

4630/07

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI

oggetto

Abuso di posizione

dominante nei servizi

telefonici e giurisdizione

composta dai Magistrati:

dr. Vincenzo Carbone

Presidente aggiunto R.G.N.20499/06

dr. Raffaele Corona

Presidente di sezione

dr. Giulio Graziadei

Consigliere

dr. Guido Vidiri

Consigliere

dr. Giovanni Settimj

Consigliere

Cron. 4630

dr. Massimo Bonomo

Consigliere

Rep. 1327

dr. Fabrizio Forte

Consigliere rel.

dr. Maura La Terza

Consigliere

dr. Giovanni Amoroso

Consigliere

ha pronunciato la seguente:

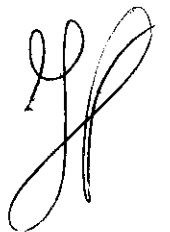
Ud. 16.11.2006

S E N T E N Z A

sul ricorso iscritto al n. 20499 del Ruolo Generale
degli affari civili del 2006 proposto

DA

TELECOM ITALIA s.p.a., con sede in Milano, in persona
del legale rappresentante p.t. avv. Ginevra Roscioni,
procuratore speciale per atto per notar Bellezza di
Milano, elettivamente domiciliata in Roma, alla Via



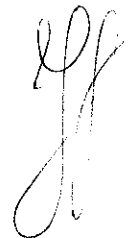
2248
06

della Vite n. 7, presso l'avv. Pietro d'Amelio, che, con gli avv.ti Berardino Libonati, Claudio Tesauro e Alberto Toffoletto, la rappresenta e difende, per procura a margine del ricorso.

RICORRENTE

CONTRO

- 1) AUTORITA' GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, in persona del legale rappresentante, ex lege domiciliato in Roma, presso l'Avvocatura Generale dello Stato, che la rappresenta e difende.
- 2) FASTWEB s.p.a., con sede in Milano, in persona del dr. Giovanni Gionata Moglia, rappresentante legale per procura generale per notar Elena Terrenghi del 13 gennaio 2005, Rep. n. 11328, elettivamente domiciliato in Roma, Via Ennio Quirino Visconti n. 20, presso l'avv. Renzo Ristuccia, che rappresenta e difende la società, con l'avv. Mario Libertini, per procura in calce al controricorso.
- 3) ALBACOM s.p.a., con sede in Milano, e TISCALI s.p.a., con sede in Cagliari, in persona dei rispettivi legali rappresentanti, elettivamente domiciliati in Roma, alla Via XX Settembre n. 1, presso gli avv. Rino Caiazzo e Giovanni Pesce, che le rappresentano e difendono, per procure ai margini del



controricorso.

4) CODACONS - COORDINAMENTO DELLE ASSOCIAZIONI A TUTELA DELL'AMBIENTE E DEI DIRITTI DEI CONSUMATORI E DEGLI UTENTI - in persona del vice presidente avv. Giuseppe Ursini, elettivamente domiciliato in Roma, al Viale G. Mazzini n. 73, presso il proprio Ufficio legale nazionale, rappresentato e difeso dall'avv. Carlo Rienzi, per procura in calce al controricorso.

5) WIND TELECOMUNICAZIONI s.p.a., società con azionista unico con sede in Roma, in persona del suo amministratore delegato, elettivamente domiciliato in Roma, alla Via di Porta Pinciana n. 6, presso l'avv. Beniamino Caravita di Toritto, che, con gli avv.ti Alberto Santa Maria, Gian Michele Roberti e Claudio Biscaretti di Ruffia, la rappresenta e difende, per procura a margine del controricorso.

6) ASSOCIAZIONE NAZIONALE CITTADINI EUROPEI - ASSOCIAZIONE DEI CONSUMATORI PER UNA SOCIETA' DELL'INFORMAZIONE APERTA ED INCLUSIVA -, con sede in Catania, in persona del legale rappresentante p.t., elettivamente domiciliato in Roma, Via di Monte Giordano n. 26, presso l'avv. Guido Scorza, rappresentata e difesa dall'avv. Carmelo Giurdanella, per procura in calce al controricorso.



CONTRORICORRENTI

NONCHE'

1) AUTORITA' GARANTE PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI, in persona del legale rappresentante, ex lege domiciliato in Roma alla Via dei Portoghesi n. 12, presso l'Avvocatura generale dello Stato e da questa rappresentato e difeso all'udienza pubblica,

RESISTENTE

E

1) COLT TELECOM s.p.a., in persona del legale rappresentante, già domiciliato elettivamente in Roma, alla Via XX Settembre n.1, presso gli avv.ti Rino Caiazzo e Giovanni Pesce.

2) CONSIP s.p.a., in persona del legale rappresentante, già elettivamente domiciliato in Roma al Viale G. Mazzini n. 11, presso l'avv. Paolo Stella Richter.

3) ASSOCIAZIONE ASSOPROVIDERS INDIPENDENTI - ASSOPROVIDER, in persona del legale rappresentante, già elettivamente domiciliato in Roma, alla Via Cesare Beccaria n. 16, presso l'avv. Carlo Sarzana di S. Ippolito.

4) COMMISSIONE dell'UNIONE EUROPEA, con sede in Bruxelles, alla Rue Joseph II n. 7



5) ASSOCIAZIONE ITALIANA INTERNET PROVIDERS, con sede in Milano, già appellata non costituita dinanzi al Consiglio di Stato.

INTIMATI

avverso la decisione del Consiglio di Stato, Sezione VI[^], n. 1271, del 10 febbraio - 10 marzo 2006.

Udita, alla pubblica udienza del 16 novembre 2006, la relazione del Cons. dr. Fabrizio Forte.

Uditi gli avv.ti Libonati^{10FFOLE110} e D'Amelio, per Telecom Italia s.p.a., l'avv. dello Stato Filippo Arena, per l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato e per quella per le garanzie nelle comunicazioni solo intimata, gli avv.ti Caiazzo e Pesce, per Albacom e Tiscali s.p.a., l'avv. Ristuccia per Fastweb s.p.a., l'avv. Reggio D'Acì, per delega dell'avv. Rienzi, per il Codacons, l'avv. Giurdanella, per l'Associazione Nazionale Cittadini europei e gli avv. Roberti e Caravita, per la Wind s.p.a.

Sentito il P.M. dr. Domenico Iannelli, che ha concluso per l'inammissibilità del ricorso.

Svolgimento del processo

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, con decisione del 10 marzo 2006 n. 1271, ha accolto per quanto di ragione gli appelli principali dell'Autorità



Garante della concorrenza e del mercato (d'ora in avanti: Autorità) e delle s.p.a. Albacom, Colt Telecom, Tiscali, Wind Telecomunicazioni e Fastweb (già e. Biscom) e rigettato il gravame incidentale di Telecom Italia s.p.a. (d'ora in avanti Telecom).

In riforma della decisione di primo grado che aveva ritenuto essersi avuto un unico abuso di Telecom nella posizione dominante nelle telecomunicazioni e ridotto la sanzione comminata a 76.000.000 di euro, ha ritenuto che le infrazioni erano due come già contestato in sede amministrativa dall'Autorità.

