dalla rete di clientela di altri prodotti, laddove la diversificazione dell'offerta della Telsystem, in un momento ulteriore, è una mera ipotesi inutilizzabile nel presente giudizio di accertamento.

Infine la società attrice lamenta che nelle proiezioni dei consulenti il vantaggio offerto dalla sua qualità di prima azienda di produzione di un servizio nuovo si disegni secondo una curva che, a partire da un certo punto del tempo, si riduce a zero, e può anzi assumere un valore negativo. Deve comunque esistere, si obietta a questo riguardo, una seppur minima progressione anche nel caso di immediata operatività (non ostacolata cioè dall'imprenditore in posizione dominante) che persiste nel tempo, e non sarebbe possibile in un'economia di mercato che chi si presenta per primo ottenga poi tassi di sviluppo nulli o addirittura decrescenti mentre chi entra in ritardo abbia tassi di crescita comunque positivi. Ma l'argomento si risolve in una petizione di principio, che le nozioni di comune esperienza non sorreggono più dei principi della scienza economica: proprio in una economia di mercato (quale in un giudizio di risarcimento danni ad abuso di posizione dominante deve necessariamente postularsi) ogni rendita di posizione (e tale è in definitiva anche quella conquistata dall'imprenditore che per primo offre un servizio del tutto nuovo) tende con il tempo ad essere neutralizzata dalla concorrenza, e ciò che si tratta di stabilire è esclusivamente il tempo occorrente a che un tale effetto si verifichi. Il giudizio dei consulenti era poi ben più articolato e concretamente motivato, giacché teneva conto della natura della novità introdotta da Telsystem (innovazione non già di prodotto, di processo o di sistema, bensì di servizio, facilmente imitabile), la mancanza di barriere tecnologiche o economiche all'ingresso di nuovi offerenti sul mercato e la mancanza di vincoli alla mobilità della domanda, tutti elementi che sono rimasti esenti da censura nelle difese della parte.

Quanto alla Telecom, essa si richiama innanzi tutto, sul piano tecnico, ad una memoria del proprio consulente tecnico di parte, depositata il 17 giugno 1996. In essa si sostiene, con riguardo al calcolo del danno emergente, che molte delle spese sostenute nel periodo 1 settembre 1993-13 gennaio 1995 non sono in pura perdita, ma costituiscono dei costi preoperativi che anche dopo l'ultima data indicata la Telsystem avrebbe comunque dovuto sostenere, valutabili in 240/260 milioni pari al totale delle spese promozionali e di impianto sostenute nel periodo ed al 50% delle spese generali. Il rilievo non può essere accolto, perché non si risolve in una vera e propria contestazione della perdita subita dalla società nel periodo, ma nella allegazione che quella perdita poteva essere recuperata proseguendo l'attività dopo la cessazione dell'abuso di SIP, e tale allegazione è per un verso congetturale (posto che l'ipotesi non si è avverata) e per l'altro non autorizzata sulla base di presunzioni semplici, posto che l'utilità di spese promozionali stanziate in vista del rendimento a distanza di un semestre non può essere ritenuta sulla diversa base di una distanza temporale sensibilmente maggiore (affermazione valida in generale, ma tanto più in un mercato nuovo in via di formazione, per definizione assai mobile, ed in cui l'apparizione di un solo altro concorrente può vanificare una precedente azione promozionale che sia stata nel frattempo illecitamente interdetta).

