

APPELLO MILANO

8 OTTOBRE 1994

PRESIDENTE: LOI

RELATORE: CECCHERINI

PARTI: TELSYSTEM S.P.A.

(Avv. D'Angelo, Greco)

SIP S.P.A.

(Avv. D'Ercole, Roma, Lupi)

**Telecomunicazioni •
Monopolio • Servizio di
telefonia vocale • Gruppi
chiusi di utenti • Esclusione**

Il mantenimento del monopolio del servizio di telefonia vocale è giustificato esclusivamente dal punto di vista delle ripercussioni finanziarie di una apertura alla concorrenza, e quindi in base ad un rapporto di strumentalità solamente indiretto rispetto alla specifica missione degli organismi di telecomunicazione. Ne consegue che il servizio di telefonia vocale inerente a collegamenti effettuati a favore di gruppi chiusi di utenti non è oggetto, alla luce della direttiva 90/388/CEE di giustificati di-

ritti esclusivi o speciali.

**Provvedimenti di urgenza •
Obbligo di esecuzione di
prestazioni promesse •
Contratti già stipulati •
Ammissibilità**

In presenza di un danno grave ed irreparabile è ammissibile il provvedimento cautelare ridotto ad obbligare il debitore alla esecuzione delle prestazioni promesse con i contratti già stipulati, interpretati secondo buona fede, in modo da consentire alla parte ricorrente di appropriarsi in via provvisoria dell'utilità sperata dalla esecuzione del contratto già concluso.

Telsystem S.p.A., società operante nel settore della telefonia, ha depositato in data 29 agosto 1994, presso la Cancelleria della Corte, un ricorso per provvedimenti di urgenza a norma dell'art. 33, comma 2, legge 10 ottobre 1990, n. 285.

La ricorrente 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.

La Telsystem espone quindi, nel suo ricorso, 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 seguito 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 preteso dalla menzionata cliente della esponente una autorizzazione per gli allacciamenti, quindi di-

chiarato 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 alla 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 denuncia 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. La Telsystem denuncia pertanto il pregiudizio imminente — ed anzi in parte già subito — ed irreparabile che da tali comportamenti deriva, per l'impedito accesso al mercato, la ormai perduta sua posizione di prima azienda sul mercato della telefonia vocale a gruppi chiusi di utenti, la conseguita paralisi della sua attività e la determinazione di perdite (per costi di gestione in assenza dei corrispondenti ricavi) tali da richiedere i provvedimenti di cui all'art. 2446 cod. civ., la paventata riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale con il rischio di liquidazione ed eventuale richiesta di procedura concorsuale. Essa, mentre preannuncia una azione davanti alla Corte per il risarcimento del danno, chiede dunque provvedimenti urgenti intesi ad assicurare nel frattempo l'esecuzione delle obbligazioni assunte da SIP, l'inibitoria di analoghi comportamenti abusivi, nel futuro con l'ordine di procedere alla installazione dei circuiti diretti urbani che essa richiederà per il proprio sistema telefonico di rete, la condanna di SIP ad una provvisoria in misura non inferiore a L. 500 milioni, l'inibitoria della richiesta di pagamento del canone relativo al circuito diretto numerico, da subordinare comunque all'adempimento delle altre obbligazioni assunte.

La memoria della parte resistente. — Costituendosi, la resistente SIP ha eccepito in via pregiudiziale che l'assunto avversario dell'esistenza di obblighi contrattuali inadempiti da parte della stessa esponente è incompatibile con la tutela cautelare, quale quella richiesta, che fissi obblighi di natura legale generale a carico della concessionaria pubblica del servizio, ma è invece suscettibile di tutela in un giudizio ordinario, estraneo alla sfera di speciale competenza per materia della Corte d'Appello; il riferimento alla denuncia presentata all'Autorità garante per il mercato e la concorrenza non vale invece a giustificare il richiesto provvedimento cautelare della Corte, il quale, secondo la dottrina e la giurisprudenza, non può essere strumentale alla tutela ottenibile in via amministrativa e davanti

