

Pubblicato il 23/05/2019

N. 06310/2019 REG.PROV.COLL.
N. 06666/2018 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA NON DEFINITIVA

sul ricorso numero di registro generale 6666 del 2018, proposto da TIM S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Catricalà, Massimo Merola e Luca Raffaello Perfetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio “Bonelli Erede” in Roma, via Vittoria Colonna, 39;

contro

Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero dello Sviluppo Economico, Ministero dell'Interno, Ministero della Difesa, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso cui domiciliano “ex lege” in Roma, via dei Portoghesi, 12; Ministero della Giustizia, Ministero dell'Economia e delle Finanze e

Commissione Nazionale per le Società e la Borsa – CONSOB, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Vivendi Société Anonyme, non costituita in giudizio;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Codacons - Coordinamento delle associazioni e dei comitati di tutela dell'ambiente e dei diritti degli utenti e dei consumatori, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Carlo Rienzi e Gino Giuliano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'Ufficio Legale Nazionale del Codacons in Roma, viale Giuseppe Mazzini, 73;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia anche inaudita altera parte,

- del decreto della PCM dell'8 maggio 2018 e trasmesso in pari data, con il quale, a seguito della conclusione dell'istruttoria relativa al procedimento sanzionatorio avviato nei confronti di TIM ai sensi dell'art. 2 del D.L. 15 marzo 2012, n. 21, recante “*Norme in materia di poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni?*”, è stata imposta alla Società una sanzione amministrativa pecuniaria di importo pari a Euro 74.312.342,44;

- di ogni altro atto al Provvedimento comunque connesso e coordinato, anteriore e conseguente, ivi incluso specificamente il provvedimento prot. 0005924 P-4.2.1.VSGF del 28 settembre 2017 in quanto richiamato dal Procedimento di Applicazione della Sanzione a formarne parte integrante.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto il decreto cautelare presidenziale n. 3356/2018 del 6.6.2018;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero dello Sviluppo Economico, Ministero dell'Interno, Ministero della Difesa, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Autorità per le

Garanzie nelle Comunicazioni, Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, con la relativa documentazione;

Visto l'intervento "ad opponendum" del Codacons - Coordinamento delle associazioni e dei comitati di tutela dell'ambiente e dei diritti degli utenti e dei consumatori, con la relativa documentazione;

Vista l'ordinanza cautelare di questa Sezione n. 4042/2018 del 5.7.2018;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli art. 36, comma 2, e 79, comma 1, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica dell'8 maggio 2019 il dott. Ivo Correale e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con rituale ricorso a questo Tribunale la TIM s.p.a. ("Tim") chiedeva l'annullamento, preve misure cautelari, del provvedimento in epigrafe concernente l'irrogazione della sanzione amministrativa pecuniaria ivi indicata, all'esito del procedimento avviato ai sensi dell'art. 2 del d.l. 15 marzo 2012, n. 21, come convertito in l. n. 56/2012, conseguente al procedimento di accertamento degli obblighi di notifica previsti in capo alla ricorrente dalla normativa in questione, in relazione alla intervenuta "presa d'atto" dal parte del C.d.A. di Tim dell'inizio dell'attività di direzione e coordinamento da parte di Vivendi Société Anonyme ("Vivendi"), società di diritto francese attiva nel campo dei "media" e delle comunicazioni con partecipazione al 23,94% del capitale di Tim, derivante dalla prevalenza della lista proposta da Vivendi per il rinnovo del C.d.A. di Tim stessa.

Descrivendo in sintesi le modalità con cui la PCM ha dato luogo a una prima e distinta fase di accertamento degli obblighi e, successivamente, a una ulteriore fase di applicazione della sanzione, Tim evidenziava la sindacabilità di quest'ultima da parte di questo Tribunale, pur avendo già proposto ricorso

straordinario ex d.p.r. n. 1199/1971 al Presidente della Repubblica, e lamentava varie censure, illustrate in quattro motivi di ricorso, quali:

“I. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ART. 6 E 41 CEDU – VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 49 E 63 TFUE – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 1 E 2 DELLA L 241/1990 – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 2 DEL DL 21/2012, ARTT. 4 E 8 DEL D.P.R. 86/2014 – VIOLAZIONE DEI TERMINI PER LA CONCLUSIONE DEL PROCEDIMENTO – ECCESSO DI POTERE PER CONTRADDITTORIETÀ E SVIAMENTO DI POTERE – ESAURIMENTO DEL POTERE – VIOLAZIONE DEGLI ARTICOLI 6 E 41 CARTA EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO- VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL GIUSTO PROCEDIMENTO. ILLEGITTIMITÀ DERIVATA.”;