In ordine al secondo quesito si è osservato criticamente che non si sarebbe tenuto conto del principio, pure affermato in astratto, del naturale ritardo temporale di sei mesi tra l'inizio dell'attività e la possibile erogazione del servizio, che avrebbe spostato alla fine di febbraio 1994 gli allacciamenti dei primi clienti. La censura non pare tuttavia giustificata in punto di fatto: del principio affermato il collegio di consulenti d'ufficio ha invece tenuto conto, come risultata dagli stessi dati proposti, che sono ben differenziati tra il primo ed il secondo semestre, e che hanno portato ad escludere qualsiasi lucro cessante per il primo semestre. La società convenuta propone poi un proprio calcolo presuntivo dei nuovi clienti che potevano essere acquisiti in particolare nel periodo tra il secondo semestre 1994 e il primo semestre 1995, più riduttivo rispetto a quello adottato dal collegio dei consulenti d'ufficio (che aveva peraltro già ridotto in modo prudenziale le stime proposte da Telsystem): si tratta di stime congetturali che non vi è ragione di preferire a quelle oggetto di critica. Analogamente, con un terzo rilievo critico, si sostiene che i ricavi del secondo semestre del 1994 sarebbero stati sopravvalutati. Qui (come nel caso precedente appena considerato) si tenta di valorizzare, in chiave critica dei calcoli della relazione del Collegio dei consulenti di ufficio, alcune proiezioni offerte dalla stessa Telsystem: quest'ultima, peraltro, proponeva una ricostruzione globalmente ben più ottimistica nella propria prospettiva, sicché l'estrapolazione di singoli elementi opera in senso distortivo, non tenendo conto di altri che avrebbero influenzato il risultato in senso opposto.

Infine, con riguardo al terzo quesito si sostiene che i consulenti d'ufficio sarebbero partiti dal presupposto che i nuovi clienti acquisiti nei primi esercizi avrebbero prodotto ricavi dal primo giorno dell'esercizio e non gradualmente nel corso dello stesso. Tale errore concettuale, come peraltro si riconosce, non è desumibile dalla impostazione dichiarata nella relazione dei consulenti d'ufficio, ma viene argomentata dal fatto che le ipotesi di ricavo medio per cliente sarebbero molto vicine a quelle adottate da Telsystem, alle quali viene al tempo stesso addebitato il medesimo errore.

Non vi sono dunque elementi precisi per assumere che i consulenti siano effettivamente incorsi nell'errore in questione.

Negli scritti difensivi depositati per la discussione, la convenuta sostiene ancora di non poter essere chiamata a rispondere della debolezza strutturale di Telsystem e della sua liquidazione, decisa dopo la ripresa dei rapporti contrattuali tra le parti; la messa in liquidazione di Telsystem, ad essa non imputabile, interromperebbe anzi il nesso causale rispetto al lucro cessante da perdita dell'opportunità di presentarsi come la prima impresa operante sul mercato italiano della telefonia vocale per gruppi chiusi di utenti in regime liberalizzato. Ma il punto che la convenuta non debba rispondere della messa in liquidazione della società attrice è pacifico, e la debolezza finanziaria di quest'ultima è stata ben presente ai consulenti di ufficio, che ne hanno tratto conseguenze sfavorevoli ad essa nella ricostruzione virtuale delle quote di mercato che essa avrebbe potuto conquistare. Non per questo sarebbe corretto, sul piano logico e su quello giuridico, escludere il danno da perdita di opportunità per il solo fatto che la liquidazione della società non le consentirebbe di sfruttare quella opportunità. Escluso nella mancata prosecuzione di una attività imprenditoriale possano ravvisarsi profili di concorso colposo ex art. 1227 cpv. cod. civ. (a tanto non potendosi spingere l'ordinaria diligenza) si osserva che l'opportunità in questione doveva ritenersi un bene acquisito al patrimonio della società per effetto dell'attività imprenditoriale da essa intrapresa in un campo nuovo, la cui realtà ed attualità non è contraddetta dalla difficoltà pratica di una esatta quantificazione. Quest'ultima esigenza, come risulta dalle precedenti considerazioni, è stata soddisfatta con il ricorso ad una consulenza di ufficio, che ha offerto le nozioni ed i procedimenti scientifici per una valutazione fin dove possibile razionale e precisa (e all'eventuale impossibilità di raggiungere a questo riguardo risultati assolutamente precisi e sicuri supplirebbe come è noto il potere di liquidazione equitativa del danno sanzionato dall'art. 2065 cpv. cod. civ.). Posto dunque che l'esistenza e la lesione di quel bene siano state indipendentemente accertate, nessuna incidenza sulla decisione può avere la circostanza che la società sia stata posta successivamente in liquidazione, con la conseguenza che l'opportunità in questione — e per essa il credito da risarcimento conseguente alla sua lesione — si sia convertita da elemento di un'azienda finalizzata alla produzione di profitti in elemento aziendale di una società in liquidazione.

