

**APPELLO ROMA
(ORIDINANZA)****30 MARZO 1995****PRESIDENTE: PANNUNZIO****ESTENSORE: THOMAS****PARTI: OMNITEL PRONTO ITALIA****S.P.A.***(Avv. Ripa di Meana,
Guardascione, Scordino)***TELECOM ITALIA S.P.A.***(Avv. Scozzafava, Guarino,
Siracusa)***Telecomunicazioni •
Concessione • Telefonia
mobile • Concorrenza •
Allaccio rete fissa • Tariffe.**

La Corte d'Appello di Roma ha ritenuto la non invocabilità dell'art. 3 legge n. 287 del 1990 poiché il concessionario di un servizio pubblico, qualora si ritenga leso dal comportamento di un altro concessionario deve rivolgersi alla P.A. al fine di ristabilire la situazione prevista nella concessione, anche se è possibile che si verifichino comunque violazioni delle norme poste a tutela della concorrenza. Telecom non ha però violato nessuna di queste norme poiché né il disciplinare di gara, né le convenzioni stipulate dalle parti, né i decreti presidenziali di approvazione prevedono obblighi di contemporaneità nell'avvio.

La Corte letti gli atti, a scioglimento dell'assunta riserva, rileva in fatto che la S.p.A. Omnitel Pronto Italia (di seguito detta anche Omnitel oppure OPI), con ricorso ex art. 33, comma 2, della legge n. 287/1990, depositato in cancelleria il 14 marzo 1995, chiedeva che l'adita Corte, *inaudita altera parte*, inibisse alla Telecom Italia S.p.A. (di seguito detta anche Telecom):

1) in via principale, il lancio commerciale ovvero la commercializzazione del prodotto GSM annunciata per il 1° aprile 1995;

2) sempre in via principale, e quale gestore GSM, lo sfruttamento e/o la utilizzazione della interconnessione con la rete pubblica commutata sino a che la società ricorrente non fosse messa in condizioni di parità;

3) in via ulteriormente principale, e sempre quale gestore GSM, lo sfruttamento e/o la utilizzazione anche parziale della rete commerciale e/o distributiva propria di Telecom Italia S.p.A. quale gestore esclusivo della rete pubblica commutata e del servizio TACS;

4) sempre in via principale, lo sfruttamento e/o utilizzazione del marchio e/o denominazione sociale Telecom per la gestione GSM, sino a che lo/la stesso/a identifichi anche il gestore esclusivo della rete fissa pubblica e del TACS.

In via subordinata, chiedeva (per il caso che le richieste inibitorie non fossero neppure parzialmente accolte in via d'urgenza ed *inaudita altera parte*), che fosse disposta la comparizione delle parti con l'urgenza che il caso imponeva.

Riferiva la ricorrente, che per la gestione del GSM (sistema di telefonia radiomobile di tipo digitale, più efficiente ed avanzato del sistema analogico TACS, gestito in via di monopolio dalla Telecom), attualmente in regime di concorrenza, era risultata aggiudicataria della gara bandita dal Ministero delle Poste e Telecomunicazioni, per cui aveva stipulato, in data 30 novembre 1994, la prescritta convenzione con il precisato Ministero, incombenza alla quale aveva provveduto anche la Telecom, in data 16 dicembre 1994 (i relativi dd.PP.RR. di approvazione recavano la data del, rispettivamente, 2 e 22 dicembre 1994).

Sia il disciplinare di gara che le successive convenzioni, proseguiva la deducente, prevedevano in vario modo che la libera concorrenza tra i due operatori si svolgesse in un contesto caratterizzato da totale equiparazione di condizioni, specie in materia di caratteristiche e funzionamento della rete, di rapporti con il concessionario della rete pubblica commutata, di modalità di interconnessione minime, di livelli qualitativi e prestazionali, di collegamento per il traffico internazionale, di servizio sperimentale pre-operativo, ecc.

Senonché, affermava ancora la ricorrente, nonostante la chiarezza degli esposti principi, si era trovata ad affrontare una condizione di evidente ed illegittimo ostacolo non solo allo sviluppo della propria capacità concorrenziale, ma addirittura alla stessa possibilità di prestare il proprio servizio GSM, a causa della posizione dominante della Telecom sia sul mercato GSM che sui mercati contigui, posizione già rilevata a metà 1994 dall'Autorità Garante, che aveva evidenziato come la stessa fosse determinabile in base ed alla possibilità di usare la rete infrastrutturale creata per il sistema TACS nonché la rete commerciale già funzionante e costituita da oltre 100 agenzie e 700 negozi affiliati; ed al livello di penetrazione, anche dal punto di vista della clientela.

Nonostante tale autorevole avvertimento, la Telecom aveva proseguito nei suoi comportamenti, aggravandoli. Oltre, infatti, ad essere l'unico gestore TACS, con riferimento al servizio GSM, la resistente era, al momento, l'unico operatore GSM, sistema commercializzato fin dal 1992, benché l'Autorità garante le avesse imposto di sospendere la commercializzazione. Così operando aveva:

- acquisito decine di migliaia di clienti, coprendo, inoltre, con la propria rete, oltre il 60% del territorio nazionale (mentre era richiesto il 40% come minimo) e sperimentando abbondantemente la rete ed il servizio. Aveva, infine, potuto consolidare le proprie relazioni con i gestori del servizio GSM in altri paesi, nel contesto del *roaming* internazionale;

- rafforzato la propria posizione sul mercato GSM, per essere unico gestore TACS e della rete commutata, qualità che le consentivano notevoli economie di scala e sussidi incrociati;

- utilizzato per la rete GSM infrastrutture della rete TACS e perfino della rete fissa, con cospicui vantaggi finanziari e temporali, finanziando, altresì, gli investimenti della rete GSM con i proventi della propria attività di monopolio;

- tratto forza enorme dalla propria qualità di fornitore obbligato di servizi e infrastrutture ai gestori GSM, i quali devono necessariamente interconnettere le proprie reti alla rete pubblica commutata. In tal modo Telecom si era trovata in condizione di privilegiare i propri servizi, di conoscere i piani di sviluppo sia tecnici che commerciali dell'Omnitel, ivi compresi i piani di sviluppo della rete, nonché le condizioni tariffarie;

- evitato costi aggiuntivi per la commercializzazione dei prodotti GSM, avendo utilizzato la rete commerciale creata per gli altri servizi gestita in regime di monopolio, specie il sistema TACS;

- avviato sistemi di promozione presso la clientela, presso la quale aveva potuto svolgere azione di commercializzazione mirata, con possibilità di accertamento della solvibilità.

Le riferite circostanze avevano, quindi, consentito alla resistente di lanciare il proprio servizio GSM per il 1° aprile 1995.

Ciò premesso, la ricorrente sottolineava gli abusi di posizione dominante commessi dalla Telecom, che assumevano rilievo sotto tre distinti profili:

— il piano lancio commerciale del servizio GSM annunciato per il 1° aprile 1995, consentito dal lungo esercizio sperimentale; dall'immediata interconnessione con la rete pubblica; dalla conversione degli impianti e delle installazioni già utilizzate per il TACS; dall'utilizzo diretto della già esistente rete commerciale. Tale lancio, ove non impedito, avrebbe causato un incommensurabile danno alla Omnitel, così come avrebbe impedito il progresso tecnologico e lo sviluppo tecnico sul mercato;

— la commercializzazione del servizio GSM in assenza di scissione di tale attività dalle altre attività della Telecom, quale gestore esclusivo della rete pubblica e del TACS, il tutto in violazione degli obblighi imposti dalla concessione, che espressamente prevede che il gestore GSM non possa svolgere altre attività che non abbiano carattere di servizi « a valore aggiunto », direttamente collegati al GSM.

La *ratio* di tale divieto tende ad evitare e che la resistente possa abusivamente sfruttare la propria posizione dominante, procurandosi sussidi incrociati tra le varie attività, nonché indebite economie di scala; e che il primo gestore GSM possa avere un migliore trattamento per ciò che attiene all'interconnessione. Sottolineava, peraltro, che i descritti vantaggi nei confronti della possibile clientela sarebbero derivati anche se, effettuata una separazione delle varie attività, tutte fossero proseguite sotto lo stesso marchio, il che avrebbe consentito alla Telecom di sfruttare una situazione avente una elevatissima capacità di generare confusione tra servizi diversi, esercitati in base a titoli diversi;

— l'assenza di interconnessione di Omnitel alla rete pubblica commutata, non ancora ottenuta da Telecom, così come non erano stati ancora stabiliti definitivamente i criteri tecnici e le condizioni commerciali di essa. Tale carenza impediva e la realizzazione della rete Omnitel e l'avvio del servizio, impedimenti certo non sussistenti per Telecom, che aveva invece utilizzato la necessaria interconnessione in apparente assenza di qualsiasi definizione delle condizioni della stessa.

Evidenziato, quindi, il proprio diritto al risarcimento del danno, data l'illegittimità dei comportamenti della Telecom, ed alle pronunce sull'accertamento della illegittimità e nullità di qualsiasi contratto, o anche solo rapporto di fatto, relativo alla interconnessione tra Telecom gestore GSM e Telecom gestore della rete pubblica commutata; allo sfruttamento della rete commerciale preesistente, all'uso, da parte del gestore GSM, del marchio Telecom, domande tutte da proporre in via ordinaria, sosteneva la ricorrente di tutte le necessarie condizioni per l'emissione dei richiesti provvedimenti di urgenza, sia sotto il profilo del *fumus boni iuris*, sia sotto quello del *periculum in mora*, quest'ultimo visto anche in relazione alla stessa possibilità di sopravvivenza della società ricorrente.

Con provvedimento presidenziale del 15 marzo 1995 veniva fissata, per la comparizione delle parti, l'udienza di Camera di Consiglio del 22 marzo 1995.

Si costituiva, quindi, la Telecom, contestando tesi ed istanze della ricorrente e chiedendone la reiezione.

Richiamata la legislazione vigente, compresa la raccomandazione CEE del 1987 ed il *memorandum* sottoscritto il 9 settembre 1987 e modificato il 29 settembre 1991, inerenti alla realizzazione di una rete cellulare GSM da

commercializzare entro il 1993, e ripercorso l'iter che aveva condotto all'ammissione alla gestione di un secondo operatore, individuato (dopo le prescritte procedure) nella Omnitel, che, comunque, ben sapeva che l'altro gestore era la Telecom, la società resistente evidenziava che tra le concessioni sottoscritte dai due operatori, insieme a tante previsioni comuni, vi erano alcune differenziazioni, discendenti dalla incontestabile circostanza che la deducente era già concessionaria del servizio, che aveva realizzato e diffuso per quanto concerneva il TACS, mentre il servizio GSM aveva effettuato investimenti e sperimentazioni.

