

APPELLO MILANO

11 NOVEMBRE 1994

PRESIDENTE: NOVITÀ**RELATORE:** BARCELLA**PARTI:** SIP S.p.A.

(Avv. D'Ercole, Roma, Sena, Lupi)

TELSYSTEM S.p.A.

(Avv. Brosio e Casati, D'Angelo, Nanni, Greco)

Provvedimenti d'urgenza • Ordine di stipulare un contratto • Inammissibilità

Non è ammissibile il ricorso per l'adozione di provvedimenti cautelari risolvendosi nell'ordine di stipulare un contratto. Il canone ermeneutico della buona fede non può essere forzato sino a far ritenere contenuto del

contratto concluso un'obbligazione di prestazione ulteriore, solo perché connessa dal vincolo economico della necessità con l'obbligazione contenuto del contratto concluso.

FATTO. — S.p.A. Telsystem, operante nel settore della telefonia, ha depositato in data 29 agosto 1994 un ricorso per provvedimenti di urgenza a norma dell'art. 33, comma 2, legge 10 ottobre 1990 n. 185.

La ricorrente ha permesso 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 ha, quindi, esposto 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 (circuiti diretti numerici) 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 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 alla esponente qualsiasi offerta di apparati ed impianti utilizzabili per l'at-

tività 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 dalla esponente, e pretendendo da questa malgrado tutto il pagamento del canone per l'affitto della linea. La Telsystem ha denunciato 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, in funzione di una azione da promuovere davanti alla Corte per il risarcimento del danno, ha chiesto 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 a 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.

Costituitasi, 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 ha contestato 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. Né potrebbe opporsi la direttiva CEE invocata dalla ricorrente, perché l'art. 2 di essa riguarda i servizi di telecomunicazioni diversi dai servizi di telefonia vocale, quale, invece, è il servizio offerto dalla ricorrente.

SIP ha osservato 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 ha contestato 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.

Con decreto in data 27 settembre 1994, depositato in data 8 ottobre 1994 e notificato in data 13 ottobre 1994, la Corte adita, Sezione I Civile, in accoglimento del ricorso, ha ordinato, 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; ha inibito a SIP, nel caso di inadempimento alle precedenti prescrizioni, di pretendere il pagamento del canone inerente alla linea affittata a Telsystem.

Sulla giurisdizione dell'A.G.O. e sulla propria speciale competenza per materia, la Corte ha osservato che di essa doveva ravvisarsi la sussistenza, considerando: A) che era irrilevante la questione della strumentalità delle misure cautelari di cui all'art. 33, legge 10 ottobre 1990, n. 285 anche rispetto alla tutela accordata dalla legge citata in sede amministrativa e di giurisdizione amministrativa (strumentalità esclusa dalla resistente SIP), poiché dichiarato obiettivo della ricorrente era conseguire il risarcimento del danno e, pertanto, la sussistenza del rapporto di strumentalità doveva essere accertata con riguardo soltanto all'azione di risarcimento del danno; B) che non poteva obiettarsi che in realtà la misura cautelare richiesta era strumentale all'accertamento del lamentato abuso di posizione dominante, riservato alla P.A. (nella specie: la Autorità garante della concorrenza e del mercato) ed alla giurisdizione amministrativa (nella specie: T.A.R. Lazio), essendo distinte le attribuzioni del garante e della giurisdizione amministrativa, da un lato, e dall'A.G.O., d'altro lato, conclusione, quindi, del prospettato pericolo di sovrapposizione di competenze amministrativa e giurisdizionale: infatti l'Autorità garante accerta e reprime condotte commerciali nell'interesse pubblico della tutela della concorrenza, mentre l'A.G.O. tutela l'interesse particolare, che ha consistenza di diritto soggettivo, con provvedimenti efficaci solo nel rapporto tra due imprendi-

tori (colui che ha violato le regole della concorrenza e colui che per tale violazione ha subito un danno), laddove l'Autorità garante emette provvedimenti vincolanti l'imprenditore, che ha violato le regole della concorrenza, in generale; C) che la posizione soggettiva dell'imprenditore, prima che sia intervenuto l'accertamento da parte dell'Autorità garante della liberalizzazione del settore di mercato oggetto della controversia, era di diritto soggettivo e non di interesse legittimo, stante la immediata applicabilità (sulla quale *infra*) della normativa comunitaria invocata dalla ricorrente e stante il contenuto di essa di liberalizzazione del settore di mercato in questione.

Sulla competenza per territorio la Corte ha osservato che la competenza della Corte di Milano doveva ravvisarsi, poiché uno degli abusi di posizione dominante denunciati era avvenuto a Milano.

Sulla competenza per materia la Corte ha osservato che il presupposto dell'incompetenza eccepita, cioè che l'inadempimento contrattuale non possa configurare abuso di posizione dominante, doveva essere escluso, poiché il dedotto inadempimento ben poteva rientrare nella previsione dell'art. 3, lett. b), l. cit. e, d'altra parte, configurando la lamentata condotta violazione sia delle norme di diritto comune sui contratti, sia delle norme speciali sulla libertà di concorrenza, con la conseguenza di una duplice concorrente tutela.

Nel merito, sul *fumus boni iuris*, la Corte, ritenuta la immediata applicabilità nel nostro ordinamento della direttiva 90/388/CEE del 28 giugno 1990, ha osservato che il contrasto tra le parti sull'ambito dell'area rimasta esclusa dalla liberalizzazione (tutta la telefonia vocale secondo SIP; la telefonia vocale, esclusa la telefonia vocale tra gruppi chiusi di utenti, secondo Telsystem) doveva risolversi nel secondo senso, alla stregua della lettera, dei principi desumibili dal trattato, della premessa (i « considerando ») della stessa direttiva, delle considerazioni svolte dall'Autorità garante quali motivi della apertura dell'istruttoria.

Sul *periculum in mora* la Corte ha osservato che esso doveva ravvisarsi, poiché è irreparabile il danno anche quando, pur risarcibile, esso minacci la sopravvivenza stessa dell'imprenditore creditore.

Infine, sul provvedimento cautelare da adottare la Corte ha osservato che era necessario consentire (provvisoriamente, nelle more del giudizio che dovrà essere instaurato) a Telsystem di svolgere l'attività commerciale intrapresa nel campo della telefonia vocale per gruppi chiusi di utenti; era quindi necessario che SIP desse esecuzione alle prestazioni promesse con i contratti già stipulati e che, inoltre, provvedesse nel futuro alla installazione degli ulteriori circuiti diretti urbani che le fossero richiesti in relazione alla linea affittata. La Corte ha, poi, precisato che, così disponendo, non contraddiceva il proprio precedente orientamento secondo il quale non può supplirsi in via cautelare alla mancata conclusione di un contratto, perché il provvedimento ha per oggetto una prestazione di fare diversa dalla stipulazione di un contratto, prestazione fondata (non già sull'obbligo legale a contrarre, ma) su un contratto già stipulato fra le parti, interpretato secondo buona fede e in modo di consentire alla ricorrente di conseguire, in via provvisoria, l'utilità sperata dalla esecuzione del contratto già concluso.

Con reclamo depositato in data 22 ottobre 1984 SIP S.p.A. ha chiesto la revoca del decreto e, in subordine, la sospensione di esso ad esito del procedimento davanti all'Autorità garante; deducendo i motivi di cui appresso.

Telsystem S.p.A. con memoria depositata in data 2 novembre 1994 ha resistito, chiedendo la conferma del decreto.

Le parti sono comparse in camera di consiglio e hanno discusso la controversia.

