

APPELLO MILANO

18 LUGLIO 1995

PRESIDENTE: LOI**ESTENSORE:** CECCHERINI**PARTI:** TELSYSTEM

(Avv. ti D'Angelo, Greco)

TELECOM ITALIA

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

Concorrenza • Esercizio di attività d'impresa • Libertà sancita da normativa comunitaria • Natura di diritto soggettivo • Giurisdizione dell'AGO.

La libertà di esercizio di una attività d'impresa in regime di concorrenza sancita dalla normativa comunitaria ha natura di diritto soggettivo e la sua lesione è pertanto tutelabile avanti l'AGO.

Telecomunicazioni • Poteri del concessionario ex art. 1 D.P.R. 29 marzo 1973, n. 136 • Natura pubblicista • Insussistenza • Natura del diritto di concessione • Diritto derivato da quello di cui è titolare il concedente • Applicazione del principio nemo potest plus transferre.

L'art. 1 del D.P.R. 29 marzo 1973, n. 136 non attribuisce al concessionario del servizio pubblico poteri pubblicistici né, in via diretta, alcun diritto soggettivo azionabile nei confronti di terzi, ma solo un diritto derivato il cui contenuto si conforma a quello in capo al concedente sicché il concessionario non può vantare diritti maggiori di quelli del soggetto dal quale essa li ripete.

Telecomunicazioni • Attività dei privati soggetta ad autorizzazione • Natura • Diritto soggettivo • Inerzia dello Stato nelle procedure di rilascio dell'autorizzazione • Non esercitabilità del diritto • Insussistenza.

L'esercizio di servizi di telecomunicazioni liberalizzati in virtù di norma comunitaria, sia pure dietro eventuale rilascio di autorizzazione, ma natura di diritto soggettivo e l'eventuale inerzia dello Stato nelle procedure necessarie al rilascio dell'autorizzazione non può essere di ostacolo all'esercizio del diritto.

Telecomunicazioni • Telefonia vocale per gruppi chiusi d'utenza • Servizio rientrante nella missione degli organismi di telecomunicazione • Esclusione • Conseguenza • Liberalizzazione.

Il servizio di telefonia vocale per gruppi chiusi di utenti non rientra nella specifica missione affidata agli organismi di telecomunicazione e il suo esercizio in regime di monopolio non è giustificato né dall'art. 90, paragrafo secondo, dal trattato di Roma né dall'art. 8 della L. 10 ottobre 1990, n. 287, sicché non può essere vietato alla concorrenza.

Concorrenza • Telecomunicazioni • Mancata esecuzione da parte del gestore della rete di contratti relativi a gruppi chiusi di utenza • Opera di dissuasione nei confronti dei clienti del concorrente • Abuso di posizione dominante • Sussiste • Responsabilità

extracontrattuale fonte di obbligazione risarcitoria • Sussiste.

Costituisce abuso di posizione dominante fonte di obbligazione risarcitoria per illecito extracontrattuale il comportamento del concessionario di servizi di telecomunicazioni il quale abbia ingiustificatamente tardato a dare esecuzione a contratti stipulati con un fornitore di servizi di telefonia vocale per gruppo chiusi di utenza e abbia svolto un'opera di dissuasione nei confronti dei clienti del fornitore inducendoli a revocare il consenso già prestato per la fornitura di detti servizi.

Con ricorso alla Corte, proposto in data 29 agosto 1994 a norma dell'art. 700 c.p.c. e 33, comma 2, l. 10 ottobre 1990 n. 287, Telsystem s.p.a., definendosi società operante nel settore della telefonia, ha chiesto l'emissione di provvedimenti di urgenza a norma dell'art. 33, comma 2, l. 10 ottobre 1990 n. 287. La ricorrente ha premesso di aver denunciato SIP s.p.a. all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato per abuso di posizione dominante nel mercato dei servizi di telefonia vocale per gruppi chiusi di utenti, a norma dell'art. 3 della l. 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 esposto quindi, nel suo ricorso, di aver offerto per prima sul mercato italiano un sistema telefonico di rete a gruppi chiusi di utenti, che utilizzano il servizio solo per comunicare con proprie sedi o con soggetti con i quali vi siano stabili legami giuridici o economici. Il servizio viene prestato mediante una infrastruttura di rete, costituita da una linea affittata dalla esponente, che collega i nodi di accesso della società posti in città differenti: a questi nodi si collegano i centralini dei clienti mediante circuiti diretti urbani, per utilizzare la linea affittata e comunicare con proprie sedi in altre città senza comporre il numero di teleselezione, così risparmiando sui costi telefonici. Secondo la ricorrente, il servizio in questione, a seguito della direttiva n. 90/388/CEE della Commissione Europea, in data 28 giugno 1990, non è più oggetto di monopolio, sicché sin dal 18 novembre 1993 essa ha chiesto a SIP, che conserva una posizione assolutamente dominante sul mercato italiano, la concessione di una linea affittata (*circuito diretto numerico*) tra la propria sede di Milano e quella di Roma, ottenendo l'assicurazione che detta linea sarebbe stata concessa entro il 13 gennaio 1994. In data 25 novembre 1993 inoltre essa ha chiesto a SIP i *circuiti diretti urbani* occorrenti ai collegamenti delle sedi dei clienti con i nodi di accesso per il suo primo cliente (McCann-Erikson). La SIP peraltro ha prima rinviato la concessione del circuito diretto numerico, poi preteso dalla menzionata cliente della esponente una autorizzazione per gli allacciamenti, quindi 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 desi-

* Le precedenti fasi cautelari del giudizio (inibitoria concessa da App. Milano 8 ottobre 1994 e revocata da App. Milano 11 novembre 1994) sono pubblicate su questa *Rivista* 1995, 103, con nota di F. CARDARELLI, *Riserva statale di servizi di telecomunicazioni e disciplina comunitaria della concorrenza*, nonché (il primo provvedimento) in *NGCC* 1995, I, 158, con nota di V. ZENO-ZENCOVICH, *La concorrenza nel mercato delle telecomunicazioni*.

