**N. 00810/2015REG.PROV.COLL.**

**N. 03890/2014 REG.RIC.**

****

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso n. 3890/2014 RG, proposto dall’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni - AGCOM, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici si domicilia in Roma, via dei Portoghesi n. 12,

***contro***

la TELECOM Italia s.p.a., corrente in Milano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Cardarelli e Filippo Lattanzi, con domicilio eletto in Roma, via G. P. da Palestrina n. 47 e

***nei confronti di***

- WIND Telecomunicazioni s.p.a., corrente in Roma, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Beniamino Caravita Di Toritto e Sara Fiorucci, con domicilio eletto in Roma, via di Porta Pinciana n. 6 e
- Fastweb s.p.a., corrente in Milano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gilberto Nava, Filippo Pacciani e Valerio Mosca, con domicilio eletto in Roma, via XX Settembre n. 5,

***per la riforma***

della sentenza del TAR Lazio – Roma, sez. II, n. 2530/2014, resa tra le parti e concernente il contributo dovuto all’AGCOM dai soggetti gestori di telefonia mobile, per la gestione del regime di autorizzazione e per la concessione dei diritti d'uso;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti intimate;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore all'udienza pubblica del 27 novembre 2014 il Cons. Silvestro Maria Russo e uditi altresì, per le parti, gli avvocati Cardarelli, Lattanzi, Caravita di Toritto, Pacciani e Nava e l’Avvocato dello Stato De Stefano;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. – Con raccomandazione n. 2003/311/CE, la Commissione UE ha reso note alle Autorità nazionali di regolazione – ANR le proprie considerazioni sui mercati rilevanti di prodotti e servizi nell’ambito del nuovo quadro regolamentare delle comunicazioni elettroniche, circa l’applicazione di misure *ex ante* ai sensi della dir. n. 2002/21/CE (c.d. “direttiva quadro”).

Avendo riguardo a tal raccomandazione ed in base all’analisi condotta sulla realtà nazionale, con l’art. 2, c. 3 della delibera n. 46/06/Cons del 25 gennaio 2006, l’AGCOM ridefinì quello italiano dell’accesso e dell’originazione delle chiamate nelle rete telefoniche pubbliche mobili come «… *il mercato della fornitura congiunta di accesso e originazione da parte di operatori mobili nazionali ad operatori sprovvisti di risorse radio, che permetta a questi ultimi di fornire servizi finali, sia vocali, sia dati quali gli SMS*…».

2. – L’art. 1 della dir. n. 2009/140/UE impone (in realtà, ribadisce) agli Stati membri di provvedere a che tutte le ANR (in Italia, pure all’AGCOM) dispongano, tra l’altro, di risorse finanziarie proprie al fine di rafforzarne l’indipendenza e la capacità d’autonomo svolgimento delle funzioni.

Per quanto attiene all’ordinamento nazionale, l’obbligo contributivo alle ANR fu introdotto dall’art. 2, commi 38 e 39 della l. 14 novembre 1995 n. 481, a carico dei soggetti regolati, per coprire le effettive spese di funzionamento di ciascuna Autorità indipendente. Tal norma fu estesa a favore dell’AGCOM in forza dell’art. 6, c. 1, lett. a) della l. 31 luglio 1997 n. 249, mentre il successivo c. 2 stabilì anche un corrispettivo per i servizi resi dall’Autorità stessa in base alla legge, tra cui la tenuta del registro degli operatori. Sicché con il decreto del 4 luglio 2001, il Ministro dell’economia dettò le linee guida per il calcolo e l’applicazione del contributo, in quella sede indicando i contribuenti ad esso assoggettati e la base imponibile su cui calcolarlo. Quest’ultima, sulla quale sarebbe stata poi applicata l’aliquota proporzionale, era indicata nei ricavi conseguiti al netto delle quote riversate agli operatori terzi, con esenzione dei ricavi derivanti, tra l’altro, da attività per servizi e prodotti di comunicazione telematici, interattivi e multimediali.