Essendo state violate le lettere b e c dell'art. 3 della legge 10 ottobre 1997 n. 287, il Consiglio di Stato ha elevato ad euro centoquindici milioni le sanzioni pecuniarie già ridotte dal Tar Lazio, anche se, per una di esse, ha fissato la misura della somma dovuta nella metà di quella prevista dall'Autorità. Telecom aveva ricorso al TAR del Lazio contro il provvedimento dell'Autorità del 16 novembre 2004, emesso all'esito del procedimento A351, che aveva irrogato alla ricorrente, quale impresa in posizione dominante all'interno del mercato nazionale dei servizi telefonici, due distinte sanzioni di 76 milioni di euro ciascuna, per le seguenti violazioni:



a) avere impedito o limitato ad altre società operanti nel settore e tenute a servirsi della sua rete fissa perché già monopolista (d'ora in avanti OLO: other licensed operators), sbocchi e accessi nel mercato in danno dei consumatori, formulando offerte sotto costo o occultando i costi dei servizi di interconnessione, per far pagare a detti concorrenti prezzi più alti di quelli praticati alle proprie divisioni commerciali o a società collegate o controllate, in particolare nella gara Consip per i servizi telefonici della P.A. e proponendo prezzi dei servizi finali non replicabili dagli OLO (lett. c art. 3 cit.); b) avere applicato sconti condizionati a clausole di esclusiva nei contratti con la Grande Clientela di affari e con l'Utenza Business privata, prevedendo penalizzazioni nei casi di recesso o di mancato raggiungimento degli obbiettivi di spesa previsti o con effetti equivalenti alle c.d. clausole inglesi, a tenore delle quali, in caso di offerte da altri operatori più convenienti, il contraente era tenuto comunque a chiedere a Telecom di allinearsi a tali offerte (lett. b dell'art. 3), prima di poterle eventualmente accettare.

L'Autorità aveva ordinato a Telecom di cessare dalle condotte contestate, dando termine di 90 giorni per

comunicare le misure adottate a tal fine, e aveva irrogato la sanzione di 76 milioni di euro per ognuna delle violazioni di cui sopra

Con il ricorso al Tar del Lazio ex art. 33, 1° comma, ultimo inciso, della legge n. 287 del 1990, Telecom aveva chiesto, per quanto rileva in questa sede, di dichiarare nullo il provvedimento impugnato, perché emesso in assoluta carenza di potere dall'Autorità, essendo esclusivamente competente a conoscere delle violazioni contestate e a sanzionarle la Autorità per le garanzie nelle Comunicazioni (d'ora in avanti: AGCOM), istituita con legge 31 luglio 1997 n. 249.

Secondo la ricorrente, mentre all'Autorità compete comminare sanzioni per tutti gli aspetti dei quali non si occupa il diritto delle comunicazioni, essa non può intervenire negli ambiti riservati dalla legge all'AGCOM la quale, per la concorrenza, applica una specifica disciplina, integrativa e sostitutiva nel settore delle telecomunicazioni di quanto previsto dalle norme generali di cui sopra.

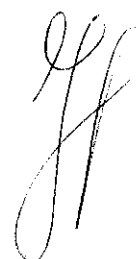
In particolare, l'art. 1, n. 31, della legge n. 249 del 1997, commina, per la inottemperanza delle disposizioni e degli ordini dell'AGCOM in materia di posizione dominante, una sanzione tra il 2 e il 5% del

fatturato, con previsione incompatibile con quella generale dell'art. 15 della legge n. 287 del 1990, che irroga, per lo stesso abuso, la sanzione dall'1 al 10% del fatturato stesso.

In materia di telecomunicazioni, secondo Telecom, doveva applicarsi la sola legge speciale del 1997 di deroga a quella generale del 1990, almeno in relazione alla disciplina degli abusi di posizione dominante, restando ferma la disciplina generale solo in ordine a intese e concentrazioni d'impresе.

Già nel ricorso al Tar Lazio la società sanzionata aveva dedotto che, poiché il n. 31 dell'art. 1 della legge n. 249/97 è stato modificato dall'art. 25 della legge n. 128 del 1998, rubricato come "sanzioni per la violazione delle disposizioni di cui al D.P.R. 19 settembre 1997 n. 318" (Regolamento di attuazione delle direttive comunitarie nelle telecomunicazioni), solo la AGCOM e non l'Autorità ha competenza a comminare, nella materia delle telecomunicazioni, sanzioni per la violazione delle norme antitrust.

Con sentenza dell'11 maggio 2005, la 1^a sezione del Tar Lazio, per quanto qui rileva, aveva invece affermato che "la censura di incompetenza assoluta dell'Autorità nella repressione dei comportamenti




distorsivi della concorrenza nel settore delle telecomunicazioni" era da respingere, dovendo condividersi "l'orientamento per cui la regolazione di settore non esclude l'applicabilità della legge n. 287/90 e la relativa competenza dell'Autorità", alla quale in genere spettano i poteri di controllo in materia di concorrenza.

Il TAR del Lazio, ritenute fondate alcune delle censure di legittimità relative alle violazioni contestate, riteneva che le due infrazioni contestate dovessero configurarsi come unica fattispecie violativa di abuso di posizione dominante e riduceva di conseguenza alla metà la sanzione comminata.

Avverso la sentenza di primo grado hanno proposto al Consiglio di Stato gravame principale, l'Autorità, Albacom, Colt Telecom e Tiscali, con adesione di Wind Telecomunicazioni e Fastweb, e appello incidentale Telecom, che ha insistito nel dedurre la carenza assoluta di potere dell'Autorità stessa, per l'esigenza di coordinare gli interventi di questa con quelli dell'AGCOM ad evitare sovrapposizioni e rischi di bis in idem nella irrogazione delle sanzioni.

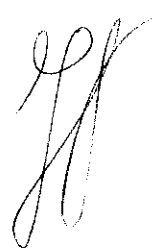
Con decisione del 10 marzo 2006 n. 1271, il Consiglio di Stato ha respinto il gravame di Telecom sulla



carenza assoluta di potere dell'Autorità per le violazioni oggetto di causa, ritenendo che le attribuzioni dell'AGCOM nel settore di mercato delle telecomunicazioni non abbiano scalfito le competenze generali dalla normativa antitrust attribuite alla Autorità, il cui appello principale è stato parzialmente accolto.

La sentenza ha infatti ritenuto sussistenti entrambe le violazioni originariamente contestate in sede amministrativa e ha ridotto la sola misura di una delle due sanzioni alla metà, ritenendo meno grave la colpa nella seconda condotta violativa tenuta dall'impresa e pervenendo per l'effetto a irrogare sanzioni per complessivi euro centoquindici milioni. Il Consiglio di Stato ha rilevato anzitutto che già in sede comunitaria le linee direttrici della Commissione europea del 2003 chiariscono che le indicazioni fornite alle Autorità nazionali di regolamentazione specializzata come l'AGCOM, per le qualifiche dei "mercati rilevanti" o delle "significative posizioni di mercato", non pregiudicano l'applicazione delle norme relative alla concorrenza da parte dell'Autorità competente in generale su quest'ultima.

Nel diritto interno, l'art. 20, 1° comma, della legge



generale sulla concorrenza e sul mercato (n. 287 del 1990), che aveva sottratto all'Autorità la competenza in materia di sanzioni per abuso di posizione dominante nei settori della radiodiffusione e dell'editoria (ma non della telefonia), è stato abrogato espressamente dall'art. 1, comma 6, lett. c, n. 9, della legge 31 luglio 1997 n. 249, istitutiva dell'AGCOM, alla quale il numero 8 della stessa lettera attribuisce invece poteri di accertamento degli abusi delle posizioni dominanti solo per il settore "radiotelevisivo", con la adozione dei provvedimenti conseguenti.

Nessuna abrogazione v'è stata invece del comma 7 dello stesso art. 20 della legge n. 287 del 1990, il quale prevede che, "allorché l'abuso di posizione dominante" si realizzi da "imprese operanti in settori sottoposti alla vigilanza di più autorità, ciascuna di esse può adottare i provvedimenti di propria competenza".

Ad avviso del Consiglio di Stato dalle norme che precedono, si rileva che per il solo settore radiotelevisivo (e non per quello della telefonia) si applica il comma 31 dell'art. 1 della stessa legge n. 249 del 1997, che stabilisce sanzioni nella misura dal 2 al 5 per cento del fatturato realizzato dal soggetto



sanzionato nell'ultimo esercizio chiuso prima della notifica della sanzione, nei casi di non ottemperanza di provvedimenti dell'AGCOM in materia antitrust.