La sentenza non concede la richiesta inibitoria ma essa era stata nelle more disposta dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato con provvedimento 10 gennaio 1995, n. 2662 (in questa *Rivista* 1995, 399, con nota di A. CONTALDO, *La*

prestazione di servizio di telefonia per gruppi chiusi di utenti fra la normativa comunitaria liberalizzatrice e le restrizioni normative del legislatore italiano), confermato da T.A.R. Lazio 8 marzo 1995 (in questa *Rivista* 1995, 686) e da Cons. Stato, Sez. VI, 16 giugno 1995.

Si noterà che la sentenza non afferma — come aveva fatto il primo provvedimento cautelare e l'Autorità Garante — la diretta applicabilità in Italia della Direttiva CEE 388/90 (nelle more recepita con il D.L. 17 marzo 1995, n. 103, in questa *Rivista* 1995, 494) bensì ne afferma la applicazione in via indiretta attraverso il richiamo contenuto nella legge antitrust n. 287/1990 alla complessiva normazione comunitaria.

stato dalla conclusione del contratto; e un terzo cliente (Storage Technology Italia s.p.a.), per il quale l'esponente ha inoltrato la richiesta di allacciamento, è stato fatto oggetto di pressioni per indurlo a rinunciare al contratto. Infine, il 9 febbraio 1994 SIP ha negato alla esponente qualsiasi offerta di apparati ed impianti utilizzabili per l'attività intrapresa, e pur procedendo alla installazione del circuito diretto numerico tra le sedi di Milano e Roma della esponente (il 25 febbraio 1994) non dava corso alle richieste di installazione dei circuiti diretti urbani richiesti dai clienti (la Storage vi ha rinunciato il 3 marzo 1994, chiedendo all'esponente la sospensione del servizio). SIP ha peraltro richiesto il pagamento del canone relativo alla linea diretta affittata. Sulla base di tali elementi di fatto, l'esponente ha denunciato l'abuso che SIP ha fatto della sua posizione dominante, per danneggiare una concorrente in un settore non più in regime di monopolio legale, ritardando l'esecuzione del contratto relativo alla installazione del circuito diretto numerico, rifiutandosi di dar corso a contratti già conclusi per l'installazione di circuiti diretti urbani, svolgendo opera di dissuasione presso i clienti attuali e potenziali della esponente, e pretendendo da questa malgrado tutto il pagamento del canone per l'affitto della linea. 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 c.c., la paventata riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale con il rischio di liquidazione ed eventuale richiesta di procedura concorsuale. Essa 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 ad una provvisoria in misura non inferiore a L. 500 milioni, l'inibitoria della richiesta di pagamento del canone relativo al circuito diretto numerico, da subordinare comunque all'adempimento delle altre obbligazioni assunte.

Costituendosi, la resistente SIP ha resistito alla domanda sotto profili diversi, di rito e di merito.

La tutela cautelare richiesta dalla ricorrente è stata dalla Corte dapprima accordata con provvedimento del 27 settembre 1994 (con esso si ordinava a SIP di dare esecuzione alle prestazioni promesse con i contratti già stipulati con Telsystem, e 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; si inibiva a SIP, nel caso di inadempimento alle precedenti prescrizioni, di pretendere il pagamento del canone inerente alla linea affittata a Telsystem e si assegnava termine di trenta giorni per l'instaurazione della causa di merito), e poi revocata all'esito del reclamo avverso il provvedimento di accoglimento.

Telsystem s.p.a. ha quindi instaurato davanti alla Corte un ordinario giudizio di cognizione con atto di citazione notificato in data 21-25 ottobre 1994. In esso, premesse le allegazioni già sviluppate nel ricorso per provvedimenti di urgenza in ordine all'abuso di posizione dominante com-

messo dalla convenuta e ai gravi danni subiti, l'attrice ha chiesto la condanna di SIP, in base all'art. 33, comma secondo legge 10 ottobre 1990 n. 285, al risarcimento dei danni: in occasione della precisazione questi sono stati quantificati in L. 18.825.000.000, oltre agli interessi, ed oltre a L. 825.000.000 per danno emergente, ma in via subordinata si richiede la condanna generica, con una provvisoria di L. 5.000.000.000. Nella stessa occasione l'attrice ha anche chiesto che sia inibito alla convenuta di continuare nell'abuso o di ripeterlo, e che le sia ordinato di provvedere ad eseguire tutti i collegamenti dei circuiti diretti urbani che Telsystem ha richiesto e richiederà al fine di svolgere il proprio servizio commerciale; l'accertamento dell'inesistenza del diritto di SIP di richiedere il pagamento delle fatture per complessive L. 214.665.000 concernenti il canone del circuito diretto numerico maturato sino al 13 gennaio 1995 e di subordinare le successive fatture della controparte all'adempimento delle obbligazioni derivanti dai contratti; e la pubblicazione della sentenza su due quotidiani nazionali e su uno internazionale a spese della convenuta.

La convenuta si è costituita e resiste alla domanda avversaria. Essa osserva, in punto di fatto, che la richiesta del 17 novembre 1993, di circuito diretto numerico per trasmissione dati tra le sedi di Milano e Roma di Telsystem, accolta nel contratto concluso il successivo 25 novembre, ha trovato puntuale realizzazione (lo slittamento dal 13 al 27 gennaio 1994 aveva motivazioni tecniche, e quello dal 27 gennaio al 25 febbraio era stato la conseguenza di una sospensione dei lavori chiesta dalla stessa attrice).

Quanto alla richiesta del 22 novembre 1993 di due collegamenti diretti urbanin tra le sedi romane sue e della McCann Erickson, e tra le sedi milanesi delle stesse società, la necessaria autorizzazione della McCann Erickson, da essa richiesta il 15 dicembre 1993, non pervenne mai, ed anzi il 28 giugno 1994 la società in questione negò l'autorizzazione.