In conclusione la Corte ritiene di doversi uniformare alle conclusioni alle quali sono pervenuti i consulenti di ufficio. Il danno complessivo è stato da questi stimato in L. 3.253.000.000 con riferimento alla data 1 gennaio 1995. Trattandosi di debito di valore, questa stima deve essere tradotta in moneta al valore corrente alla data della decisione, e la rivalutazione viene condotta mediante applicazione degli indici dei prezzi al consumo periodicamente pubblicati dall'ISTAT. Il danno attuale ammonta pertanto a L. 3.623.830.000 (tre miliardi seicento venti tre milioni otto cento trenta mila).

Le spese del giudizio, nelle due fasi in cui si è articolato, seguono la soccombenza, e si liquidano in L. 192.143.000 (cento novanta due milioni cento quaranta tre mila), come da nota depositata. Ad esse possono aggiungersi L. 30.000.000 per spese di consulenza di parte, così ridotte rispetto alla nota presentata, a norma dell'art. 92, comma 1, cod. proc. civ. Sono infine a carico della parte soccombente le spese della consulenza tecnica d'ufficio separatamente liquidate.

P.Q.M. — La Corte, definitivamente decidendo sulle domande proposte da Telsystem S.p.A. nei confronti di SIP S.p.A., così provvede:

liquida i danni risarcibili, cagionati da SIP S.p.A. a Telsystem S.p.A. per il titolo di cui alla precedente sentenza non definitiva pronunciata in data 27 giugno 1995 tra le stesse parti, in complessive L. 3.623.830.000 (tre miliardi seicento venti tre milioni otto cento trenta mila);

condanna inoltre SIP S.p.A. al pagamento delle spese del giudizio, liquidate complessivamente in L. 222.143.000 (duecento venti due milioni cento quaranta tre mila), e pone definitivamente a suo carico le spese della consulenza tecnica d'ufficio liquidate con separato provvedimento.

RICHIAMI DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

L'«accidentato iter di recepimento della Direttiva 90/388/CEE nell'ordinamento giuridico italiano (vedi da ultimo PICOZZA - CARDARELLI, *La politica delle telecomunicazioni: aspetti amministrativi*, relazione al Convegno « Il diritto delle TLC », Alghero, 21-22 settembre 1996, in via di pubblicazione in questa *Rivista*) ha conosciuto l'inattuazione di una delega legislativa al Governo (ex artt. 1, 2, 72, legge 19 febbraio 1992, n. 142): entro un anno, seguendo l'iter previsto dall'art. 14, legge 23 agosto 1988, n. 400, si sarebbe dovuto emanare il decreto legislativo: ex art. 2, legge n. 142/1992 avrebbe dovuto altresì legiferare assicurando che « nelle materie trattate dalla Direttiva da attuare, la disciplina disposta fosse pienamente conforme alle prescrizioni della Direttiva medesima ». Inoltre con l'art. 72 della legge delega veniva previsto che dal 1° gennaio 1996 non sarebbe potuto permanere alcun limite alle offerte al pubblico di « semplice rivendita di capacità di circuiti affittati », e quindi la riserva allo Stato sarebbe venuta meno per questo ambito.