DIRITTO. — Va, anzitutto, esaminate le eccezioni (riproposte) di difetto di giurisdizione dell'A.G.O., di competenza per materia della Corte d'Appello, di incompetenza per territorio della Corte d'Appello di Milano.

In ordine alle eccezioni di difetto di giurisdizione della A.G.O. e di incompetenza per materia della Corte d'Appello la reclamante argomenta (a censura del provvedimento impugnato) che: A) *petitum* è il risarcimento del danno e *causa petendi* è l'inadempimento contrattuale; pur ritenendosi che l'inadempimento contrattuale possa configurare (anche) abuso di posizione dominante, l'alternativa è solo tra incompetenza per materia della Corte d'Appello e difetto di giurisdizione dell'A.G.O., giacché, se l'inadempimento contrattuale è considerato quale illecito contrattuale, la competenza speciale per materia della Corte non sussiste (competente essendo — per valore — il Tribunale) e se, invece, l'inadempimento contrattuale è considerato quale illecito extra-contrattuale, difetta la giurisdizione dell'A.G.O., l'accertamento essendo devoluto alla Pubblica Amministrazione e, in sede giurisdizionale, al T.A.R. Lazio; B) la istituzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato manifesta la volontà consapevole del legislatore di razionalizzare il sistema ed esaltare il principio di specializzazione; è, pertanto, illogico ritenere la concorrente sussistenza della giurisdizione dell'A.G.O., addirittura in via cautelare, con la competenza specializzata della P.A. e con la giurisdizione esclusiva della giustizia amministrativa sugli atti della P.A.; C) la diversità degli interessi (pubblico e privato) oggetto delle parallele competenze non esclude il pericolo del contrasto di giudicati; D) dunque si impone la conclusione che la competenza per materia (azioni di nullità e di risarcimento dei danni) delle Corti d'Appello postula la definitività dell'accertamento amministrativo delle violazioni delle regole della concorrenza, rimesso alle Corti d'Appello l'accertamento conseguenziale delle nullità lamentate e dei danni reclamati.

In contrario al complesso argomento si deve osservare che la tesi della Corte qui contrastata va condivisa, ribadendosi che la duplice concorrente giurisdizione dell'A.G.O. e della giustizia amministrativa è il necessario riflesso della duplicità degli interessi alla cognizione di ciascuna di esse devoluti (l'interesse pubblico e l'interesse privato) ed è in funzione della diversità oggettiva e soggettiva dell'efficacia dei provvedimenti delle due autorità giudiziarie. Né la possibilità di contrasto dei giudicati costituisce ostacolo a tale costruzione proprio per la rilevata diversità dell'efficacia dei giudicati (non senza considerare che il paventato contrasto non si pone come pericolo necessario: basti considerare l'ipotesi della mancata apertura dell'istruttoria da parte della Autorità garante, provvedimento omisivo che non pare censurabile davanti all'organo di giustizia amministrativa).

In ogni caso, ai fini del decidere nella presente procedura cautelare, basta osservare che la giurisdizione e la competenza per materia della Corte adita sussistono (e ciò alla stregua della prospettazione): la ricorrente, qui resistente, Telsystem ha dichiarato il proposito di instaurare contro SIP un giudizio per ottenere il risarcimento dei danni a norma dell'art. 33, comma 2, legge 10 ottobre 1990, n. 287 in relazione all'art. 3, stessa legge, dunque di instaurare l'azione (e sin d'ora il ricorso) rimessi testual-

mente alla competenza giurisdizionale della Corte d'Appello, prospettando una fattispecie configurante, secondo la tesi, abuso di posizione dominante. Né la ritenuta competenza giurisdizionale (così la rubrica dell'art. 33 cit.) verrebbe meno ove, in ipotesi, si considerassero gli argomenti e le conclusioni della reclamante SIP; in tal caso, infatti, l'instaurando giudizio di merito si concluderebbe con una pronuncia di rigetto della domanda nel merito, ferma la giurisdizione ritenuta, per difetto del presupposto (i.e. accertamento amministrativo dell'abuso di posizione dominante) dell'azione di risarcimento proposta.

In ordine all'eccezione di incompetenza per territorio della Corte adita, basta osservare, in contrario (come già osservato nel decreto), che uno (e ciò basta a radicare la competenza) degli episodi di abuso di posizione dominante è stato compiuto a Milano (il mancato allestimento del circuito diretto urbano in Milano).

Va ora esaminata la contestazione della SIP circa la stipulazione dei contratti relativi all'allacciamento dei circuiti diretti urbani tra le sedi dei suoi clienti e i nodi di accesso in Milano e in Roma della linea affittata o circuito diretto numerico (nel contratto « punto punto interurbano »), stipulazione che SIP nega sia avvenuta.

La Corte ha ritenuto di poter ordinare la esecuzione di tali allacciamenti senza con ciò porsi in contrasto con la propria giurisprudenza secondo la quale l'ordine di stipulazione di un contratto non è compatibile con la essenziale provvisorietà propria dei provvedimenti d'urgenza: infatti la stipulazione del contratto non potrebbe, poi, non avere sul piano negoziale effetti definitivi per tutto il tempo di vigenza del vincolo obbligatorio instaurato con il contratto (v. App. Milano (ord.), 15 luglio 1992, in *Foro it.*, 1992, I, 3393).

Tale orientamento, che qui va condiviso (né, del resto, Telsystem solleva alcuna obiezione), posto in relazione alla contestazione di SIP pone il problema della ammissibilità del provvedimento d'urgenza richiesto, giacché, ove si escludesse che i contratti relativi ai circuiti diretti urbani siano stati conclusi e si ritenesse che l'allacciamento ai nodi di accesso della linea affittata può costituire oggetto di prestazione dovuta soltanto se prevista come oggetto di specifico contratto (diverso da e successivo al contratto relativo al circuito diretto numerico Milano-Roma o linea affittata), conseguirebbe la inammissibilità dell'ordine richiesto di allacciamento, in quanto risolvendosi nell'ordine di stipulare un contratto.

Per le considerazioni che seguono ai due quesiti va data risposta affermativa.

La resistente Telsystem ha sostenuto nel ricorso (pp. 22-26) che anche i contratti relativi ai circuiti diretti urbani e erano stati conclusi: essa con lettera 22 novembre 1993 (docc. 10 e 10-bis) aveva richiesto a SIP due collegamenti diretti urbani dei suoi nodi di accesso con le sedi di Roma e di Milano del cliente Mc Cann - Erikson e la SIP con lettere 15 dicembre 1993 (doc. 12) aveva risposto (direttamente al cliente) che avrebbe proceduto alla realizzazione del collegamento « solo a seguito di una Vostra specifica autorizzazione »; essa, poi, con lettera 14 gennaio 1994 aveva chiesto tre collegamenti diretti urbani in Roma e in Milano per il cliente Storage Technology Italia, allegando la preventiva autorizzazione e la SIP aveva risposto che avrebbe senz'altro provveduto alla realizzazione dei collegamenti (docc. 19 a 23). Nella presente fase del procedimento Telsystem sostiene che la mancata conclusione dei contratti relativi ai circuiti diretti urbani di collegamento dei clienti ai nodi di accesso è irrilevante, perché in

mananza di essi sarebbe del tutto inutile il circuito diretto numerico Roma-Milano (« punto punto interurbano ») affittato.