Quanto alla richiesta in data 14 gennaio 1994 di analogo contenuto per le sedi della Storage Technology Italia s.p.a., che era corredata delle necessarie autorizzazioni della società interessata, il comportamento di Telsystem che, nel comunicare che avrebbe provveduto ai collegamenti richiesti, precisava che ne avrebbe dato notizia all'Ispettorato generale delle telecomunicazioni, era dovuto e come tale incensurabile. Ad esso aveva fatto seguito la richiesta di Storage Technology di non procedere alla realizzazione dei collegamenti, e ciò aveva precluso i collegamenti medesimi, derivanti da contratti diversi da quello già concluso.

La convenuta ha eccepito il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, al quale sono devolute esclusivamente le controversie riguardanti diritti conseguenti a decisioni dell'Autorità garante. In ogni caso la pretesa e contestata liberalizzazione dei servizi di questo tipo presupporrebbe la richiesta di apposita concessione da parte del Ministero delle poste e telegrafi, a norma dell'art. 183 del d.P.R. 29 febbraio 1973 n. 156. Lo stesso art. 2, comma secondo della direttiva CEE n. 388/90 dispone che gli Stati che subordinano la fornitura dei servizi diversi dalla telefonia vocale ad autorizzazione — e tale è lo Stato italiano — provvedono a che le autorizzazioni siano rilasciate in base a criteri oggettivi, trasparenti e non discriminatori: da ciò deriverebbe comunque la giurisdizione del giudice amministrativo ex art. 5 legge 6 dicembre 1971 n. 1034, applicabile anche alle subconcessioni secondo Cass. 28 aprile 1988 n. 2015. Inoltre, secondo la convenuta, il fatto posto a base della domanda non è qualificabile in termini di abuso della posizione dominante, bensì di inadempimento contrat-

tuale, per il quale non sussiste la speciale competenza funzionale della Corte d'appello.

Quanto al merito, la convenuta resiste alle domande di esclusione dell'obbligo di pagamento dei canoni per i periodi indicati (*l'exceptio inadimplenti non est adimplendum* non è applicabile nella fattispecie perché nessun contratto era stato concluso da essa convenuta con riguardo ai circuiti diretti urbani con McCann Erickson e Storage Technology, non costituendo le lettere 15 dicembre 1993 e 14 gennaio 1994 accettazione delle relative proposte contrattuali, né è permesso forzare il principio di buona fede nell'esecuzione dei contratti sino ad includervi obbligazioni ulteriori e diverse, sol perché connesse con vincolo di necessità economica con l'obbligazione contenuta nel contratto concluso).

In secondo luogo, la convenuta nega di aver tenuto un comportamento abusivo extracontrattuale. Il mantenimento dei suoi diritti di concessionaria esclusiva è compatibile con l'art. 90 del Trattato CEE, perché la concorrenza indiscriminata impedirebbe in concreto l'adempimento della specifica missione che le è assegnata nell'ambito del monopolio: le ragioni di ordine economico che sono alla base del monopolio della telefonia vocale (riequilibrio finanziario della passività dell'attività di gestione e sviluppo della rete) non giustificano una eccezione per la telefonia vocale in favore di gruppi chiusi di utenti, ed in coerenza con tale premessa il d.l. 2 maggio 1994 n. 289 ha liberalizzato solo la trasmissione dati (e non anche la telefonia vocale) in favore di gruppi chiusi di utenti. D'altra parte la commutazione non vale a distinguere la rete generale utilizzata per servizi pacificamente tuttora in regime di monopolio rispetto a quella cosiddetta virtuale per gruppi chiusi di utenti, giacché anche Telsystem, per offrire il servizio promesso alla propria clientela, deve gestire un segmento di rete pubblica facendo commutazione, e non esiste rete (sia pure virtuale) di interconnessioni senza attività di commutazione. Che la telefonia vocale per gruppi chiusi non sia altro che una specie compresa nel genere della telefonia vocale è confermato secondo la convenuta dall'art. 1 della direttiva CEE n. 388/90, e che la rete virtuale altro non è che un segmento di rete pubblica trova conferma nella definizione dell'art. 1 lett. g del d.l. 2 maggio 1994 n. 289. La convenuta osserva inoltre che la telefonia vocale per gruppi chiusi non rientra fra i servizi liberalizzati, come definiti dal Piano regolatore nazionale delle telecomunicazioni (d.m. 6 aprile 1990), giacché essa non realizza alcuna funzionalità di livello superiore. Secondo la convenuta, la direttiva CEE non è direttamente applicabile, in quanto assunta dalla Commissione invece che dal Consiglio (i poteri ad essa conferiti dall'art. 90 comma terzo del Trattato non includono la abolizione di un sistema pubblico di diritti speciali o esclusivi), non chiara né precisa, non incondizionata, comunque applicabile allo Stato italiano ma non alla concessionaria SIP (organismo che non dispone di poteri speciali distinti dalle regole che disciplinano i rapporti tra i privati). Ora, l'adempimento della specifica missione pubblica della convenuta sarebbe pregiudicata dalla apertura dei servizi di telefonia vocale alla concorrenza dei privati, che deriverebbe un flusso di entrate di 3.000/5.000 miliardi da SIP agli imprenditori privati, senza sollevare SIP dai suoi compiti correlati agli scopi sociali perseguiti.

La convenuta invoca in via subordinata, a giustificazione del contestato illecito, la legittima difesa, e il diritto di difendersi contro comportamenti concorrenziali; contesta ogni responsabilità precontrattuale, e sostiene di

aver dato corso alle richieste successive alle prime due oggetto di contestazione.

La convenuta ha poi contestato la tardività e inammissibilità delle domande di separazione del giudizio sull'*an* da quello sul *quantum depeatur* e di condanna alla pubblicazione della sentenza.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — Sulla giurisdizione.

La convenuta ha contestato la giurisdizione del giudice ordinario sotto diversi profili. Innanzi tutto, essa aveva sostenuto la tesi (non riproposta nella comparsa conclusionale, ma che deve comunque essere esaminata dalla Corte anche d'ufficio) secondo la quale la tutela giurisdizionale della concorrenza nei confronti dell'abuso di posizione dominante sarebbe subordinata al preventivo accertamento, in sede amministrativa, dell'avvenuta liberalizzazione del settore oggetto della controversia.