Contestava, quindi, che la gestione del GSM fosse in regime di libera concorrenza, potendosi, al più parlare di concorrenza, ma non di libertà, trattandosi di attività appartenente istituzionalmente allo Stato, che era possibile gestire solo in regime di concessione. Ne discendeva che il concessionario non solo era autorizzato, ma era obbligato a gestire il servizio nell'esclusivo perseguimento dell'interesse pubblico: di qui la non invocabilità dell'art. 3 della legge n. 287/1990, che offre una tutela al soggetto che opera nell'esercizio del diritto di iniziativa economica, mentre il concessionario di un servizio pubblico, esercitando un'attività in condizioni regolamentate dalla Pubblica Amministrazione ove si ritenga lesa dal comportamento di un altro concessionario, è tenuto a rivolgersi a questa, affinché si avvalga dei suoi poteri autoritativi al fine di ristabilire l'equilibrio della concessione.

Operata, quindi, la distinzione tra: « posizione dominante », perfettamente legittima (oltre che nota alla Omnitel nel momento in cui aveva deciso di diventare il secondo gestore GSM), ed « abuso della posizione dominante », l'unico vietato dall'art. 3 sopra citato (ma non riscontrabile ogni qualvolta il comportamento criticato rientrasse nella « normalità » o nella « conformità agli usi commerciali »), la Telecom contestava le attrici doglianze.

In relazione alla prima (lancio commerciale del servizio GSM annunciato per il 1° aprile 1995), deduceva che la concessione non prevedeva termini dilatori, ma solo quello entro il quale il servizio doveva avere inizio, così come non prevedeva che il lancio dovesse avvenire contemporaneamente per entrambi i gestori. Ne derivava la piena liceità dell'iniziativa della deducente, confermata, peraltro, e dal rilievo che la concessione era diretta a tutelare il servizio pubblico, vale a dire i consumatori, e, quindi, il loro interesse a disporre al più presto del servizio; e dall'esame del contesto internazionale, nel quale il già citato *memorandum* (sottoscritto anche dallo Stato italiano) prevedeva che alla realizzazione della rete cellulare GSM si desse la massima priorità. D'altra parte, l'eventuale ritardo avrebbe comportato anche l'inosservanza degli obblighi di interscambio di reti (*roaming*) assunti nei confronti dei gestori di reati degli altri Paesi firmatari, così come avrebbe comportato la violazione del principio della concorrenza in sede di concessione, che impone il dovere di far meglio ed al più presto nel pubblico interesse: il contrario, potrebbe essere considerato anche vietato ai sensi dell'art. 2 della legge n. 287/90, potendo apparire come un accordo sul momento in cui attivare la propria offerta nei confronti del pubblico, così limitando la concorrenza tra di loro.

Inoltre, aggiungeva a sostegno dell'inaccoglibilità della pretesa della ricorrente (laddove la stessa mirava ad ottenere un blocco al lancio commerciale da parte della esponente), che neppure la P.A. avrebbe potuto imporre un termine dilatorio ai concessionari, in quanto, in tal modo,

avrebbe modificato la stessa concessione, fatto inammissibile senza il consenso della Telecom ed in assenza di un pubblico interesse.

In ordine, poi, alla lamentata commercializzazione del servizio GSM in assenza della scissione di tale attività dalle altre del gestore esclusivo della rete pubblica e del TACS, in asserito dispregio dalla convenzione che vietava al gestore GSM di svolgere altre attività che non avessero il carattere di servizi « a valore aggiunto », la Telecom evidenziava che in tale divieto, esistente nella concessione sottoscritta dalla Omnitel, non era presente in quella da lei sottoscritta, che si limitava a dire che i servizi di cui trattasi « saranno esercitati da Telecom in regime di non esclusiva »; e ciò in un contesto in cui l'Amministrazione concedente ben sapeva chi fosse la Telecom e quali attività svolgesse, per cui, in aderenza al disposto dell'art. 39 della concessione, che prevedeva il divieto di trasferimento della concessione, la Telecom nemmeno avrebbe potuto non fare uso del proprio nome e del proprio marchio, con la conseguenza che, come Telecom, ben poteva utilizzare la propria rete commerciale.

Sosteneva, quindi, che aspettava alla Pubblica Amministrazione il compito di garantire la parità dei concessionari, ed a tal fine aveva previsto la separazione contabile, e niente di più.

Con riferimento, infine, alla terza doglianza (mancata interconnessione), fatto presente che per i gestori GSM sussisteva l'obbligo di interconnessione con la rete della concessionaria del servizio pubblico, obbligo ben noto alla Omnitel, e che per la progettazione del sistema le caratteristiche di base della rete pubblica erano già indicate nel disciplinare di gara, e che comunque, tutti i dati richiesti erano sempre stati dati alla Omnitel, la resistente rappresentava che a tal fine vi erano stati numerosi incontri, dei quali dava atto in una sua nota anche l'amministrazione della ricorrente, e che altro incontro vi era stato il 10 marzo 1995, dal cui verbale si desumeva che nulla era addebitabile alla Telecom, mentre entro il 20 marzo 1995 era stato inviato una ipotesi di contratto di interconnessione.

A dimostrazione dell'infondatezza della doglianza, quindi, faceva presente che per l'art. 12 della concessione Omnitel, la concessionaria avrebbe potuto far ricorso al Ministro in ipotesi di disaccordo o di conflitto relativo alla interconnessione, ricorso mai proposto.

Contestava, ancora, l'affermazione della ricorrente secondo la quale senza l'accordo di interconnessione non avrebbe potuto realizzare la propria rete, in quanto dalla stessa convenzione, unitamente agli *standards* tecnici e all'interconnessione già operata da Telecom, già avrebbe potuto trarre dati sufficienti per la revisione del piano tecnico.

Affermata, poi, l'irrelevanza del richiamo alla nullità degli atti compiuti, sanzione comminata dall'art. 2 della legge n. 287/90, in ben determinate ipotesi, e non anche dall'art. 3 invocato in questa sede, ed evidenziata la mancanza di prove degli assunti attorei, la resistente contestava l'esistenza ai fini del richiesto provvedimento di urgenza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, e perché non vi era il preteso abuso della posizione dominante e perché si verteva in tema di risarcimento dei danni, sempre possibile, data anche la solidità economica della Telecom, che, invece, dall'eventuale sospensione, avrebbe subito un danno quantificabile in L. 20 miliardi per ogni mese di ritardo, così come danni avrebbero subito i consumatori. Concludeva, pertanto, chiedendo il rigetto della proposta domanda.

All'udienza di Camera di Consiglio del 22 marzo 1995, la Corte, sentite le parti, si riservava di decidere, emettendo, quindi, ordinanza con la quale chiedeva alla Telecom copia dell'accordo di interconnessione da lei stipulato, quale gestore GSM con la concessionaria del pubblico servizio, fissando a tal fine la nuova udienza camerale del 29 marzo 1995, nella quale, acquisita agli atti la prodotta documentazione con le relative note, sentite le parti, il Collegio si riservava nuovamente di decidere, sciogliendo, quindi, la riserva con la presente ordinanza.

Rileva, in diritto, la Corte, che va, innanzitutto disattesa l'eccezione (avanzata dalla parte resistente) di non invocabilità, nella fattispecie, dell'art. 3 della legge n. 287/1990.

Ha sostenuto, difatti, la Telecom, che, allorquando si agisca in regime di concessione di servizi che lo Stato, in base a proprie valutazioni, abbia riservato a se stesso, non si verifica una ipotesi di « libera concorrenza », ma di mera « concorrenza », da esplicitare nei limiti della concessione, per cui ogni (pretesa) violazione della medesima finisce per risolversi in un mancato adempimento della concessione, per cui spetta solo al concedente di deliberare al riguardo.

Trattasi, a parere di questo Collegio, di tesi esatta nelle premesse, ma non condivisibile in ordine alle conseguenze che dalle stesse si intendono trarre.

Se è vero, difatti, che in tema di concessioni di pubblici servizi non è configurabile una condizione di « libera » concorrenza, potendo esclusivamente parlarsi di « concorrenza » tra i soli concessionari (vertendosi in ipotesi di oligopolio), non può ritenersi altrettanto vero che ogni violazione delle regole sulla concorrenza si tramuti necessariamente in una violazione della concessione, ben essendo possibile che uno dei concessionari, pur adempiendo agli obblighi scaturenti dalla concessione, finisca per violare le regole della concorrenza nei confronti dell'altro o degli altri concessionari. Il che, ad esempio, si verifica nel caso di abuso della posizione dominante, eventualmente perpetrato all'esclusivo fine di meglio onorare gli obblighi scaturenti dalla concessione.

Anche nel caso, peraltro, che la violazione delle regole sulla concorrenza non venga in contrasti con gli obblighi imposti dalla concessione, resta ferma la distinzione delle competenze rispettive in materia: quella del concedente, per i precisati ultimi obblighi; quella degli organi previsti dalla legge n. 287/1990, per il primo tipo di infrazione.

È appena il caso, infine, a chiusura dell'argomento, di rilevare che l'appena citata legge prevede la sua applicabilità a tutti i casi di concorrenza; istituendo anche una Autorità garante della « concorrenza » e non della sola « libera concorrenza ». All'art. 8, inoltre, precisa che « le disposizioni contenute nei precedenti articoli si applicano sia alle imprese private che a quelle pubbliche o a prevalente partecipazione statale », disponendo, infine, al comma 2, che le precisate norme non si applicano « alle imprese che per disposizioni 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 ».

È agevole constatare come nelle previsioni della legge di cui trattasi rientrino anche le imprese concessionarie dei servizi pubblici che non operino in regime di monopolio e quelle che non gestiscano « servizi di interesse economico generale » e, quindi, anche i gestori del servizio

GSM, non rientrando certo, gli stessi, nelle due esclusioni appena chiarite.

Per quanto concerne le domande proposte in questa sede dalla Omnitel, le stesse si fondano essenzialmente su tre doglianze:

1) il pieno lancio commerciale del servizio GSM annunciato per il 1° aprile 1995;

2) la commercializzazione del detto servizio in assenza di scissione di tale attività (di primo gestore GSM) dalle altre attività di gestore esclusivo della rete pubblica e del TACS;

3) l'assenza di interconnessione di Omnitel.

Si premette che questa Corte territoriale è stata investita della controversia in esame, ai sensi dell'art. 33, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, solo in via di urgenza, per l'emanazione degli eventuali provvedimenti cautelari.

La citata norma (al pari della legge che la contiene) non prevede disposizioni particolari per quanto concerne le condizioni necessarie ai fini dell'emanazione detta, per cui bisogna far riferimento a quelle previste dal codice di rito ordinario in tema di provvedimenti cautelari (artt. 700 ss. cod. proc. civ.), e vale a dire il *fumus boni iuris* della proposta domanda ed il *periculum in mora*.

Poiché l'esame di quest'ultimo è logicamente successivo a quello dell'esistenza del necessario *fumus boni iuris*, si procede all'esame delle attrici domande sotto tale ultimo aspetto.