Orbene, deve escludersi in base agli atti che SIP abbia concluso con Telsystem (anche) i contratti relativi ai collegamenti o circuiti diretti urbani. Le lettere SIP 15 dicembre 1993 e 14 gennaio 1994 (la prima, oltre tutto, diretta al cliente di Telsystem e non a costei) non configurano accettazione della proposta contrattuale, stante la contraddittorietà delle proposizioni in esse contenute, prevalente l'ultima. Invero nella prima lettera, mentre dapprima SIP dichiara che provvederà alla realizzazione del collegamento diretto urbano a condizione della autorizzazione da parte del cliente, poi dichiara che il servizio richiesto è contrario alla legislazione vigente e quindi conclude dichiarando che saranno adottati tutti i provvedimenti per attuare quanto previsto dalla normativa vigente nel caso di impiego diverso (cioè rivendita di capacità trasmissiva su circuiti affittati). Nella seconda lettera SIP parimenti dichiara che procederà alla realizzazione del collegamento, ma dichiara anche che la rivendita di capacità trasmissiva è vietata e che per tal caso sarà informato l'Ispettorato del Ministero delle Telecomunicazioni. D'altra parte Telsystem stessa è consapevole che il circuito diretto urbano non è oggetto del (l'unico) contratto stipulato, ma che per la realizzazione di esso dovrà stipulare con SIP uno specifico contratto: si vedano le richieste di collegamento 22 novembre 1993 e 14 gennaio 1994 (docc. 10 e 19), ove Telsystem precisa che « i contratti e le relative fatture dovranno essere intestate e inviate a Telsystem ».

Né la conclusione dei contratti per i circuiti diretti urbani è stata ritenuta dalla Corte nel decreto impugnato. Nonostante l'uso del plurale (« prestazioni promesse con i contratti già stipulati »), appare chiaro che la Corte ha ritenuto stipulato il solo contratto per il circuito diretto numerico Milano-Roma, laddove la Corte motiva che oggetto del provvedimento non è la stipulazione di contratti, ma la esecuzione di prestazioni di fare già parte del contenuto del contratto, interpretato secondo buona fede altrimenti il primo contratto era inutile e in modo di assicurare l'utilità del contratto concluso.

Si aggancia a questa motivazione l'argomento della resistente sul collegamento funzionale e inscindibile dei contratti e sulla malafede di SIP, che sapeva, prima ancora della stipulazione del contratto in data 15 novembre 1993, quale era il motivo che aveva indotto controparte alla stipulazione (lettera di SIP all'Ispettorato Generale, doc. 12 in atti SIP) e quindi che era consapevole della necessità della stipulazione degli altri contratti; che aveva con indebito allarme indotto i clienti a revocare le autorizzazioni già date.

Senonché si deve in contrario osservare che il canone ermeneutico della buona fede nella specie non può essere forzato sino a far ritenere contenuto del contratto concluso un'obbligazione di prestazioni ulteriori e diversa, sol perché connessa da vincolo economico di necessità (nota alla controparte) con l'obbligazione-contenuto del contratto concluso. Né, così opinando, la denunciata malafede resta priva di sanzione, poiché (irrilevante sul piano contrattuale) essa potrà in ipotesi rilevare sul piano pre o extra-contrattuale.

Per le considerazioni esposte il provvedimento impugnato va revocato, dichiarandosi la inammissibilità del ricorso proposto.

Le spese processuali vanno compensate per intero tra le parti, in considerazione della novità delle questioni trattate.

P.Q.M. — la Corte revoca il decreto reclamato di questa Corte, Sezione I, in data 27 settembre 1991/8 ottobre 1994 e dichiara inammissibile il ricorso ex art. 700 cod. proc. civ. e 33, legge 10 ottobre 1990, n. 287 proposto da S.p.A. Telsystem contro S.p.A. SIP (ora Telecom Italia), spese processuali compensate.

**RISERVA STATALE DEI
SERVIZI DI
TELECOMUNICAZIONI E
DISCIPLINA COMUNITARIA
DELLA CONCORRENZA**

I due provvedimenti in commento, entrambi adottati dalla Corte d'Appello di Milano sulla medesima questione, sono destinati, assieme alla successiva decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, a delineare con maggiore chiarezza, rispetto all'incerto quadro normativo, i rapporti intercor-

renti tra il gestore pubblico della rete di telecomunicazioni ed i soggetti privati esercenti servizi liberalizzati di telecomunicazioni.

La vicenda presa in esame riguarda, ai sensi dell'art. 33, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l'adozione di «provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV» della legge medesima, devoluti alla competenza della Corte d'Appello *ratione loci*. In pendenza di istruttoria da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato preventivamente adita (con istruttoria aperta in data 1 luglio 1994), una impresa operante nel settore delle telecomunicazioni (Telsystem) aveva infatti richiesto che la Corte d'Appello di Milano competente per territorio adottasse i provvedimenti di urgenza necessari al fine di inibire la prosecuzione, oltremodo pregiudizievole per la ricorrente, di pretesi comportamenti da parte di SIP (oggi Telecom Italia) integranti la fattispecie dell'abuso di posizione dominante così come delineata, nell'attuale normativa *antitrust*, dall'art. 3 della sopra richiamata legge n. 287/1990.

In particolare la ricorrente aveva predisposto un servizio di telefonia vocale riservato a propri clienti, ed esclusivamente ad essi (Gruppo chiuso di utenti - GCU), attraverso la messa a disposizione di un sistema di rete virtuale basato sulla utilizzazione di circuiti diretti dedicati, cioè di linee appositamente «affittate» dal gestore della rete pubblica di telecomunicazioni, allo scopo di consentire collegamenti diretti tra i soggetti interessati senza utilizzare prefissi telesettivi e quindi di ottenere, a fronte di consistenti volumi di traffico, un sensibile risparmio rispetto alle tariffe normalmente praticate per l'utilizzazione del servizio pubblico. A tale scopo aveva ottenuto dalla Telecom una linea dedicata Milano-Roma, e richiesto una serie di circuiti diretti urbani idonei a collegare le sedi dei propri clienti alla linea interurbana già predisposta: tuttavia il gestore della rete aveva adottato una serie di comportamenti diretti ad impedire il concreto svolgimento del servizio, sostenendo l'illegittimità, per contrasto con le disposizioni in materia di concessione in esclusiva dei servizi di telecomunicazioni, del servizio di telefonia vocale per gruppo chiuso di utenti fornito da un soggetto diverso dal gestore di rete, contattando direttamente la clientela della società al fine di scoraggiarla dall'avvalersi prestazioni offerte da Telsystem, nonché rifiutandosi di fornire i collegamenti necessari. Poiché tali comportamenti, che non risultano decisamente negati, in punto di

fatto, da Telecom, sono idonei a configurare l'abuso di posizione dominante, era pressoché inevitabile il ricorso alla Autorità garante della concorrenza e del mercato: poiché, allo stesso tempo, il pregiudizio arrecato alla ricorrente era tale da seriamente minacciare la stessa sopravvivenza dell'impresa, appare sufficientemente giustificato il ricorso alla sollecitazione di provvedimenti di urgenza diretti a rimuovere le cause di danni gravi ed irreparabili.

Come si evince dalla lettura delle due decisioni, la seconda emessa in sede di reclamo rispetto alla precedente, la Corte d'Appello ha adottato due diversi percorsi, che solo in parte giustificano l'asimmetria del dispositivo: nel primo caso (accoglimento del ricorso) il giudice ha puntualmente e rigorosamente esaminato le questioni prospettate, in particolare, secondo una motivata *ratio* del provvedimento, fornendo ampie argomentazioni circa il merito della questione; nella seconda ordinanza (con la quale è stato revocato il precedente decreto) si è viceversa soffermato su un piano puramente formale, deducendo la sostanziale inammissibilità del ricorso, poiché diretto a conseguire un obbligo di *facere* che non trovava fondamento in una fattispecie contrattuale perfetta.

