

Civile Sent. Sez. U Num. 30974 Anno 2017

Presidente: CANZIO GIOVANNI

Relatore: CAMPANILE PIETRO

Data pubblicazione: 27/12/2017

S E N T E N Z A

sul ricorso iscritto al n. 22275/2015 R. G. proposto da:

TELECOM ITALIA S.P.A.

rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Cardarelli, Mario Siragusa, Filippo Lattanzi, Marco D'Ostuni e Francesco Saverio Cantella, con domicilio eletto in Roma, via Giovanni Pierluigi da Palestrina, n. 47, presso lo studio LCA;

Corte di Cassazione - copia non ufficiale



247
17

- *ricorrente* -

contro

VODAFONE OMNITEL B.V.

rappresentata e difesa dall'avv. Fabio Merusi, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18

- *controricorrente* -

contro

WIND TELECOMUNICAZIONI S.P.A.

elettivamente domiciliata in Roma, via di Porta Pinciana, n. 6, presso lo studio degli avv.ti Beniamino Caravitta di Toritto e Sara Fiorucci, che la rappresentano e difendono

- *controricorrente* -

nonché contro

AGCOM – Autorità per le garanzie nelle comunicazioni

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Ministero delle Comunicazioni

- *intimati*-

avverso la sentenza del Consiglio di Stato n. 3388, depositata in data 7 luglio 2015;

sentita la relazione svolta all'udienza pubblica del 4 aprile 2017 dal consigliere dott. Pietro Campanile;

sentiti per la ricorrente gli avv.ti Lattanzi, Cardarelli e Cantella;

sentito per la controricorrente Vodafone Omnitel l'avv. Merusi;

sentiti per la controricorrente Wind gli avv.ti Fiorucci e Caravita di Toritto;

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale dott. Riccardo Fuzio, il quale ha concluso per l'inammissibilità e, in subordine, per l'infondatezza del ricorso.

FATTI DI CAUSA

1. Con la decisione indicata in epigrafe il Consiglio di Stato ha rigettato gli appelli proposti da Telecom Italia e da A. G.Com avverso la sentenza del Tar del Lazio n. 4926 del 2014, con la quale erano stati parzialmente accolti i ricorsi proposti da Vodafone Omnitel nei confronti delle delibere Agcom nn. 106, 107, 108 e 109/11 CIR, concernenti la determinazione del costo netto del servizio universale nel settore delle comunicazioni per gli anni dal 1999 al 2003.

2. In particolare, richiamato il d.P.R. n. 31 del 1997, che stabiliva l'onere a carico dei fornitori di servizi di telefonia vocale di partecipazione ai costi del servizio di telefonia fissa in favore dell'organismo incaricato, qualora - tenuto conto del costo netto del suddetto obbligo - lo stesso configurasse un onere iniquo, e ricostruiti i momenti salienti della vicenda giudiziaria, nell'ambito della quale, soprattutto in virtù di precedenti decisioni dello stesso giudice amministrativo (n. 7257 del 2003 ed altre, successive, di analogo tenore), era stata rimarcata la necessità di un'adeguata indagine circa il grado di maturazione ed espansione del servizio di telefonia mobile, in maniera da determinare una ricaduta sul servizio di telefonia fissa, indagine non limitata, come avvenuto in precedenti delibere, alle sole zone merceologiche non profittevoli (Cass. Sez. U, 24 giugno 2011, n. 13904), il Consiglio di Stato ha condiviso i rilievi contenuti nella sentenza impugnata in ordine tanto alla sostanziale invarianza dei ricavi di telefonia fissa, malgrado la riduzione delle tariffe, quanto alla mancata indicazione della



soglia di rilevanza del grado di sostituibilità e al riferimento alla delibera dell'Agcom relativa agli anni dal 2004 al 2007, nella quale si dava atto dell'assenza di un sufficiente grado di sostituibilità fra i servizi di telefonia mobile e fissa.

3. Per quanto in questa sede maggiormente rileva, si è osservato che la ricognizione dei dati e degli elementi posti alla base delle deliberazioni impugnate non comportava una riedizione del giudizio di merito riservato all'organo di garanzia, richiamandosi il principio secondo cui nella valutazione del vizio di eccesso di potere il giudice amministrativo ha un sindacato pieno in merito all'insufficienza o meno dell'istruttoria compiuta dall'autorità ed alla logicità delle scelte, senza che ciò comporti una propria sostituzione nelle valutazioni di merito contenute nel provvedimento annullato.