La prima delle doglianze sopra citate è stata prospettata dalla ricorrente specialmente sotto il profilo che il temuto avvio finisca per rafforzare la posizione dominante della Telecom e per danneggiare ulteriormente (e forse irreparabilmente) la deducente Omnitel, oltre che gli stessi utenti, che si vedrebbero privati del possibile progresso tecnologico apportabile dalla stessa.

Trattasi, invero, di prospettazione che non può essere seguita da questa Corte (perlomeno con riferimento alle conseguenze che parte ricorrente sembra volerne trarre).

Né il disciplinare di gara, né le convenzioni stipulate dalle parti, né i d.P.R. di approvazione delle stesse prevedono termini prima dei quali non possa iniziarsi la commercializzazione del prodotto GSM, ed obblighi di contestualità di tale inizio.

Si è visto come i due gestori debbano agire in concorrenza (di qui l'azione giudiziaria che ci occupa a tutela della stessa), ma ove questa sia tale da non comportare abuso di posizione dominante o da non risultare, comunque, scorretta (per mancata osservanza di norme, siano esse legali o contrattuali), deve ritenersi non vietata, anzi consentita a beneficio della bontà del servizio offerto.

Ne deriva che ognuna delle parti ben poteva organizzarsi nel modo ritenuto più produttivo al fine di battere sul tempo il concorrente ed acquisire, così, maggiori vantaggi. Se, pertanto, la Telecom è pronta a partire, al contrario della Omnitel, non è circostanza addebitabile alla prima, tranne che non si dimostri che tale risultato sia stato raggiunto violando le regole della corretta concorrenza od abusando della esistente posizione dominante.

A tal fine, in mancanza della prova di tali comportamenti illegittimi, l'esistenza di danni, anche gravi, per l'Omnitel, è del tutto influente ai fini che in questa sede rilevano, risultando essere, gli stessi, conse-

guenza di una lecita concorrenza, secondo le cui regole, imposte dal mercato, il più debole o meno pronto, inevitabilmente, finisce per soccombere, economicamente. Né vale, in contrario, assumere che così operando si finisce per eliminare, in pratica, la reale concorrenza di mercato voluta dal concedente. Perché tale concorrenza sussista, infatti, è sufficiente che la stessa sia prevista e concretamente consentita, vale a dire che i gestori siano posti in condizioni di operare pariteticamente, mentre non è punto necessario che anche i risultati raggiunti dai due concorrenti siano paritetici: tali risultati, infatti, ben potranno diversificarsi in relazione alle diverse capacità imprenditoriali, alla organizzazione dei fattori della produzione, alle capacità commerciali, all'entità degli investimenti, ecc.

Se, poi, i risultati raggiunti dai due concorrenti saranno così diversificati tra loro da risultare opposti (positivi per l'uno e negativi per l'altro) e, conseguentemente, causa dell'eliminazione dal mercato di uno degli stessi, sarà, tale circostanza, da addebitare unicamente alle (consentite) leggi della concorrenza, che, è notorio, possono condurre anche a tale risultato. Perché, quindi, un tale risultato sia da considerare non consentito, è indispensabile che lo stesso venga raggiunto con sistemi illeciti o comunque non corretti.

Ove manchi la prova di tali patologie, resta confermato il diritto dei concorrenti di agire in modo tale da cercare di prevalere.

La doglianza in esame, pertanto, si ribadisce, in tanto può rilevare ai fini che in questa sede interessano, in quanto il lamentato inizio della commercializzazione risulti conseguenza di un comportamento scorretto della Telecom.

A tal fine la ricorrente ha accennato alla possibilità, usufruita dalla resistente (grazie alla immediata interconnessione), di effettuare un « esercizio sperimentale » del proprio servizio GSM.

Anche a voler prescindere dalla circostanza che è pacifico, tra le parti, che fin dall'ottobre 1992 la resistente ha avuto mandato di gestire una rete cellulare GSM, il che appare idoneo, da solo, a giustificare il vantaggio della stessa, rileva il Collegio che, in ogni caso, l'evidenziata immediatezza della interconnessione non appare decisiva, in quanto la stessa ricorrente non ne contesta la legittimità. Questa Corte, per meglio rendersi conto dello stato della questione, ha voluto disporre la produzione dell'« accordo » di interconnessione della Telecom, e dallo stesso è emerso che, presumibilmente, l'esercizio sperimentale è avvenuto in assenza di tale accordo, che risulta stipulato solo il 23 marzo 1995 e comunicato al competente Ministero solo in data 27 marzo 1995.

Anche tali circostanze, però, non sono state invocate dal ricorrente al fine di dimostrare la eventuale scorrettezza del comportamento della Telecom, o per sostenere che l'interconnessione, parziale o totale, eseguita a fini sperimentativi, in assenza del relativo accordo, configuri un abuso di posizione dominante. Ciò, è lecito ritenere, perché anche la Omnitel può beneficiare di una interconnessione, seppur parziale, a fini sperimentali, in (pacifica e lamentata) assenza del contratto di interconnessione. Tale circostanza, ribadita, nella propria difesa orale svolta in aula il 29 marzo 1995, dalla resistente (la quale ha affermato che a Roma e Milano ogni MSC della Omnitel è già stato collegato a due SGT, mentre i restanti tre MSC previsti, per il 1995, non sono stati collegati per il semplice motivo

che tale collegamento non è mai stato richiesto) non è stata in alcun modo contestata dalla ricorrente, che, anzi, a p. 5 della « memoria » depositata il 29 marzo 1995, ammetta esplicitamente l'esistente collegamento di due dei previsti 5 (per il 1995) MSC.

Si è limitata, l'Omnitel, a sostenere che dei circuiti necessari (circa 1300) ne ha ricevuti, in consegna, solo 100 circa, ma, in presenza della contestazione avversaria (secondo la quale tale limitata consegna è dipesa unicamente dal fatto che non sono state avanzate richieste superiori ed ulteriori), la ricorrente non solo non ha dimostrato che vi sono state richieste inevase, ma neppure ha sostenuto tale circostanza.

Così stando le cose, non risulta che l'inizio della commercializzazione del GSM da parte della Telecom, preannunciata per il 1° aprile 1995, sia frutto di abuso di posizione dominante, per cui la doglianza appare del tutto irrilevante ai fini che ci occupano, per non essere, la stessa, sorretta dal *fumus boni iuris*.

In ordine al secondo rilievo operato dalla Omnitel (mancata scissione della attività di gestore GSM da quelle ulteriori svolte dalla Telecom), la ricorrente in effetti lamenta la posizione dominante della Telecom, quale gestore pubblico della rete fissa e dei TACS, con i conseguenti vantaggi, rappresentati dalla facilitata ricerca di clientela, anche tramite offerte congiunte; dall'uso della rete TACS con conseguenti risparmi e « sussidi incrociati »; dalla commercializzazione attraverso i negozi e la rete di vendita già esistente della Telecom; dalla possibilità di ottenere una « interconnessione » a condizioni migliori. Il tutto in spregio alla convenzione sottoscritta dalla predetta società, che prevedeva il divieto di svolgere altre attività non aventi il carattere di servizi « a valore aggiunto ».

Di qui l'esigenza di separare la gestione GSM dalle ulteriori, con divieto di usare il nome « Telecom » per individuare la prima, allo scopo di evitare confusione nella clientela, portata, anche per l'identità del nome, a ritenere che la gestione del GSM fosse effettuata solo dalla predetta in regime di monopolio.

Che in effetti, esista una posizione dominante della resistente, non appare revocabile in dubbio: la stessa gestisce in esclusiva la rete fissa commutata, ed i gestori GSM sono obbligati a servirsi di tale rete e, quindi, ad interconnettersi con la medesima. Gestisce, altresì, sempre in esclusiva, il servizio telefonico mobile TACS, con relativa rete, utilizzabile anche per il servizio GSM; agisce nel campo della telefonia da sempre, per cui ha una rete commerciale ormai collaudata ed una forza di penetrazione presso la clientela di certo affinata ed accresciuta dalla sua qualità di gestore pubblico in esclusiva.

Trattasi, però, di situazione ben nota e preesistente alla concessione di gestione del GSM.

Ne deriva che il concedente conosceva tali qualità della Telecom, così come le conosceva la Omnitel nel momento in cui ha deciso di diventare secondo gestore. Anche sotto tale profilo, quindi, questa non ha motivo di lamentarsi, avendo implicitamente accettato tale situazione.

D'altra parte, ciò che risulta vietato è non già l'esistenza, sul mercato in regime di concorrenza, di una posizione dominante, ma solo il suo eventuale abuso, per cui le proposte domande in tanto possono trovare accoglimento (anche in sede cautelare, sotto l'aspetto del *fumus boni iuris* del loro fondamento), in quanto venga dimostrato detto abuso.

Nella fattispecie lo stesso viene ravvisato, in concreto, nella mancata creazione di una diversa società, con altro nome, per la gestione del GSM.

Trattasi, invero, di aspirazione *de iure condendo* legittima e condivisibile ai fini di una più chiara posizione sul mercato che, eliminando posizioni dominanti (consentite attualmente), ponga realmente sullo stesso piano i due gestori. In base al diritto vigente, però, un tale obbligo per la Telecom deve ritenersi insussistente.

Valgono, a dimostrazione di tale affermazione, le seguenti considerazioni:

1) il concedente, nella convenzione stipulata, non ha imposto alla Telecom la costituzione di una nuova società, pur non essendo revocabile in dubbio che conoscesse le ulteriori attività svolte dalla stessa in regime di esclusiva. Del pari non ha preteso che la medesima dismettesse le altre attività;

2) la convenzione si limita a richiedere una separazione contabile (art. 27 ss.), il che dimostra che il problema della separazione delle gestioni si è posto, ed il concedente ha ritenuto di risolverlo con la sola separazione contabile, senza necessità di una scissione societaria in relazione alle diverse gestioni;

3) il concedente, all'art. 2, comma 2, della convenzione, nel richiedere che la società non svolgesse altri servizi se non a valore aggiunto, ha inteso, all'evidenza, rivolgersi a quella parte della società avente la separazione contabile di cui al successivo art. 27, nel senso che in tale contabilità separata non potevano rientrare servizi diversi da quelli a valore aggiunto. Argomentare diversamente significherebbe interpretare il comma in questione nel senso che il concedente o ignorava l'attività di gestore esclusivo di servizi pubblici svolta dalla resistente (il che non appare credibile), o intendeva imporre alla medesima la cessazione di tali attività, il che certo non può ritenersi, non potendo la Telecom (al pari di ogni altra concessionaria di pubblici servizi) sottrarsi agli obblighi scaturenti dalle concessioni, senza l'espresso consenso del concedente.

Non può, peraltro, ritenersi che la convenzione abbia preteso imporre alla concessionaria la creazione di un nuovo soggetto, perché, ove così fosse, di certo non ci sarebbe stato bisogno di dettare le successive norme sulla separazione contabile.