Il Governo, invece di dar luogo alla delega legislativa per l'esecuzione della Direttiva 90/388/CEE (vedi E. PICOZZA, *Il diritto pubblico nell'integrazione europea*, Roma, 1996, 278 ss.), impugnò (insieme ai Governi di Francia, Spagna, Belgio) la direttiva stessa davanti alla Corte di giustizia della CEE, sortendone un esito negativo (cfr. TAGARIELLO, *I monopoli di servizi di telecomunicazioni: cronaca di una fine annunciata. La sentenza della Corte di giustizia sulla Direttiva « Servizi di telecomunicazioni »*, in *Riv. dir. eur.*, 1992, 776; BALESTRIERI, *Monopoli legali nei c.d. settori esclusi: rispetto delle prerogative degli Stati membri o tutela effettiva della concorrenza*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 1993, 483 ss.; CASSINIS - STEHMANN, *La liberalizzazione dei servizi di telecomunicazioni a livello comunitario, con particolare riferimento ai servizi di telefonia vocale*, in *Rass. giur. en. elettr.*, 1994, 50 ss.; VENTURINI, *Servizi di telecomunicazione e concorrenza nel diritto internazionale e comunitario*, Torino, 1996, 112 ss.; P. FOIS, *I servizi di TLC nel diritto comunitario ed internazionale*, Relazione al Convegno « Il diritto delle telecomunicazioni », Alghero, 21-22 settembre 1996), poiché parte l'istanza dei ricorrenti veniva respinta, con la riaffermazione della conformità delle norme della Direttiva al Trattato, fatta eccezione per l'art. 9 della Direttiva, che peraltro non incideva sulla liberalizzazione del CUG.

Il ritardo nell'emanazione del decreto legislativo faceva trascorrere i limiti temporali per la delega e pertanto il Parlamento italiano con

l'art. 54, legge 22 febbraio 1994, n. 146 (nota con la denominazione di legge comunitaria 1993) ha nuovamente delegato il Governo a legiferare in materia di liberalizzazione di CUG.

Il Governo ha predisposto quel d.lgs. 17 marzo 1995, n. 103 che ha definito l'ambito della liberalizzazione, specificando altresì la liberalizzazione di tutti i servizi diversi dal servizio di telefonia vocale (sul punto vedi ZENO-ZENCOVICH, *Sistema giuridico e diritto delle telecomunicazioni*, Relazione al Convegno « Il diritto delle telecomunicazioni », Alghero, 21-22 settembre 1996, in questa *Rivista*, 1996, 551 ss.; ci si permette altresì di inviare al nostro, *L'outsourcing dei Gruppi Chiusi di Utenti: la gestione innovativa delle reti integrate*, in *Inform. dir.*, 1996, n. 2, spec. 131 ss.).

Viene data nel decreto legislativo la definizione di rete pubblica di telecomunicazione, che consiste nell'infrastruttura pubblica di telecomunicazioni idonea a trasmettere segnali fra punti terminali definiti della rete mediante fili, ponti radio o mezzi ottici.

L'art. 2 ha previsto l'accesso liberalizzato alla rete, fuorché per i servizi di telex, radiotelefonia mobile, radioavviso e comunicazione via satellite. Ulteriori limiti sono posti nell'alveo delle esigenze fondamentali intrinseche alla sicurezza del funzionamento della rete pubblica, nonché al mantenimento dell'integrità fisica ed alla interoperabilità dei servizi. Le apparecchiature terminali necessarie per l'esercizio dei servizi di telecomunicazioni devono essere omologate, mentre non sono ammesse restrizioni relative al trattamento dei segnali prima della loro trasmissione sulla rete pubblica o dopo la loro ricezione, fuorché per motivi connessi all'ordine pubblico, alla sicurezza pubblica ed alla difesa nazionale.

Infine l'art. 5 abrogando l'art. 212 d.P.R. 29 marzo 1973 n. 156 consente l'interconnessione dei collegamenti diretti per i servizi di trattamento delle informazioni e per i servizi di trasmissioni dati a commutazione di pacchetto con la rete pubblica di telecomunicazioni.

La norma così sembra porre fine ad un monopolio legale che rendeva impossibile l'espletarsi di qualsiasi forma concorrenziale per i servizi a valore aggiunto.

L'art. 11 del d.lgs. n. 103/1995 ha attribuito la potestà regolamentare al Governo in materia di determinazioni delle caratteristiche e delle modalità di svolgimento dei servizi di telecomunicazioni. Su proposta concertata del Ministro delle Poste e di quello dell'Industria e del Commercio, il Consiglio dei Ministri deliberava sul regolamento in materia e si giungeva alla sua emanazione con il d.P.R. 4 settembre 1995, n. 420. Si venivano ad indicare i servizi di telecomunicazione liberalizzati, pur prevedendo una particolare limitazione per l'offerta: l'utilizzo sarebbe dovuto avvenire « esclusivamente » attraverso collegamenti commutati o diretti alla rete pubblica (art. 1, comma 3).