4. Alla luce di tali premesse, è stato confermato il giudizio espresso dal Tar circa l'inadeguatezza dei criteri posti alla base delle analisi dell'Agenzia circa l'iniquità dell'onere e il grado di sostituzione dei due servizi, non solo non indicato, ma smentito dalla successiva delibera relativa agli anni compresi fra il 2004 e il 2007.

5. Per la cassazione di tale decisione propone ricorso Telecom, affidato ad unico e articolato motivo, cui resistono con controricorso Vodafone e Wind Telecomunicazioni, la quale sostanzialmente aderisce alle tesi proposte dalla ricorrente. L'Agcom ha depositato un atto di costituzione, al fine, poi non attuato, di partecipare alla discussione della causa.

Telecom e Vodafone hanno depositato memorie.



RAGIONI DELLA DECISIONE

1. La ricorrente denuncia eccesso di potere per violazione dei limiti esterni della giurisdizione: il Consiglio di Stato, facendo proprie le valutazioni del giudice di primo grado in merito a una questione connotata da un elevato grado di opinabilità, avrebbe, anziché limitarsi ad evidenziare errori logici significativi nel metodo utilizzato dall'Autorità, ovvero delle irregolarità nell'acquisizione degli elementi di fatto, tali da inficiare l'attendibilità dei dati valutati, effettuato in realtà un diverso apprezzamento in ordine all'entità della contrazione della domanda dei servizi di telefonia fissa, così sovrapponendo la propria volontà a quella dell'organo amministrativo.

Si pone in evidenza, come, a fronte dei rilievi sui quali si incentravano le delibere impugnate, consistenti, principalmente, nel significativo e costante incremento della domanda dei servizi di telefonia mobile, nella tendenza a utilizzare gli stessi in sostituzione di quelli fissi, a prescindere dalla dinamica dei prezzi, e, quindi, nella contrazione dei servizi di telefonia fissa, nella sentenza di primo grado, poi confermata dal Consiglio di Stato, sarebbero stati valorizzati i dati inerenti alla sostanziale invarianza dei ricavi dei servizi di rete fissa, nonostante la diminuzione delle tariffe, in modo tale da far dubitare la ricorrenza di una sostituzione del telefoni fisso con il mobile, rimarcandosi la circostanza che all'affermazione – nelle citate delibere - della presenza di un certo grado di sostituibilità, non si sarebbe associata la relativa quantificazione, sia pure in via approssimativa. In tale modo, in assenza di specifici parametri normativi, e, quindi, in relazione a un giudizio comportante valutazioni connotate da un elevato grado di opinabilità, il Giudice amministrativo avrebbe sostituito, con il proprio



apprezzamento, quello espresso – per altro sulla base di dati non contestati - dall’Autorità.

Il riferimento, poi, alla delibera successiva, relativa agli anni dal 2004 al 2007, sarebbe inficiato da valutazioni contraddittorie, in quanto in essa non si nega l’esistenza di un grado di sostituibilità fra telefono fisso e mobile, ma si afferma soltanto la sua insufficienza ai fini dell’individuazione di un unico mercato dei servizi di comunicazione.

2. Il ricorso è inammissibile.

Secondo il consolidato orientamento di queste Sezioni unite, le decisioni del giudice amministrativo sono viziate per eccesso di potere giurisdizionale e, quindi, sindacabili per motivi inerenti alla giurisdizione, laddove detto giudice, eccedendo i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato e sconfinando nella sfera del merito, riservato alla P.A., compia una diretta e concreta valutazione della opportunità e della convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima la volontà dell'organo giudicante di sostituirsi a quella dell'Amministrazione, così esercitando una giurisdizione di merito in situazioni che avrebbero potuto dare ingresso soltanto a una giurisdizione di legittimità (dunque, all'esercizio di poteri cognitivi e non anche esecutivi) o esclusiva, o che comunque ad essa non avrebbero potuto dare ingresso (Cass., Sez. U, 3 giugno 2015, n. 11375; Cass. Sez. U, 9 novembre 2011, n. 23302).

3. Con la sentenza impugnata il Consiglio di Stato ha esercitato il sindacato di legittimità in merito ai provvedimenti amministrativi impugnati, attraverso il controllo della loro motivazione e dell’adeguatezza dei dati acquisiti e valutati.



Non può seriamente porsi in dubbio, infatti, che la risposta al quesito circa una ricaduta dell'espansione del servizio di telefonia mobile sul servizio di telefonia fissa, tale da rendere iniquo l'onere a carico dell'organismo incaricato della gestione del secondo, debba avvenire in base alla valutazione di una serie di dati, anche eterogenei, in funzione della quale i risultati possono anche assumere un connotato di opinabilità, comportando l'incidenza di aspetti di natura squisitamente discrezionale.