Dal canto suo, l’AGCOM dettò le istruzioni per il calcolo del contributo per il 2001, stabilendo che l’aliquota dovesse esser applicata sul totale dei ricavi iscritti alla voce A1 (ricavi delle vendite e delle prestazioni) dell’ultimo bilancio approvato, con esclusione di quelli conseguiti per i servizi dianzi indicati e per quelli non regolamentati dall’Autorità stessa, regole, queste, poi ribadite da essa per gli anni dal 2002 al 2005 incluso.

Nel frattempo, nella peculiare materia delle comunicazioni elettroniche, è intervenuto l’art. 12, § 1) della dir. n. 2002/20/CE (“direttiva autorizzazione”), il quale assoggetta le imprese, che prestino servizi o reti ai munite di autorizzazione generale o che hanno ricevuto una concessione dei diritti d'uso, ad un prelievo (diritti amministrativi imposti). Quest’ultimo deve coprire nel complesso«… *i soli costi amministrativi che saranno sostenuti per la gestione, il controllo e l'applicazione del regime di autorizzazione generale, dei diritti d'uso e degli obblighi specifici di cui all'articolo 6, paragrafo 2,* …». I costi possono comprendere pure quelli di cooperazione internazionale, di armonizzazione e di standardizzazione, di analisi di mercato, di sorveglianza del rispetto delle disposizioni e di altri controlli di mercato, nonché di preparazione e di applicazione del diritto derivato e delle decisioni amministrative (tra cui in materia di accesso e interconnessione). Siffatto prelievo è poi imposto «… *alle singole imprese in modo proporzionato, obiettivo e trasparente che minimizzi i costi amministrativi aggiuntivi e gli oneri accessori*…».

Tale disposizione, che limita il prelievo al solo regime di autorizzazione generale, alla concessione di diritti d’uso ed ai connessi obblighi di cui al precedente art. 6, § 2), è stata replicata in Italia dall’art. 34, c. 1 del Dlg 1° agosto 2003 n. 259 (cod. comunicaz. Elettroniche – CCE). Ciò, tuttavia, tranne che per il § 2) del medesimo art. 12, per cui «… *le autorità nazionali di regolamentazione che impongono il pagamento di diritti amministrativi sono tenute a pubblicare un rendiconto annuo dei propri costi amministrativi e dell'importo complessivo dei diritti riscossi. Alla luce delle differenze tra l'importo totale dei diritti e i costi amministrativi, vengono apportate opportune rettifiche*…». Le norme del § 2), precisa fin d’ora il Collegio, sono già oggi tutte di applicazione immediata ed incondizionata anche in Italia e, per quanto qui concerne, NON sono (o non sono più) eludibili da parte dell’AGCOM.

Preme altresì al Collegio che l’attitudine alla contribuzione delle imprese soggette al prelievo *de quo*, è chiaramente individuata dalla norma primaria UE nel rapporto di diretta proporzionalità tra aliquota, base imponibile e presupposto, da un lato ed entità dei costi sostenuti dalle ANR per le sole attività di regolazione *ex ante*.

Poiché quest’ultima è preordinata ad impedire gli effetti abusivi e distorsivi nel mercato relativo prima che se ne verifichino i danni, le sole attività, da finanziare con il prelievo, sono solo quelle strumentali al rilascio ed a TUTTI gli aspetti di disciplina e gestione della stessa autorizzazione generale. Ciò è confermato pure dal *considerando* n. 30) alla dir. n. 2002/20/CE, in virtù del quale agli operatori del settore può esser chiesta la contribuzione «… *a copertura delle spese sostenute dall'autorità nazionale di regolamentazione per la gestione del regime di autorizzazione e per la concessione dei diritti d'uso…* (allo scopo di coprire i) *soli costi amministrativi veri e propri di queste attività*…». Il successivo *considerando* n. 31) precisa altresì che «… *con un sistema di autorizzazioni generali non sarà più possibile attribuire costi e quindi diritti amministrativi a singole imprese fuorché per concedere i diritti d’ uso dei numeri, delle frequenze radio e dei diritti di installare strutture* (onde) *… qualsiasi diritto amministrativo applicabile dovrebbe essere in linea con i principi di un sistema di autorizzazione generale*…», ossia strettamente correlato alla sola attività di regolazione d’un mercato non ancora competitivo e non ad altre vicende che, pur astrattamente indicate nel CCE, non scontano tali criticità. Non a caso la giurisprudenza della stessa CGUE ha affermato, sul punto e da molto tempo rispetto ai fatti di causa, che «… *sebbene diritti di tal genere possano coprire costi amministrativi detti «generali», questi ultimi possono riferirsi soltanto alle quattro attività menzionate* (all’art. 6 – NDE) *e tali diritti non possono quindi comprendere altre voci di spesa, come le spese per la generale attività di sorveglianza dell’autorità di regolamentazione nazionale e, in particolare, per il controllo di eventuali abusi di posizione dominante. Questo tipo di controllo eccede infatti il lavoro strettamente necessario all’attuazione delle autorizzazioni generali*…» (sentenza del 21 luglio 2011, in C-284/10, *Telefónica de España SA*, § 23).