La sentenza impugnata ritiene che alla predetta norma erroneamente si sia riferita nel ricorso introduttivo la Telecom per rilevare la misura diversa della sanzione da essa prevista rispetto a quella per l'abuso analogo delle posizioni dominanti in altri mercati, punito dall'art. 15 della legge n. 287 del 1990 con la sanzione, diversa e più pesante, dall'1 al 10% del fatturato dell'impresa abusante.

Secondo la decisione, nel settore della telefonia, a differenza che in quello della radiotelevisione, nulla è mutato in ordine al potere dell'Autorità di irrogare sanzioni per l'abuso di posizione dominante nella misura prevista dalla legge generale del 1990.

Tale conclusione, secondo i giudici amministrativi, è confermata anche dal fatto che il n. 11 dello stesso art. 1, comma 6, lett c, della legge 249 del 1997, prevede, che, per le sanzioni di cui agli artt. 2, 3, 4 e 6 della legge 287 del 1990, l'AGCOM deve solo esprimere parere obbligatorio e non vincolante all'altra Autorità, entro "trenta giorni dal ricevimento della relativa documentazione", termine il



cui inutile decorso comporta che le sanzioni possono irrogarsi anche senza detto parere.

Ritenuta quindi limitata al solo settore radiotelevisivo la sanzione prevista dall'art. 1, comma 31, della legge n. 249/97, la sentenza impugnata ha confermato che, nel settore della telefonia, vale il principio delle autorità concorrenti, ciascuna delle quali può emettere i provvedimenti di rispettiva competenza.

Tale conclusione, secondo la decisione impugnata, risulta confermata dal D.Lgs. 1° agosto 2003 n. 259 (Codice delle comunicazioni elettroniche: d'ora in avanti Cod. Tel.), il cui art. 8 sancisce il principio di cooperazione tra AGCOM e Autorità, che possono concludere intese e adottare comuni disposizioni.

Per l'inottemperanza degli ordini dati dall'AGCOM in materia d'abuso di posizione dominante alle "imprese aventi significativo potere di mercato", il comma 11 dell'art. 98 del Cod. Tel, prevede la competenza della AGCOM a irrogare la sanzione ma, ad avviso del Consiglio di Stato, tale potere cognitivo, dispositivo e irrogativo per inottemperanza del destinatario degli ordini dati, resta limitato al solo settore radiotelevisivo.

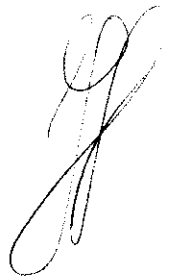


La norma si collega alle altre disposizioni che consentono all'AGCOM di impartire ordini e imporre obblighi anche nel settore antitrust, sancendo che tale autorità provvede a sanzionare le inosservanze di tali direttive da essa stessa impartite.

L'Autorità specializzata, secondo il Consiglio di Stato, "lascia integra la competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ad accertare l'abuso di posizione dominante, con una delle condotte di cui all'art. 3 della legge n. 287/1990".

L'esigenza che Autorità e AGCOM coordinino le proprie attività, secondo il Consiglio di Stato, comporta il carattere obbligatorio ma non vincolante del parere della seconda alla prima, che se ne può discostare nei suoi provvedimenti solo con congrua motivazione, tenuto conto che solo l'autorità di settore ha poteri per la definizione dei mercati rilevanti e delle posizioni dominanti nell'ambito di sua competenza e che le sanzioni devono comunque irrogarsi, per il principio di legalità, in base a regole certe e conoscibili ex ante.

La sentenza richiama precedenti dello stesso Consiglio di Stato nel medesimo senso e sulla esigenza di motivazioni esaurienti dei provvedimenti dell'Autorità

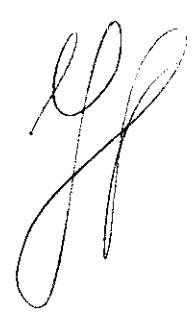


che voglia distaccarsi dal parere di quella di settore (Cons. St. Sez VI, 23 aprile 2002 n. 2199).

Nel merito, rilevato il carattere regolamentare della delibera dell'AGCOM n. 152/2002 sui criteri per la determinazione dei prezzi, al fine di garantirne la replicabilità e in particolare rispetto ai c.d. tests dei prezzi, il Consiglio di Stato ha rilevato che i prezzi praticati da Telecom sono stati considerati come eccessivamente bassi e non replicabili dai concorrenti dall'Autorità, indipendentemente dalla inosservanza di direttive dell'AGCOM, e, per tale solo motivo, ostativi ad una concorrenza corretta con gli OLO (n. 11.5.6. della decisione impugnata).

Ad avviso dei giudici amministrativi, Telecom non ha mai assoggettato i propri listini personalizzati per la Grande clientela d'affari alla verifica dell'AGCOM né ha comunicato a questa le condizioni contrattuali particolarmente favorevoli per alcuni tipi di clienti (n. 11.5.8 e 12.6.7. della decisione impugnata) e tale condotta non ha quindi violato nessuna disposizione data dall'Autorità di settore.

Nel caso, Telecom, pur non violando disposizioni specifiche regolatorie della AGCOM, ha impedito la replicabilità dei suoi prezzi ai terzi da parte degli

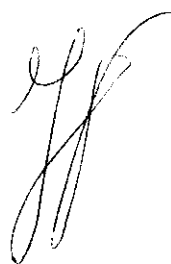
A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the bottom, positioned on the right side of the page.

OLO, ponendo in essere l'abuso di posizione particolarmente rilevante nel mercato dei servizi telefonici ad essa in fatto contestato e per il quale si sono irrogate le sanzioni oggetto di ricorso.

Nella gara Consip, per l'affidamento dei servizi di telefonia della P.A., l'offerta Telecom, secondo Albacom, era sotto costo e tale tesi è stata ritenuta fondata dall'Autorità, anche a non considerare che il prezzo offerto per il traffico fisso-mobile era inferiore alle tariffe minime imposte.

Comunque, nel settore delle telecomunicazioni, deve ritenersi che l'autorizzazione all'utilizzazione di clausole "personalizzate" da parte dell'AGCOM, in quanto investe il profilo della non discriminatorietà nei confronti degli utenti finali, non impedisce una valutazione dell'abuso, sotto il profilo della concorrenza, da parte dell'Autorità solo a questa preposta, che quindi ha correttamente sanzionato Telecom nel caso, comminando due sanzioni pecuniarie per le distinte violazioni sopra riportate.

Per la cassazione di tale decisione del Consiglio di Stato, Telecom propone ricorso con due motivi illustrati da memoria a queste Sezioni Unite con atto notificato a mezzo posta il 6 luglio e pervenuto tra



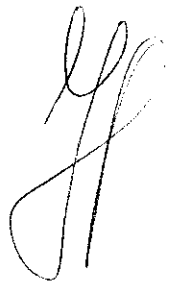
l'8 e il 10 luglio 2006 agli intimati, denunciando il difetto di giurisdizione del Consiglio di Stato per l'assoluta carenza di potere della Autorità sulle sanzioni comminate nella fattispecie.

Si sono difesi in questa sede l'Autorità Garante per la concorrenza e il mercato, Fastweb s.p.a., Albacom s.p.a. e Tiscali s.p.a., Wind Telecomunicazioni s.p.a., il Codacons e l'Associazione nazionale cittadini europei, con controricorsi che, ai sensi dell'art. 370 c.p.c., sono stati notificati a mezzo posta entro il 4 ottobre 2006, cioè nei venti giorni dalla scadenza del termine per il deposito del ricorso, e sono poi stati tempestivamente depositati in Cancelleria, entro il 24 ottobre 2006.