Giova ribadire, a tale riguardo, che i provvedimenti dell'Autorità Garante sono sindacabili dal giudice amministrativo per vizi di legittimità e non di merito, nel senso che non è consentito al giudice amministrativo esercitare un controllo c.d. di tipo "forte" sulle valutazioni tecniche opinabili, che si tradurrebbe nell'esercizio da parte del suddetto giudice di un potere sostitutivo spinto fino a sovrapporre la propria valutazione a quella dell'amministrazione, fermo però restando che anche sulle valutazioni tecniche è esercitabile in sede giurisdizionale il controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza (Cass., Sez. u, 20 gennaio 2014, n. 1013; Cass., Sez. U, 17 marzo 2008, n. 7063).

In tale prospettiva, è stato precisato che la non estensione al merito del sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità Garante implica, certo, che il giudice non possa sostituire con un proprio provvedimento quello adottato da detta Autorità, ma non che il sindacato sia limitato ai profili giuridico-formali dell'atto amministrativo, restandone esclusa ogni eventuale verifica dei presupposti di fatto, in quanto la pienezza della tutela giurisdizionale necessariamente comporta che anche le eventuali contestazioni in punto di fatto debbano esser risolte dal giudice, quando da tali contestazioni dipenda la legittimità del

provvedimento amministrativo che ha inciso su posizioni di diritto soggettivo.

In riferimento all'esercizio della discrezionalità tecnica, che non costituisce espressione di un potere di supremazia della pubblica amministrazione, questa Corte ha affermato che le relative valutazioni, inserite in un procedimento amministrativo complesso, e dipendenti dalla valorizzazione dei criteri predisposti preventivamente, sono assoggettabili al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo, senza che ciò comporti un'invasione della sfera del merito amministrativo (Cass., Sez. U, 10 agosto 2011, n. 17143).

Non si è omesso, tuttavia, di precisare che <<il ricorso a criteri di valutazione tecnica sovente conduce ad un ventaglio di soluzioni possibili, destinato inevitabilmente a risolversi in un apprezzamento non privo di un certo grado di opinabilità>>. In tali situazioni il sindacato di legittimità <<è destinato ad arrestarsi sul limite oltre il quale la stessa opinabilità dell'apprezzamento operato dall'amministrazione impedisce d'individuare un parametro giuridico che consenta di definire quell'apprezzamento illegittimo>>, competendo comunque <<al giudice di vagliare la correttezza dei criteri giuridici, la logicità e la coerenza del ragionamento e l'adeguatezza della motivazione con cui l'amministrazione ha supportato le proprie valutazioni tecniche, non potendosi altrimenti neppure compiutamente verificare quali siano in concreto i limiti di opinabilità dell'apprezzamento da essa compiuto>> (cfr. la citata Cass. n. 1013 del 2014, in motivazione).

4. Nell'impugnata sentenza del Consiglio di Stato non è ravvisabile il superamento dei limiti sopra enunciati.



5. La circostanza che non siano stati messi in discussione i dati fattuali posti alla base delle delibere impugnate non esclude che potesse esprimersi, come in effetti è stato espresso – un giudizio di inadeguatezza degli stessi, tale da comportare un giudizio di insufficienza dell'attività istruttoria svolta e, soprattutto dei parametri assunti da A.G. Com sul conseguimento di un grado di sostituibilità dei servizi di telefonia mobile e fissa. Ed invero il rilievo secondo cui <<.. - *pur in un quadro generale di espansione dell'utilizzo della telefonia mobile - difetta, sul piano motivazionale e della completezza dell'istruttoria, una puntuale quantificazione, anche se in via approssimativa, della dimensione del fenomeno di sostituibilità e del raggiungimento di una soglia di adeguata rilevanza, che l'Autorità ha affidato al dictum che "risulta la presenza di un certo grado di sostituibilità fra i servizi di telefonia vocale offerti su rete fissa e mobile"* >>, si inserisce a pieno titolo nel controllo di legittimità, attenendo alla congruità e alla logicità della motivazione. Non può omettersi in proposito di rilevare che il generico riferimento a un "certo grado di sostituibilità" non soddisfa di certo l'esigenza di un valido iter argomentativo in merito all'accertamento dell'iniquità degli oneri posti a carico dell'organismo incaricato del servizio di telefonia fissa. Appare del tutto evidente, infatti, come soltanto un fenomeno che abbia acquisito una significativa rilevanza possa refluire sul rapporto fra i due servizi, e che l'onere di una sufficiente motivazione in relazione a tale aspetto possa intendersi soddisfatto soltanto quando si indichi, quanto meno in via approssimativa - come rilevato dal Consiglio di Stato - l'entità del grado di sostituibilità.