Del pari non sembra potersi ritenere che abbia inteso imporre alla Telecom, pur restando unico soggetto, di cambiare nome quale gestore del GSM, in quanto una tale imposizione, per la sua particolare ed eccezionalità, avrebbe richiesto una esplicita previsione in tal senso, non essendo possibile desumerla in via interpretativa dalla norma citata.

Nessun obbligo di scissione, quindi, con riferimento alle differenti attività svolte, può essere imposto alla Telecom, perché non previsto dalla convenzione regolarmente approvata, con la conseguenza che non può esserle rimproverato, quale abuso di posizione dominante, l'uso del proprio nome fatto quale gestore GSM.

Parimenti non rappresenta abuso di posizione dominante l'uso che la Telecom fa delle proprie reti o della propria rete commerciale, o delle promozioni di vendita: ritenere il contrario equivarrebbe ritenere che configura abuso della posizione dominante della Omnitel l'uso eventuale che la stessa faccia dei punti di vendita operanti a favore delle sue partecipanti, o della tecnologia raggiunta dalle stesse, nonché delle eventuali reti già poste in essere all'estero per la gestione del telefono mobile.

In regime di concorrenza ognuno è libero di servirsi delle risorse e dell'organizzazione di cui già dispone, non essendovi nessuna norma che imponga al soggetto che inizi una nuova attività di porre in essere infrastrutture ed attrezzature, ed in genere organizzazioni, diverse da quelle di cui eventualmente già sia in possesso per l'espletamento di altre iniziative, anche se similari alla nuova.

Anche la doglianza in esame, conseguentemente, appare priva di fondamento.

Per quanto, infine, concerne l'ultimo rilievo (mancata interconnessione della Omnitel), ritiene la Corte che non possa essere seguita la tesi della resistente, secondo la quale il relativo accordo-contratto avrebbe marginale rilevanza, essendo, tutte le condizioni (tecniche e tariffarie) della interconnessione, facilmente ricavabili dalla convenzione e dal presupposto disciplinare di gara.

Tale affermazione si pone in stridente contrasto con il comma 2 dell'art. 13 della convenzione, secondo il quale « i livelli qualitativi e prestazionali e le interfacce tecniche per l'interconnessione così come ogni altro aspetto tecnico, operativo, procedurale ed economico dell'interconnessione sono concordati tra le società e la concessionaria della rete telefonica pubblica commutata.

Fermo quanto previsto ai successivi art. 27 e 28, tali accordi saranno conclusi nel rispetto dei principi di non discriminazione e di equa concorrenza, e tempestivamente portati a conoscenza del Ministero ».

Da tale previsione si evince chiaramente come i punti da chiarire, con trattative preliminari al contratto di interconnessione, siano numerosi e rilevanti.

Conferma ulteriore si trae dall'art. 12, ultimo comma, della stessa convenzione, laddove si prevede che sia il Ministero ad assumere le determinazioni del caso in ipotesi di disaccordo o conflitti riguardanti l'interconnessione, previsione che di certo sarebbe stata inutile, ove vi fosse, negli atti sopra menzionati, una integrale previsione delle relative condizioni.

Ove, peraltro, a tutto voler concedere, tale ultima affermazione, effettuata dalla Telecom, fosse esatta, bisognerebbe realmente domandarsi perché, in assenza di qualsiasi punto oscuro da chiarire e, di conseguenza, di trattative da condurre, la resistente non abbia ancora concessa l'interconnessione, avendo provveduto ad inviare, solo nel corrente mese di marzo 1995, una « proposta » di accordo.

In relazione a questa, poi, la ricorrente lamenta l'esistenza di clausole difformi da quelle sottoscritte dalla Telecom (gestore GSM) stessa, e idonee a suscitare non poche perplessità, argomentando, in pratica, anche da questo ulteriore rilievo, il sostenuto abuso di posizione dominante.

Tali conclusioni non possono essere condivise, per la semplice considerazione che, in fase di trattative, nessuno impediva alla Omnitel di fare controproposte ed obiezioni, e solo nel caso che giusti rilievi non fossero stati accettati, si sarebbe potuto ravvisare un abuso di posizione dominante (... eventualmente, in quanto, si ricorda, per tali contestazioni valgono le « determinazioni » ministeriali).

Bisogna, conseguentemente, ritenere che vi debba essere una trattativa intesa al raggiungimento dell'accordo, a completamento delle condizioni previste dalla convenzione e dal disciplinare di gara.

A tale esigenza di trattativa corrisponde un obbligo del gestore pubblico della rete commutata a trattare ed a raggiungere l'accordo di interconnes-

sione « nel rispetto dei principi di non discriminazione e di equa concorrenza », principi che devono ritenersi violati non solo quando le condizioni di interconnessione imposte dal gestore pubblico siano inaccettabili o meno favorevoli di quelle riconosciute al primo gestore GSM, ma anche quando, con comportamento dilatorio, si ritardi il raggiungimento dell'accordo, così di fatto impedendo l'interconnessione al secondo gestore.

Si ritiene, quindi, che il ritardo nel raggiungimento dell'accordo di interconnessione, ove addebitabile alla Telecom, fosse pienamente idoneo a rappresentare un abuso di posizione dominante.

Come già accennato, però, sarebbe stato necessario dimostrare che tale addebitabilità alla resistente sussisteva e l'onere di tale prova, ovviamente, incombe su chi invochi l'inadempimento alle previsioni convenzionali.

Occorreva, in altri termini, che l'Omnitel provasse di aver fatto domanda, o istanza di interconnessione, o che avesse sollecitato, a tal fine, trattative ed incontri con la Telecom. Che avesse, cioè, richiesto l'interconnessione e posto in essere quell'attività, su di lei gravante, indispensabile al raggiungimento dello scopo.

Tale prova nella fattispecie è del tutto carente: l'Omnitel né ha provato, né ha dedotto di aver richiesto inutilmente, per l'inerzia, a questo punto colpevole, del gestore pubblico, la interconnessione.

Non è, infatti, sufficiente lamentare che ancora oggi non sia stato stipulato un accordo di interconnessione, ma è necessario dimostrare che tale circostanza non sia dipesa dalla propria inerzia, ma da quella della Telecom (che, a mo' di esempio, ha lasciato inevasa la relativa domanda avanzata dalla ricorrente, od ha procrastinato od ostacolato, in qualsiasi modo, il raggiungimento dell'accordo di interconnessione).

Essendo rimasta indimostrata qualsivoglia azione od omissione addebitabile alla Telecom, anche la doglianza di cui trattasi, ai limitati fini sopra precisati, appare infondata.

L'insussistenza totale del *fumus boni iuris*, in relazione a tutte le doglianze e conseguenti domande proposte in questa sede, esime il Collegio dall'esame delle stesse sotto il profilo del *periculum in mora*.

Ne deriva l'integrale reiezione del proposto ricorso, con integrale compensazione delle spese di lite, per la quale ricorrono giusti motivi, stante la complessità e novità delle questioni trattate.

P.Q.M. — La Corte, definitivamente statuendo, rigetta il ricorso ex art. 33, comma 2, della legge n. 287/1990, proposto dalla Omnitel Pronto Italia S.p.A. nei confronti della Telecom Italia S.p.A., con atto depositato in cancelleria il 14 marzo 1995.

Compensa integralmente tra le parti, le spese del procedimento.

LA TELEFONIA MOBILE GSM E L'OPEN NETWORK PROVISION

1. La Corte d'Appello di Roma con l'ordinanza che in questa sede si commenta ha rigettato il ricorso presentato dalla Omnitel nei confronti della Telecom Italia per l'emanazione degli eventuali provvedimenti cautelari in pendenza, ai sensi dell'art. 33 legge 10 ottobre 1990 n. 287, di un procedimento davanti all'Autorità garante della concor-

renza e del mercato per accertare o meno l'abuso di posizione dominante in merito al comportamento tenuto dalla concessionaria pubblica telefonica nella fase di avvio del mercato della telefonia mobile in GSM. La Corte ha ritenuto la non invocabilità dell'art. 3 legge n. 287 del 1990 che offrirebbe una tutela al soggetto che opera nell'esercizio del diritto di iniziativa economica, poiché il concessionario di un servizio pubblico, esercitando un'attività in condizioni regolamentate dalla Pubblica Amministrazione, qualora si ritenga leso dal comportamento di un altro concessionario è tenuto a rivolgersi a questa affinché si avvalga dei suoi poteri autoritativi al fine di ristabilire la situazione prevista dalla concessione. Il Ministero delle Poste, però, non aveva ritenuto di intervenire, imponendo al concessionario pubblico un termine dilatorio per l'avvio della gestione della telefonia cellulare mobile in GSM, poiché sarebbe stato « un fatto inammissibile senza il consenso della Telecom ed in assenza di un pubblico interesse ».

La Corte d'Appello ha, quindi, sottolineato come in tema di concessione di pubblici servizi non è configurabile una condizione di « libera » concorrenza, potendo configurarsi esclusivamente una concorrenza tra i soli concessionari, anche se ciò non esclude che « ogni violazione delle regole sulla concorrenza si tramuti necessariamente in una violazione della concessione », potendosi comunque verificare violazioni delle norme poste a tutela della concorrenza. Nella fattispecie Telecom Italia, nell'avviare il servizio telefonico in GSM, non ha violato alcuna di queste norme, poiché né il disciplinare di gara, né le convenzioni stipulate dalle parti, né i decreti presidenziali di approvazione delle stesse¹ prevedono termini prima dei quali possa iniziarsi la commercializzazione del prodotto, né obblighi di contemporaneità nell'avvio. Ne deriva, come ha sostenuto la Corte « che ognuna delle parti ben poteva organizzarsi nel modo ritenuto più produttivo al fine di battere sul tempo il concorrente ed acquisire, così, maggiori vantaggi », anche se Telecom nell'attivare l'interconnessione della strumentazione per la telefonia mobile ha potuto fruire di alcuni vantaggi, quali la possibilità di sperimentazione in assenza di alcun vincolo contrattuale con l'esercente della rete fissa, che è la stessa Telecom. Appare, comunque, pacifico per la Corte che l'Omnitel abbia ricevuto tutti i circuiti richiesti, poiché « non solo non ha dimostrato che vi sono state richieste inevase, ma neppure ha sostenuto tale circostanza ». Pertanto, anche se può ritenersi sussistente una posizione dominante della Telecom Italia, poiché oltre a gestire la rete fissa commutata gestisce altresì la telefonia cellulare in GSM (anche se in base all'art. 27 Convenzione Stato-Telecom per la telefonia mobile vi deve essere una separazione contabile fra la gestione del GSM e le altre attività), è però altrettanto vero che per la Corte non si sono registrati fattispecie

¹ Le problematiche connesse ai d.P.R. che traducono in normativa pubblica il contenuto di particolari convenzioni sono state affrontate dalla Corte costituzionale e dalla dottrina giusamministrativista più attenta. Al riguardo si rinvia a Corte Costituzionale, Sentenza 5 maggio 1980 n. 68, in *Giur. cost.*, 1980, 881 ss., con l'annotazione critica di A. ROMANO (vedi ROMANO A.,

Pubblico impiego e contrattazione collettiva, in *Giur. cost.* 1980, 867 ss.). Si rinvia inoltre a GIANNINI M.S., voce *Impiego pubblico (profili storici e teorici)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 302 ss.; VIRGA, *Il pubblico impiego*, Milano, 1973, 141 ss.; SANDULLI A., *Manuale di diritto amministrativo*, XIV ed., Napoli, 1984, 266.

tali da poter rappresentare abusi di posizione dominante, poiché non vi è alcuna norma che imponga al soggetto che inizi una nuova attività di porre in essere «infrastrutture ed attrezzature, ed in genere organizzazioni, diverse da quelle di cui eventualmente già si è in possesso per l'espletamento di altre iniziative, anche se similari alla nuova». Il gestore della rete fissa commutata, come ricorda la Corte, non può, però, attuare discriminazioni fra gli operatori del GSM e quindi deve attuare le stesse condizioni contrattuali (e quindi anche tariffarie) per le interconnessioni indipendentemente dal richiedente. Il GSM è stato previsto in sede comunitaria come un mercato concorrenziale, assolutamente non assoggettabile a monopoli legali.