Hanno presentato memorie ex art. 378 c.p.c. anche le controricorrenti Albacom e Tiscali, Fastweb e il Codacons.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. In via pregiudiziale occorre esaminare le eccezioni proposta da Wind Telecomunicazioni (p. 14 del controricorso) e, sia pure in maniera meno palese, da Fastweb (pag. 8 del controricorso di questa), di giudicato interno implicito, che si sarebbe formato sulla giurisdizione, a seguito della sentenza del Tar

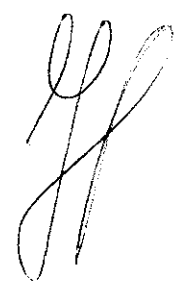


Lazio, non impugnata specificamente sul punto e di inammissibilità del ricorso per la natura esclusiva della giurisdizione del giudice amministrativo, che si estenderebbe in ogni caso anche ai diritti lesi con atti emessi in assoluta carenza di potere, prospettata invece dall'Autorità per la concorrenza controricorrente (pag. 12 del suo controricorso).

In ordine alla prima eccezione, nessun giudicato sulla giurisdizione si è formato con la statuizione della sentenza del Tar Lazio che ha respinto la censura di Telecom relativa alla carenza assoluta di potere dell'Autorità nell'irrogazione delle sanzioni oggetto di ricorso.

Il Tar adito ha infatti solo interpretato il ricorso di Telecom come denunciante un vizio d'incompetenza amministrativa dell'Autorità nell'adozione dei provvedimenti sanzionatori impugnati, e, anche entro tali più ridotti limiti, ha respinto il ricorso.

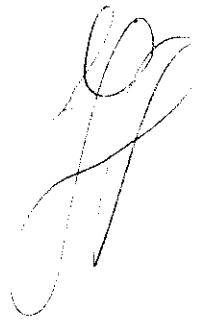
In sostanza, con tale statuizione, il Tar ha solo respinto un motivo di ricorso contro il provvedimento amministrativo, ritenendo che la deduzione della mancanza di ogni potere dell'Autorità che lo aveva emesso comprendesse pure la denuncia "minore" della incompetenza della stessa, la quale, invece, a suo



avviso aveva il concreto potere di emanare il provvedimento impugnato, con conseguente esclusione di analogo facoltà dell'autorità specializzata e di settore nell'ambito delle telecomunicazioni.

Anche con l'appello al Consiglio di Stato Telecom, impugnando in effetti la statuizione che precede, ha ancora dedotto l'assoluta carenza di potere dell'Autorità nella emissione del provvedimento oggetto d'impugnazione dinanzi al giudice amministrativo per due profili: in positivo, per essere venuta meno ogni attribuzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato a seguito della regolazione sopravvenuta e attuale di tali materie nel settore delle telecomunicazioni, e, in negativo, per essere allo stato riservate alla competenza esclusiva dell'AGCOM ogni potere per la definizione della posizione dominante e per le sanzioni conseguenti al relativo abuso dell'impresa operante nel settore specifico.

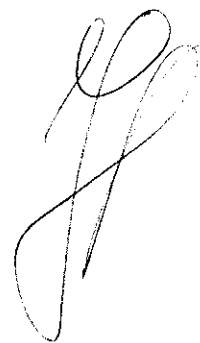
Sul punto il Consiglio di Stato ha confermato la statuizione dei primi giudici, ma non si è pronunciato sulla sua giurisdizione, ritenuta tacitamente sussistente senza alcuna pronuncia espressa sulla quale vi sia stata acquiescenza delle parti in causa.



Con l'impugnazione in questa sede Telecom da un canto, con il primo motivo, denuncia la carenza di potere dell'Autorità nella irrogazione delle sanzioni oggetto di causa e, d'altro canto, con il secondo motivo, deduce che le infrazioni punite in sede amministrativa altro non sono che inosservanza di disposizioni regolamentari dell'AGCOM. riservate, allo stato e fino alla creazione di reti fisse da parte degli OLO concorrenti della Telecom nel settore della telefonia, alla cognizione della stessa autorità settoriale.

Deve quindi negarsi la sussistenza di un accertamento non impugnato in sede giurisdizionale sulla giurisdizione sul quale possa dedursi vi sia stata acquiescenza di Telecom e l'eccezione di giudicato dei controricorrenti indicati deve quindi rigettarsi.

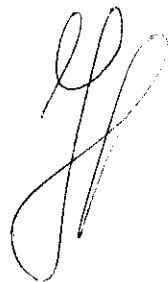
Va respinta anche l'eccezione dell'Autorità di inammissibilità del presente ricorso effetto dalla prevista giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sui provvedimenti emessi da essa (art. 33, 1° comma, della legge 18 ottobre 1990 n. 287), che comporterebbe il superamento nella materia di ogni distinzione tra diritti e interessi e quindi, ancor prima, tra carenza assoluta di potere e mera



incompetenza della amministrazione.

Anzitutto, lo stesso capoverso del citato art. 33 della legge per la tutela della concorrenza e del mercato riserva alla Corte d'appello competente per territorio le azioni di nullità e risarcitorie e i provvedimenti di urgenza, in rapporto alle violazioni delle norme in materia di abuso di posizioni dominanti (cfr. le recenti ord. Corte d'appello di Milano del 16 maggio 2006 tra Telecom e Fastweb, relative a richieste cautelari reciproche tra tali parti).

Peraltro l'inserimento, con l'art. 14 della legge 11 febbraio 2005 n. 15, dell'art. 21 septies della legge 7 agosto 1990 n. 241, che prevede la nullità dell'atto amministrativo anche nel caso sia "viziato da difetto assoluto di attribuzione" (1° comma), non esclude che soltanto le nullità dei provvedimenti violativi o elusivi del giudicato spettano alla cognizione del giudice amministrativo e che quindi, almeno nell'ambito della concorrenza e del mercato, come previsto dall'art. 33 cpv. della stessa legge n. 287 del 1990, resta riservato al giudice ordinario la conoscenza di altre nullità connesse a carenze assolute di potere e che quindi la questione come proposta dalla ricorrente non può qualificarsi



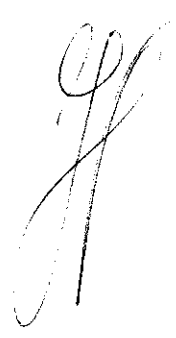
inammissibile, perché normativamente esclusa..

In conclusione entrambe le eccezioni pregiudiziali dei controricorrenti devono essere rigettate.

2.1. Con il primo motivo di ricorso, Telecom censura la decisione del Consiglio di Stato per violazione degli artt. 111 Cost. e 360, 1° comma, n. 1 c.p.c., per essere viziata da carenza di giurisdizione, non potendo il giudice amministrativo accertare la nullità assoluta o inesistenza del provvedimento dell'Autorità emesso in assoluta carenza di potere, perché relativo a materia attribuita in via esclusiva all'AGCOM, avendo giurisdizione su tali atti nulli solo il giudice ordinario ex art. 5 della legge 20 marzo 1865 n. 2248, all. E.

Secondo Telecom, la regolamentazione speciale della materia delle telecomunicazioni e, in questa, della concorrenza e del mercato, preclude l'applicabilità, in tale settore, della disciplina generale della legge n. 287 del 1990, in base alla quale sono state contestate le violazioni e irrogate le sanzioni oggetto di causa.

Se in astratto più discipline possono concorrere e legittimare l'intervento di diverse autorità nella irrogazione di sanzioni, come si è riconosciuto dalla

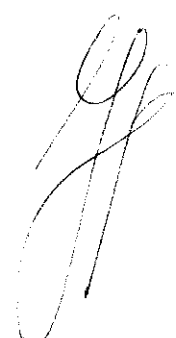


Commissione CEE in riferimento alla situazione di Deutsche Telecom (decisione del 21 maggio 2003), nella quale sono predeterminati solo i prezzi massimi applicabili da tale operatore in posizione dominante nel mercato tedesco, tenuto anche a rispettare i vincoli antitrust, ciò non può verificarsi nella normativa interna italiana.

Ad avviso della ricorrente, la delibera dell'AGCOM 15 maggio 2002 n. 152/02, che prevede una contabilità separata e specifica dei costi per la rete fissa e l'adozione di misure per assicurare la parità di trattamento degli utenti, imponendo linee guida elaborate dalla stessa autorità specializzata per la verifica dei prezzi dei servizi finali, comporta che solo l'Autorità di settore può accertare le violazioni delle disposizioni da essa date anche in materia di concorrenza.