A questo riguardo la Corte deve ribadire l'orientamento già espresso in sede cautelare. La tesi difensiva in questione si risolve in una particolare applicazione del modello del diritto affievolito ad interesse legittimo, suscettibile di tutela davanti al giudice ordinario sul necessario presupposto della caducazione nella sede amministrativa (e dei relativi rimedi giurisdizionali) del provvedimento amministrativo che si frappone alla piena espansione del diritto soggettivo. Tale modello non ha spazio nella presente materia. Va premesso che l'interpretazione delle norme del primo titolo della legge 10 ottobre 1990 n. 287 (comprendente l'art. 8) « è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza » (art. 1, comma 4 l. cit.). Pertanto, sebbene nella fattispecie sia denunciata una violazione della concorrenza tale da non interessare il mercato comune europeo ma solo quello nazionale, nondimeno il diritto (di concorrenza) fatto valere dalla ricorrente trova la sua definizione, attraverso il richiamo operato dalla legge nazionale, nella normativa comunitaria, alla quale quel modello è estraneo. Ne deriva che il diritto fatto valere dalla ricorrente ha necessariamente natura di diritto soggettivo perfetto, sempre che l'assunto di base (liberalizzazione del mercato in parte *de qua agitur*) sia fondato, giacché nella interpretazione e nella applicazione della legge il giudice ordinario esercita un potere sovrano. A conclusione diversa sarebbe stato possibile pervenire qualora il legislatore nazionale avesse configurato i procedimenti devoluti al Garante per la concorrenza ed il mercato come cause di improponibilità temporanea della domanda davanti al giudice ordinario. Ma in difetto di una simile previsione non sarebbe possibile introdurre un difetto temporaneo di giurisdizione in via meramente interpretativa.

La convenuta eccipe il difetto di giurisdizione anche sotto il diverso profilo che la gestione dei servizi di telecomunicazione è subordinata ad autorizzazione del Ministero delle Poste e delle Telecomunicazioni, come il successivo d.l. 17 marzo 1995 n. 103 avrebbe confermato: l'attrice, secondo questa impostazione, avrebbe avuto l'onere di richiedere la prescritta autorizzazione al Ministero, e di tutelare i suoi interessi, eventualmente, davanti al giudice amministrativo.

La tesi qui esaminata muove dal presupposto che, non avendo dato il legislatore italiano tempestiva attuazione alla direttiva 28 giugno 1990 n. 388 della Commissione europea, potesse continuare ad applicarsi la precedente disciplina nazionale: ma in tal modo resta evidentemente escluso che, nella risoluzione della presente controversia, possa tenersi

conto delle norme sopravvenute, contenute nel citato decreto legislativo. Ora, è indubbio che, sulla base della legislazione vigente anteriormente al citato decreto legislativo, la società attrice non avrebbe potuto ottenere l'autorizzazione in questione, e dunque la tesi in esame si risolve nella riaffermazione della inefficacia diretta delle direttive comunitarie negli ordinamenti nazionali, conclusione che non può essere condivisa (sul punto si tornerà a proposito del merito).

Si sostiene ancora che, a norma dell'art. 8, comma secondo della legge n. 287/90, le norme sulla concorrenza non si applicano alle imprese che esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale o che operano in regime di monopolio legale, per tutto quanto connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati. Poiché appunto la società convenuta possiede tali requisiti, le questioni poste dalla azione della società attrice sfuggono alla competenza amministrativa del Garante, e ricadono in quella del Ministero concedente; e l'inapplicabilità delle norme della legge n. 287/1990 si estenderebbe alla azione per il risarcimento dei danni.

Così impostata, la questione è indissolubilmente intrecciata al merito. La Corte è dell'avviso che nella fattispecie la concessionaria del servizio pubblico non agisse per l'adempimento degli specifici compiti ad esso affidati in regime di monopolio, perché — alla luce della normativa comunitaria — la missione specifica affidata agli organismi di telecomunicazioni consiste « nell'installazione e nella gestione di una rete universale, vale a dire di una rete avente un'estensione geografica generale fornita, su richiesta ed entro un limite di tempo ragionevole, ad ogni prestatore di servizi o utente » (direttiva n. 388 del 1990, *considerando 18*), ma non può essere estesa al servizio di telefonia vocale, come è confermato dalla prevista liberalizzazione di quest'ultimo servizio. Di conseguenza, la disciplina della legge n. 287/1990 deve trovare applicazione alla fattispecie, anche con riferimento alla azione esperibile davanti al giudice ordinario per il risarcimento dei danni.

Sulle questioni di merito. — Con ciò si viene appunto alla questione di merito, che verte sulla avvenuta liberalizzazione del servizio di telefonia vocale per gruppi di utenti a seguito della emanazione della direttiva n. 388/1990 della Commissione europea. La predetta direttiva, premesso che la fornitura di circuiti affittati costituisce un elemento essenziale della missione degli organismi di telecomunicazione, che in quasi tutti gli Stati membri esiste una differenza sostanziale tra le tariffe per l'uso del servizio di trasmissione di dati sulla rete commutata e per l'uso dei servizi affittati, e che un immediato riequilibrio di dette tariffe potrebbe pregiudicare la missione economica generale (*considerando n. 19*), disponeva all'art. 3 che per quanto riguarda il servizio di trasmissione dati a commutazione di pacchetto o di circuito gli Stati membri potessero vietare fino al 31 dicembre 1992 agli operatori economici di offrire al pubblico la semplice rivendita di capacità di circuiti affittati.