3. – Ciò premesso, la TELECOM Italia s.p.a., corrente in Milano e titolare di un’autorizzazione generale per l’esercizio di servizi di telefonia mobile, fa presente che, a seguito dell’entrata in vigore dell’art. 1, commi 65, 66 e 68 della l. 23 dicembre 2005 n. 266, le spese di funzionamento delle ANR «… *a decorrere dall'anno 2007… sono finanziate dal mercato di competenza… per la parte non coperta da finanziamento a carico del bilancio dello Stato, secondo modalità previste dalla normativa vigente ed entità di contribuzione determinate con propria deliberazione da ciascuna Autorità, nel rispetto dei limiti massimi previsti per legge, versate direttamente alle medesime Autorità*…». Tal disposizione, precisa il Collegio, vige per tutte le ANR e per l’AGCOM integra ed aggiorna, anche per quanto riguarda l’aliquota applicabile (per il solo anno 2006 ed a regime, per gli anni successivi), l’obbligo di contribuzione ex art. 2, c. 38, lett. b) della l. 481/1995 a carico dei soggetti operanti nel settore delle telecomunicazione, previsto dal citato art. 34 CCE.

Detta Società assume che la disciplina ex l. 266/2006 non sia conforme all’art. 12 della dir. n. 2002/20/CE, soprattutto per aver il legislatore nazionale attribuito all’AGCOM il potere di variare l’aliquota in funzione delle proprie esigenze di bilancio, non più legati ai costi amministrativi in concreto sostenuti per l’esercizio delle funzioni regolatorie. Detta Società rende noto che l’AGCOM ne ha dato sì applicazione per gli anni 2006, 2007 e 2008, ribadendo la base imponibile secondo la normativa previgente, nazionale e comunitaria, ossia quella formata dai soli ricavi ottenuti nel settore delle comunicazioni. Infatti, le istruzioni all’uopo diramate dell’AGCOM hanno precisato, per tali anni, che l’aliquota vada applicata «… *sul totale dei ricavi iscritti alla voce A1 (ricavi delle vendite e delle prestazioni) dell’ultimo bilancio approvato…con esclusione di quelli conseguiti a fronte di attività non riconducibili tra i servizi regolamentati dall’Autorità*…», oltre ad escludere le quote riversate agli operatori terzi.

Il quadro impositivo è stato modificato dall’AGCOM in base alle delibere n. 693/08 e n. 722/09, relative agli esercizi 2009 e 2010, le quali, pur richiamando il DM 17 maggio 2002, hanno disposto l’applicazione dell’aliquota annuale a tutti i ricavi ottenuti nel settore delle comunicazioni, compresi pure quelli ritratti dai servizi a valore aggiunto – VAS (servizi SMS, MMS e Internet). A detta dell’AGCOM, ciò costituisce non già una novella, ma un chiarimento rispetto a quanto finora fatto, perché i servizi da finanziare con il prelievo si riferiscono a tutte le attività nelle comunicazioni elettroniche, che richiedano un intervento regolatorio dell’Autorità stessa. Nella misura in cui il presupposto imponibile consiste nel fatto oggettivo della soggezione di tali attività ai poteri di regolazione, nella base imponibile vanno computati tutti i proventi che gli operatori ritraggono da prodotti e servizi nel settore delle comunicazioni elettroniche le quali, in via diretta o mediata, rientrino nell’attività istituzionale della medesima AGCOM.