Non v'è spazio, nella normativa interna, che consenta agli operatori margini di concorrenza non disciplinati in via speciale, anche ai fini dell'interconnessione degli OLO sulla rete fissa della già monopolista Telecom, operatore dominante o "notificato", come lo qualifica la delibera citata.

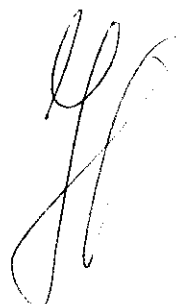
Deve negarsi, secondo la ricorrente, che vi sia stata



la violazione delle norme che vietano l'abuso di posizione dominante di cui alla legge n. 287/90, perché la sua condotta è stata conforme a quanto disposto dall'AGCOM, unica Autorità che può sanzionare violazioni dei doveri sorti dalla regolamentazione da essa predisposta, ex art. 98, comma 11, del Cod. Tel. Ad avviso della ricorrente, gli abusi di posizione dominante nel caso contestati, altro non sono che la inottemperanza di ordini e/o prescrizioni dell'AGCOM, la quale sola può accertare quali siano, nei settori per i quali è competente, le imprese con significativo potere di mercato o posizione dominante, e imporre alle stesse le prescrizioni per garantire una effettiva e sostenibile concorrenza.

Lo stesso sistema normativo vuole evitare siano comminate più sanzioni per la medesima condotta e garantisce a tutti gli operatori la conoscenza previa delle regole da osservare, presupposto del principio di legalità applicabile in materia di sanzioni e quindi della stessa punibilità in sede amministrativa delle loro inottemperanze.

Irrilevante è allo stato, ad avviso di Telecom, la previsione di intese tra le diverse autorità, di cui all'art. 8 del Cod. Tel., non compatibile con la

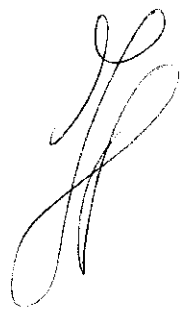


previsione dell'art. 1, comma 6, lett. c, n. 11, della legge 31 luglio 1997 n. 249, a sua volta inconferente con la previsione del mero parere dell'AGCOM all'altra Autorità che ha competenza generale, in rapporto alla applicazione, da quest'ultima, dei provvedimenti sanzionatori per violazione dell'art. 3 della legge n. 287 del 1990, come quelli oggetto di causa.

La disciplina speciale delle telecomunicazioni tutela una molteplicità di posizioni pure personali, di rango costituzionale o rilevanti in sede sovranazionale o convenzionale, in riferimento al diritto di iniziativa economica e di libera e sostenibile concorrenza.

Tale disciplina concorre a regolare e promuovere la concorrenza con quella generale riservata alla cognizione dell'Autorità ma, essendo speciale, la deroga e la esclude, dovendo riservarsi alla sola AGCOM la cognizione, nel suo settore di competenza, delle violazioni delle norme antitrust.

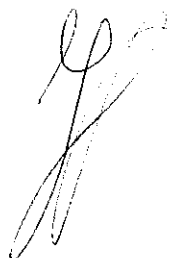
L'identità di obiettivi della disciplina generale e di quella speciale regolatrice della concorrenza, in materia di abuso di posizione dominante nei vari settori di mercato, comporta identità dei fini delle due regolazioni con la distinta identificazione normativa delle condotte sanzionabili dell'operatore



che domini il mercato; di conseguenza, in sede comunitaria, si è riconosciuta, in via transitoria, una prevalenza esclusiva della disciplina specifica e di settore, a evitare duplicazioni di sanzioni, che in Italia sono di misura diversa nelle due discipline, generale e speciale.

Entrambe le normative indicate intendono facilitare l'accesso al mercato di imprese alternative agli operatori storici e dominanti e, nel caso, Telecom deve garantire parità di trattamento a tutti gli OLO nell'interconnessione sulla rete fissa da essa detenuta e non può imporre costi che non consentano prezzi dei servizi non replicabili dai concorrenti.

Le regole generali sulla concorrenza sono espressione della elaborazione giurisprudenziale e si differiscono da quelle specifiche antitrust nel settore delle telecomunicazioni, che sono normativizzate, potendo rimanere regolati in via generale solo gli spazi non disciplinati, come ad. es. quelli delle intese o concentrazioni e non quelli degli abusi di posizione dominante, per i quali hanno rilievo solo le norme specifiche cui gli operatori di settore sono soggetti. All'AGCOM il legislatore ha riservato sia la definizione dei "mercati rilevanti" che l'accertamento

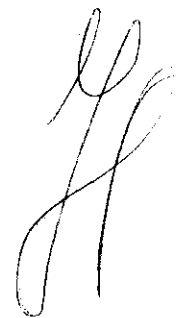


del "significativo potere di mercato", corrispondente alla "posizione dominante" di una certa impresa nel settore specifico, con la determinazione dei doveri che tale operatore deve adempiere, per promuovere la concorrenza tra le imprese operative in quel mercato, prevedendo l'irrogazione di sanzioni per inosservanza di tali disposizioni (artt. 18 e 19 del Cod. Tel.).

La posizione del significativo potere di mercato è riconosciuta all'impresa che agisce in posizione di forza economica tale da consentirle di comportarsi in modo indipendente dai concorrenti, dai clienti e dai consumatori, con il controllo di una quota di mercato molto superiore al 25%, quale è di certo Telecom.

L'inottemperanza di quanto prescritto dall'AGCOM, per evitare l'abuso della posizione dominante sul mercato di Telecom, che la stessa autorità ha individuato, comporta che essa sola può comminare sanzioni per le relative violazioni sulle quali nessun altro organo di garanzia può intervenire (il ricorso richiama, a tal proposito, le norme del D.P.R. 19 settembre 1998 n. 318, oggi espressamente abrogato dall'art. 218, comma 3, lett. u, del Cod. Tel.).

Non si rileva, dal provvedimento sanzionatorio oggetto di impugnazione, quali violazioni generali dell'art.



82 del Trattato istitutivo della CEE o dell'art. 3 della legge 10 ottobre 1990 n. 287, avrebbe posto in essere Telecom, alla quale si sono contestate solo condotte vietate specificamente dalla disciplina speciale delle telecomunicazioni, sanzionabili unicamente dalla autorità di settore.

La regolamentazione specifica, sia pure a carattere transitorio, prevale su quella generale antitrust e, di conseguenza, l'Autorità a questa preposta è priva di ogni potere per la disciplina della concorrenza con gli OLO nel settore delle telecomunicazioni, nel quale gli eventuali abusi di posizione dominante non possono che riservarsi alla cognizione dell'AGCOM.

Le due diverse previsioni di sanzioni, generale e speciale, per una medesima violazione, per i principi generali dell'ordinamento, chiariscono in modo palese che la deroga alla disciplina generica, perché la sanzione dell'art. 1, comma 31, della legge 249 del 1997 relativa al solo settore delle telecomunicazioni, è incompatibile con quella di carattere generale di cui all'art. 15 della legge n. 287/90.

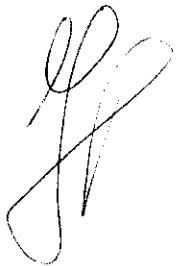
L'art. 25 della legge 24 aprile 1998 n. 125, poi inserito nell'art. 98 del Cod. Tel., ha dettato, ad avviso della ricorrente nell'intero settore delle



telecomunicazioni e non solo in quello radiotelevisivo, l'identica sanzione del comma 31 dell'art. 1 dell'abrogato D.P.R. n. 318 del 1998, per regolare la concorrenza nello specifico mercato; tale legge, secondo Telecom, esprime una volontà di riduzione delle sanzioni (dal 2 al 5% del fatturato invece che dall'1% al 10%), di cui il Consiglio di Stato non ha tenuto conto.