2. Non vi è dubbio che il punto controverso di maggior rilievo riguardi in generale il regime giuridico applicabile alla prestazione di servizi di telecomunicazioni a seguito della liberalizzazione prevista dalla direttiva 90/388/CEE della Commissione del 24 luglio 1990.

Si deve preliminarmente affermare che la portata liberalizzatrice della direttiva non è stata finora ben compresa, almeno in tutte le sue implicazioni, soprattutto per ciò che riguarda il necessario adeguamento del diritto interno. L'assunto non vale esclusivamente in relazione al decreto legislativo di recepimento, che pure manca nella fattispecie¹, quanto alla normativa già vigente in materia di telecomunicazioni, la cui portata risulta essere compressa, se non addirittura privata di gran parte della sua efficacia. Sembra quindi necessario, ai fini della corretta valutazione degli effetti del diritto comunitario derivato sull'ordinamento interno in materia, richiamare i principi ispiratori della politica di liberalizzazione perseguita dalla UE, ed i conseguenti atti normativi adottati.

Come è noto la sussistenza di posizioni di monopolio giuridicamente tutelate non è di per sé incompatibile con il diritto comunitario: prova ne sia che l'art. 90 del Trattato istitutivo, par. 2, prevede esplicitamente che le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del Trattato, ed 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, alla specifica missione loro affidata². Allo stesso tempo gli Stati

¹ Una prima delega governativa fu prevista dalla legge 19 febbraio 1992, n. 142 (comunitaria per il 1991) senza che il decreto di recepimento fosse approvato nei termini. Sulla questione ci sia consentito rinviare alla nota di richiami sulla decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato 4 marzo 1992, SIP/3 C Communications, in questa *Rivista*, 1993, p.

1132 e 1133. La delega è stata tuttavia rinnovata con l'art. 54 della legge 22 febbraio 1994, n. 146 (legge comunitaria per il 1993).

² È appena il caso di rammentare come alla norma richiamata sia ispirata la disposizione contenuta nell'art. 8 della legge n. 287/1990 secondo la quale sono sottratte alla disciplina *antitrust* quelle imprese che,

membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi alcuna misura contraria alle norme del Trattato medesimo, ivi comprese le regole di concorrenza (art. 90.1). La dottrina³ e la giurisprudenza si sono lungamente soffermate sulla analisi e la portata delle richiamate disposizioni, soprattutto al fine di individuare una nozione coerente di impresa pubblica, e di impresa titolare di diritti speciali o esclusivi. Senza dover ripercorrere il complesso cammino dell'intero dibattito dottrinario è sufficiente rammentare che in materia di telecomunicazioni i requisiti di applicazione della norma sembrano pienamente ricorrenti: la Telecom è certamente impresa pubblica sul piano soggettivo⁴; è altresì titolare di diritti esclusivi⁵, in forza del rapporto concessorio instaurato con il Ministro delle Poste e Telecomunicazioni; è certamente, in forza della medesima concessione di pubblico servizio, impresa incaricata della gestione di un

per disposizione di 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. Non può sfuggire peraltro la differenza rispetto alla norma comunitaria che esige un rapporto di diretta proporzionalità tra la portata della deroga e gli obiettivi assunti dalle imprese in questione, da dimostrarsi caso per caso; per il legislatore italiano sembra invece operare la presunzione secondo la quale, in presenza dei parametri richiesti (il monopolio legale e la stretta connessione con i compiti affidati) l'applicazione delle norme di concorrenza necessariamente ostacolerebbe il perseguimento degli obiettivi di interesse generale. Sul punto v. A. PAPPALARDO, *Imprese pubbliche e in monopolio legale*, in *Diritto antitrust italiano*, a cura di FRIGNANI, PARDOLESI, PATRONI GRIFFI, UBERTAZZI, Bologna, 1993.

³ V. per tutti L.M. PAIS AUTUNES, *L'article 90 du Traité CEE*, in *Riv. trim. dir. europ.*, 1992, 2, pp. 187 ss.

⁴ La Corte di giustizia ha affermato più volte che l'ambito di applicazione dell'art. 90.1 concerne le imprese per le quali attività gli Stati membri devono assumere una responsabilità particolare in forza dell'influenza che essi possono esercitare sulle medesime (C.G.C.E. 6 luglio 1982, causa 188-190/80, in *Raccolta*, p. 2545). La nozione accolta sembra quindi essere di tipo funzionale, essendo irrilevante che lo Stato svolga attività economiche mediante una entità distinta sulla quale può esercitare, direttamente o indirettamente, una influenza dominante (C.G.C.E. 16 giugno 1987, causa 118/85, in *Raccolta*, pp. 2599 ss.). Il medesimo indirizzo interpretativo sembra essere seguito anche dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale (cfr. sentenza n. 466

del 28 dicembre 1993, in materia di controllo della Corte dei Conti sulle imprese « privatizzate » per effetto della legge 8 agosto 1992, n. 359).

⁵ Quanto alla vicenda dei diritti speciali, una giurisprudenza comunitaria formatasi proprio in materia di telecomunicazioni ha ritenuto necessaria la specifica individuazione dei diritti speciali come fattispecie distinta da quelli esclusivi. Sulla questione si rinvia alla nota di richiami sulla decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato 4 marzo 1992, SIP/3 C Communications, cit. Occorre comunque precisare che la direttiva 90/388/CEE (ed anche la direttiva 88/301/CEE relativa alla concorrenza sui mercati dei terminali di telecomunicazioni) è stata recentemente modificata dalla direttiva 94/46/CE della Commissione del 13 ottobre 1994, in materia di comunicazioni via satellite, la quale fornisce una definizione sufficientemente precisa della nozione di diritti speciali: sono infatti tali (art. 2) quelli « concessi da uno Stato membro ad un numero limitato di imprese, mediante ogni atto legislativo, regolamentare o amministrativo che, all'interno di una determinata area geografica, — limita a due o più il numero di dette imprese, autorizzate a fornire un servizio o ad effettuare un'attività, non conformandosi a criteri di obiettività, proporzionalità e non discriminazione, o — designa, non conformandosi a tali criteri, numerose imprese in concorrenza, autorizzandole a fornire un servizio o ad effettuare un'attività o — conferisce a ciascuna impresa, non conformandosi a tali criteri, vantaggi legali o regolamentari che influiscono sostanzialmente sulla capacità di qualsiasi altra impresa di fornire lo stesso servizio di telecomunicazioni o di effettuare la stessa attività nella stessa area geografica in condizioni sostanzialmente equivalenti ».

servizio di interesse economico generale. Quindi è a tutti gli effetti imputata ai sensi dell'art. 90 del Trattato e, come tale, integralmente sottoponibile alle norme in materia di concorrenza, salvo i limiti, di stretta e rigorosa interpretazione, stabiliti dalla medesima disposizione.

Tale conclusione autorizza ad una prima illazione, e cioè che la sopravvivenza, almeno nella latitudine disegnata dal legislatore nazionale, del monopolio di telecomunicazioni (prodotti terminali, rete e servizi) fosse già messa in crisi dall'esistenza di principi direttamente desumibili dal trattato istitutivo della Comunità, e che la sola mancanza di provvedimenti normativi appositi giustificasse la pratica della concentrazione di tutte le attività in materia in capo a più società a partecipazione pubblica e controllate dalla medesima finanziaria. In questa direzione le direttive comunitarie emanate a partire dal 1988⁶ con le quali si è concretizzata la politica di apertura alla concorrenza dell'intero settore, non costituiscono altro che modalità applicative, peraltro suscettibili di progressiva e dinamica revisione, di criteri generali già noti.