Dal che l’inizio d’un controllo, da parte dell’Autorità, per la verifica dell’esatto adempimento degli obblighi contributivi in capo a tutti gli operatori di telefonia mobile, cui la TELECOM Italia s.p.a. ha replicato evidenziando, a suo avviso, le criticità dell’ampliamento della base imponibile nei sensi dianzi indicati.

Nondimeno, è intervenuta la delibera n. 99/11/Cons, con cui l’AGCOM ha disatteso le osservazioni di detta Società (tranne quelle relative alla vendita degli apparati e delle quote da riversare a terzi) e ha accertato, alla luce del sistema di calcolo indicato nelle delibere per il 2009 ed il 2010, il parziale mancato versamento del contributo dovuto per il quinquennio 2006/2010, ingiungendone il pagamento nel termine di sessanta giorni.

4. – La TELECOM Italia s.p.a. s’è allora gravata contro tal provvedimento innanzi al TAR Lazio, con il ricorso n. 3490/2011 RG, deducendo in punto di diritto: 1) – l’omessa considerazione che il gettito del prelievo su tutti gli operatori nell’ultimo quinquennio avesse ampiamente garantito la copertura dei costi amministrativi sostenuti dall’AGCOM, donde l’indebito sovraprofitto che essa avrebbe lucrato, in violazione delle norme comunitarie sulla corrispondenza fra costi effettivamente sostenuti ed entità della contribuzione dal mercato di riferimento, con il pagamento delle maggiori somme accertate ed ingiunte e non avesse rideterminato in diminuzione le aliquote per lo stesso periodo; B) – l’erronea determinazione della base imponibile, per aver l’AGCOM voluto includervi ricavi che ne sarebbero dovuti restare fuori in applicazione dei criteri individuati a suo tempo dal Ministero e poi dalla stessa Autorità e pur dopo l’entrata in vigore della l. 266/2005, sui quali detta Società e gli altri operatori avevano fatto pieno e legittimo affidamento in sede di autoliquidazione del contributo.

Nelle more del giudizio, è intervenuta la delibera n. 599/10/Cons dell’11 novembre 2010, recante la fissazione dell’aliquota contributiva per l’anno 2011 (1,8 ‰), all’uopo richiamando pure l’obbligo di conformarsi all’art. 2, c. 241 della l. 23 dicembre 2009 n. 191, secondo il quale, per gli anni dal 2010 al 2012, una quota del gettito del prelievo ex art. 1, c. 65 e ss. della l. 266/2005 sarebbe dovuta esser trasferita ad ANR.

Detta Società rende noto sì d’aver pagato con riserva l’importo ingiuntole e d’aver comunicato alla medesima Autorità il modello per il 2011, evidenziando le quote di ricavi a suo dire esenti dal prelievo *de quo*, ma s’è al contempo gravata avverso la delibera n. 599/2010/CONS innanzi al TAR Lazio, chiedendone l’annullamento a causa sia della contrarietà di essa al diritto UE, sia della violazione dell’art. 2, c. 241 della l. 191/2009 ai principi costituzionali, sia dei vizi propri del citato provvedimento. Detta Società cita sul punto le difese di AGCOM in quella sede, volte a far constare come il prelievo ex art. 1, c. 65 e ss. della l. n. 266/2005 avesse natura tributaria, in sé ben diversa da quella dei diritti amministrativi ex art. 12 della dir. n. 2002/20/CE e, pertanto, non fosse relegata all’ambito della specifica disciplina del rapporto autorizzativo, costituendo una forma di concorso al soddisfacimento di esigenze di pubblico interesse. Detta Società afferma quindi che, da tal avviso, si evince l’attrazione alla base imponibile anche di cespiti per costi ulteriori rispetto a quelli posti dal medesimo art. 12.