“II. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ART. 6 E 41 CEDU – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ART. 49 E 63 TFUE – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 25 COST. – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 2 DEL DL 21/2012 – ELUSIONE, ECCESSO E SVIAMENTO DI POTERE – CARENZA DI ISTRUTTORIA, DIFETTO DI MOTIVAZIONE, IRRAGIONEVOLEZZA – ILLEGITTIMITÀ DERIVATA.”, con istanza di rinvio pregiudiziale ex artt. 267 TFUE;

“III. VIOLAZIONE DI LEGGE PER CONTRASTO CON ED ERRATA APPLICAZIONE DELL’ART. 2, COMMA 4 DEL DL 21/2012, DELL’ART. 41 CEDU, DELL’ART. 97 COST., ECCESSO DI POTERE PER TRAVISAMENTO DEI FATTI, SVIAMENTO, IRRAGIONEVOLEZZA, IN RAGIONE DELL’AVER LA RICORRENTE NOTIFICATO.”;

“IV. ECCESSO DI POTERE PER IRRAGIONEVOLEZZA E TRAVISAMENTO, VIOLAZIONE DI LEGGE PER CONTRASTO CON ED ERRATA APPLICAZIONE DELL’ART. 2, COMMA 4, DEL DL N.

21/2012, IN ORDINE ALLA QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE”.

Con il decreto monocratico in epigrafe, era accolta la domanda ex art. 56 c.p.a., in considerazione dell'ammontare della sanzione e della garanzia fideiussoria prestata dalla ricorrente.

Si costituivano in giudizio le Amministrazioni e le Autorità in epigrafe, affidando a distinta memoria per la camera di consiglio l'illustrazione delle tesi orientate a rilevare l'infondatezza del gravame.

Proponeva rituale intervento “ad opponendum” il Codacons - Coordinamento delle associazioni e dei comitati di tutela dell'ambiente e dei diritti degli utenti e dei consumatori (“Codacons”), depositando anch'esso una distinta memoria.

Con l'ordinanza in epigrafe, questa Sezione accordava la sospensione del provvedimento impugnato, in quanto legata alla spontanea prestazione da parte della società ricorrente di una cauzione di importo pari a quello della sanzione irrogata.

In prossimità della trattazione di merito, le parti depositavano ulteriori memorie illustrative.

In particolare, il Codacons ricordava che Tim aveva proposto in precedenza un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica avverso il “provvedimento di accertamento” alla base di quello in questa sede impugnato, invocando quindi l'inammissibilità del ricorso nella presente sede per il principio dell'“alternatività” dei rimedi e per la necessità di impugnare anche il provvedimento sanzionatorio, quale conseguente, con il rimedio del ricorso ex d.p.r. n. 1199/1971.

Dal canto suo, Tim depositava in giudizio documentazione da cui si evinceva che la garanzia fideiussoria prestata era stata prorogata fino al 30 novembre 2019, insistendo nell'istanza di rinvio pregiudiziale alla CGUE e, in subordine, di sospensione del presente giudizio in attesa della pronuncia del Consiglio di Stato sul ricordato ricorso straordinario.

Alla pubblica udienza dell'8 maggio 2019 la causa era trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il Collegio ritiene di avvalersi di quanto previsto dall'art. 36, comma 2, c.p.a. per pronunciare sull'eccezione avanzata dal Codacons e sull'istanza di sospensione del processo proposta da Tim.

Riguardo alla prima, si rileva come l'interveniente abbia richiamato la circostanza della già avvenuta proposizione di un ricorso straordinario, ad opera della società qui ricorrente, avverso il "provvedimento di accertamento" del 28 settembre 2017, quale atto direttamente presupposto a quello, consequenziale, impugnato nella presente sede, e con ciò provvedendo a contestare l'ammissibilità del ricorso in trattazione sulla base del noto principio secondo cui "electa una via non datur recursus ad alteram" e della progressiva estensione di esso, in via d'interpretazione giurisprudenziale del Consiglio di Stato come riportata, all'ipotesi di atti distinti purché legati da un nesso di presupposizione e se le controversie siano connotate da un'obiettiva identità di "petitum e causa petendi".

Premesso ciò, il Collegio ritiene che il presente ricorso non possa essere dichiarato inammissibile per ragioni essenzialmente di ordine "sostanziale".