L'introduzione del GSM è stata voluta da diversi organi delle Comunità Economiche Europee, ed in particolare si è esplicitata con una Raccomandazione del Consiglio del 25 giugno 1987 relativa all'introduzione coordinata del servizio pubblico digitale paneuropeo di radiotelefonía mobile terrestre nell'Comunià (87/371/CEE)², con la Direttiva 87/372/CEE del 25 giugno 1987 sulle bande da assegnare per l'introduzione coordinata del servizio pubblico digitale cellulare paneuropeo di radiotelefonía mobile nella Comunità, nonché con la Risoluzione del Consiglio del 14 dicembre 1990 sulla fase finale dell'introduzione coordinata del servizio pubblico digitale cellulare paneuropeo (90/C329/09). Il GSM offre alcuni vantaggi rispetto al cellulare analogico, tra cui la trasmissione di dati ad alta velocità, la possibilità di trasportare l'identità dell'utente, il collegamento paneuropeo, la gamma potenziata di servizi a valore aggiunto, la maggiore densità del traffico e una superiore qualità del servizio. Il GSM, secondo le previsioni della Comunità Europea, ha un elevato potenziale di diffusione nel nostro continente, potendo fornire prima del 2000 una copertura equivalente o superiore a quella dei corrispondenti servizi analogici, combinata con una qualità migliore del servizio.

2. Con l'ordinanza in epigrafe vengono riproposte le problematiche connesse da un lato alle cd. reti aperte, richiamando il concetto di ONP, e, dall'altro, alle tariffe che possono essere applicate dal gestore della rete fissa per l'interconnessione richiesta.

La Commissione CEE ha avuto modo di sottolineare nel Libro verde sulla telefonía vocale come il 95% di tutte le chiamate effettuate in Europa tramite le reti di comunicazioni mobili cellulari sono dirette a terminali collegati a rete fissa oppure hanno origine da questa. Pertanto, il collegamento delle reti mobile con quella fissa riveste grande importanza economica per lo sviluppo del servizio. «Il quadro di base per tale interconnessione è delineato nell'ambito delle norme di fornitura della

² Per una analisi della normativa europea in materia di telecomunicazioni si rinvia a CARDARELLI, *Profili di diritto delle tecnologie dell'informazione*, Camerino, 1992, 79 ss.; LIMONE D.A., *La normativa comunitaria e la legislazione italiana sulle tecnologie dell'informazione*, in Studi Frosini, Milano, 1995, 157 ss.; ZENO-ZENGOVICH, *La concorrenza nel mercato delle telecomunicazioni*, in Nuova giurispr. civ. comm., 1995, I,

162 ss.; vedi altresì AMORY, *Telecommunications in the European Communities, the new regulatory framework*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1992, n. 3, 82 ss.; EHLERMANN C.D., *Telekommunikations und Europäische Wettbewerbsrecht*, in *Europarecht*, 1993, 134 ss.; RHODES M., *The future of telecommunications services in Europe*, in *Computer law and practice*, 1994, n. 4, 111 ss.

rete aperta di telecomunicazioni ONP, ed in particolare della proposta di direttiva per l'applicazione dei principi ONP ai servizi di telefonia vocale. In base al quadro ONP, le autorità nazionali di regolamentazione assumono l'importante responsabilità di garantire l'interconnessione: ciò garantisce una sufficiente flessibilità che consente di tener debito conto delle situazioni nazionali»³. La Direttiva 90/387/CEE si propone di « focalizzare » le procedure per l'avverarsi di un'armonizzazione della normativa riguardante la fornitura di una rete aperta di tlc: il fine è quello di agevolare la erogazione di servizi tramite l'utilizzazione di reti e/o servizi pubblici di telecomunicazioni negli e tra gli Stati membri, e, in particolare, la fornitura di servizi da parte di società o persone fisiche stabilite in uno Stato membro»⁴).

La telefonia GSM è pertanto uno dei settori interessati dalla normativa comunitaria sull'ONP; pertanto si imporrà ai singoli Stati membri di attivare i procedimenti per il reciproco riconoscimento sia delle procedure di registrazione sia delle « autorizzazioni-concessioni » del servizio, qualora tali procedure siano richieste nei singoli ordinamenti per la fornitura di servizi in concorrenza attraverso le reti pubbliche (art. 7 Direttiva 90/387/CEE).

L'ONP (*Open Network Provision*) attiene alla creazione di condizioni obiettive e non discriminanti, atte a garantire agli interessati l'accesso (entro tempi ragionevoli) e l'uso efficace delle reti telefoniche gestite da concessionari pubblici o dallo stesso Stato. La Direttiva 90/387/CEE sottolinea come le condizioni per la fornitura della rete aperta debbano essere coerenti con determinati principi che l'art. 3 esplicita (obiettività, trasparenza, non discriminazione, parità di accesso) e non devono limitare l'accesso alle reti ed ai servizi fatta eccezione per motivi di interesse pubblico, che l'art. 2 punto 5 individua nella sicurezza di funzionamento della rete, nel mantenimento della sua integrità e, nei casi in cui sono giustificate, l'interoperabilità dei servizi e la protezione dei dati⁵. Pertanto

³ In tal senso Commissione delle Comunità economiche europee, Libro verde relativo ad un comune orientamento nel settore delle comunicazioni mobili e personali nell'Unione Europea, Com. 94/145 def., 92 ss. Per spunti comparativistici si rinvia a PANDOLFELLI M., *Regolamentazione e deregolamentazione nelle telecomunicazioni. L'esperienza statunitense, inglese, giapponese*, in *Econ. pubbl.*, 1991, 373 ss.

⁴ Vedi CARDARELLI, *I servizi nei settori esclusi*, in *Gli appalti pubblici di servizi* (a cura di Picozza), Rimini, spec. 184.

⁵ Cfr. CARDARELLI, *Profili di diritto delle tecnologie dell'informazione*, Camerino, 1992, 81 ss. Per un'autorevole analisi delle problematiche sulla protezione della circolazione dei dati si rinvia a FROSINI, *La libera circolazione dei beni e dei servizi informatici nel mercato comune europeo*, in questa *Rivista*, 1995, 21 ss.

Sulle problematiche connesse della pro-

tezione dei dati personali veicolati telematicamente in generale vedi LOSANO, *Diritto pubblico dell'informatica*, Torino, 1987, 25 ss.; FROSINI, *Note critiche al disegno di legge sulla protezione dei dati personali*, in questa *Rivista*, 1992, 745 ss.; GIANNANTONIO, *Manuale di diritto dell'informatica*, Padova, 1994, 142 ss.; DE COCKBORNE J.E., *Le ragioni di una direttiva comunitaria sulla tutela dei dati personali*, in *Il progetto di direttiva comunitaria sulla tutela dei dati personali: quale lettura per l'impresa e la società italiana* (Atti del Convegno di Trento dell'11-12 giugno 1992), Roma, 1995, 20 ss.; BUTTARELLI, *Il progetto di direttiva comunitaria sulla tutela dei dati personali: quale lettura per l'impresa e la società italiana*, in *Il progetto di direttiva comunitaria sulla tutela dei dati personali*, cit., 70 ss.; MIRABELLI, *In tema di tutela dei dati personali (note a margine della proposta modificata di direttiva CEE)*, in

in ambito comunitario la definizione e la realizzazione di punti terminali di rete armonizzati per l'interfaccia con l'infrastruttura di rete costituirà un « elemento fondamentale del concetto globale di fornitura aperta ». Le condizioni di fornitura della rete aperta saranno elaborate in modo da non limitare la libertà d'azione del fornitore di servizi degli utenti, né la responsabilità degli organismi di telecomunicazione per quanto concerne il funzionamento della rete ed il mantenimento dei canali di comunicazione.

La stessa Commissione sottolinea nel « Libro Verde relativo ad un comune orientamento nel settore delle comunicazioni mobili e personali nell'Unione Europea » (Com. 94/145 def.) come l'unicità del gestore della rete fissa potrebbe anche produrre l'alterazione nel mercato concorrenziale del GSM. In tale ottica appare opportuno leggere le problematiche sollevate dalla Commissione in merito alla « questione delle restrizioni a livello di regolamentazione sull'interconnessione diretta fra gestori mobili nei diversi Stati membri, nonché quella dell'allestimento della propria infrastruttura o di quella di terzi »⁶. Proprio perché il regime di fornitura di una rete aperta di Open Network Provision resta collegata ai gestori di reti che godono comunque di diritti speciali ed esclusivi, il Consiglio dei Ministri della CEE ha dichiarato nella seduta del 7 dicembre 1993 che nell'ambito della rassegna del regime di fornitura di una rete aperta gli interventi normativi a livello di regolamentazione in un mercato sempre più concorrenziale debbono essere ridotti al minimo. La Commissione nel Libro verde sui telefonini sostiene che i principi di base, per l'interconnessione di reti di comunicazioni mobili con la rete fissa pubblica, dovrebbero essere conformi alle regole di concorrenza, alle norme della Direttiva 90/388/CEE, alla Proposta di Direttiva del Consiglio (divenuta posizione comune dei Dodici con la decisione del 1° luglio 1993) sull'applicazione del regime di fornitura di una rete aperta di tlc ai servizi di telefonia vocale (Com. 92, 247 def.), nonché alle norme della Direttiva 92/44/CEE, che disciplinano l'ONP per le reti affittate. Queste prevedono che le condizioni di interconnessione fra reti fisse e reti mobili, nonché fra reti mobili e fornitori di servizi debbano attenersi a criteri oggettivi, trasparenti, non discriminatori e compatibili con il principio di proporzionalità, che imporrebbe ad un gestore che dispone di una rete fissa e di una rete mobile (quale Telecom Italia) di attuare « un'opportuna distinzione, in particolare per quanto concerne le pratiche conta-

Studi Frosini, Milano, 1995, 225 ss. Sulle problematiche generali in ambito internazionale si rinvia a BUQUICCHIO, *Aspetti internazionali della protezione dei dati: il ruolo svolto dal Consiglio d'Europa*, in *Privacy e banche di dati* (a cura di Matteucci), Bologna, 1981, 67 ss. In particolare per la disciplina dei servizi telematici in ambito europeo si rinvia a ZENO-ZENCOVICH, ZOPPINI, *La disciplina dei servizi telematici nel quadro delle proposte comunitarie di tutela dei dati personali*, in questa Rivista, 1992, 789 ss. Sotto il profilo penale vedi MANNA A., *La protezione penale dei dati personali nel diritto ita-*

liano, in *Informatica ed attività giuridica* (atti del 5° congresso internazionale, Roma, 3-7 maggio 1993), Roma, 1994, 1279 ss.; BORRUSO, *La tutela del documento e dei dati*, in BORRUSO, BUONOMO, CORASANITI, D'AIETTI, *Profili penali dell'informatica*, Milano, 1994, spec. 31 ss.; CORASANITI, *La tutela della comunicazione informatica e telematica*, in *Profili penali dell'informatica*, cit., 105 ss.