La limitazione all'uso della rete pubblica, però, sembrerebbe intendere la rete come unica. Le Direttive comunitarie al contrario, parlano chiaramente all'interno dello stesso Paese di reti « pubbliche » (art. 1, comma 2, Direttiva 90/388/CEE). Tali reti sono, infatti, pubbliche, in quanto non chiuse e riservate (art. 2, comma 3, ONP). L'equivoco potrebbe essere pericoloso se con questa definizione in Italia si volesse intendere la rete di Telecom Italia, poiché così la concessionaria pubblica diverrebbe l'unico *carrier* legittimato ad operare.

Con l'art. 2 viene altresì data una definizione di Gruppo Chiuso di Utenti, individuandolo in un insieme di soggetti « legati da uno stabile interesse professionale comune » che giustifichi l'interesse ad una comunicazione per lo stesso interesse. La norma regolarmente ha così dato una definizione del CUG in senso restrittivo rispetto a quella prevista in sede comunitaria, a partire dalla omessa affermazione che i vincoli economici non sono determinanti. Si deve peraltro tenere presente che nessuna definizione restrittiva dei CUG è contenuta nel d.lgs. 17 marzo 1995, n. 103, rimandando, così, implicitamente alla definizione adottata in sede comunitaria. Né naturalmente si introducevano nuove definizioni nel d.m. 10 aprile 1995, n. 330 (Regolamento concernente la regola tecnica per l'omologazione di sistemi radiomobili a tecnica multiaccesso per CUG). Il regolamento interviene, altresì, sull'omologazione dei terminali, prevedendo che queste debbano rispettare i criteri sanciti in sede UE (art. 3). L'omologazione nella normativa comunitaria può avvenire ad opera degli organismi preposti in ciascuno dei Paesi membri oppure ad opera dell'Istituto Europeo di Omologazione; la previsione di esclusiva del Ministero delle Poste è, invece, in contrasto con questo principio.

Per quanto riguarda il regime amministrativo, il regolamento prevede un procedimento autorizzatorio (art. 5) per contemperare le esigenze del privato allo svolgimento del servizio; mentre per l'impiego di terminali è prevista una semplice dichiarazione all'ente regolatore. Non esiste una sorta di « autorizzazione globale », ma l'interessato deve presentare una domanda di autorizzazione per ogni tipo di servizio che intende offrire. Inoltre dal combinato disposto degli artt. 6, comma 3 e 7, comma 1, deriva che il CUG può essere esteso nel numero dei partecipanti a condizione che lo si comunichi al Ministero PP.TT., anche se per quanto riguarda il numero dei servizi offerti il loro eventuale incremento può essere eventualmente vietato. Pertanto una volta autorizzato il CUG può crescere a dismisura per tutto il corso dell'autorizzazione che è novennale (art. 11).

Il decampare in questo ambito del diritto comunitario sull'ordinamento giuridico italiano ha già prodotto un contenzioso. Già durante l'*iter* del decreto legislativo iniziava altresì a prendere forma una giurisprudenza in materia: il comportamento di Telecom Italia, che forte di una presunta diretta inapplicabilità della normativa comunitaria, continuava ad operare sulla base della Conversione con lo Stato (d.P.R. 13 agosto 1984 n. 523) configurava un'abuso di posizione dominante, divenendo oggetto di due ordinanze per provvedimenti d'urgenza *ex art.* 33, comma 2, legge n. 287/1990 della Corte d'Appello di Milano, di cui la prima su ricorso di Telsystem (8 ottobre 1994) e la seconda su ricorso di Telecom Italia (11 novembre 1994).