alla predetta Autorità, ma deve invece essere strumentale ad una azione compresa tra quelle riservate alla speciale competenza della Corte, e ciò anche a prescindere dal rilievo che l'apertura di una istruttoria da parte dell'Autorità non ha significato diverso da quello dell'avviso di garanzia nel processo penale, e non integra pertanto il *fumus boni juris*, come prospettato dalla ricorrente; né poi parrebbe possibile ipotizzare una competenza della Corte nel merito della pretesa della ricorrente, essendo tale competenza circoscritta ai giudizi di nullità e di risarcimento del danno, ed essendo la competenza alla repressione del comportamento anticoncorrenziale riservata alla Autorità in primo luogo, ed al Giudice amministrativo in sede di impugnativa; in ogni caso, poi la competenza territoriale non spetterebbe alla Corte di Milano, bensì a quella di Roma, nel cui distretto ha sede la Telecom, e la esponente si sarebbe resa responsabile di gran parte delle prestazioni richieste.

Nel merito, SIP contesta che i servizi di telefonia vocale per gruppi chiusi di utenti siano stati liberalizzati. Il monopolio in materia è ribadito invece dall'art. 3 del Piano regolatore nazionale delle telecomunicazioni, approvato con d.m. 6 aprile 1990, con riguardo ai servizi indicati dall'art. 2, lett. a) (servizi portanti), b) (teleservizi: telefono e telex) e — parzialmente — con riguardo a quelli indicati dall'art. 2, lett. c) (servizi supplementari ai servizi precedentemente indicati: essi possono essere realizzati infatti anche da apparati d'utente); mentre la liberalizzazione è riconosciuta solo per i servizi applicativi o a valore aggiunto (art. 4, comma 3, in relazione all'art. 2, lett. d), d.m. cit.: tali sono quei servizi, diversi dai precedenti, che includono funzionalità di livello superiore a quello dei servizi portanti, realizzati dalla rete, dai terminali o da centri specializzati), tra i quali non rientra quello offerto dalla società ricorrente. Né a ciò può opporsi la Direttiva CEE invocata dalla controparte, perché l'art. 2 del predetto provvedimento chiarisce che l'abolizione dei diritti esclusivi e speciali riguarda i servizi di telecomunicazioni diversi dai servizi di telefonia vocale, quale è appunto il servizio offerto da Telsystem. Accedendo alle richieste di quest'ultima, SIP violerebbe gli artt. 183, 187 e 276, d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156, e dell'art. 18, d.m. 8 settembre 1988, n. 484 in materia di tariffe telefoniche. Il regime di monopolio di SIP, pur precludendo l'accesso di concorrenti al mercato, rientrerebbe dunque nella previsione dell'art. 8, comma 2, legge n. 287/1990, e la sua esistenza comporterebbe solo l'applicabilità dell'art. 2597 cod. civ., che non estende l'obbligo di contrarre a favore di chi intenda rivendere i beni oggetto di monopolio.

SIP osserva poi che l'esercizio di impianti di telecomunicazioni non può aver luogo se non in regime di concessione, la cui compatibilità con la normativa comunitaria è riconosciuta nell'art. 2, comma 2, Direttiva cit.; ciò implica la giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo (che si estende ai rapporti subconcessori), e, mentre esclude la giurisdizione del Giudice ordinario, rende il Ministro delle Poste e Telecomunicazioni (concedente) litisconsorte nel procedimento.

Infine SIP contesta l'ammissibilità in sede cautelare di provvedimenti inibitori ed anticipatori di condanna di *facere*, quali l'imposizione di obblighi che avrebbero effetti definitivi sul piano negoziale, dovendosi inoltre escludere la risarcibilità in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto; nonché l'esistenza di un pregiudizio imminente ed irreparabile, che non può restare circoscritto a mancate erogazioni di denaro (in particolare, il mancato ingresso nel mercato della telefonia vocale si è già realiz-

zato e non è pertanto imminente, mentre la sua possibilità in futuro esclude la irreparabilità).

Sulla giurisdizione. — Quale che sia il fondamento della azione che la ricorrente si ripropone di intraprendere davanti al Giudice ordinario, l'obiettivo dichiaratamente perseguito è quello di conseguire il risarcimento del danno subito in conseguenza del preteso abuso di posizione dominante da parte di SIP. Si tratta pertanto dell'azione che l'art. 33, legge 10 ottobre 1990, n. 285 riserva alla cognizione del Giudice ordinario. In tale situazione, il problema di accertare se le misure cautelari di cui alla norma citata siano date anche in via strumentale alla tutela accordata dall'ordinamento in sede amministrativa e di giurisdizione amministrativa non si pone, posto che la strumentalità della misura cautelare viene prospettata dalla parte ricorrente e deve essere accertata dalla Corte con esclusivo riguardo alla azione giudiziaria da intentare davanti al Giudice ordinario.