In materia di servizi di telecomunicazioni il provvedimento sul quale si fonda l'assetto normativo comunitario è costituito dalla direttiva 90/388/CEE, con la quale si impone ad ogni Stato membro di provvedere all'abolizione dei diritti speciali ed esclusivi per la fornitura dei servizi di telecomunicazione diversi dai servizi di telefonia vocale (e dal telex, radiotelefonia mobile, radioavviso nei cui confronti la direttiva medesima non trova applicazione) e di adottare le misure atte a garantire ad ogni operatore economico il diritto di fornire detti servizi di telecomunicazioni (art. 1). Inoltre gli Stati membri che subordinano la fornitura di tali servizi ad una procedura di autorizzazione (o di dichiarazione) provvedono a che le autorizzazioni siano rilasciate in base a criteri oggettivi, trasparenti e non discriminatori (art. 2). Parimenti improntate a criteri di massima trasparenza devono essere le condizioni in vigore per l'accesso alle reti qualora gli Stati membri decidano di mantenere diritti esclusivi (o speciali) per l'installazione e la gestione delle reti pubbliche; gli operatori che ne fanno domanda devono poter ottenere circuiti affittati entro un termine ragionevole, senza che l'uso di tali circuiti sia sottoposto a particolari restrizioni, salvo quelle definite come esigenze fondamentali⁷ (art. 4). Tuttavia era data facoltà

⁶ Si rammenta che la prima direttiva che ha inciso sul monopolio delle telecomunicazioni è la 88/301/CEE della Commissione del 16 maggio 1988, cui hanno fatto seguito le direttive 90/387/CEE del Consiglio e 90/388/CEE della Commissione. Appare significativo che i provvedimenti adottati con esplicito richiamo alla concorrenza (la prima e la terza delle direttive citate) abbiano entrambi il medesimo fondamento giuridico (art. 90.3 del Trattato) che attribuisce un potere di intervento diretto della Commissione per la repressione delle situazioni incompatibili con il principio della libera concorrenza. Sulle vicende processuali che l'adozione delle direttive ha determinato v. la nota di richiami citati sopra *sub* 1. Va inoltre precisato che un notevole effetto (anche ai fini della qualificazione penalisti-

ca della fattispecie ai sensi degli attuali artt. 357 e 358 cod. pen.) ha avuto sull'intero settore l'adozione della direttiva 90/531/CEE sugli appalti pubblici nei settori cd. *ex* esclusi (anch'essa non ancora recepita nel nostro ordinamento), successivamente modificata dalla direttiva 93/38/CEE che ne ha esteso la portata (originariamente limitata ai soli lavori pubblici e forniture) anche agli appalti di servizi.

⁷ Le esigenze fondamentali sono definite come i motivi di interesse generale, ma di natura non economica, che possono indurre uno Stato membro a limitare l'accesso alla rete pubblica di telecomunicazioni, quali la sicurezza di funzionamento della rete, il mantenimento della sua integrità, e nei casi in cui sono giustificate, l'interoperabilità dei servizi e la protezione dei dati.

(fino al 31 dicembre 1992) di vietare che su tali circuiti fosse effettuata la semplice rivendita di capacità, ossia una prestazione di servizi che richiedesse sia pur minime funzioni di commutazione.

Ai fini di una corretta interpretazione delle disposizioni contenute nella direttiva, occorre tuttavia richiamare le considerazioni preliminari ivi formulate (che costituiscono motivazioni del provvedimento al cui obbligo non sono sottratti gli atti normativi comunitari). Infatti la Commissione ha ritenuto che l'esercizio dei servizi di telecomunicazione in forza di posizioni di monopolio legislativamente tutelate fosse incompatibile con la libera prestazione di servizi in ambito comunitario, e che non fossero invocabili, a parziale deroga del principio di libertà economica, eccezioni collegate all'esercizio di pubblici poteri o a motivi di ordine pubblico, o ancora al noncumento della salute pubblica. Le possibili restrizioni ammesse al principio di libera prestazione non posono neanche rinvenirsi nella necessità di tutela dei consumatori (dal momento che tale obiettivo può essere raggiunto anche in regime di concorrenza) o della proprietà intellettuale, ma solo nelle esigenze fondamentali, legate essenzialmente alla garanzia della integrità della rete, che devono essere ispirate a criteri di proporzionalità rispetto agli obiettivi perseguiti. Gli organismi di telecomunicazioni, cioè le imprese titolari di diritti esclusivi per la gestione della rete, sono invece in posizione dominante nel mercato di riferimento, che sconfina nell'abuso previsto dall'art. 86 del Trattato qualora rafforzino tale posizione in forza di diritti speciali o esclusivi loro concessi che riguardano l'espletamento di servizi. In ordine alla deroga contempla dall'art. 90.2, la specifica missione di cui tali organismi sono incaricati consiste unicamente nell'installazione e gestione di una rete universale⁸ (e quindi solo in relazione ad essa può ammettersi una restrizione alla prestazione di servizi in concorrenza); tuttavia non sfugge alla Commissione che l'equilibrio finanziario del gestore è garantito, attraverso il fenomeno della sovvenzione incrociata, dall'espletamento in monopolio del servizio di telefonia vocale, per cui l'apertura totale alla concorrenza nei servizi potrebbe pregiudicare, indirettamente, la specifica missione affidata all'organismo di telecomunicazioni. Ne consegue che, accanto alla gestione dell'infrastruttura, sia ammissibile una riserva di servizi di base (la telefonia vocale appunto), ma a condizioni suscettibili di revisione tenuto conto dello sviluppo tecnologico e della evoluzione verso una infrastruttura digitale.

Per completezza va richiamata la direttiva 90/387/CEE del Consiglio⁹, adottata contemporaneamente al provvedimento di liberalizzazione dei

⁸ E cioè di una rete che abbia una estensione geografica generale e che sia fornita, su richiesta ed entro un tempo ragionevole, ad ogni prestatore di servizi o utente. Va segnalato in materia che il Consiglio della UE ha adottato il 17 febbraio 1994 una propria risoluzione sui principi del servizio universale nel settore delle telecomunicazioni (*G.U.C.E.* C48 del 16 febbraio 1994, p. 1) che fa seguito ad una propria precedente risoluzione (22 luglio 1993, in *G.U.C.E.* C213 del 6 agosto 1993, p. 1) nella quale aveva stabilito come obiettivo prioritario della politica comuni-

taria nel settore la liberalizzazione di tutti i servizi pubblici di telefonia vocale, mantenendo tuttavia un servizio universale. Tale servizio dovrebbe essere ispirato a principi di universalità, parità e continuità, e deve essere garantito, per motivi di ordine sociale, attraverso sistemi di finanziamento non necessariamente compatibili con logiche di mercato, qualora, beninteso, esso non possa essere espletato se non in perdita o a costi che esulano dalle norme commerciali correnti.