⁶ Così COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ ECONOMICHE EUROPEE, *Libro verde relativo ad un comune orientamento nel settore delle comunicazioni mobili e personali nell'Unione Europea*, Com. 94/145 def., 95.

bili»⁷. Pertanto per la Commissione CEE l'Autorità nazionale di regolamentazione (per l'ordinamento giuridico italiano è il Ministero PP.TT. ed il suo Ispettorato Superiore delle Telecomunicazioni) dovrebbe avere accesso ai contratti conclusi per gli accordi di interconnessione fra il gestore della rete fissa e il gestore della telefonia mobile. Ciò però appare di complessa attuazione nell'ordinamento giuridico italiano, poiché non vi è alcuna norma che disciplini in maniera puntuale l'autonomia contrattuale dei due concessionari impegnati nella trattativa né il tipo di accordo che possa essere concluso.

Solo in un settore per alcuni aspetti assimilabile, cioè per la *catv* emittente di segnali compressi in ADSL (la quale utilizza appunto la rete telefonica), è previsto per i rapporti fra i *carrier* e le emittenti autorizzate una normativa: l'art. 7 decreto legislativo n. 73 del 1991 sancisce che gli accordi fra *carrier* ed emittenti siano disciplinati in base a quanto previsto dall'art. 11 legge 7 agosto 1990 n. 241. I rapporti patrimoniali contrattuali fra i due soggetti ricadono nella previsione dell'art. 14 decreto legislativo n. 73 del 1991, che attribuisce la competenza a determinare i canoni dovuti dagli utenti ai *carrier* ad un apposito decreto del Ministero delle Poste e delle Telecomunicazioni, mentre in precedenza la competenza era stata attribuita dalla legge n. 103 del 1975 al Comitato Interministeriale Prezzi. Non ci sembra, però, che nella fattispecie ricorrano gli estremi dell'*analogia legis* per estendere tale normativa (prevista esplicitamente per la *catv*) al GSM, anche perché sembra essere nelle intenzioni del Legislatore⁸ demandare ad un'apposita Autorità la regolamentazione del settore, sulla scorta della riforma degli enti di regolamentazione proposta in una serie di disegni di legge presentati già nella scorsa Legislatura, e culminati nella legge 24 dicembre 1993 n. 537, che ha attribuito una delega al Governo⁹ per l'istituzione di organismi indipendenti per la regolamentazione di servizi di particolare interesse.

La futura regolamentazione di un settore come quello del GSM appare assai complessa, perché come viene sottolineato anche nell'ordinanza in epigrafe il gestore della rete fissa nonché della telefonia cellulare analogica (TACS) opera anche nella telefonia cellulare digitale (GSM). In via

⁷ Ancora COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ ECONOMICHE EUROPEE, *Libro verde relativo ad un comune orientamento nel settore delle comunicazioni mobili e personali nell'Unione Europea*, Com. 94/145 def., 106 ss.

⁸ Per l'istituzione di una «Autorità di regolamentazione» nel settore delle telecomunicazioni si sono già espresse diversi gruppi parlamentari. In particolare alla Camera dei Deputati sono state presentate tre diverse proposte di legge (A.C. n. 0387, n. 0959, n. 1698), le quali giunte alla X Commissione in sede redigente sono confluite in un unico testo approvato successivamente dall'Assemblea il 15 marzo 1995. Al momento il testo approvato alla Camera dei deputati non risulta ancora essere stato approvato dall'altro ramo del Parlamento. Per un'analisi delle proposte di legge pre-

sentate al riguardo nella XI legislatura ci si permette di rinviare al nostro, *Un'Authority per i servizi pubblici*, in *Impresa artigiana* dell'11 dicembre 1993.

⁹ Per un commento alla norma della legge 24 dicembre 1993 n. 537 che ha attribuito al Governo una delega per l'istituzione di organismi indipendenti per la regolamentazione di settori strategici vedi POLLACCI, *Stato e mercato. Le cosiddette privatizzazioni*, in *Dir. econ.*, 1994, 469 ss.; PICOZZA, *Commentario alla «Trasformazione degli enti pubblici economici in società per azioni»*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, 1207 ss.; COLTELLI, *La trasformazione in S.p.A. degli enti pubblici economici e il controllo della Corte dei Conti ai sensi dell'art. 100 della Costituzione*, in *Cons. Stato*, 1994, II, 517 ss.

del tutto teorica l'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato ha avuto modo di sottolineare che «il gestore della rete potrebbe avere interesse a non far entrare alcun concorrente, e quindi a ratificare condizioni di accesso particolarmente restrittive... (omissis)... Se i servizi offerti utilizzando la rete non sono regolamentati, il gestore che opera come monopolista anche su questi ultimi mercati riesce ad appropriarsi di tutto il *surplus* disponibile avendo a disposizione una conoscenza diretta, e non derivata, della domanda del mercato e delle preferenze degli utenti»¹⁰. La dottrina più recente¹¹ ha sottolineato come la mancata delineazione di limiti di demarcazione tra la gestione dell'infrastruttura e la erogazione dei servizi finisca per creare situazioni anomale sotto il profilo della concorrenza¹². L'interconnessione con la rete fissa gestita dalla Telecom, peraltro, rappresenta una sorta di obbligo ineludibile per gli operatori del GSM. Gli art. 12 e 13 della Convenzione fra Stato e Omnitel-Pronto Italia prevedono una sorta di vincolo contrattuale in relazione all'accesso alle infrastrutture della rete fissa gestita da Telecom. Inoltre ai sensi dell'art. 20 della suddetta Convenzione non sarebbe altresì consentito per il gestore privato della telefonia cellulare digitale (GSM) l'utilizzo di infrastrutture alternative (quali ad esempio i ponti radio di emittenti televisive) per i propri collegamenti, rendendo così la rete pubblica commutata (gestita in monopolio da Telecom) l'unica infrastruttura per l'esercizio del servizio di telefonia cellulare in GSM. Appare importante un intervento del Ministero delle Poste e delle Telecomunicazioni ai sensi dell'art. 13 comma 3 della Convenzione Stato-Omnitel per consentire la definizione degli accordi di interconnessione, che costituiscono un punto fondamentale della disputa. Il diritto comunitario¹³, per quanto attiene la disciplina delle telecomunicazioni, non sembra porre limitazioni sul

¹⁰ Vedi AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Concorrenza e regolamentazione nei servizi di pubblica utilità* (relazione al Presidente del Consiglio dei Ministri), in *Attività di segnalazione*, Suppl. a Boll. n. 25-26/1994, 22; inoltre vedi CARDARELLI, *op. et loc. supra*, cit.; CHIAPPETTA, *Legislazione della telematica, telecomunicazioni e spazio*, Roma, 1993, 112 ss.

¹¹ Così CARDARELLI, *I servizi nei settori esclusi*, in *Gli appalti pubblici di servizi* (a cura di Picozza), Rimini, 1995, spec. 187.

¹² Deriva dal ragionamento della Commissione che «pur non essendo probabilmente maturi i tempi per l'affermazione del principio organizzativo generale di separazione, vadano applicate al settore in modo particolare le norme poste a tutela della concorrenza di cui agli artt. 85 e 86 del Trattato: prova ne sia che il medesimo organo ha provveduto alla emanazione di un vero e proprio decalogo destinato agli operatori economici nel settore delle telecomunicazioni» (così CARDARELLI, *op. et loc. supra cit.*).

¹³ Il diritto comunitario sottolinea però

possa apparire posizione dominante quella del soggetto monopolista di settore che trasferisca *know how* e risorse in un mercato contiguo liberalizzato. Viene però escluso che la stessa azienda di tlc costituisca società controllate su mercati «vicini». In generale vedi FRIGNANI, *Discipline antitrust e comunicazioni di massa: esperienze straniere e problematiche CEE*, in questa Rivista, 1989, 39 ss. In particolare per il settore delle tlc si rinvia a RAVAIOLI P., *La Communauté européenne et les Télécommunications: développement récents en matière de concurrence*, in *Rev. int. dr. econ.*, 1991, II, 103 ss.; BALESTRIERI, *Monopoli legali nei c.d. settori esclusi: rispetto delle prerogative degli Stati membri o tutela effettiva della concorrenza*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 1993, 482 ss.; CASSINIS P., STEHMANN O., *La liberalizzazione dei servizi di telecomunicazioni a livello comunitario, con particolare riferimento ai servizi di telefonia vocale*, in *Rass. giur. en. elettr.*, 1994, 50 ss.; CARDARELLI, *Riserva statale dei servizi di telecomunicazione e disciplina comunitaria della concorrenza*, in questa Rivista, 1995, 120 ss.

piano commerciale che impediscano ai gestori della rete fissa di offrire servizi competitivi attraverso le proprie reti; impone, però, l'esistenza di una concorrenza leale fra tutti i fornitori di servizi che abbiano interfaccia con la rete fissa: le condizioni ONP avrebbero per oggetto le interfacce tecniche, le tariffe e le condizioni di fornitura e di utilizzo. Pertanto la Commissione ha sostenuto nel Libro verde sulla telefonia mobile (Com. 94/145/def) che per garantire un'equa concorrenza andrebbero rivisti gli ambiti di applicazione dei principi ONP, così come sono stabiliti dalla Direttiva 90/387/CEE, nonché le disposizioni in materia di interconnessione e di tariffe della Direttiva sulla telefonia vocale¹⁴, soprattutto in prospettiva della piena libertà di combinare servizi di comunicazione fissi e mobili, che si avrà a partire dal termine previsto, dalla risoluzione 93/C213/01 del Consiglio delle Comunità Europee, per la completa liberalizzazione dei servizi pubblici vocali, e cioè a partire dal 1° gennaio 1998 (con periodi transitori aggiuntivi fino a cinque anni).