La resistente insiste particolarmente sul fatto che, in ogni caso, la misura cautelare sarebbe strumentale non già al risarcimento del danno, bensì all'accertamento dell'abuso di posizione dominante da parte sua, vale a dire ad un accertamento che si pretende riservato alla attribuzione esclusiva della Pubblica Amministrazione, e precisamente del Garante della concorrenza e del mercato, con conseguente pericolo di una sovrapposizione di competenze amministrative e giurisdizionali. Ma una tale impostazione non può essere seguita. La distinzione tra le attribuzioni del Garante e la giurisdizione del Giudice ordinario non si presta nella fattispecie ad alcuna confusione, essendo le prime dirette all'accertamento e alla repressione di una condotta commerciale nell'interesse pubblico della tutela della concorrenza, e non già a tutela dell'interesse particolare dell'odierna ricorrente: la tutela di quest'ultimo, che ha consistenza di diritto soggettivo, è invece riservata secondo i principi generali al Giudice ordinario, e si traduce non già in prescrizioni vincolanti circa la condotta da tenere da SIP in generale, ma esclusivamente in provvedimenti validi ed efficaci nei rapporti tra quest'ultima e la ricorrente.

SIP sembra voler subordinare la tutela giurisdizionale della concorrenza al preventivo accertamento, in sede amministrativa, dell'avvenuta liberalizzazione del settore oggetto della controversia, così utilizzando il modello del diritto affievolito ad interesse legittimo, che è suscettibile di tutela davanti al Giudice ordinario sul necessario presupposto della caducazione nella sede amministrativa (e dei relativi rimedi giurisdizionali) del provvedimento amministrativo di ostacolo alla piena espansione del diritto soggettivo. Tale modello non ha spazio nella presente materia, trovando il diritto (di concorrenza) fatto valere dalla ricorrente il suo fondamento nella normativa comunitaria, la quale si impone nei singoli ordinamenti (a condizioni determinate, nella fattispecie ricorrenti e in realtà neppure contestate, controvertendosi soltanto sull'effettivo contenuto della disciplina comunitaria), ed essendo il Giudice ordinario tenuto, *in subiecta materia*, ad applicare direttamente la normativa comunitaria, se con essa sia in contrasto quella interna (infatti, se il Giudice ordinario deve disapplicare anche le norme di legge contrastanti con la normativa comunitaria, a maggior ragione deve negarsi che l'esercizio della giurisdizione possa essere subordinato all'esperimento di procedure amministrative). Ne deriva che il diritto fatto valere dalla ricorrente ha necessariamente natura di diritto soggettivo perfetto, sempre che l'assunto di base (liberalizzazione del mercato in parte *de qua agitur*) sia fondato, giacché nell'interpreta-

zione e nell'applicazione della legge il Giudice ordinario esercita un potere sovrano.

Sulla competenza per territorio. — L'eccezione di difetto di competenza per territorio della Corte di Milano, sollevata dalla convenuta SIP non ha fondamento. Nella prospettazione della ricorrente, alcuni degli abusi di posizione dominante sarebbero stati commessi da SIP a Milano. Tanto basta a fondare la competenza (quanto meno concorrente) del foro milanese e della Corte adita. La resistente non ha infatti contestato specificamente questo criterio di radicamento della competenza territoriale, limitandosi genericamente ad affermare la competenza del Foro di Roma, che tuttavia non esclude quella del Giudice concretamente adito.