⁹ Al contrario della direttiva 90/388/CEE il provvedimento in materia di ONP

servizi, che ha per oggetto la fornitura di una rete aperta di telecomunicazioni (ONP, Open Network Provision) e che si propone l'obiettivo della creazione di un quadro strutturale, cioè procedurale ed organizzativo, per lo sviluppo di condizioni armonizzate in tutti gli Stati membri attraverso le quali sia consentito l'accesso alla rete: la direttiva è infatti stata seguita da successivi provvedimenti (fra i quali la direttiva 92/44/CEE del 5 giugno 1992 sull'applicazione dell'ONP alle linee affittate) applicativi, ovvero preparatori di ulteriori direttive. Al di là delle singole previsioni contenute nell'atto (alcune delle quali hanno trovato immediata applicazione nella direttiva 90/388/CEE, come ad esempio la definizione delle esigenze fondamentali) giova sottolineare la stretta continuità, non solo temporale, con la direttiva in materia di concorrenza. Appare evidente infatti che i provvedimenti, sia pure imputabili a diversi organi comunitari, siano predisposti per un fine strategico assolutamente unitario: non potrebbe avere efficacia sul piano pratico la definizione di condizioni armonizzate di accesso alla rete pubblica, se non si ammettesse che tale accesso è consentito non solo in qualità di utente delle prestazioni, ma, soprattutto, di prestatore di servizi in regime di libera concorrenza in ambito comunitario. Se sul piano logico l'assunto appare inconfutabile, sul piano giuridico esso non è privo di conseguenze: è infatti possibile concretamente interpretare l'esatta portata delle disposizioni di liberalizzazione (contenute nella direttiva 90/388/CEE), e cioè i margini entro i quali sia consentito o meno riservare ad un unico (o a più) soggetto la fornitura di servizi di telecomunicazione, e quindi valutare se il diniego di accesso alla rete sia legittimo o meno, sulla base delle norme specificamente adottate, o anche in via di adozione, nel quadro delle iniziative ONP. Tale percorso ermeneutico è stato seguito dalla Corte di Appello nella prima delle due decisioni in commento, anche se non è approdato ad una conclusione univoca, dal momento che non si sono ricavate (forse in modo non del tutto esatto) utili indicazioni, per la soluzione del caso, dalla successiva direttiva comunitaria in materia di ONP su linee affittate.

A fronte del quadro normativo sopra descritto sopravvivono, nel nostro ordinamento, disposizioni risalenti o non omogenee, solo in parte compatibili con le norme comunitarie. Il fondamento del sistema delle telecomunicazioni si rinviene nel cd. codice postale e delle telecomunicazioni approvato con d.P.R. del 29 marzo 1973, n. 156, il quale appare ancora ispirato ad una classificazione dei servizi del tutto superata, non solo dalle norme sopra descritte, ma soprattutto dall'evoluzione tecnologica¹⁰. Per la mate-

è stato recepito con d.lgs. 9 febbraio 1993, n. 55. Se da un lato può affermarsi che sul piano formale l'adeguamento alla direttiva si è verificato, sul piano sostanziale restano parecchie perplessità: dovute sia allo scarso articolato della fonte, sia alla disposizione che prevede esplicitamente il ricorso alla adozione di condizioni armonizzate attraverso appositi decreti ministeriali. La circostanza che l'unica direttiva ONP emanata (la 92/44/CEE sulle linee affittate) sia stata recepita con decreto legislativo (nelle premesse del quale non viene neanche fatto cenno al d.lgs. n. 55/1993), e non con il pre-

visto decreto ministeriale, induce a ritenere che si tratti di un provvedimento quanto meno dotato di scarsa effettività.

¹⁰ Ovviamente si tralascia del tutto di considerare, in questa sede, l'assoluta incongruenza di numerose disposizioni contenute nel d.P.R. n. 156/1973, a partire dalla norma che riserva in esclusiva allo Stato i servizi di telecomunicazione (con esclusione di quelli televisivi), che testimoniano la necessità di una profonda revisione del testo (qualora si ravvisi l'opportunità di valersi ancora di un testo unico in materia). Sotto il profilo dogmatico giova chiarire che l'in-

ria in questa sede trattata (cioè le disposizioni sui circuiti diretti, ovvero linee affittate, secondo la più recente dizione comunitaria) sono richiamabili l'art. 295 (utilizzo di circuiti diretti) e l'art. 296 (interconnessione): si deve però ritenere che tali norme siano state implicitamente abrogate dal d.lgs. 2 maggio 1994, n. 289 con il quale è stata recepita la direttiva 92/44/CEE.

Al codice vanno poi aggiunte le concessioni per i servizi di telecomunicazioni ad uso pubblico, approvate con d.P.R. 13 agosto 1984, n. 523, e tuttora in vigore, anche se la legge di delegazione per il recepimento della direttiva 90/388/CEE prevede espressamente una loro revisione, che costituiscono la concreta regolamentazione dei rapporti tra il Ministero delle Poste e Telecomunicazioni ed il gestore in esclusiva della rete. Appare chiaro che, nel momento in cui una disposizione di rango comunitario intervenga a ridurre la portata della riserva originaria disposta a favore dello Stato, e tale norma diventi vincolante ed immediatamente applicabile¹¹, si comprende di conseguenza l'effetto del provvedimento concessorio (che non potrebbe, nel caso di specie, estendersi fino a comprendere i servizi di telecomunicazioni) con le necessarie ripercussioni sul contenuto proprio della convenzione (di natura contrattuale) accessiva.

Inoltre compare più volte nelle deduzioni difensive di Telecom il richiamo al d.m. 6 aprile 1990 con il quale si è provveduto alla approvazione del piano regolatore nazionale delle telecomunicazioni. A parte ogni considerazione circa il fatto che, come nel caso dei precedenti provvedimenti, il piano è precedente alla emanazione della direttiva 90/388/CEE, non può certamente considerarsi, sia sotto il profilo della mera forza formale (inidonea a scalfire il principio che, all'epoca della sua adozione, ancora era pienamente sancito dall'art. 1 del d.P.R. n. 156/1973), sia in ordine alle considerazioni sulla diretta applicabilità della direttiva medesima a

tera impostazione del dettato normativo appare fortemente condizionata dalla assoluta centralità del monopolio pubblico, con la conseguente affermazione ed esplicazione di corollari destinati alla tutela della riserva piuttosto che alla efficienza, qualità ed efficacia dei servizi (si pensi ad esempio al principio di responsabilità limitata del gestore dei servizi per l'attività svolta, superata per effetto della pronuncia della Corte Costituzionale n. 1104/1988, in questa *Rivista*, 1989, pp. 184 ss. con nota di V. ZENO ZENCOVICH). Ciò che emerge in modo inconfutabile dagli orientamenti comunitari è che l'inquadramento normativo dell'attività di telecomunicazioni sia essenzialmente da attribuirsi alla disciplina dell'impresa e della concorrenza, in primo luogo, più ancora che alla tutela di diritti all'informazione ed alla comunicazione costituzionalmente garantiti, sulla base di un presupposto sotteso all'intera azione della UE, e cioè che la libertà economica correttamente regolata sia condizione necessaria per l'esercizio delle libertà politiche.