Solo l'AGCOM è destinataria della disciplina speciale, maggiormente precisa di quella generale antitrust applicata nel caso; non può darsi a chi è danneggiato nel settore delle telecomunicazioni una tutela maggiore di quella a lui garantita dalla specifica regolamentazione della concorrenza nella relativa materia, con la conseguenza che l'osservanza della normativa speciale è da sola sufficiente ad escludere la violazione delle norme generali antitrust.

2. Il secondo motivo di ricorso censura ancora la decisione impugnata per violazione delle medesime norme sopra indicate, riaffermando l'assoluta carenza di potere della Autorità, desumibile dal concreto potere, che la legge ha conferito solo all'AGCOM, di individuare i mercati rilevanti nel settore e le imprese che, nello stesso, hanno posizione



significativa di mercato o dominante, imponendo loro comportamenti e sanzionandone le inottemperanze con la irrogazione di sanzioni, per promuovere e tutelare la concorrenza tra operatore storico e gli OLO.

Afferma la ricorrente che, con il provvedimento che ha irrogato le sanzioni, si sono contestate violazioni delle norme, di natura regolamentare contenute nella delibera dell'AGCOM n. 152/02, per rilevare la posizione dominante di Telecom e che tale riscontro conferma la inesistenza/nullità dell'atto irrogativo di sanzioni della Autorità con competenza generale o generica.

I fatti contestati come infrazioni sono violazioni di norme regolatorie, anche se sono qualificati come abusi di posizione dominante e, come tali, dovevano essere oggetto, in sede amministrativa, dell'esclusiva competenza dell'autorità di settore.

Si è rilevato dal Consiglio di Stato, che un primo abuso della Telecom è consistito nell'avere stipulato con la Utenza business e la Grande clientela di Affari, clausole escludenti e condizioni economiche e tecniche che gli OLO, cui era stata concessa l'interconnessione, non potevano praticare e che ciò è accaduto nella gara Consip per la fornitura dei

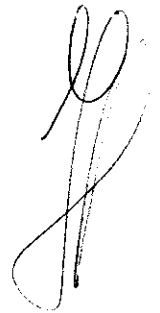


servizi telefonici alla pubblica amministrazione, per la quale sarebbero stati praticati prezzi sottocosto non replicabili dalla concorrenza, come denunciato da Albacom.

Si tratta, secondo Telecom, di contestazioni di comportamenti illeciti perché violativi di regole dettate dall'AGCOM, in rapporto all'individuazione stessa della posizione di rilievo sul mercato dei servizi telefonici della società ricorrente, per il D.P.R. n. 318/97 e le Direttive CEE nella materia.

In quanto condotte escludenti dalla concorrenza, che l'AGCOM nel settore deve promuovere in questa fase, soltanto tale autorità specializzata avrebbe potuto conoscerle e irrogare le sanzioni, in quanto titolare del potere di imporre a Telecom comportamenti atti a superare il monopolio preesistente con ordini e precetti, la cui inottemperanza comporta in via esclusiva l'abuso contestato e la sanzione di cui alla legge speciale, non conoscibile se non dalla stessa autorità alla quale sono attribuite le disposizioni in concreto violate.

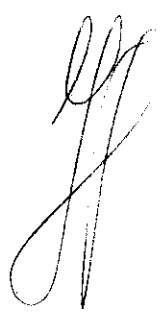
In ordine ai prezzi, in particolare, si è imputato a Telecom la fornitura di servizi sotto costo, tale da rendere non replicabili i medesimi prezzi per le



concorrenti in specie nella gara Consip di cui sopra; con gli OLO, invece, la ricorrente è stata obbligata a negoziare l'interconnessione (art. 41 Cod.tel.) e ad essi ha dovuto fornire, con prezzi all'ingrosso imposti, l'uso delle sue reti e strutture, consentendo alle altre imprese di settore prezzi competitivi e favorevoli all'utenza, almeno in via transitoria e fino a quando gli altri operatori non riusciranno a realizzare le proprie reti fisse.

Per tale rapporto tra Telecom e OLO, con l'obbligo di interconnessione a carico della prima e a favore dei secondi, sono previsti altri doveri, come quello della separazione contabile del ramo dell'impresa che gestisce le infrastrutture utilizzate dagli altri operatori rispetto alla residua contabilità, per fare emergere i costi della connessione e i prezzi da praticare per essa agli OLO, da trattare allo stesso modo delle direzioni commerciali e delle società collegate o controllate da quella dominante.

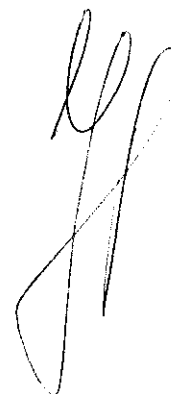
Solo l'AGCOM può verificare i prezzi dei servizi finali, dai quali si sono desunti gli abusi contestati a Telecom, essendo prevista dalla sua delibera n. 152/02 la emissione dall'autorità specializzata delle linee guida per la determinazione di tali prezzi, al



fine di valutare eventuali compressioni di margini di guadagno degli OLO, per effetto della politica dei prezzi della società in posizione dominante sul mercato specifico.

E' l'AGCOM che, con lo strumento dei tests di prezzo, fissa alcuni livelli di soglia degli stessi in modo da garantire a Telecom un margine ragionevole di guadagno sui costi dei servizi da essa forniti e un altro livello di soglia, oltre il quale le misure dei prezzi non sono replicabili dagli OLO che usino l'interconnessione, la cui violazione è quindi vietata.

Il mancato rispetto delle disposizioni date con la delibera n. 152/02 comporta le sanzioni previste dalla normativa propria delle telecomunicazioni, applicabili dalla sola AGCOM che, con le sue delibere, ha dato attuazione ai propri poteri regolatori della materia. Se esiste il controllo dei prezzi finali dei servizi di Telecom, è logico ritenere che solo l'AGCOM abbia il potere di accertare le complessive condizioni dell'offerta all'utenza e, in particolare, alla Grande clientela d'affari e all'Utenza business, che si sono ritenute, nella fattispecie, violative della concorrenza e che, secondo il Consiglio di Stato, sono

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the bottom, positioned to the right of the main text.

state autorizzate dalla stessa AGCOM, che quindi in via esclusiva può verificarne il carattere abusivo. Osserva la ricorrente che il Consiglio di Stato ha affermato che le violazioni contestate sono quelle di cui alle norme regolanti gli interventi dell'AGCOM in materia di concorrenza, come si rileva dalle stesse motivazioni della decisione oggetto di ricorso.

Del resto numerose norme del Cod. Tel. prevedono poteri di regolamentazione nella materia, come l'art. 13, comma 4, lett. b, che li sancisce a evitare distorsioni e restrizioni della concorrenza, l'art. 50, in materia di prezzi e contabilità dei costi, che li regola, per impedire prezzi non replicabili dai nuovi operatori, l'art. 67, che conferisce la facoltà di intervento all'autorità di settore per imporre obblighi anche nella determinazione dei prezzi per i servizi forniti al dettaglio dalle imprese in posizione dominante.

In quanto vi sono tali poteri dell'AGCOM, è errata la decisione impugnata, che non rileva che solo a tali norme regolatorie speciali occorre fare riferimento per accertare la violazione dei principi sulla concorrenza della società in posizione dominante e non a quelle generali della legge n. 287 del 1990 in



materia di telecomunicazioni.

Secondo il Consiglio di Stato, le offerte alla Grande clientela di affari devono essere preventivamente assoggettate al controllo dell'AGCOM, che deve garantire la necessaria riservatezza esterna delle offerte e rispettare la tempistica delle gare, ad evitare un alterato svolgimento di queste.

Ciò comporterebbe, ad avviso di Telecom, una paralisi dell'attività d'impresa e quindi detta comunicazione previa delle offerte non è in astratto ipotizzabile senza grave danno per la ricorrente, che deve rispondere solo dell'inosservanza di disposizioni e ordini ricevuti dall'autorità specializzata.