Sulla competenza per materia. — Neppure hanno fondamento le eccezioni mosse dalla resistente in ordine alla competenza della Corte a norma dell'art. 33, comma 2, legge 10 ottobre 1990, n. 285. La supposta incompatibilità tra l'inadempimento contrattuale allegato e la speciale tutela cautelare disciplinata dalla norma citata presuppone che un abuso di posizione dominante non possa essere commesso nell'ambito di rapporti contrattuali già istituiti. Questa tesi è manifestamente contraddetta dalla nozione di abuso di posizione dominante fornita dall'art. 3, legge n. 285/1990, ma non è sostenibile neppure con riguardo alla specifica ipotesi (l'unica alla quale sembra riferibile la fattispecie) di abuso commesso con l'impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno del consumatore (art. 3, lett. b), l. cit.). Non vi è infatti ragione per negare in astratto che SIP possa aver impedito a Telsystem l'accesso al mercato della telefonia vocale per gruppi chiusi concludendo dapprima un contratto finalizzato a consentire tale accesso, e rendendosi poi inadempiente alle obbligazioni che ne discendono, nella consapevolezza che l'altra parte non avrebbe potuto rimediare all'inadempimento rivolgendosi a concorrenti, i quali nella attuale situazione di monopolio non esistono. In altre parole, se è vero che l'esistenza di un contratto offre alla parte gli strumenti di tutela giurisdizionale di diritto comune ricollegabili alla sua posizione contrattuale, nulla vieta di ravvisare nell'inadempimento contrattuale anche un abuso di posizione dominante, verificandosi un concorso di illeciti di natura diversa nella medesima fattispecie. Il preteso danneggiato aggiunge in tal caso agli strumenti di tutela offerti dal diritto comune (per il quale valgono le ordinarie norme di competenza per materia e valore), quelli del diritto speciale, che assegnano alla Corte d'Appello una speciale competenza per materia.

Sul fumus boni iuris. — La questione della effettiva liberalizzazione del mercato della telefonia vocale per gruppi chiusi di utenti costituisce il punto decisivo della controversia che oppone le parti del presente procedimento. Essa costituisce il termine di riferimento più importante per la valutazione del *fumus boni iuris*. La Corte non può pertanto esimersi dall'esaminare la questione di diritto, nei limiti nei quali le parti vi hanno ricollegato le rispettive tesi difensive. Al riguardo vanno fatte le seguenti osservazioni.

SIP è la società concessionaria esclusiva per l'esercizio del servizio telefonico in ambito nazionale (d.P.R. 29 marzo 1974, n. 156; d.P.R. 13 agosto 1984, n. 523), e fornisce in regime di monopolio i servizi di telefonia vocale in ambito nazionale sia per i collegamenti su linea commutata e sia

(art. 295, d.P.R. n. 156/1973 cit.) per quelli su circuito diretto (vale a dire, tra due sedi di pertinenza del medesimo utente, sempre che questi non ponga l'interconnessione a disposizione di terzi: art. 296, d.P.R. n. 156/1973) o su linea affittata dietro pagamento di canone fisso bimestrale, provvedendo, sempre in via esclusiva, alla gestione della linea telefonica.

Tale situazione di monopolio non si pone necessariamente in contrasto con l'ordinamento comunitario. Come è noto, l'art. 90, comma 2 del Trattato stabilisce che le imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale, sono sottoposte alle norme del Trattato e in particolare alle regole di concorrenza « nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata ». Analogamente la legge n. 287/1990 si applica anche alle imprese che per legge esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato « per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati » (art. 8). Del resto, l'interpretazione delle norme del primo titolo della legge citata (che comprende l'art. 8) « è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza » (art. 1, comma 4, l. cit.). Ne deriva che, intanto il monopolio legale può essere dalla SIP utilmente invocato, in quanto non si ponga in contrasto con la normativa comunitaria.

Con la direttiva n. 90/388/CEE in data 28 giugno 1990 sulla concorrenza nei mercati dei servizi di telecomunicazioni, la Commissione Europea ha imposto agli Stati membri dell'Unione Europea di abolire i « diritti esclusivi o speciali per la fornitura di servizi di telecomunicazioni diversi dai servizi di telefonia vocale » (art. 2). A séguito di ciò, resta riservato al regime di monopolio il servizio di telefonia vocale, vale a dire (art. 1) « la fornitura al pubblico del trasporto diretto e della commutazione della voce in tempo reale in partenza e a destinazione dei punti terminali della rete pubblica commutata, che consente ad ogni utente di utilizzare l'attrezzatura collegata al suo punto terminale di tale rete per comunicare con un altro punto terminale ». Il contrasto tra le parti si appunta sull'area che rimane esclusa dalla liberalizzazione in base a tali disposizioni. Secondo SIP (che si richiama al testo dell'art. 2 della Direttiva), tale area coincide con quella dei servizi di telefonia vocale; secondo Telsystem (che si richiama alla definizione dell'art. 1) l'area non comprende la telefonia vocale tra gruppi chiusi di utenti, ai quali la definizione normativa non si adatta quanto alla possibilità di comunicare da uno (qualsiasi) ad un altro (qualsiasi) dei punti terminali della rete, perché essi non si avvalgono della rete *commutata*.