L’adito TAR, con le ordinanze n. 3133 e n. 3134 del 5 aprile 2012, ha rinviato alla CGUE la questione di interpretazione pregiudiziale circa la conformità della normativa italiana di settore a tal art. 12, § 1) della dir. n. 2002/20/CE. In particolare, il TAR le ha chiesto se questo debba esser inteso come ostativo alla disciplina interna ex l. 266/2005, come in concreto applicata in sede regolamentare. Tanto perché «… *una lettura ragionevole delle regole comunitarie appare quella per cui i contributi riscossi dall’Agcom debbono essere commisurati ai costi sopportati ai fini dello svolgimento dell’attività di regolamentazione* ex ante…». Tale ricostruzione non è stata condivisa dal Governo il quale, nel procedimento pregiudiziale, ha contestato l’impossibilità che l’art. 2, c. 241 della l. 191/2009 possa implicare l’illegittimità di tutto il sistema contributivo, stante anche il carattere contingente e temporaneo di quest’ultima norma. Pure la Commissione UE, nel dedurre a sua volta innanzi alla CGUE, non ha condiviso l’interpretazione del Giudice *a quo* nel voler limitare i costi finanziabili con il prelievo a quelli della sola regolazione *ex ante*, strumentale al rilascio delle autorizzazioni generali, ché detto art. 12, § 1) si limita a menzionare una lista solo esemplificativa e non esaustiva, vale a dire l’imposizione degli obblighi specifici di cui al precedente art. 6, o quelli imposti agli operatori che detengano un rilevante potere di mercato (ai sensi dell’art. 17 della dir. n. 2002/22/CE). Sicché manca quel limite, indicato dal Giudice *a quo*, l’assenza del quale assicura invece l’indipendenza delle ANR, posto sia dal medesimo art. 12, §1), sia dall’art. 3, § 3) della dir. n. 2002/21/CE (c.d. direttiva quadro).

La Corte di giustizia, riunite le cause e con sentenza del 18 luglio 2013, ha dichiarato che il ripetuto art. 12 «… *non osta alla disciplina di uno Stato membro… ai sensi della quale le imprese che prestano servizi o reti di comunicazione elettronica sono tenute a versare un diritto destinato a coprire i costi complessivi sostenuti dall’* (ANR) … *e non finanziati dallo Stato, il cui importo è determinato in funzione dei ricavi realizzati da tali imprese, a condizione che tale diritto sia esclusivamente destinato alla copertura di costi relativi (art. 12, par. 1 della direttiva)…, che la totalità dei ricavi ottenuti a titolo di detto diritto non superi i costi complessivi relativi a tali attivitàe che lo stesso diritto sia imposto alle imprese in modo proporzionato, obiettivo e trasparente, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare*…».

5. – A seguito di tal pronuncia, l’adito TAR, con sentenza n. 2530 del 5 marzo 2014 e previa la disapplicazione della disciplina nazionale implicata, ha riunito i citati ricorsi e li ha accolti, con il contestuale annullamento dell’ingiunzione impugnata, all’uopo ribadendo le tre concomitanti condizioni poste dalla CGUE per la corretta applicazione dell’art. 12, § 1). Sicché, per il TAR, detto prelievo deve compensare le sole spese nel complesso sostenute dall’AGCOM per l’attività di regolazione inerente al sistema di autorizzazione generale, ché la necessità d’assicurare adeguate risorse finanziarie all’Autorità stessa non può esser soddisfatta «… *imponendo particolari oneri… nei fatti slegati da quelli sostenuti per determinate tipologie di attività*…». Il TAR ricostruisce il prelievo *de quo* a guisa di tassa di scopo e non come un’imposta senza correlazione di essa e le spese di funzionamento dell’Autorità, come d’altronde, a suo dire, si evince dalla comunicazione del Consiglio di AGCOM, la quale conclude nel senso del necessario rispetto del principio di stretta corrispondenza tra diritti amministrativi imposti agli operatori e costi realmente sostenuti nell’attività di regolazione. Tanto, ad avviso del TAR, grazie ad una giurisprudenza della CGUE ormai consolidata, secondo la quale le uniche prestazioni a carico degli operatori dei servizi di telecomunicazione sono solo quelle riconducibili, tra l’altro, ai diritti amministrativi ex art. 12, § 1) della dir. n. 20, con esclusione di quelle per servizi non regolamentati.