Deve ricordarsi che l'art. 2, comma 4, ultima parte, d.l. n. 21/12 cit. prevede che *"Salvo che il fatto costituisca reato, chiunque non osservi le disposizioni di cui al comma 2 e al presente comma è soggetto a una sanzione amministrativa pecuniaria fino al doppio del valore dell'operazione e comunque non inferiore all'uno per cento del fatturato cumulato realizzato dalle imprese coinvolte nell'ultimo esercizio per il quale sia stato approvato il bilancio"*.

Orbene, la società ricorrente, nella sua impugnativa, evidenzia che gli atti impugnati con i ricorsi straordinari (oltre al "provvedimento di accertamento" vi è anche quello con cui sono stati esercitati i "poteri speciali", di cui agli artt. 1 e 2 d.l. cit.) sarebbero frutto di una artificiosa articolazione del procedimento da parte della PCM, che avrebbe "spezzato" il procedimento, provvedendo con due distinti e separati provvedimenti, laddove ne era

semmai necessario uno solo, appunto quello definitivo di applicazione di sanzione impugnato nella presente sede.

Secondo parte ricorrente, quindi, nello schema legislativo è configurato un unico procedimento per dare luogo a un unico provvedimento, come era desumibile anche dal decreto qui impugnato ove è detto che il distinto “provvedimento di accertamento” fa “parte integrante del presente atto”.

In sostanza, la PCM ha dato luogo a una pluralità di procedimenti, confluiti in atti distinti e separati per tale ragione autonomamente impugnati.

Sempre secondo la ricostruzione di parte ricorrente, certamente – in generale - una sanzione deriva da un previo accertamento della violazione di un obbligo, ma tale accertamento (che è proprio di qualunque decisione provvedimentale) costituisce solo un antecedente logico e “procedimentale” del provvedimento tipizzato dalla norma, per cui non si riscontra in alcun fondamento normativo la pretesa di fare dell’accertamento un procedimento (con provvedimento) autonomo, come invece accaduto nel caso di specie, considerando anche che ivi trovano applicazione le leggi “generali” n. 689/81 e n. 241/90, come richiamate dal d.P.R. 25 marzo 2014, n. 86, recante *“Regolamento per l'individuazione delle procedure per l'attivazione dei poteri speciali nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, a norma dell'articolo 2, comma 9, del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21”* e che, nel caso di specie nessuna norma “tipizza” l’operato della PCM nel senso descritto.

Sulla base di tali condivisibili riflessioni, il Collegio riscontra che nel caso di specie non è in effetti immediatamente rilevabile dalle disposizioni applicabili un rapporto consequenziale che obbliga a una distinta fase di accertamento e a una successiva fase sanzionatoria, con relativi provvedimenti, perché la norma di riferimento di cui al d.l. cit. non prevede né “tipizza” tale schema procedimentale, autonomamente seguito invece dall’amministrazione.

Si rammenta infatti che la posizione giurisprudenziale richiamata dall’interveniente afferma che il principio di “alternatività”, di cui all’art. 8, comma 2, d.p.r. n. 1199/1971, ha una valenza estremamente ampia e deve

operare tra ricorsi proposti dal medesimo soggetto ed oggettivamente connessi o allorquando tra i diversi provvedimenti impugnati esista un rapporto di presupposizione, pregiudizialità, dipendenza (Consiglio di Stato, Sez. I, decc. 26.10.16, n. 2221, e 2.2.16, n. 211 nonché Sez. V, 3.9.13, n. 4375), in quanto la “ratio” delle norme che regolano tale principio non risponde, invero, alla tutela dei privati bensì della giurisdizione, avendo lo scopo di evitare il rischio di due decisioni contrastanti sulla medesima controversia (Cons. Stato, Sez. III, 15.11.10, n. 1963 e Sez. I, dec. 29.4.10, n. 584).

Il Collegio osserva, però, che nel caso in esame è in dubbio e in contestazione proprio tale rapporto di necessaria presupposizione che contraddistinguerebbe il rapporto tra i due atti impugnati in diversi sedi, risultando piuttosto sullo sfondo della tesi di Tim una “distinzione” dei due atti in questione, nel senso della non necessità del primo rispetto al secondo.

Pertanto, secondo la disciplina e i principi generali che regolamentano la materia, non si rinvencono preclusioni normative alla scelta dell'interessata di impugnare atti e/o provvedimenti differenti mediante lo strumento del ricorso straordinario e del ricorso giurisdizionale.