Una risposta certa al quesito potrebbe difficilmente essere ricavata dalla direttiva n. 33/1992 del Consiglio (applicazione della fornitura di una rete aperta alle linee affittate), la quale, nel richiamare la direttiva n. 388/1990, si limita a ribadire la esclusione dei servizi di telefonia vocale dal settore liberalizzato (*considerando 8*), e pertanto non offre sicuri elementi per accertare se il campo di applicazione della direttiva medesima sia quello delle linee affittate per la trasmissione dati, o anche per la telefonia vocale non compresa nella definizione sopra ricordata. Per la stessa ragione sarebbe vano cercare la risposta nel d.lgs. 2 maggio 1994, n. 289, che ha dato appunto esecuzione in Italia alla direttiva n. 44/1992.

Non resta pertanto che fare ricorso ai principi desumibili dal Trattato, nell'interpretazione accolta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia,

e con l'ausilio delle indicazioni che si rinvencono nella stessa direttiva n. 388/1990. Il mantenimento del monopolio nel settore di cui si tratta deve infatti ritenersi legittimo se giustificato dal perseguimento, da parte del concessionario, della specifica missione affidatagli. A questo riguardo la direttiva n. 388/1990 precisa che la missione specifica affidata agli organismi di telecomunicazioni consiste « nell'installazione e nella gestione di una rete universale, vale a dire di una rete avente un'estensione geografica generale fornita, su richiesta ed entro un limite di tempo ragionevole, ad ogni prestatore di servizi o utente » (*considerando 18*). La missione in parola non comprende, pertanto, anche la fornitura dei servizi di telecomunicazioni che si avvalgono della rete medesima, quali la stessa telefonia vocale; malgrado ciò, la Commissione ha considerato che i mezzi finanziari per lo sviluppo della rete provengono ancora prevalentemente dall'esercizio del servizio di telefonia vocale, che l'apertura di questo servizio alla concorrenza potrebbe minacciare l'equilibrio finanziario degli organismi di telecomunicazioni e che il servizio di telefonia vocale costituisce il mezzo più importante per la notifica e la chiamata dei servizi di emergenza responsabili della sicurezza pubblica. Sono dunque queste ragioni che hanno indotto la Commissione ad escludere la telefonia vocale, nella definizione sopra riportata, dal novero dei servizi liberalizzati, ed è alla luce di esse che si deve accertare se la riconosciuta legittimità della persistenza del monopolio si estenda o meno ai servizi di telefonia vocale per gruppi chiusi di utenti.

Poiché, come si è visto, il servizio esula dal campo della specifica missione affidata a SIP per la quale non è ipotizzabile una liberalizzazione (vale a dire, l'installazione e gestione di una rete universale), la giustificazione del monopolio non può essere basata sull'art. 90 cpv. del Trattato, né sul corrispondente art. 8 cpv. della legge n. 287/1990. Il mantenimento del monopolio può invece giustificarsi con l'assenza di direttive di liberalizzazione da parte della Commissione, in esecuzione del comma 3 dell'art. 90 del Trattato. Come si è visto, la Commissione ha giustificato il monopolio della telefonia vocale esclusivamente dal punto di vista delle ripercussioni finanziarie di una apertura alla concorrenza, e quindi con un rapporto di strumentalità solamente indiretto rispetto alla specifica missione degli organismi di telecomunicazioni; ma, poiché si tratta di monopolio non direttamente strumentale alla specifica missione dell'impresa concessionaria, i limiti della sua legittimità sono di stretta interpretazione.

Alla luce di tali premesse, ritiene il Collegio che, da un lato, la riaffermazione, nell'art. 2 della direttiva n. 388/1990, della legittimità dei diritti esclusivi o speciali in materia di telefonia vocale non possa essere interpretata prescindendo dalla definizione che del servizio di telefonia vocale viene data nella direttiva medesima all'art. 1; e, dall'altro, che tale definizione comprenda nel servizio, quale suo elemento essenziale e imprescindibile, accanto al trasporto della voce, la commutazione, la quale solo consente « ad ogni utente di utilizzare l'attrezzatura collegata al suo punto terminale di tale rete per comunicare con un altro punto terminale » (art. 1 *dir. cit.*).