6. – Appella quindi l’AGCOM, con il ricorso in epigrafe, deducendo in particolare: A) – l’erronea disapplicazione di tutta la normativa nazionale coinvolta (e, dunque, pure dell’art. 2, c. 241 della l. 191/2009), anche a causa della confusione operata dal TAR tra la conformità di tal normativa alle regole UE e la legittimità delle norme regolamentari adottate dall’AGCOM per ciascun singolo periodo d’imposta; B) – la mancata indicazione specifica, da parte del TAR, di quali costi dell’ANR debbano esser coperti con il prelievo a carico degli operatori di comunicazioni elettroniche; C) – la violazione delle norme e dei principi comunitari causata da tal erronea disapplicazione —specie a fronte del *decisum* della CGUE sull’assenza di contrasto tra le norme UE e la normativa nazionale di settore—, perché tanto la limitazione del prelievo alla sola attività di regolazione *ex ante*, quanto l’asserito principio di minimizzazione dei costi amministrativi aggiuntivi e degli oneri accessori, quanto l’affermata necessità di stretta corrispondenza tra il prelievo stesso ed i costi sostenuti per tal attività costituiscono dati erronei, immotivati ed irrazionalmente limitativi del significato di questa, la quale concerne pure la vigilanza sugli operatori, le analisi di mercato, le nuove tecnologie e la collaborazione con le ANR straniere; D) – l’assenza di stretta correlazione tra il prelievo relativo a ciascun singolo operatore e la quantità di attività compiuto nel singolo procedimento come s’evince dai parr. 29 e 30) della sentenza della CGUE la quale, nel richiamare l’art. 6, § 2) della dir. n. 2002/20/CE, esemplifica le varie attività comunque connesse all’autorizzazione generale ex art. 25 CCE, come già chiarito nei medesimi termini dalla Commissione UE nel suo parere alla Corte ed in base alla giurisprudenza di quest’ultima (caso *Telefónica de Espaňa*), per cui il diritto UE non impone regole specifiche sulla determinazione della base imponibile e la riscossione del prelievo; E) – la piena conformità del finanziamento dell’ AGCOM, tramite detto prelievo, al diritto ed alla giurisprudenza comunitari, erronea essendo ogni lettura dell’*incipit* dell’art. 1, c. 65 della l. 266/2005 come se fosse obbligo di finanziamento, a carico di tali operatori, indistintamente per ogni attività dell’AGCOM, ossia senza tener conto del contenuto dell’art. 34 CCE e dell’art. 12 della dir. n. 2002/20/CE, con la precisazione che l’attuale sistema di prelievo è l’evoluzione di quanto già previsto dall’art. 2, c. 38, lett. b) della l. 481/1995 e dall’art. 6 della l. 249/1997 senza che finora gli operatori abbiano avuto alcunché da ridire sui contributi per gli anni dal 2006 in poi; F) – l’illogicità e l’infondatezza degli argomenti del TAR sia sulla limitazione del prelievo alla sola attività relativa all’autorizzazione nel regime di regolazione *ex ante*, sia sulla retroattività della definizione dei cespiti attratti a tassazione, sia sulla pretesa esclusione da quest’ultima dei proventi per i servizi VAS, non potendo bastare il richiamo al DM 17 maggio 2002 (contenuta nelle delibere n. 698/08/CONS e n. 722/08/CONS) per giustificare una determinazione della base imponibile alla sola luce della normativa previgente all’art. 1, c. 65 della l. 266/2005 ed avendo il TAR fatto confusione tra i costi di funzionamento dell’AGCOM ed i ricavi degli operatori e ritenuto illegittimo il recupero a tassazione dei contributi non versati; G) – la legittimità della delibera n. 98/11/CONS circa detto recupero pure per i ricavi sui servizi VAS, diversi sì da quelli di telefonia vocale, ma pur sempre soggetti alla regolazione ed alla vigilanza dell’Autorità, anche a garanzia dei consumatori finali ed indipendentemente da ogni diversa e/o risalente prassi contraria (peraltro riferita ad un altro e superato contesto normativo), in quanto afferenti all’unico ed identificato «*mercato della fornitura congiunta di accesso e originazione, da parte di operatori mobili nazionali, ad operatori sprovvisti di risorse radio, che permetta a questi ultimi di fornire servizi finali, sia dati quali gli SMS*»; H) – l’erroneità della sentenza con riguardo ai ricavi per l’interconnessione sul mercato internazionale; I) – l’extrapetizione in cui è incorso il TAR relativamente ai tre elementi essenziali del prelievo *de quo*, il cui difetto al più attiene non alla conformità del diritto nazionale al diritto comunitario, bensì alla legittimità in sé degli atti impositivi, donde l’inammissibilità d’ogni statuizione sulle delibere annuali dell’Autorità mai impugnate in primo grado e, in ogni caso, l’erroneità della sentenza su tal punto.