¹¹ Vale la pena di sottolineare, ma la

questione è solo fugacemente accennata nella prima decisione, che non sussistono soverchi dubbi tra i contendenti circa la diretta applicabilità delle disposizioni della direttiva 90/388/CEE, sebbene non sia stata espressamente recepita nell'ordinamento interno. In omaggio ad una giurisprudenza ormai pacifica della Corte di giustizia e della Corte Costituzionale i provvedimenti comunitari che non sono assimilati *prima facie* a fonti normative statali divengono pienamente efficaci nell'ordinamento in presenza di particolari condizioni, ed impongono al giudice l'obbligo di disapplicazione del diritto nazionale difforme in omaggio al principio della prevalenza. Sulla questione l'Autorità garante della concorrenza e del mercato si era già espressa in modo chiaro ed inequivocabile, considerando pienamente vigente la direttiva 90/388/CEE, già nella sua decisione SIP/3C Communications più volte citata, al cui commento si rinvia, anche per delle perplessità che erano emerse circa il ragionamento seguito e che non appaiono del tutto fugate sulla base delle pronunce in oggetto.

partire dal termine entro il quale ogni Stato membro avrebbe dovuto provvedere a darvi concreta attuazione (31 dicembre 1991) come fonte legittimante, ancora oggi, della riserva a favore di un unico soggetto della prestazione di servizi di telecomunicazioni. Tra l'altro il tipo di classificazione dei servizi (distinti in servizi portanti, teleservizi, servizi supplementari e servizi applicativi o a valore aggiunto), particolarmente utile sotto il profilo tecnico, non è altrettanto compatibile con i criteri adottati in sede di disciplina comunitaria. Infatti, dopo l'elaborazione di alcuni documenti preparatori, tra cui il Libro verde sulle telecomunicazioni del 1987, la Commissione ha ritenuto opportuno abbandonare un criterio di classificazione funzionale al fine di tracciare uno spartiacque tra le attività (necessariamente) sottoponibili ad un regime di concorrenza e quelle ancora riservabili in mano pubblica, preferendo discriminare tra la gestione dell'infrastruttura in una con il servizio di telefonia vocale, e gli altri servizi genericamente individuati. Dunque la disposizione, che pure si rinviene all'interno del decreto ministeriale (art. 3), secondo la quale solo i servizi a valore aggiunto sarebbero oggetto di offerta concorrenziale, non può essere considerata esaustiva del novero delle attività sulle quali legittimamente si estende la libertà di prestazione.

3. Data la necessaria premessa normativa è più semplice comprendere il criterio ispiratore che ha consentito al giudice, nel primo decreto emanato, di risolvere, in modo innovativo e coerente, il *thema decidendum*. Il nodo cruciale della questione sembra infatti essere l'interpretazione attribuibile al concetto di telefonia vocale: se, in altri termini, qualsiasi prestazione che contempli l'uso della trasmissione della voce possa ricadere nella riserva ancora consentita, ovvero se occorra discriminare tra servizi che sono indissolubilmente collegati alla gestione della rete pubblica (e dunque teleologicamente attratti dall'orbita del monopolio in omaggio alla possibilità di ricorrere al meccanismo del sovvenzionamento incrociato) e tra servizi che implicano l'uso di potenzialità tali da escludere che si possa trattare di mera trasmissione della voce. I criteri per l'individuazione della corretta disciplina possono essere due: uno di stretta interpretazione letterale, l'altro (quello in prevalenza seguito dalla decisione in commento) che si fonda su un criterio interpretativo teleologico.

Ciò che occorre immediatamente sottolineare è che in nessuno dei due casi possono essere invocate fonti di diritto nazionali. L'unica norma invocabile sembrerebbe poter essere quella contemplata nell'art. 3 del citato piano nazionale delle telecomunicazioni, nella quale si prevede che alcuni servizi supplementari ai servizi portanti ed ai teleservizi (cioè quelli non realizzabili separatamente da un servizio portante, quale ad esempio quello telefonico) possono costituire una offerta competitiva, in quanto le relative funzionalità aggiuntive possono essere realizzate in forme similari anche da apparati di utente. Tuttavia, sia per le ragioni in precedenza espresse, sia per la circostanza che la norma richiamata appare comunque coerente con il principio della riserva a favore del gestore monopolista, non pare sufficiente sostenere che elementi di concorrenza possono essere rinvenuti tra due categorie non omogenee: da un lato funzioni realizzate attraverso la rete, dall'altro attività gestite tramite un prodotto terminale, e quindi, sotto il profilo tecnologico, necessariamente limitate.

Seguendo il percorso logico del giudice adito il criterio di interpretazione teleologica conduce alla conclusione che il concetto di telefonia vocale

deve essere restrittivamente interpretato. Infatti si è già visto che la *ratio legis* della sopravvivenza (peraltro abbondantemente discrezionale) della riserva del servizio di telefonia vocale è quella della preservazione, dell'equilibrio finanziario dell'organismo di telecomunicazioni. Ovviamente un elemento del genere non può che essere variabile e suscettibile di revisioni nel corso del tempo (ciò emerge testualmente dal 22° considerando della medesima direttiva 90/388/CEE): in altri termini non sussiste alcuna concatenazione necessitata circa la sussistenza del monopolio su un servizio in una con la gestione della rete pubblica di telecomunicazioni, con la conseguenza che la riserva statale trova il proprio fondamento più che in una asserzione (positiva) contenuta nella disciplina comunitaria, nella circostanza (negativa) che la Commissione non ritiene ancora di intervenire specificamente sul punto.

Sotto il profilo finalistico se ne ricava che ogni deroga ai principi comunitari debba essere interpretata come eccezione alla regola e quindi in senso restrittivo: di talché il servizio di telefonia vocale non può che essere quello, e soltanto quello, che consente la trasmissione di messaggi in voce accessibile a chiunque, e non anche contemplare funzionalità aggiuntive riservate ad una clientela selezionata.

La interessante e condivisibile conclusione non sarebbe tuttavia inappuntabile se non fosse sorretta da argomentazioni che si fondano sulla interpretazione letterale, che rimane comunque criterio ermeneutico di elezione dei provvedimenti comunitari. La direttiva specifica infatti (art. 1) che per telefonia vocale deve intendersi « 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 »: ne consegue che ogni riferimento al concetto di telefonia vocale contenuto in altre disposizioni della direttiva debba essere inteso, proprio in forza della *suppositio terminorum* operata preliminarmente dal legislatore comunitario, nel senso appunto espressamente voluto dalla Commissione.

È agevole ricavare che la telefonia vocale non consiste nella semplice trasmissione di messaggi in voce, ma integrano la definizione dell'attività la circostanza dell'uso della rete pubblica commutata e la generica destinazione al pubblico del servizio (« ogni utente »). Nel caso di specie il servizio realizzato dal Telsystem non era diretto a qualsiasi utente, ma solo a clienti predeterminati; non si avvaleva della rete pubblica commutata, ma di appositi circuiti diretti al cui uso, a prescindere dalla successiva disciplina prevista dalla stessa UE (direttiva 92/44/CE), era già regolamentato, all'epoca dei fatti, dal d.m. 27 dicembre 1990, modificato dal successivo d.m. 9 novembre 1993 (per i circuiti diretti numerici nazionali), e dal d.m. 12 gennaio 1991 (per i circuiti diretti analogici nazionali)¹². Inoltre il convincimento della sufficiente validità della sola definizione del servi-

¹² Piuttosto occorre affermare che la direttiva ONP sulle linee affittate, introducendo esplicitamente l'obbligo di massima trasparenza delle condizioni contrattuali tra gestore di rete e privato prestatore di servizi per l'accesso alle infrastrutture pubbliche, è di per sé idonea ad evitare

che si possa dar luogo a comportamenti, per certi versi contraddittori e comunque chiaramente dilatori da parte dell'allora SIP, che certamente trovavano una loro plausibile giustificazione (sul piano meramente fattuale, non certo giuridico) sull'esoterismo che circondava l'intera materia.

zio ai fini di una sua inclusione in senso restrittivo nelle attività ancora riservabili alla concessione di diritti speciali ed esclusivi, viene dal recente Libro verde della Commissione sulla liberalizzazione della rete di telecomunicazioni e delle reti televisive via cavo del 25 ottobre 1994, nel quale esplicitamente si afferma che i servizi terrestri di telecomunicazioni già liberalizzati comprendono il trasporto di tutte le informazioni non vocali ed i servizi di trasmissione dati per il pubblico, nonché servizi di trasmissione in voce o di dati per reti private ovvero gruppi chiusi di utenti¹³.