Si istituisce, così, un preciso parallelismo tra rete (la cui installazione e gestione è oggetto di diritti esclusivi o speciali strettamente funzionali alla specifica missione della concessionaria), la quale comprende sempre accanto al complesso degli impianti di trasmissione anche una centrale di commutazione, e servizio di telefonia vocale, che include, in aggiunta alla voce, il servizio della commutazione. E come la realizzazione di colle-

gamenti diretti, anche se effettuati a favore di un ristretto numero di utenti ed in modo da collegare più punti tra di loro, avviene al di fuori di qualsiasi operazione di commutazione, e anche nel caso di interconnessione non dà luogo ad una rete in senso proprio; così il servizio di telefonia vocale inerente a tali collegamenti non è oggetto, alla luce della normativa comunitaria, di giustificati diritti esclusivi o speciali.

Tali considerazioni sono d'altra parte in sintonia con le motivazioni che hanno indotto l'Autorità garante del mercato e della concorrenza ad aprire al riguardo una istruttoria. La predetta Autorità ha infatti considerato che «nell'ambito dei servizi di telefonia vocale è possibile individuare la fornitura dei servizi di telefonia riservati ad un numero predefinito di utenti (c.d. gruppo chiuso di utenti), attraverso l'impiego di una rete privata virtuale, ovvero sia di una rete telefonica basata sull'impiego di procedure informatiche che consentono di destinare una parte della rete stessa all'uso esclusivo di un cliente»; che «il servizio che la società Telsystem intende erogare è incluso tra quelli per i quali la direttiva 90/1988/CEE dispone la liberalizzazione»; e che «la mancata attuazione della medesima direttiva non preclude alla società Telsystem l'immediata possibilità di operare in concorrenza, in quanto sono scaduti i termini di recepimento della stessa direttiva ed esistono i presupposti per la sua immediata applicazione, dal momento che essa contiene al riguardo disposizioni incondizionate e sufficientemente precise dal punto di vista sostanziale» (deliberazione 23 giugno 1994, prodotta in atti da Telsystem).

Sul periculum in mora. — L'avvenuta liberalizzazione di questo settore del mercato impone a SIP, che per il fatto stesso di continuare a gestire in condizioni di legittimo monopolio la rete universale si trova in posizione dominante, particolari obblighi nei confronti dei prestatori di servizi di telefonia vocale per gruppi chiusi e degli utenti. Nella fattispecie, in base alla sommaria valutazione della lite, e tenuto conto dei documenti prodotti in giudizio da Telsystem, sembra che, basandosi sulla premessa (dalla Corte non condivisa per le ragioni esposte in precedenza) della persistenza del monopolio, SIP abbia ritenuto di potersi rendere inadempiente ad obbligazioni che pure essa aveva in precedenza assunto, cagionando a Telsystem danni assai gravi, i quali minacciano la sua stessa esistenza di società commerciale attiva ed operante nel mercato.

L'assunto di SIP, che il danno derivante dall'inadempimento di una obbligazione pecuniaria non potrebbe fondare la tutela cautelare a norma dell'art. 700 cod. proc. civ., non è da tempo più condiviso, nell'assolutezza della formulazione, dalla giurisprudenza. Questa Corte è invece dell'avviso che anche un danno di questo tipo possa presentare il requisito della irreparabilità (richiesto ai fini della emanazione dei provvedimenti cautelari ex art. 700 cod. proc. civ.), qualora ne derivi una minaccia alla sopravvivenza stessa della società, perché il pagamento che intervenisse in un momento successivo alla liquidazione della società, qualora pure comprensivo degli interessi legali e del maggior danno conseguito (nei limiti in cui il suo ammontare è effettivamente quantificabile) non potrebbe estendersi al danno, ben superiore e tuttavia non accertabile, derivato dalla cessazione dell'attività commerciale e dall'uscita della società del mercato. Parte ricorrente ha allegato, e adeguatamente provato (nei limiti della sommaria cognizione propria del presente giudizio) tale pericolo.