3. L'assegnazione delle bande di frequenza rappresenta un momento fondamentale per stabilire la sussistenza di una sostanzialità parità per i competitori. L'avvio sperimentale del servizio di telefonia cellulare digitale (GSM) nell'ottobre 1992 ha comportato un intervento del Ministero delle Poste e delle Telecomunicazioni per rendere utilizzabili le frequenze necessarie. Con il D.M. 4 maggio 1993 il Ministro delle Poste ha modificato il Piano nazionale di ripartizione delle frequenze, dopo aver individuato quelle necessarie allo sviluppo del servizio della telefonia cellulare in GSM, voluto dalla normativa comunitaria in regime di concorrenza. Il Piano nazionale serve appunto a « ripartire » in sede amministrativa le frequenze assegnate all'Italia in sede internazionale, da un lato assegnando alle Amministrazioni pubbliche quei canali necessari all'espletamento delle loro funzioni (di polizia, di difesa, di traffico aereo-marittimo), dall'altro prevedendo apposti canali per i servizi di telecomunicazioni e le attività radiotelevisive.

Il Piano vigente è stato approvato con il decreto ministeriale del 1 gennaio 1983, dopo la ripartizione approvata in sede internazionale dalla Conferenza amministrativa mondiale delle radiocomunicazioni di Ginevra del 6 dicembre 1977, il cd. WARC-77, a cui era stata data esecuzione in Italia con il d.P.R. 27 luglio 1981 n. 740. Pur senza analizzare le problematiche connesse alla ratifica nella cd. forma esemplificata, che come nel caso del WARC (trattato stipulato in ambito UIT, organizzazione a cui l'Italia aderisce), non prevede, nonostante la riserva di legge ex art. 80 Cost., l'intervento del Parlamento per l'autorizzazione alla ratifica, non si può non ricordare come nella dottrina giuspubblicistica più autorevole¹⁵ prevalga l'interpretazione più favorevole alle prerogative parlamentari.

¹⁴ Vedi sul punto CARDARELLI, *Profili di diritto delle tecnologie dell'informazione*, Camerino, 1992, 79 ss.

¹⁵ In tal senso BUQUICCHIO, *Il provvedimento costituzionale di formazione dei trattati*, Napoli, 1980, 51 ss.; LABRIOLA,

Le relazioni internazionali, in AA.VV., *Il Governo e alcune sue funzioni*, Padova, 1984, 326 ss.; BARBERA, *Gli accordi internazionali tra Governo, parlamento e Corpo elettorale*, in *Quaderni costituzionali*, 1984, 451 ss.

La modifica al Piano di ripartizione delle frequenze sembra, inoltre, tener conto della pluralità di gestori concorrenti. La stessa Convenzione Stato-Sip (d.P.R. 13 agosto 1984 n. 523) non sembra, invece, includere i nuovi servizi di telecomunicazione successivi alla stipula fra le esclusive (art. 8 e 60), mentre la Commissione CEE ha escluso che l'art. 1 par. 2 Direttiva 90/388/CEE (il quale ha ritenuto la radiotelefonía mobile esclusa dall'obbligo di liberalizzazione immediata a far data dal 1 gennaio 1993) impedisse agli Stati membri di procedere con una normativa nazionale all'apertura della concorrenza nel GSM.

Gli orientamenti della Commissione sembrano essere, da un lato, quello di ritenere la sussistenza dell'abuso di posizione dominante qualora negli Stati membri vengano emanate norme che estendano il monopolio legale violando così l'art. 90 Trattato, dall'altro quello di ritenere che l'estensione del monopolio legale possa estendersi dall'originaria gestione della rete fissa ed in alcuni casi della telefonía mobile cellulare TACS (analogica) alla gestione della telefonía cellulare GSM (digitale). L'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato ha ritenuto che un « provvedimento del Governo che riconosca alla SIP la gestione esclusiva del servizio GSM possa costituire un'infrazione agli articoli del Trattato; *provvedendo* (il corsivo è mio) ad esporre le presenti considerazioni anche alla Commissione di Bruxelles, affinché possa intraprendere le iniziative ritenute opportune »¹⁶.

Inoltre a livello europeo conformemente alla WARC 92 di Malaga-Torremolinos verranno assegnate ulteriori frequenze ai servizi di comunicazione mobile, che integreranno quelle già previste dalla direttiva del Consiglio 87/372/CEE, che individua le frequenze per il sistema GSM. Il Comitato Europeo per le radiocomunicazioni (ERC) ha istituito un nuovo strumento per il coordinamento delle radiofrequenze, « armonizzando » le sue precedenti decisioni. Il Consiglio delle Comunità Economiche Europee ha auspicato con la Risoluzione 92/C318/01 che le decisioni assunte dalla ERC siano utilizzate quale sistema principale per il coordinamento delle radiofrequenze in Europa. In seguito alla WARC 92 la Commissione opera nel settore congiuntamente alla CEPT, così da dare attuazione alle indicazioni della WARC e nel contempo trovare posizioni comuni da presentare in sede internazionale, poiché le decisioni adottate in sede WARC avranno un impatto sempre più incisivo, per via della pianificazione dell'etere¹⁷ sul futuro contesto delle comunicazioni personali.

Una sostanziale parità fra i due competitori del GSM è prevista dalle Convenzioni per il GSM stipulate dallo Stato con Omintel (art. 2) e Telecom; se la disponibilità delle frequenze assegnate per Telecom è stata

¹⁶ Così AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Lettera al Ministro delle Poste sulle condizioni concorrenziali telefonía GSM* (AS42), in *Attività di segnalazione* ottobre 1994-marzo 1995, suppl. n. 2 al *Bollettino Aut. gar. conc. merc.*, 1995, n. 13, 31.

¹⁷ Sulle problematiche connesse alla pianificazione dell'etere si rinvia a CAPOSTOTI, *Commento all'art. 3*, in AA.VV., *Il*

sistema radio-televisivo pubblico e privato (a cura di Roppo, Zaccaria), Milano, 1991, 45 ss.; ORSELLO, voce *Radiotelecomunicazioni*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, 2 (*ad vocem*); VIGNUDELLI, *Il diritto della sibilla. Informarsi od essere informati?*, Rimini, 1993, 87 ss.; ci si permette infine di rinviare al nostro, *La natura giuridica dell'etere e il « diritto » d'antenna*, in questa *Rivista*, 1994, 82 ss.

repentina, la stessa cosa non è stata per l'Omnitel. Infatti mentre Telecom Italia ha avviato il suo servizio GSM dal 1° aprile 1995, riuscendo ad adempiere in tempi veloci a tutti quegli obblighi previsti dalla Convenzione per l'avvio del servizio (in particolare per i servizi di emergenza e di assistenza e per la copertura territoriale), Omnitel non riuscendo ad adempiere all'obbligo della copertura territoriale in tempi rapidi ha dovuto posticipare di diversi mesi l'avvio del servizio.

Il vantaggio della Telecom è dovuto solo a proprie capacità imprenditoriali o anche a comportamenti tenuti dalla P.A. che hanno finito per avvantaggiarla?

Il servizio di telefonia cellulare in GSM da parte di *Telecom Italia* ha avuto inizio in forma sperimentale nell'ottobre 1992 in seguito ad un'apposita autorizzazione per la sperimentazione rilasciata dall'Ispettorato per le telecomunicazioni del Ministero delle Poste (unica autorità di regolazione in senso lato per il settore delle tlc) che però limitava la diffusione del servizio ad un'utenza amica, che via via si è però allargata a 40.000 utenti che per ricevere il servizio dovevano contrarre un apposito abbonamento.

A questa particolare fase sperimentale l'attore nell'azione cautelare intrapresa fa risalire la causa della disparità concorrenziale; ma mentre per l'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato questa rappresenta un vincolo per una parità di condizione fra i concorrenti, per la Corte d'Appello non avrebbe provocato discriminazioni, poiché nelle Convenzioni il termine iniziale per l'avvio del servizio non può avere natura perentoria.

Altre, però, sono invece le disparità di trattamento fra i gestori attuati a livello convenzionale, che sono adesso divenute oggetto di una procedura di infrazione (notificata in data 3 gennaio 1995) avviata da parte della Commissione CEE nei confronti dello Stato italiano: il disciplinare di gara per il secondo operatore GSM prevede, infatti, diversi oneri e vincoli non previsti per il gestore pubblico, dal versamento iniziale di una somma di denaro (da corrispondere *una tantum* al momento dell'aggiudicazione) alla prestazione di *fidejussione* per gli obblighi patrimoniali assunti, dal pagamento all'Amministrazione di un canone minimo per cinque anni al mantenimento sempre per cinque anni della maggioranza azionaria (almeno il 60%) allo stesso soggetto.

4. Rappresenta viceversa un annoso problema la questione dell'integrazione verticale di gestione, e cioè la possibilità di gestire contemporaneamente sia la rete fissa che una o più reti mobili operanti su diverse frequenze. La presenza in Italia di un unico soggetto che operi nei diversi ambiti solleva il problema dell'adozione di particolari misure affinché il gestore non possa utilizzare la propria posizione di mercato per alterare od impedire l'effettiva concorrenza sui settori liberalizzati. La separazione contabile della gestione della telefonia mobile GSM auspicata peraltro dal Libro Verde sulla telefonia mobile (Com. 94/147 def.) è stata messa in opera puntualmente da Telecom, che peraltro ha provveduto a costituire successivamente un'apposita società, sempre con logo Telecom (Telecom Italia Mobile) al fine di non contravvenire alla propria Convenzione con il Ministero delle Poste che impedisce all'art. 12 il trasferimento dei diritti derivanti dal contratto a terzi. La cessione del ramo d'azienda per la gestione del GSM ad una nuova società non elimina però il problema connesso alle condizioni contrattuali per l'interconnessione con

la rete fissa. Il gestore della rete fissa Telecom non potrà, anche ai sensi delle indicazioni contenute nella lettera dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato indirizzata al Ministro delle Poste e delle Telecomunicazioni il 17 marzo 1995, applicare ad Ominitel condizioni contrattuali e tariffarie diverse da quelle applicate a Telecom gestione contabile GSM (divenuta in seguito la società per azioni Telecom Italia Mobile). È stato, del resto, anche sottolineato come la parità di condizione contrattuali fra i concorrenti possa anche non ritenersi sufficiente, insistendo sull'opportunità di garantire « ai fornitori di servizi liberalizzati eque condizioni di accesso alla rete pubblica »¹⁸: l'equità può rappresentare un principio ispiratore per la contrattualistica fra il gestore della rete fissa e il gestore del GSM, al quale dovrebbe richiamarsi anche il Ministero delle Poste nella sua attività di vigilanza sulle tariffe contrattuali applicate soprattutto perché il gestore della rete fissa è sua volta presente sia nel GSM sia nel TACS.