Se pure, in presenza di atti e/o provvedimenti connessi o consequenziali il giudice amministrativo ha quindi avuto, in alcuni casi, l'occasione di rinvenire l'estensione del principio dell'“alternatività” anche all'ipotesi di impugnativa di atti distinti, ciò era successo perché tali atti risultavano legati tra loro da un nesso di presupposizione evidenziato o quantomeno evidenziabile dalle norme applicabili, qui invece non chiarito dall'Amministrazione.

Ad avviso del Collegio, pertanto, si presenta più aderente alla “ratio” della volontà legislativa l'interpretazione che nega qualsiasi applicazione analogica e/o estensiva del principio dell'“alternatività”, quando sia in dubbio il rapporto “presupposto/conseguenza” tra due atti, con piena affermazione della scelta per l'interessato di impugnare l'atto susseguente con uno o con l'altro dei rimedi in questione, nel rispetto dell'effettività della tutela e relegando ragionevolmente il principio dell'“alternatività” sul piano delle

“censure” nel senso che, ove quest'ultime siano state “ritualmente proposte avverso l'atto presupposto innanzi al primo giudice...vanno comunque solo da questi decise” (v. Cons. Stato, Sez. VI, 18.9.13, n. 4650).

Anzi, nella presente fattispecie, proprio la caratteristica di “originalità” del doppio procedimento che ha contraddistinto l'operato della PCM impone di attendere la pronuncia del Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario sull'atto di “accertamento”, anche per verificare se tale organo investito della decisione ritiene di condividere tale impostazione, con conseguente verifica dell'effettiva impugnabilità di tale atto e dell'eventuale fondatezza delle censure ivi proposte, evidenziate anche nella presente sede sotto forma di illegittimità derivata, oltre ai vizi “propri” del provvedimento sanzionatorio pure lamentati.

Di conseguenza, il Collegio ritiene di accogliere la domanda di parte ricorrente, provvedendo alla sospensione, in attesa della definizione di quello pendente avanti al Consiglio di Stato, ricorrendo come in altre occasioni, all'istituto della sospensione c.d. “impropria” del processo, ai sensi dell'art. 79, comma 1, c.p.a. (TAR Lazio, Sez. I, ordd. 8.5.18, n. 5109 e n. 5110 nonché 3.2.16, n. 1512), considerando, infatti, che la giurisprudenza amministrativa ha chiarito come l'ampiezza del rinvio operato dall'art. 79 cit. alla sospensione del processo come disciplinata dal codice di procedura civile comporti l'applicabilità nel processo amministrativo dell'intera gamma delle disposizioni che governano la materia, dunque non solo dell'art. 295 c.p.c. (Cons. Stato, A.P. ord. 15 ottobre 2014, n. 28; in termini: TAR Lazio, Sez. I, ord. 10.12.18, n. 11892; Cons. Stato, Sez. V, 16.2.15, n. 806; 8.8.13, n. 4169 e ord. 12.6.13, n. 3240).

Rilevato, inoltre, alla luce della presente pronuncia, che nel corso del giudizio era stata concessa la su ricordata tutela cautelare in virtù di spontanea prestazione da parte della società ricorrente di una cauzione di importo pari a quello della sanzione irrogata e che tale garanzia risulta prorogata dall'istituto che l'aveva concessa fino al 30 novembre 2019, il Collegio rinnova la

statuizione cautelare in tal senso, estendendola a tale data e imponendo alla ricorrente di prorogare ulteriormente la cauzione in questione fino alla nuova discussione del merito (all'esito della riassunzione susseguente alla decisione del ricorso straordinario ora pendente), qualora tale discussione fosse fissata in data posteriore al 30 novembre 2019.

Ogni ulteriore statuizione riguardante il presente contenzioso, pertanto, viene rinviata alla nuova trattazione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), non definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- respinge l'eccezione di inammissibilità del ricorso per il principio dell'"alternatività" invocato;
- sospende il giudizio nei sensi di cui in motivazione, ex art. 79, comma 1, c.p.a.;
- sospende ulteriormente l'esecuzione del provvedimento impugnato, nei sensi di cui in motivazione.

Spese al definitivo.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Ivo Correale, Consigliere, Estensore

Roberta Ravasio, Consigliere

L'ESTENSORE

Ivo Correale

IL PRESIDENTE

Carmine Volpe

IL SEGRETARIO