Neppure si condividono le considerazioni con le quali SIP contesta l'imminenza e l'irreparabilità del danno derivante dal mancato accesso al mercato, ora adducendo che il danno si sarebbe già verificato (e non sarebbe pertanto «imminente»), ora che al contrario esso potrebbe venir meno del tutto qualora fosse accertato il buon diritto della ricorrente, e alla stessa fosse consentito l'accesso al mercato. Infatti il danno in questione è un danno tipicamente permanente, la cui verifica per il passato non esclude — ed anzi di regola implica — il suo protrarsi nel futuro (e con ciò la sua «imminenza»); esso, al tempo stesso, non è eliminato per il solo fatto che cessi ad un determinato momento, giacché tale circostanza non restituisce al concorrente automaticamente né i profitti perduti fino a quel momento né la posizione che nel frattempo avrebbe potuto acquistare sul mercato. Si tratta di danno che, con riguardo al tempo in cui si è già verificato, è di difficilissimo se non impossibile accertamento *a posteriori*, perché la traduzione in termini di profitto dell'accesso al mercato risente di un numero assai grande e ben difficilmente verificabile di fattori, onde si tratta di danno che la parte ha fondato interesse a prevenire, non potendo contare su un adeguato risarcimento.

Sui provvedimenti cautelari da adottare. — Alla prospettazione di tali danni imminenti ed irreparabili deve porsi rimedio in via cautelare, a norma dell'art. 33, comma 2, legge 10 ottobre 1990, n. 285, come richiesto, nei limiti appresso indicati.

Si rende necessario pertanto consentire a Telsystem di svolgere (nelle more del giudizio che dovrà essere instaurato) l'attività commerciale intrapresa nel campo della telefonia vocale per gruppi chiusi di utenti. A tal fine è necessario che SIP dia esecuzione alle prestazioni promesse con i contratti già stipulati, e che essa provveda nel futuro alla installazione degli ulteriori di circuiti diretti urbani che le saranno richiesti da Telsystem in relazione alla linea affittata, nei limiti consentiti dalla portata di tale linea. Con la prescrizione di tali prestazioni di fare la Corte non intende discostarsi dal suo orientamento, contrario ad ammettere che possa supplirsi in via cautelare alla mancata conclusione di un negozio tra le parti. Nella specie, infatti, i provvedimenti cautelari in questione (pur non pregiudicando ovviamente il diritto di SIP di esigere il pagamento dei corrispettivi tariffari previsti in via generale per tali prestazioni) hanno ad oggetto delle prestazioni di fare diverse dalla stipulazioni di contratti, e trovano il loro fondamento non già su un mero obbligo legale a contrarre, ma invece su un contratto già stipulato tra le parti, interpretato secondo buona fede ed in modo da consentire alla parte ricorrente di appropriarsi in via provvisoria dell'utilità sperata dalla esecuzione del contratto già concluso (in tal modo realizzando l'equo contemperamento degli interessi delle parti). È coerente con tali provvedimenti che la pretesa di SIP in ordine al pagamento del canone per la linea affittata resti subordinata all'esecuzione delle predette prestazioni. A giudizio della Corte, e tenuto conto della documentazione prodotta, tali misure appaiono sufficienti ad evitare la produzione di danni irreparabili, consentendo alla Telsystem di operare e concorrendo altre condizioni obiettive, indipendenti dal comportamento della concessionaria pubblica) conseguire profitti, mentre non appare indispensabile allo stesso fine la condanna provvisoria di SIP al pagamento di una somma di denaro per i danni già cagionati.

Il giudizio di merito dovrà essere instaurato nel termine di trenta giorni dalla comunicazione del presente decreto.

P.Q.M. — la Corte ordina, a norma dell'art. 700 cod. proc. civ., a SIP di dare esecuzione alle prestazioni promesse con i contratti già stipulati con Telsystem; di provvedere nel futuro alla installazione degli ulteriori circuiti diretti urbani che le saranno richiesti da Telsystem in relazione alla linea affittata, nei limiti consentiti dalla portata di tale linea; inibisce a SIP, nel caso di inadempimento alle precedenti prescrizioni, di pretendere il pagamento del canone inerente alla linea affittata a Telsystem; assegna termine di giorni trenta dalla comunicazione del presente decreto per l'instaurazione della causa di merito.