Nella prima Telsystem lamentava che, proponendosi di realizzare una rete telefonica per Gruppi Chiusi di Utenti in seguito alla conclusione di un contratto con il concessionario della rete pubblica di telecomunicazioni, aveva da questo ottenuto un adempimento parziale del contratto, poiché pur affittando la rete alla Telsystem la SIP si era rifiutata di provvedere agli allacciamenti con i singoli utenti che avevano stipulato un contratto in tal senso con Telsystem, ritenendo il servizio in oggetto ricompreso nella Convenzione Stato-SIP e quindi in regime di monopolio legale. L'impresa, sulla scorta delle procedure previste *ex art.* 33, comma 2, legge 10 ottobre 1990, n. 287 ricorreva alla Corte d'Appello territorial-

mente competente, lamentando il presente abuso dominante nonché il danno irreparabile. La Corte ex art. 700 cod. proc. civ. con il decreto del 10 ottobre 1994 (pubblicato in questa *Rivista*, 1995, spec. 103 ss.) ordinava a SIP di dar luogo alle prestazioni promesse contrattualmente, provvedendo così ad installare i circuiti diretti urbani richiesti da Telsystem nei limiti consentiti dalla portata di tale linea, pena le responsabilità contrattuali previste (vedi CARDARELLI, *Riserva statale dei servizi di telecomunicazione e disciplina comunitaria della concorrenza*, in questa *Rivista*, 1995, 110 ss.; ZENO-ZENCOVICH, *La concorrenza nel mercato delle telecomunicazioni*, in *N.G.C.C.*, 1995, I, 158 ss.; CASSINIS, *Libertà di accesso alla rete e servizi in concorrenza nell'analisi del caso Telsystem*, in *Contratto e Impresa*, 1995, 1200 ss.; GIOVANNETTI, *Concorrenza nel mercato delle telecomunicazioni tra disciplina comunitaria e normativa anti-trust nazionale*, in *Giust. civ.*, 1996, 1789 ss.; GAMBINO, *Dal monopolio alla liberalizzazione: regolamentazione normativa delle asimmetrie nel mercato delle telecomunicazioni*, in *Riv. soc.*, 1996, 5 ss.).

La Corte d'Appello di Milano con l'ordinanza 11 novembre 1994 revocava il decreto emesso precedentemente ritenendo inammissibile il ricorso previsto anche alla luce del mancato recepimento della normativa comunitaria al riguardo.

La Telsystem proseguiva la sua lite giudiziale davanti all'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato. In tale sede si ritenne il *self executing* della Direttiva 90/388/CEE e quindi della disposizione ex art. 2, par. 1 che riconosceva ad ogni operatore economico il diritto di offrire servizi di telecomunicazioni diversi da quelli della telefonia vocale; il rifiuto senza giustificato motivo della fornitura di una infrastruttura essenziale da parte di un monopolista, pertanto, costituiva abuso di posizione dominante, per la volontà di riservare a sé un'attività su un mercato distinto.

Pertanto l'Autorità riteneva che ogni deroga ai principi comunitari andasse interpretata in senso restrittivo. L'Autorità garante con il provvedimento 10 gennaio 1995, n. 2662 (pubblicato in questa *Rivista*, 1995, 399 ss.) sapeva il comportamento di Telecom nei confronti di Telsystem come un abuso di posizione dominante, invitando contestualmente Telecom a non porlo più in essere ed a presentare le iniziative volte a rimuovere gli ostacoli in precedenza frapposti (ci si permette di rinviare al nostro, *La prestazione di servizio di telefonia per Gruppi Chiusi di Utenti fra la normativa comunitaria liberalizzatrice e le restrizioni normative del Legislatore italiano*, in questa *Rivista*, 1995, 411 ss.; CALVI, *Telefonia vocale liberalizzata e abuso di posizione dominante*, in *Dir. ind.*, 1995, 855 ss.; RICOLFI M., *Liberalizzazione delle telecomunicazioni e diritto della concorrenza*, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 85 ss.).

Questa decisione veniva successivamente impugnata (con esito sfavorevole a Telecom) in sede giurisdizionale amministrativa (pubblicata in questa *Rivista*, 1995, 686 ss.) ed infine davanti al Consiglio di Stato. Successivamente si è aggiunta la sentenza di merito della causa Telsystem/Telecom che ha dichiarato la responsabilità per abuso di posizione dominante del gestore della rete fissa, condannandolo al risarcimento dei danni da liquidare in proseguio di giudizio (in questa *Rivista*, 1995, 914 ss.).

ALFONSO CONTALDO