Se inoltre tale criterio interpretativo fosse supportato dal riferimento esplicito, nella disciplina comunitaria di settore (linee affittate), alla esclusione dei soli servizi di telefonia vocale in senso stretto si otterrebbe la prova inconfutabile del ragionamento seguito. Stranamente la decisione della Corte d'Appello esclude che un qualche elemento interpretativo possa provenire dalla più volte richiamata direttiva 92/44/CE: tuttavia, se da un lato nell'articolato viene ripresa la medesima definizione di servizio di telefonia vocale contenuta già nella precedente direttiva 90/388/CEE, non può sfuggire che nell'Allegato II al provvedimento si fa esplicito riferimento, in sede di definizione di caratteristiche dell'insieme minimo dell'offerta all'utenza privata di linee affittate, a larghezza di banda vocale di qualità ordinaria e di qualità speciale: sarebbe certamente incongruente ammettere tale possibilità se non fosse consentito ad un libero prestatore di servizi di fornire funzionalità di telefonia vocale utilizzando linee diverse da quelle sulle quali la funzione di commutazione viene esercitata dal solo organismo di telecomunicazioni.

4. Giova in ultimo richiamare l'attenzione su due questioni, riguardanti rispettivamente la qualificazione del comportamento del gestore quale abuso di posizione dominante e la *ratio* della successiva revoca del provvedimento originariamente concesso.

In ordine al primo dei profili accennati la Corte d'Appello ha ritenuto sufficiente l'apertura di una apposita istruttoria da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (non poteva essere diversamente, essendo tale aspetto della cognizione di precisa spettanza del procedimento appositamente qualificato dalla legge n. 287/1990). Tuttavia sembra opportuna qualche precisazione.

Dalla configurazione del quadro normativo come sopra delineato discendono almeno due importanti corollari, l'uno sostanziale, l'altro rilevante sotto un profilo procedimentale:

— la liberalizzazione dei servizi di telecomunicazioni impone il pieno rispetto, in un settore tradizionalmente sottratto alle regole di concorrenza,

¹³ Il gruppo chiuso di utenti (CUG) viene definito come l'insieme di soggetti tra loro legati da rapporti non necessariamente economici, ma anche solo di tipo latamente professionale, le cui esigenze di comunicazione si fondano sul comune interesse che giustifica le ricorrenti relazioni (ad esempio lo svolgimento di una comune attività commerciale). Viene altresì precisato nella citata comunicazione della Commissione, che la direttiva 90/388/CEE si riferisce al concetto

di telefonia vocale aperta al pubblico e non ai gruppi chiusi di utenti: pertanto appare necessario che la Commissione si accerti che i singoli Stati membri adottino una definizione di gruppo chiuso di utenti tale da non escludere l'uso di servizi di telefonia vocale tra di loro, dal momento che l'appartenenza ad un gruppo è requisito ulteriore rispetto a quello, comunemente riconosciuto (e che certo non viene meno), di essere comunque parte del pubblico.

dei principi sanciti dagli artt. 85 e 86 del trattato istitutivo dell'Unione europea i quali stabiliscono rispettivamente che: a) sono vietati tutti gli accordi tra imprese e tutte le pratiche concordate che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune (art. 85); b) è vietato lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di esso (art. 86);

— la cognizione e l'eventuale repressione di comportamenti rientranti nelle fattispecie individuate dagli artt. 85 e 86 del Trattato spetta, per effetto della liberalizzazione dei servizi e della contemporanea istituzione dell'apposita autorità di garanzia antitrust *ex* legge n. 287/1990, proprio all'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Va infatti rammentato da un lato che diventa inoperante, in una simile materia, la deroga prevista dall'art. 8 della legge richiamata (che sottrae alle regole di competizione le imprese operanti in posizione di monopolio legale), dall'altro che il legislatore nazionale si è chiaramente ispirato alle norme del Trattato, operando per lo più una traduzione delle medesime, nella individuazione dei casi di intese restrittive della concorrenza e di abuso di posizione dominante (artt. 2 e 3 della legge n. 287/1990). A tale proposito giova richiamare le Linee direttrici sull'applicazione delle regole di concorrenza della CEE nel settore delle telecomunicazioni (91/C233/02) che hanno seguito l'emanazione della direttiva n. 90/388 e che sono state richiamate dalla stessa Autorità garante della concorrenza e del mercato quale base normativa per l'adozione di una propria decisione nella materia di cui trattasi¹⁴. Esse mirano a rendere noti i principi generali giuridici ed economici, nonché a qualificare singole fattispecie sintomatiche della violazione di norme che tutelano la concorrenza, che sono stati e sono tuttora seguiti dalla Commissione nell'applicazione delle regole contenute negli artt. 85 e 86 del Trattato di Roma alle imprese del settore delle telecomunicazioni: sebbene, giova precisare, esse non siano di per sé costitutive di diritti e lascino comunque impregiudicata l'applicazione delle medesime regole da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee e ad opera delle singole autorità nazionali.

Quanto al secondo dei profili sopra richiamati, la seconda ordinanza si segnala per la sola circostanza che la regola del precedente provvedimento investe una diversa qualificazione dei fatti allegati dalle parti. Infatti nel primo caso la Corte d'Appello aveva ritenuto che i contratti di allacciamento dei circuiti urbani necessari per completare il collegamento tra la ricorrente ed i propri clienti fossero stati conclusi tra le parti e rimasti inadempiti per responsabilità di SIP: conseguentemente aveva ordinato l'esecuzione di tali allacciamenti senza porsi in contrasto con la propria giurisprudenza secondo la quale l'ordine di stipulazione di un contratto non è compatibile con la essenziale provvisorietà propria dei provvedimenti di urgenza. Viceversa nella seconda ordinanza la Corte, riesaminando gli atti, giunge alla conclusione che si dovesse escludere l'avvenuto perfezionamento di fattispecie negoziali tra SIP e Telsystem: quindi, in omaggio al principio giurisprudenziale sopra richiamato, ha inevitabilmente concluso per la inammissibilità del ricorso, rilevando altresì che l'e-

¹⁴ V. decisione SIP/3C *Communications*, cit.

ventuale malafede del gestore di rete non necessariamente resta priva di sanzione « poiché (irrilevante sul piano contrattuale), essa potrà in ipotesi rilevare sul piano pre o extracontrattuale ». Al di là della giustezza dell'assunto, resta in questa sede da rimarcare che il secondo provvedimento del giudice adito non scalfisce minimamente le conclusioni che, sotto il profilo sostanziale, aveva in precedenza raggiunto: e non appare dubbio che esse possano costituire un valido presupposto per la decisione che, proprio sul punto in contestazione, è stata poi emessa dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato¹⁵.

FRANCESCO CARDARELLI

¹⁵ In corso di stampa l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha emanato la propria decisione sul caso Telsystem (prov. n. 2662 del 10.1.1995), che sarà oggetto di pubblicazione sul prossimo numero

della *Rivista* con nota di A. CONTALDO.

Consta peraltro che il TAR Lazio abbia rigettato l'istanza di sospensiva proposta da Telecom Italia avverso tale provvedimento.