Il Consiglio di Stato, in ordine alla propria giurisdizione, ha rilevato l'abrogazione del 1° comma dell'art. 20 della legge n. 287/90, che riservava alla competenza esclusiva dell'AGCOM la materia della radiodiffusione e dell'editoria, norma che a suo avviso comunque nessun rilievo avrebbe avuto nel mercato della telefonia.

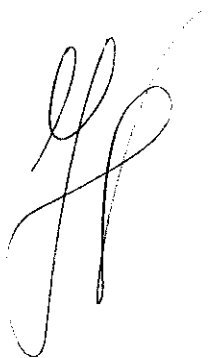
Secondo i giudici amministrativi non rileva nel medesimo senso il comma 7° dello stesso art. 20 ora citato, mai abrogato, che consente l'intervento concorrente delle varie autorità, quando l'abuso di



posizione dominante riguardi imprese operanti in settori sottoposti alla vigilanza di più di queste. La norma conferisce a ciascuna autorità il potere di adottare i provvedimenti di propria competenza, che sono quelli con i quali, nella fattispecie, l'AGCOM ha applicato le norme regolatorie, per la cui deroga essa solo aveva competenza specifica a irrogare le sanzioni e non l'altra Autorità che non può che individuare un generico abuso di posizione dominante.

Il Consiglio di Stato afferma che la competenza per gli abusi di posizione dominante nel mercato dei servizi telefonici, spetta all'Autorità di cui alla legge n. 287/90 e che l'AGCOM esprime solo un parere obbligatorio e non vincolante sulle stesse, senza tener conto della particolarità del settore in cui si interviene e rilevando erroneamente la propria giurisdizione sulla base della posizione comune delle difese delle due autorità, quasi che l'accertamento della giurisdizione possa dipendere da accordi tra le parti in causa.

3.1. Entrambi i motivi di ricorso devono dichiararsi inammissibili, perché in sostanza denunciano errores in iudicando e/o in procedendo del Consiglio di Stato all'interno, cioè, del potere giurisdizionale di tale

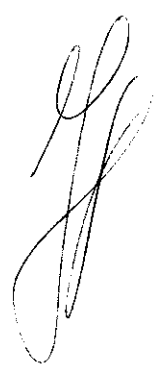
A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the bottom, positioned on the right side of the page.

autorità giudiziaria e quindi non attinenti alla giurisdizione e ai suoi limiti esterni, che la ricorrente deduce essere stati violati nel caso dai giudici amministrativi.

Con il ricorso Telecom chiede in realtà di valutare la legittimità della sentenza impugnata per violazioni di leggi sostanziali e per carenze, che potrebbero qualificarsi anche motivazionali e integranti vizi processuali, cioè deduce questioni e motivi preclusi per le impugnazioni in sede di legittimità delle sentenze dei giudici amministrativi, ai sensi degli artt. 111 Cost., 362, 1° co., c.p.c. e 36 della L. 6 dicembre 1971 n. 1034.

Telecom formula i quesiti di cui al 1° comma dell'art. 366 bis c.p.c. come se il ricorso riguardasse uno dei "casi previsti dall'art. 360, primo comma, numeri 1),2),3) e 4)" e cioè si versasse in una fattispecie tipica di impugnazioni di sentenze del giudice ordinario e non di decisioni del Consiglio di Stato, di cui alle norme citate in precedenza.

Per il primo motivo di ricorso, Telecom, sul presupposto che solo l'AGCOM potrebbe irrogare le sanzioni per violazioni delle norme sulla concorrenza nel settore delle telecomunicazioni, propone tale



quesito di rilevare cioè: "che l'accertamento della inesistenza/nullità assoluta del provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia attribuita all'Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni, ricade nella giurisdizione del giudice ordinario, sicché la decisione presa in merito dal giudice amministrativo (il Consiglio di Stato) e qui impugnata è viziata da carenza di giurisdizione (art. 111 Cost. ult. comma, art. 360, 1° comma, n. 1, cod.proc.civ)" (pag. 9 del ricorso).

Il quesito proposto con il secondo motivo, ai sensi della stessa norma di cui sopra, chiede a queste Sezioni Unite di affermare "che l'accertamento dell'inesistenza/nullità, per carenza di poteri, del provvedimento reso dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato nel procedimento A351, in quanto relativo a fatti espressamente individuati come violazioni di norme regolatorie la verifica del cui rispetto è attribuzione dell'Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni, ricade nella giurisdizione del giudice ordinario, sicché la decisione resa in merito dal giudice amministrativo (il Consiglio di Stato) e qui impugnata, è viziata da carenza di giurisdizione (art. 111 Cost. ult. comma, art. 360, 1° comma, n. 1



cod. proc. civ.)" (pagg- 48 - 49 del ricorso).

In sostanza ambedue i quesiti posti con il ricorso censurano la sentenza del Consiglio di Stato, per la parte in cui, al punto 6, ha denegato la dedotta carenza assoluta di potere, ritenendo invece che "le attribuzioni della AGCOM, che opera quale autorità di regolamentazione del settore delle telecomunicazioni, non hanno scalfito la competenza generale dell'Autorità in tema di vigilanza antitrust" (6.6.2.), così individuando il vizio dedotto con il ricorso e con il gravame di carenza assoluta di potere, come di mera incompetenza amministrativa.

La decisione dei giudici amministrativi è censurata quindi in rapporto alla interpretazione da questi data al contenuto del ricorso di Telecom al Tar Lazio e del gravame della stessa società al Consiglio di Stato avverso la pronuncia di primo grado, deducendosi, con l'impugnazione in questa sede, un vizio processuale o in procedendo, per non avere pronunciato sulla dedotta carenza assoluta di potere dell'Autorità, con la negazione del mero vizio d'incompetenza negli atti di questa nel caso concreto.

In secondo luogo si lamenta da Telecom una violazione della normativa vigente e quindi un vizio di legge



sostanziale, per avere la decisione impugnata erroneamente letto le norme generali che regolano la concorrenza e il mercato in rapporto a quelle speciali relative alle garanzie in materia di telecomunicazioni, e, di conseguenza, quelle sul riparto di competenze tra le due autorità di garanzia, cioè quella in genere competente sulla concorrenza e sul mercato e l'altra specializzata sulle telecomunicazioni, con la negazione della incompetenza assoluta nel caso concreto e il rigetto della domanda di nullità o annullamento del provvedimento irrogativo delle sanzioni da parte dei giudici amministrativi. Questa seconda deduzione attiene chiaramente a vitia in iudicando, anche essi preclusi nello speciale ricorso da prospettare in questa sede.

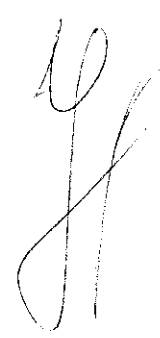
3.2. Sono infatti qualificati tradizionalmente come motivi inerenti alla giurisdizione, deducibili a queste Sezioni Unite, con il ricorso ai sensi degli artt. 111 Cost. e 362 c.p.c. e 36 della legge n. 1034 del 1971 per la cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato, quelli che denunciano un abuso positivo o negativo dei poteri del giudice amministrativo, per avere esercitato attribuzioni del legislatore o invaso la sfera di discrezionalità della



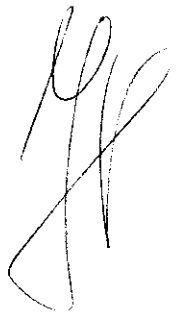
P.A., ovvero quelli che deducono la denegata giurisdizione dei giudici amministrativi stessi sull'errato presupposto della improponibilità della domanda e la violazione dei limiti c.d. esterni alla giurisdizione (così S.U. 19 luglio 2006 n. 16469, ord. 15 giugno 2006 n. 13911, 9 giugno 2006 n. 13433, 18 marzo 2006 n. 7026, 16 febbraio 2006 n. 3367 e ord. 6 luglio 2005 n. 14201, le più recenti, tra molte).