La presenza di un unico soggetto in grado di operare sia nel settore della telefonia cellulare in TACS (in monopolio) che in quello della telefonia cellulare in GSM comporta sicuramente una maggiore attenzione al settore da parte dell'Ispettorato delle telecomunicazioni del Ministero delle Poste e delle Telecomunicazioni¹⁹ che dovrà vigilare perché non vengano ad operarsi sinergie fra i due settori, di modo che il soggetto monopolista in un mercato contiguo non possa elaborare strategie che avrebbero risvolti svantaggiosi per il suo competitore nel segmento di mercato liberalizzato: il mercato nel servizio telefonico cellulare in GSM verrebbe a realizzarsi almeno nella fase iniziale con la migrazione di utenti dal servizio telefonico cellulare in TACS²⁰. La gestione del monopolio della telefonia TACS verrebbe ad incidere così sulla concorrenza della telefonia GSM. Quindi la gestione del servizio radiomobile cellulare (TACS), che si è venuto a configurare come una sorta di monopolio legale, verrebbe ad incidere sull'esercizio del diritto di impresa riconosciuto ai soggetti privati nell'ambito della telefonia cellulare in GSM. Nella fattispecie si assisterebbe ad una situazione quantomeno anomala, poiché la telefonia mobile avrebbe valenza di servizio pubblico (e quindi sarebbe gestibile in regime di monopolio pubblico) se la diffusione del segnale avvenisse con una determinata modalità (analogica) mentre non costituirebbe servizio pubblico qualora il segnale fosse diffuso in un'altra modalità (digitale). Mentre il monopolio pubblico per la telefonia su rete fissa potrebbe trovare la sua ragione di essere nell'interesse pubblico generale, che consenti-

¹⁸ Vedi AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Lettera al Ministro delle Poste sulle condizioni concorrenziali telefonia GSM (AS42)*, in *Pareri e segnalazioni* ottobre 1994-marzo 1995, suppl. n. 2 al *Bollettino Aut. gar. conc. merc.*, 1995, n. 13, 30 ss.; per un'analisi delle problematiche scaturenti dagli accessi alle infrastrutture si rinvia a CARDARELLI, *Riserva statale dei servizi di telecomunicazione e disciplina comunitaria della concorrenza*, in questa *Rivista*, 1995, 120; infine ci si permette di rinviare al nostro, *La prestazione di servizio di telefonia per Gruppi*

Chiusi di Utenti fra la normativa comunitaria liberalizzatrice e le restrizioni normative del Legislatore italiano, in questa *Rivista*, 1995, 409 ss.

¹⁹ Per una panoramica delle funzioni attribuite all'Ispettorato si rinvia a CHIAPPETTA, *Legislazione delle telecomunicazioni e telematica*, Milano, 1990, spec. 54.

²⁰ In tal senso è l'analisi dell'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Parere sul servizio radiomobile analogico TACS*, in *Pareri e segnalazioni* (ottobre 1994-marzo 1995), suppl. n. 2 al *Bollettino Aut. gar. conc. merc.*, 1995, n. 13, 17 ss.

rebbe peraltro anche alle zone rurali (meno densamente popolate e quindi poco appetibili per un gestore telefonico privato) di poter essere collegate alla rete fissa telefonica; una simile giustificazione non potrebbe certamente sussistere per il monopolio del servizio telefonico cellulare analogico (TACS), poiché sia la telefonia mobile digitale che quella analogica utilizzano per la diffusione del segnale impianti radiolettrici (i quali propagano le onde elettromagnetiche nell'etere, ovviamente in connessione con la rete fissa, nelle bande di frequenza assegnate) che in seguito ad apposita concessione siano attribuiti a soggetti imprenditoriali che comunque non siano partecipati dallo Stato o da enti pubblici territoriali.

La dottrina giuspubblicistica appare, invece, concorde riguardo alla attribuzione di servizio pubblico a quelle attività (le quali comportano l'utilizzo dell'etere) di tlc, soprattutto se vengono esercitate direttamente dal Soggetto pubblico (come nel caso dell'Amministrazione della Difesa, di quella dell'Interno, di quella dei Trasporti e dell'Aviazione civile). Su questi ambiti vigerebbe la cosiddetta riserva originaria allo Stato, poiché l'art. 1 d.P.R. 29 marzo 1973 n. 156 (Codice Postale delle Telecomunicazioni) li riconosce appartenenti in esclusiva allo Stato, vietando così ai privati ogni tipo di attività imprenditoriale (fatta eccezione per la radionavigazione marittima). Questa riserva *ab origine* allo Stato troverebbe una sua giustificazione *ex art.* 43 Cost..

Ma allora ci si potrebbe chiedere perché lo Stato si riservi *ab origine* la telefonia cellulare in TACS e non quella in GSM? Od ancora visto che le indicazioni comunitarie sono nel senso della liberalizzazione della telefonia cellulare in GSM, appare congrua la riserva *ab origine* allo Stato della telefonia cellulare in TACS prevista nel nostro ordinamento? E se sì, la telefonia cellulare in TACS può rivestire carattere di preminente interesse generale in maniera tale da poter giustificare la posizione di monopolio di Telecom? Pur non potendo soffermarci sulle problematiche connesse a questi quesiti, poiché ci condurrebbero fuori dall'ambito oggetto di queste brevi note: l'ambiguità del concetto di preminente interesse generale, sottolineata in maniera autorevole da parte della dottrina giuspubblicistica²¹, ci induce a dare risposta negativa. Infatti l'esercizio della telefonia cellulare in TACS per essere assegnato in monopolio alla Telecom dovrebbe essere caratterizzato da un fine sociale il cui soddisfacimento richieda una sottrazione della disponibilità dei fini operativi all'imprenditoria di settore²². Inoltre come ha sottolineato un'autorevole dottrina, «il riferimento alla nozione di servizio pubblico è giuridicamente corretto solo in relazione al come della disciplina di una data attività, non già in relazione al suo perché»²³.

La telefonia cellulare in TACS è stata disciplinata come un mercato monopolistico ritenendo la tecnologia impiegata meramente transitoria, te-

²¹ Vedi FOIS, *Principi fondamentali. Diritti e doveri dei cittadini nella costituzione italiana* (a cura di Vignudelli), Rimini, 1991, 114; VIGNUDELLI, *Il diritto della sibillica. Informarsi od essere informati?*, Rimini, 1993, 87 ss.

²² Ancora FOIS, *La libertà di diffusione del pensiero e monopolio radio-televisivo*, in *Giur. cost.*, 1988, nonché in FOIS, *La li-*

bertà di «informazione» (a cura di Vignudelli), Rimini, 1991, 26 ss.

²³ L'analisi era stata condotta dal Foiss in riferimento al servizio pubblico radiotelevisivo. Sempre FOIS, *La natura dell'attività radiotelevisiva alla luce della giurisprudenza costituzionale*, ora in FOIS, *La libertà di «informazione»* (a cura di Vignudelli), Rimini, 1991, 178.

nuto conto delle pianificazioni comunitaria volte alla digitalizzazione della comunicazione sia per il GSM (900 Megahertz) che per il PCN (1800 Megahertz). Il mercato della telefonia mobile in TACS ha però registrato in Italia una grande espansione paragonabile, per densità di utenza, a quella di Paesi evoluti come la Svezia e la Danimarca. Pertanto, anche se si volesse aprire attualmente alla concorrenza questo ambito, nessun imprenditore privato potrebbe trovare appetibile effettuare investimenti ingenti con scarse possibilità di ritorno. Allora l'iniziale monopolio legale della telefonia in TACS, anche in caso di un'apposita normativa che aprisse alla concorrenza il settore diverrebbe una sorta di monopolio naturale per scarsa redditività degli investimenti apportabili vista l'entità del mercato residuale. L'intreccio verticale fra la telefonia mobile cellulare in GSM e quella in TACS può, però, comportare che l'unica società a cui fanno capo i due rami, la Telecom, possa attuare interventi a detrimento del mercato della telefonia cellulare in GSM, danneggiando la concorrenza²⁴. Alla luce di quanto detto appare perciò importante una normativa che dipani le problematiche connesse alla proprietà incrociata, sulla stregua di quanto disposto per il settore delle radiodiffusioni, dove si è vietato ai titolari di concessioni radio-televisive nazionali di essere nello stesso tempo titolari di concessioni radio-televisive locali²⁵. Certamente il settore radio-televisivo non è paragonabile *tout court* a quello della telefonia cellulare, anche se la telefonia cellulare in TACS appare rispetto alla telefonia cellulare in GSM un « *minus habens* » sotto il profilo della potenzialità economica, così come la radio lo è nei confronti della televisione; ma sicuramente la normativa sulla proprietà incrociata può quantomeno costituire momento di riflessione per la ridefinizione della disciplina del settore.

ALFONSO CONTALDO

²⁴ Sulle possibili combinazioni di strategia commerciale si sofferma ZANFEL, *Complessità e crescita esterna nell'industria delle telecomunicazioni*, Milano, 1991, spec. 43 ss.; BOSCHI D., MUTINELLI M., *I servizi di telecomunicazione, in Italia multinazionale nei servizi* (a cura di Cominotti, Mariotti), Milano, 1993, spec. 579 ss.; ADDIS F., *Le forme del cambiamento. La rivoluzione nel sistema delle telecomunicazioni*, Milano, 1995, spec. 49 ss.

²⁵ Sul divieto di incrocio fra titolarità di concessioni radio-televisive nazionali e locali si rinvia a LANZILLO, *Commento all'art. 15, in Il sistema radio-televisivo pubblico e privato* (a cura di Roppo, Zaccaria), Milano, 1991, spec. 310 ss.; GENTILI, *Commento all'art. 15, in Nuove leggi civ.*

comm., 1991, n. 5, 750 ss.; IDEM, *Commento all'art. 19, in Nuove leggi civ. comm.*, 1991, n. 5, 815 ss.; CARETTI, *Commento all'art. 19, in Il sistema radio-televisivo pubblico e privato*, cit., Milano, 1991, 399 ss. Le norme antitrust prevedono il divieto di cumulare le concessioni televisive nazionali e locali, al fine di non creare intrecci fra mercati ritenuti liminari. Sul limite è infine intervenuto anche PINTO F., *Profili giuridici della radio*, Padova, 1994, spec. 89 ss. Riguardo, invece, alla diversa previsione antitrust fra concessionaria pubblica e private e sulle possibili implicazioni di livello costituzionale si rinvia a VIGNUDELLI, *Il diritto della sibilla. Informarsi od essere informati?*, Rimini, 1983, 96 ss.