La convenuta nega innanzi tutto che nella fattispecie in esame possa trovare diretta applicazione nei rapporti tra i privati la direttiva n. 388/1990 della Commissione europea, relativa ai mercati dei servizi di telecomunicazioni, e ciò sia perché emanata non dal Consiglio ma dalla Commissione (organo non munito di potere normativo generale), sia perché priva dei requisiti di chiarezza, precisione e immediata applicabilità richiesti ai fini della diretta applicazione, in mancanza di recepimento da parte dello

Stato membro, e sia infine perché le direttive in generale, a differenza dei regolamenti, non hanno se non un'efficacia verticale (condizionando gli Stati membri nell'esercizio del loro potere normativo, ed obbligandoli anche nei confronti degli altri soggetti dell'ordinamento, ma non disciplinando direttamente i rapporti tra gli altri soggetti degli ordinamenti giuridici nazionali). In secondo luogo la convenuta sostiene che nell'ordinamento comunitario sarebbe stato riconosciuto che il servizio di telefonia vocale inerisce alla specifica missione degli organismi pubblici di telecomunicazioni, in quanto esso consente il reperimento delle risorse finanziarie necessarie per la gestione e lo sviluppo della rete universale.

Sull'efficacia verticale della direttiva n. 388/1990. — In ordine al primo punto, iniziando dall'ultimo argomento (efficacia verticale e non orizzontale delle direttive) che ha una portata logica preliminare, si osserva quanto segue.

Che le direttive non regolino i rapporti tra i soggetti degli ordinamenti nazionali diversi dagli Stati, e che la concessionaria del servizio pubblico di telecomunicazioni, SIP, non sia munita di poteri pubblicistici e non possa essere a questi fini equiparata allo Stato è vero. Ma l'argomento non tiene conto del ruolo che la direttiva comunitaria può svolgere nella fattispecie sottoposta all'esame della Corte. L'attrice agisce in giudizio per far valere un diritto che trova il suo fondamento nell'art. 3 della legge 10 ottobre 1990 n. 287, vale a dire in una norma del diritto nazionale emanata in dichiarata attuazione dell'art. 41 della Costituzione, e non in una direttiva inattuata della Commissione europea. È invece la convenuta SIP ad invocare l'art. 1 del d.P.R. 29 marzo 1973, n. 136 che riserva allo Stato l'esclusiva dei servizi di telecomunicazione, al fine di escludere l'antigiuridicità del proprio comportamento, ed è appunto questa difesa ciò che rende necessaria l'indagine sulla compatibilità della norma invocata con il diritto comunitario non perché l'abuso di posizione dominante in questione ricada nell'ambito di applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato istitutivo della CEE, ma perché l'art. 1 n. 4 della legge n. 287/1990 dispone che l'interpretazione delle norme del primo titolo della stessa legge è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza.

Ora, l'art. 1 del d.P.R. n. 156/1973 non attribuisce direttamente alla società SIP alcun diritto soggettivo che essa possa far valere nei rapporti giuridici con gli altri soggetti dell'ordinamento, e in relazione al quale si possa affermare in modo concludente che le direttive comunitarie, ancorché chiare precise ed incondizionate, non si sostituiscono alle normative degli Stati membri, e non possono essere invocate se non nei confronti degli Stati medesimi. L'articolo di legge in questione, infatti, conferisce un diritto soggettivo solo allo Stato italiano, e ciò pone la convenuta nella seguente alternativa: essa, siccome unica concessionaria del servizio che lo Stato si è riservato in via esclusiva, può far valere nei confronti dei terzi (e quindi di Telsystem) il diritto derivato, nei limiti tuttavia (dato il carattere derivativo dell'acquisto) in cui potrebbe farlo valere lo stesso concedente; ovvero essa deve rinunciare a far valere nel proprio interesse un diritto del quale non ha una titolarità autonoma. Nel primo caso, la circostanza che SIP non disponga di poteri pubblicistici non vale a conferirle, sul piano privatistico, diritti maggiori di quelli del soggetto dal quale essa li ripete, e l'indagine sulla sopravvivenza dell'esclusiva in materia di teleco-

municazioni — alla luce della direttiva della Commissione n. 388/1990 — non può essere condotta se non con riferimento al titolare del diritto, che è lo Stato, e che è immediatamente soggetto alla direttiva. Nel secondo caso, SIP rinuncia ad avvalersi della norma che dovrebbe escludere l'antigiuridicità del suo comportamento, quale emerge dall'esame dell'art. 3 della legge n. 287/1990.

Sulla competenza della Commissione. — Quanto poi alle caratteristiche intrinseche della direttiva n. 388/1990, si deve rilevare che, per quanto la Commissione non possieda un generale potere normativo e direttivo, in questa materia essa aveva il potere di intervenire con una direttiva a norma dell'art. 90, comma terzo del Trattato, non essendo dubbio che la direttiva in questione è stata adottata nell'esercizio della vigilanza sulla applicazione dell'art. 90 citato.

Sulla chiarezza e precisione della direttiva. — In ordine alla chiarezza e alla precisione della direttiva è da osservare che tali concetti si riferiscono al contenuto di essa (vale a dire, alle posizioni soggettive tutelate, le quali devono essere identificabili in modo chiaro e preciso), e non invece alla eventuale oscurità o imperfezione del testo normativo. Quest'ultimo dato non inerisce alla produzione delle norme né di conseguenza alla loro efficacia, e di regola non può condizionarne l'applicazione, ma attiene invece alla interpretazione ed applicazione di norme la cui efficacia imperativa è presupposta. Pertanto, l'eventuale dubbio sul significato delle espressioni adoperate nel testo della direttiva, le quali diano luogo a divergenti interpretazioni, non sono valido argomento per negarne l'applicazione diretta in caso di mancato adeguamento della legislazione nazionale.