6. Il riferimento poi alla valorizzazione – nell'impugnata decisione - dell'invarianza dei ricavi di telefonia fissa, così come della limitata riduzione della percentuale delle relative utenze, si risolve nell'espressione di un giudizio di incompletezza dell'attività istruttoria e dei dati acquisiti, essendosi per altro correttamente rimarcato che ai fini della verifica del reciproco interagire delle due tipologie di servizi, necessitano indicatori e riscontri di carattere oggettivo, che *<<non possono identificarsi nell'enfaticizzazione dello sviluppo della telefonia mobile, che, se è significativo di una diffusa propensione della popolazione ad avvalersi del mezzo di telecomunicazione per la sua portabilità e semplicità d'uso, va verificata nella sua ricaduta sulla domanda di servizi di telefonia fissa>>*.

7. Non appare pienamente comprensibile, assumendo, anzi, aspetti paradossali, l'affermazione secondo cui il giudice amministrativo si sarebbe sostituito all'Autorità anche quando avrebbe richiamato le conclusioni raggiunte dalla stessa – sia pure ad altri fini - in una delibera concernente gli anni dal 2004 al 2007, nella quale si perviene alla conclusione, testualmente citata nell'impugnata sentenza, che *<<..l'analisi di sostituibilità dell'insieme delle caratteristiche obiettive, dei prezzi e dell'uso cui sono destinati i servizi in mobilità e in postazione fissa, nonché l'evoluzione del mercato lascia intendere che nel mercato italiano, al momento e nell'arco temporale di riferimento della presente analisi, non sussista un sufficiente gradi di sostituzione dei due servizi>>*.

8. Ove si consideri, con riferimento all'aspetto da ultimo rilevato, che la contraddittorietà fra provvedimenti costituisce una significativa manifestazione di eccesso di potere, deve pervenirsi alla conclusione

che il Consiglio di Stato non ha travalicato i limiti della propria giurisdizione, avendo compiuto un sindacato in ordine alla legittimità dei provvedimenti in relazione alla verifica della sussistenza del vizio di eccesso di potere, anche, come sopra evidenziato, in relazione alla insufficienza dell'istruttoria e alla logicità della motivazione, senza sostituirsi nelle scelte di merito riservate alla discrezionalità dell'Autorità.

Giova infine ribadire che, ai fini della verifica circa il superamento o meno dei limiti esterni della giurisdizione, non rileva in questa sede la verifica circa le modalità di esercizio del sindacato di legittimità e il risultato conseguito, vale a dire la ricorrenza o meno di eventuali *errores in iudicando* ovvero *in procedendo*, in quanto il cattivo esercizio, da parte del giudice speciale, del potere giurisdizionale a lui riservato attiene all'esplicazione interna delle attribuzioni conferitegli dalla legge, e non può comportare il superamento dei limiti esterni della giurisdizione rilevanti ai sensi dell'art. 362 cod. proc. civ. (Cass., Sez. U, 10 giugno 2013, n. 14503; Cass., Sez. U, 3 luglio 2012, n. 11075; Cass., Sez. U, 8 aprile 2010, n. 8325).

9. All'inammissibilità del ricorso consegue la condanna della ricorrente al pagamento, in favore della contro ricorrente Vodafone Omnitel B.V., delle spese relative al presente giudizio di legittimità, liquidate come in dispositivo, ricorrendo giusti motivi, attesa l'identità fra le rispettive difese, per la compensazione integrale fra la ricorrente stessa e la S.p.a. Wind Telecomunicazioni.



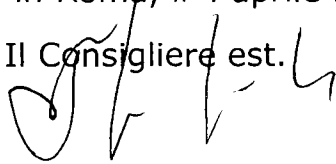
P. Q. M.

Dichiara inammissibile il ricorso, e condanna la ricorrente al pagamento in favore di Vodafone Omnitel B.V., delle spese relative al presente giudizio di legittimità, liquidate in euro 7.200,00, di cui euro 7.000,00 per compensi, oltre agli accessori di legge. Dichiara compensate le spese nei confronti di Wind Telecomunicazioni S.p.a..

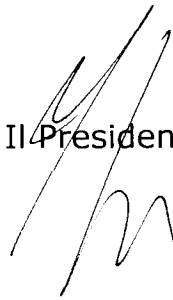
Ai sensi dell'art. 13, comma 1 *quater* del d.P.R. n. 115 del 2002, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma del comma 1-bis dello stesso art. 13.

Così deciso in Roma, il 4 aprile 2017.

Il Consigliere est.



Il Presidente



IL CANCELLIERE
Paola Francesca CAMPOLI



DEPOSITATO IN...