C'è violazione dei limiti esterni della giurisdizione solo quando si deduca che il giudice amministrativo s'è pronunciato oltre i propri poteri, cioè su una controversia in materia esclusa dalla sua cognizione e riservata alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale, oppure abbia negato la propria competenza sul presupposto errato che essa appartiene ad altro giudice o ancora se, in materia attribuitagli per il sindacato di legittimità dei provvedimenti amministrativi, abbia compiuto un sindacato di merito.

E' quindi inammissibile il ricorso con il quale si denunci invece un cattivo esercizio, dal Consiglio di Stato, della propria giurisdizione, vizio che riguarda l'esplicazione interna del potere giurisdizionale conferito dalla legge al giudice amministrativo e non si può proporre alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, competenti solo per le questioni attinenti alla giurisdizione (S.U. ord. 5 giugno 2006 n. 13176).



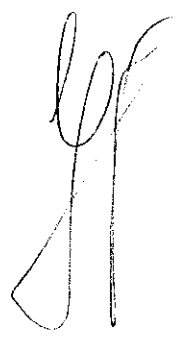
E' in relazione al richiamato riparto di giurisdizione che questa Corte a Sezioni unite ha affermato, in una questione analoga a quella proposta in questa sede, che, "in tema di tutela della concorrenza e del mercato, ai sensi dell'art. 1 della legge 10 ottobre 1990 n. 287, la definizione dei rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno è data dalla dimensione comunitaria o nazionale dell'illecito concorrenziale, nel senso che la cognizione dell'illecito comunitario è devoluta alla Commissione delle Comunità europee, mentre quella dell'illecito rilevante nel solo mercato nazionale, quando anche la relativa condotta rientri nella previsione di un regolamento comunitario, spetta all'Autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'art. 10 della medesima legge. In questa materia, tra Commissione ed Autorità garante opera un riparto di competenze amministrative, perché né l'una né l'altra sono organi di giurisdizione. Ne consegue che il modo in cui l'Autorità garante esercita, sotto il profilo della propria competenza in rapporto a quella della Commissione europea, il proprio potere, è soggetto al controllo del giudice nazionale munito di giurisdizione - nella specie il giudice amministrativo, al quale l'art. 33 della legge citata affida la giurisdizione esclusiva nella materia de qua



- il cui eventuale errore ermeneutico in punto di accertamento del vizio di legittimità del provvedimento amministrativo impugnato sub specie del difetto di competenza dell'Autorità emanante si traduce in error in iudicando, attinente alla esplicazione interna del potere giurisdizionale attribuito dalla legge al giudice amministrativo ed è perciò inidoneo a integrare una questione di giurisdizione" (Cass. 29 aprile 2005 n. 8882).

Tale principio è certamente rilevante nella presente fattispecie, nella quale, come deduce la stessa ricorrente, vi sono discipline legislative di pari livello e distinte che regolano la stessa materia della concorrenza e del mercato nel particolare settore delle telecomunicazioni e vi è poi una ripartizione, sempre di carattere normativo, dei poteri tra l'Autorità con competenza generale e quella specializzata, in ordine alla eventuale contestazione di violazioni e alla irrogazione di sanzioni distintamente regolate.

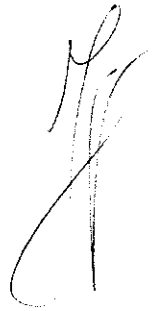
E' peraltro palese che l'eventuale esercizio di potere di un'Autorità che eserciti competenze che la legge attribuisce anche ad altra autorità, in assenza di un divieto espresso o tacito di tale intervento e in un settore nel quale vi sia la previsione legislativa di funzioni identiche esercitabili in sede amministrativa



e in via concorrente da entrambe dette autorità, può configurarsi solo come vizio di incompetenza e non come carenza assoluta di potere, così come rilevato già dalla sentenza impugnata.

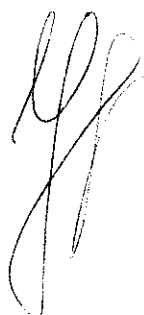
Il ricorso di Telecom che presuppone una ricostruzione delle violazioni contestate diversa da quella ritenuta corretta dai giudici amministrativi e la censura, facendo derivare da essa la pretesa esclusiva competenza dell'AGCOM e la carenza di potere dell'Autorità, senza indicare la norma che vieta a quest'ultima di intervenire, denuncia in sostanza vizi in iudicando e in procedendo delle decisioni impugnate e non la violazione dei limiti esterni della giurisdizione ed è quindi inammissibile.

3.3. Deve quindi affermarsi il seguente principio di diritto: "Solo quando l'applicazione degli artt. 2,3,4 e 6 della legge 10 ottobre 1990 n. 287 sia riservata in via esclusiva ad autorità diversa da quella garante della concorrenza e del mercato (ad es. art. 20, commi 2 e 3, della L. n. 287 del 1990), può desumersi dal quadro normativo di riferimento una assoluta carenza di potere di quest'ultima nel comminare sanzioni per abuso di posizione dominante, dovendosi altrimenti applicare il comma 7 dello stesso art. 20 della indicata legge, per il quale, quando i comportamenti richiamati sono tenuti da imprese operanti in settori



sottoposti alla vigilanza di più autorità, ciascuna può adottare i provvedimenti di propria competenza. Questi ultimi, quindi, potranno essere affetti, se emessi da una piuttosto che dall'altra Autorità, solo da vizio di incompetenza amministrativa e non da quello di carenza assoluta di potere, non configurabile in assenza di un divieto, espresso o tacito, di esercizio dei poteri di queste nel settore specifico da parte dell'Autorità che ha competenze generali nella materia. Conseguenza alla negazione della carenza assoluta di potere nella fattispecie la esclusione della nullità del provvedimento emesso da una delle Autorità concorrenti, che può essere viziato solo per incompetenza e non è configurabile a fondamento di una questione attinente alla giurisdizione, da dichiarare pertanto inammissibile nella richiamata fattispecie".

4. In conclusione, deve dichiararsi inammissibile il ricorso, che deduce come questione attinente alla giurisdizione, la denuncia di violazioni di legge del giudice amministrativo, che secondo la ricorrente, avrebbe erroneamente negato la nullità/inesistenza del provvedimento sanzionatorio dell'Autorità e dichiarato la competenza amministrativa concorrente di tale soggetto con quella dell'autorità per le garanzie nelle comunicazioni, in ordine a comportamenti



violativi di regole della legge sulla concorrenza da parte di un'impresa con posizione dominante nel settore delle telecomunicazioni.

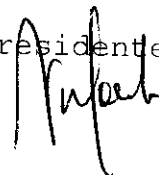
In rapporto alla mancata valutazione, in queste sede, delle ragioni sostanziali della ricorrente, non esaminate perché precluse dai limiti sanciti legislativamente al ricorso ai sensi dell'art. 111 Cost. di cui al presente giudizio, concorrono motivi di equità per la totale compensazione delle spese di questa fase tra la ricorrente e i controricorrenti, nulla disponendosi per le spese nei rapporti con gli intimati che non si sono difesi in questa, spese che restano a carico di Telecom la quale le ha anticipate.

P.Q.M.

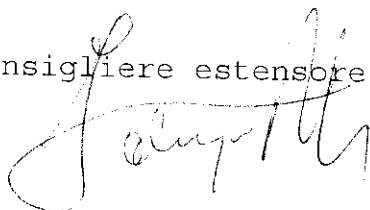
La Corte dichiara inammissibile il ricorso e compensa le spese.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio delle Sezioni unite civili della corte Suprema di Cassazione del 16 novembre 2006.

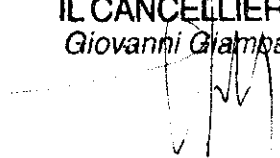
Il presidente



Il consigliere estensore



IL CANCELLIERE C1
Giovanni Giambattista



Depositata in Cancelleria



oggi, 28 FEB. 2007

IL CANCELLIERE C1
Giovanni Giambattista