Sull'incondizionata applicabilità della direttiva. — Quanto poi alla incondizionata applicabilità, essa non potrebbe essere negata in base al mero rilievo che la direttiva ammette che gli Stati membri possano subordinare la fornitura dei servizi da essa liberalizzati a procedure di autorizzazione, e che lo Stato italiano appunto subordina l'offerta dei servizi di telecomunicazione ad autorizzazione preventiva, in quanto i servizi in questione « appartengono in esclusiva allo Stato » (art. 1 d.P.R. 29 marzo 1973 n. 156), come sarebbe stato poi confermato dal d.l. 17 maggio 1995 n. 103, che ha recepito la direttiva comunitaria. Questa impostazione sembra voler accreditare la tesi di una continuità del citato decreto n. 103/1995 con il d.P.R. n. 156 del 1973, tesi che è tuttavia da respingere. La affermazione dell'art. 1 del d.P.R. n. 156/1973, sopra riportata, esclude necessariamente che i privati possano vantare diritti soggettivi (sia pure condizionati da una autorizzazione) alla gestione di servizi di telecomunicazione, e del tutto coerentemente subordina la gestione dei privati (non ad autorizzazione, bensì) a concessione (art. 4 d.P.R. n. 156/1973): in base a questa disciplina, sin quando vigente ed applicabile in Italia, la pretesa di Telsystem di offrire al pubblico servizi di telefonia vocale per gruppi chiusi di utenti non aveva alcuna tutela, e una autorizzazione non poteva essere pretesa perché, in base alle norme vigenti, non poteva essere rilasciata. Solo con il citato d.l. n. 103/1995 l'istituto dell'autorizzazione è stato effettivamente introdotto in Italia *in subjecta materia*. Tuttavia, a parte l'inapplicabilità di tale ultima legge alla fattispecie di

abuso di posizione dominante oggetto del presente giudizio, in quanto fattispecie esauritasi anteriormente alla sua entrata in vigore, è anche da rilevare che la disposizione transitoria dell'art. 12 (che impone a coloro che alla data di entrata in vigore della legge offrano al pubblico servizi di telecomunicazione di chiedere l'autorizzazione) non è ancora applicabile, in mancanza del regolamento previsto dall'art. 11, comma primo, della legge.

Ora, ammettendo che i servizi di telecomunicazione liberalizzati possano essere subordinati ad autorizzazione, la direttiva n. 388/1990 configura lo svolgimento di tali attività imprenditoriali in termini di diritti di libertà, eventualmente sottoposti dagli Stati membri a determinati limiti. Ne consegue che, in tale impostazione, mentre il privato ha il diritto soggettivo (dunque attuale ed incondizionato) all'esercizio dell'impresa concorrenziale nel campo dei servizi di telecomunicazione liberalizzati, dei limiti ad esso potrebbero essere posti dallo Stato membro solo con il positivo esercizio del potere di regolare la materia e di prescrivere il preventivo rilascio di una autorizzazione. Fin quando però tale potere non sia esercitato, una tale inerzia dello Stato membro non potrebbe essere di ostacolo alla immediata ed incondizionata applicazione della direttiva.

Sulla missione specifica degli organismi di telecomunicazione. — Quanto al secondo punto, concernente la disciplina della materia nel diritto comunitario, si osserva quanto segue. Il *considerando* n. 18 della direttiva n. 388/1990 ammette effettivamente *a)* che i mezzi finanziari per lo sviluppo della rete provengono ancora prevalentemente dall'esercizio del servizio di telefonia vocale, che di conseguenza l'apertura di questo servizio alla concorrenza potrebbe minacciare l'equilibrio finanziario degli organismi di telecomunicazioni, e *b)* che inoltre il servizio di telefonia vocale costituisce il mezzo attualmente più importante per la notifica e la chiamata dei servizi di emergenza responsabili della sicurezza pubblica. Il problema interpretativo da risolvere è, però, se la nozione di servizio di telefonia vocale includa anche quello per gruppi chiusi di utenti. Ora, dei due rilevi con i quali viene giustificata la mancata liberalizzazione del servizio di telefonia vocale, quello *sub b)* non è evidentemente riferibile, per il suo stesso contenuto, al servizio per gruppi chiusi di utenti.

Quanto al rilievo *sub a)*, la Corte è dell'avviso che la connessione meramente strumentale e transitoria istituita con la vera e propria missione specifica (costituita dalla installazione e gestione della rete) non ne consenta l'estensione a servizi non rientranti nella definizione della telefonia vocale.

Si deve ricordare innanzi tutto a questo proposito che, secondo la Corte di giustizia (sentenze 30 aprile 1974 e 11 aprile 1989), il mancato rispetto delle disposizioni antimonopolistiche da parte del monopolista legale è giustificato non già per il solo fatto che il comportamento eventualmente lesivo di dette regole abbia un'astratta attinenza tipologica con le finalità per le quali il servizio è stato affidato all'impresa monopolistica, bensì unicamente a condizione che quel comportamento, nella sua specifica manifestazione in rapporto alla concreta fattispecie di volta in volta esaminata, risulti l'unico comprovato e possibile mezzo per conseguire le finalità istituzionali dell'ente.

Ora, la definizione della telefonia vocale è offerta dall'art. 1 della direttiva n. 388/1990, ed è la seguente: « la fornitura al pubblico del trasporto

diretto e della commutazione della voce in tempo reale in partenza e a destinazione dei punti terminali della rete pubblica commutata, che consente ad ogni utente di utilizzare l'attrezzatura collegata al suo punto terminale di tale rete per comunicare con un altro punto terminale». Sembra alla Corte che tale definizione escluda dal servizio di telefonia vocale il trasporto diretto della voce in tempo reale, senza commutazione, in partenza e a destinazione di due punti particolari, che consente a singoli utenti di utilizzare l'attrezzatura terminale per comunicare non già con un qualsiasi altro punto terminale della rete, ma con un punto predeterminato nel contratto.

E infatti, nella definizione di telefonia vocale, sopra riportata, assume un valore essenziale il riferimento alla rete commutata, perché è proprio questo l'elemento che distingue il servizio di telefonia vocale da quello, ad esempio, di un citofono, offrendo all'utente la possibilità di collegarsi ad un qualsiasi altro punto terminale della rete, la quale è a sua volta una entità dinamica e soggetta a progressivo accrescimento con l'aumentare dei punti terminali collegati.

Sulla differenza tra rete commutata e circuiti diretti e/o linee affittate.

— Si oppone, dalla difesa di SIP, che la commutazione non vale a distinguere la rete generale, utilizzata per i servizi pacificamente tuttora in regime di monopolio, rispetto a quella cosiddetta virtuale per gruppi chiusi di utenti, perché anche il gestore privato, per offrire il servizio promesso alla propria clientela, deve gestire un segmento di rete pubblica facendo commutazione, e non esiste rete (sia pure virtuale) di interconnessioni senza attività di commutazione. Questa osservazione, in sé esatta, non tiene conto della diversa funzione che la commutazione assolve nei due casi. Infatti, solo nel caso della gestione della rete pubblica la commutazione assolve ad una funzione essenziale per il servizio offerto all'utente: senza di essa non sarebbe possibile per quest'ultimo collegarsi ad un qualsiasi altro punto terminale della rete. Al contrario, nel collegamento di gruppi chiusi di utenti, e — specificamente — in un collegamento diretto ed esclusivo tra due sedi diverse della stessa azienda o tra due aziende collegate, la commutazione è irrilevante per l'utente, il quale utilizza bensì di fatto un segmento (lineare) della rete commutata, ma otterrebbe lo stesso servizio se venisse collegato da un filo diretto anche fisicamente distinto dalla rete (i nodi sono presenti di fatto, ma per il servizio offerto potrebbero anche non esservi). La commutazione, in questo secondo caso, è un elemento che resta confinato nella sfera di chi offre il servizio: si tratta di un elemento tecnico che consente di sfruttare la rete pubblica (evitando la realizzazione apposita di un filo diretto) e di realizzare al tempo stesso quelle economie (nell'utilizzazione della linea affittata) senza le quali non vi sarebbe un margine utile per l'intermediario. Ma tutto ciò resta confinato nella sfera tecnica ed economica del fornitore del servizio, e non caratterizza il servizio in sé considerato, né quindi l'assetto degli interessi nel contratto. In realtà, nel collegamento chiuso tra due utenti non vi sarebbe teoricamente necessità di una rete, come avviene invece nel collegamento con un qualsiasi altro utente del servizio, ed è appunto per questo che non vi è neppure necessità di commutazione, se non nel senso già detto. Le osservazioni che precedono non varrebbero se il gestore offrisse al singolo cliente il collegamento con un altro qualsiasi dei suoi clienti (giacché qui vi sarebbe necessariamente rete, e dunque anche commuta-

zione): ma una tale possibilità non è stata prospettata alla Corte nel presente giudizio, ed estranea al servizio offerto da Telsystem.

In base a queste considerazioni, potrebbe al più riconoscersi che la resistenza di SIP a consentire l'ingresso di Telsystem nel mercato della telefonia vocale per gruppi chiusi di utenti ha una certa « attinenza tipologica » con le finalità (peraltro solo strumentali) per le quali il servizio di telefonia vocale su rete aperta le è stato affidato, ma non anche che esso l'unico comprovato e possibile mezzo per conseguire le finalità istituzionali dell'ente.

Sulla liberalizzazione dei servizi di telefonia vocale per gruppi chiusi di utenti. — In conclusione sembra di poter affermare quanto segue. In base alla citata direttiva, il servizio di telefonia vocale per gruppi chiusi non rientra nella specifica missione affidata agli organismi di telecomunicazione, e il suo esercizio in regime di monopolio non è giustificato dall'art. 90, paragrafo secondo del trattato, né conseguentemente dall'art. 8 della legge n. 287 del 1990 (attraverso il richiamo dell'art. 1, quarto comma, legge cit.): il servizio in questione, pertanto, non può essere vietato alla concorrenza. Può rimanere dubbio se la direttiva intendesse concedere agli Stati membri, per la telefonia vocale per gruppi chiusi di utenti lo stesso termine ultimo, scadente il 31 dicembre 1992, assegnato per il mantenimento del divieto agli operatori economici di offrire al pubblico la semplice rivendita di capacità di circuiti affittati, come espressamente previsto per il servizio di trasmissione dati a commutazione di pacchetto o di circuito (art. 3 direttiva cit.). Infatti, nella direttiva la nozione di trasmissione dati sembra ben distinta da quella di trasporto della voce, e tale distinzione è autonoma rispetto alla distinzione tra rete e gruppo chiuso. La società attrice ha atteso peraltro la scadenza della data del 31 dicembre 1992 per iniziare la sua attività di offerta al pubblico del servizio di telefonia vocale per gruppi chiusi su linee affittate. Se si ritiene invece che il termine del 31 dicembre 1992 non è riferibile al servizio di telefonia vocale per gruppi chiusi, la liberalizzazione dovrebbe essere antedatata, e riportabile alla previsione dell'art. 2 della direttiva, con conseguenze irrilevanti per il presente giudizio.

Sull'abuso di posizione dominante. — In fatto deve ritenersi che la società concessionaria del servizio pubblico di installazione e gestione della rete universale ha abusato della sua posizione dominante (siccome monopolistica) nel mercato dell'affitto delle linee per il trasporto della voce, impedendo dapprima e comunque ritardando l'ingresso di Telsystem nel mercato della telefonia per gruppi chiusi di utenti, e sia pertanto tenuta al risarcimento dei danni a norma degli artt. 3 e 33 della legge n. 287/1990.

A questa conclusione la convenuta resiste anche in fatto. Essa sostiene di aver dato tempestiva e puntuale esecuzione al contratto avente ad oggetto il collegamento diretto numerico tra la sede di Milano e Roma di Telsystem; quanto ai collegamenti diretti urbani della società attrice con le sue clienti McCann Erickson, essi non avrebbero avuto luogo solo per il mancato consenso della stessa McCann Erickson, che anzi il 28 giugno 1984 ha manifestato per iscritto la volontà di non dare tale autorizzazione; e quanto ai collegamenti diretti urbani con Storage Technology, essa aveva comunicato che avrebbe attivato il collegamento, e si era limitata a far presente le proprie perplessità alla luce dell'art. 296 d.P.R. 29

marzo 1973 n. 156, mentre era stata la stessa Storage a revocare il proprio consenso il 3 marzo 1994; infine, tutti i successivi collegamenti, a partire da quello con la Nuova CPS s.r.l. (richiesta del 2 novembre 1994, eseguita il 22 dicembre 1994-13 gennaio 1995) sono stati eseguiti, e con lettera del 27 marzo alla società attrice essa ha dichiarato la completa disponibilità ad ogni collegamento, specificando solo che le richieste devono essere cordate dall'autorizzazione dei terzi utenti finali.

Tuttavia, per quanto riguarda la richiesta di collegamento con McCann Erickson, il consenso di questa società, sollecitato da SIP il 15 dicembre 1993 (doc. 12 parte attrice), era stato espresso in data 11 gennaio 1994, ed inviato da Telsystem a SIP nella stessa data, come la stessa Telsystem ebbe modo di ribadire a SIP nella raccomandata 20 gennaio 1994 in atti (docc. 13, 13-bis e 15 di parte attrice; nel doc. 65, SIP dichiara davanti al T.A.R. di non aver proceduto al collegamento per « aver in buona fede ritenuto mancante l'autorizzazione da parte di McCann Erickson »). Quanto alla Storage, nella lettera del 21 febbraio 1994 (doc. 39 parte attrice) SIP, nel comunicare che procederà ai collegamenti, annuncia che segnalerà « all'Ispettorato Generale Telecomunicazioni che i servizi offerti dalla Società Telsystem sono in palese violazione con la normativa vigente che prevede che i collegamenti dedicati devono essere utilizzati esclusivamente per la corrispondenza di pertinenza dell'utente ».

I documenti citati dimostrano al tempo stesso che SIP non si era rifiutata di stipulare i contratti, dei quali conosceva sia lo stretto collegamento e sia la funzione unitaria che essi erano destinati ad assolvere per l'unico servizio di telecomunicazione offerto da Telsystem alle sue clienti; e che tuttavia essa, abusando della sua posizione di monopolista, aveva, in un caso, ingiustificatamente tardato a darvi esecuzione, e, nell'altro, svolto un'opera di dissuasione — discreta ma non per questo meno esplicita ed efficace — nei confronti delle nuove società clienti della sua potenziale concorrente, inducendole a revocare il consenso già manifestato con il prospettare loro i rischi connessi ad una violazione dell'art. 296 d.P.R. n. 156/1973: sebbene venisse prospettato un pericolo fondato su una certa interpretazione della legge (e precisamente sul presupposto della sua attuale vigenza), la turbativa assumeva per gli imprenditori interessati una portata dissuasiva ben più efficace per il fatto di provenire dalla concessionaria monopolista, la quale aveva il potere di fatto di sospendere in qualsiasi momento il servizio per i clienti di Telsystem, vanificando con gravi intralci alle comunicazioni i benefici economici che essi potevano ripromettersi dal servizio offerto dalla società attrice. Tale comportamento era diretto ad impedire a Telsystem l'inizio di un'attività commerciale in ordine alla quale SIP continuava a rivendicare l'esclusività, ed aveva pertanto una indubbia finalità anticoncorrenziale. Ora, poiché tale comportamento era reso possibile dalla posizione monopolistica di SIP sul mercato, esso deve essere qualificato come abuso di posizione dominante.

Sulla liquidazione del danno. — Se in tal modo può dirsi provato in tutti i suoi elementi il comportamento illecito di SIP ai danni della società attrice, la Corte non dispone di elementi sufficienti per liquidare il danno, sul cui ammontare esiste una enorme diversità di valutazione tra le parti in causa. Pertanto, mentre ricorrono i presupposti per una pronuncia parziale sull'*an debeatur*, della quale è stata fatta espressa richiesta, si provvede per il prosieguo con separata ordinanza (alla quale non è di

ostacolo la mancata accettazione dell'altra parte alla pronuncia non definitiva, secondo l'insegnamento di Cass. S.U. 23 aprile 1986 n. 2859).

Sulla richiesta inibitoria, e sull'exceptio inadimplenti non est adimplendum. — La domanda di inibitoria di ulteriori illeciti comportamenti anticoncorrenziali, proposta da Telsystem non può essere accolta. Anche a voler tralasciare la circostanza che, a seguito della lettera di SIP in data 27 marzo 1995, citata, il timore della società attrice del ripetersi di comportamenti anticoncorrenziali del tipo di quello accertato in questo processo non sembra più soggettivamente giustificato, l'inibitoria richiesta non può essere qualificata come una forma di risarcimento del danno in forma specifica: essa non tende a ricostituire il patrimonio della parte danneggiata nello stato in cui si trovava anteriormente all'evento di danno, ma ad impedire per il futuro che si verifichino ulteriori eventi di danno. Se una tale inibitoria trovava la sua giustificazione, in sede cautelare di provvedimenti atipici ex art. 700 c.p.c., nell'esigenza di prevenire, nelle more del giudizio, danni successivamente non risarcibili perché di difficile o impossibile quantificazione, analogo ragionamento non vale in questa sede di pronuncia di merito, circoscritta al risarcimento dei danni già verificatisi nella sfera giuridica della società attrice.

Neppure può essere qui esaminata la fondatezza dell'*exceptio inadimplenti non est adimplendum*. Sfugge alla competenza della Corte quale giudice di unico grado, infatti, il regolamento della fattispecie contrattuale in quanto tale, giacché, come si è già osservato, l'inadempimento di SIP ai contratti stipulati con Telsystem è stato conosciuto solo come elemento concorrente della complessa fattispecie di abuso della posizione dominante, ed ai fini dell'accertamento della sua responsabilità extracontrattuale.

Il regolamento delle spese del giudizio viene riservato alla pronuncia definitiva.

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

dichiara la responsabilità della società convenuta per abuso di posizione dominante commesso in danno della società attrice, e la condanna al risarcimento dei danni da liquidare in prosieguo di giudizio.