Resiste in giudizio la Società appellata, che in modo articolato conclude per l’integrale rigetto del gravame. Entrambe le parti hanno ritualmente depositato memorie e documenti. Alla pubblica udienza del 27 novembre 2014, su conforme richiesta delle parti, il ricorso in epigrafe è assunto in decisione dal Collegio.

7. – L’appello non è fondato e va respinto.

Come s’è visto dalla citazione della normativa applicabile nella specie, l’art. 34 CCE indica i tre elementi essenziali su cui basa il prelievo per cui è causa: A) – i diritti amministrativi devono coprire «… *complessivamente I SOLI COSTI AMMINISTRATIVI sostenuti per la gestione, il controllo e l’applicazione del regime di autorizzazione generale*…», compresi quelli inerenti alle attività collaterali strettamente collegate a quelle testé citati; B) – il prelievo, che percuote le imprese «… *che forniscono reti o servizi ai sensi dell’autorizzazione generale*…», è imposto ad ogni singola impresa così identificata «…*in modo proporzionato, obiettivo e trasparente*…»; C) – tale modalità deve minimizzare i «… *costi amministrativi aggiuntivi e gli oneri accessori*…», gli uni dovendosi intendere i sovracosti derivanti o da non corretta gestione dell’AGCOM o da spese impreviste di essa comunque non riferibili al regime di autorizzazione, gli altri gli inutili oneri di riscossione, anche documentali.

Precisa fin d’ora il Collegio che il prelievo dev’esser al contempo sobrio e commisurato alle specifiche spese non di funzionamento generale di AGCOM, ma per la gestione dell’autorizzazione generale nello specifico settore delle comunicazioni elettroniche. Tal stretta commisurazione va a sua volta letta alla luce del citato art. 12, § 2) della dir. n. 2002/20/CE, che, a tal riguardo, impone alle ANR, compresa l’AGCOM di «… *pubblicare un rendiconto annuo dei propri costi amministrativi e dell'importo complessivo dei diritti riscossi*…». Si tratta d’un documento che non coincide con il bilancio dell’Autorità, né lo doppia, giacché esso serve al calcolo, anch’esso soggetto a facile ed immediata leggibilità, delle differenze tra l'importo totale dei diritti riscossi ed i costi amministrativi sopportati, al fine pure di apportare le opportune rettifiche, in dare o in avere con le imprese contribuenti.

Né s’appalesa erronea l’indicazione, operata dal TAR, che il prelievo, oltre che semplice e di facile attuazione, non solo non può eccedere i predetti costi, così or ora definiti ed alla luce delle norme citate, e deve concernere il regime di autorizzazione generale, ma nei soli limiti in cui essa si ricolleghi a mercati non efficienti, i quali, perciò, abbiano bisogno d’una regolazione *ex ante* e solo finché tal necessità permanga.

Preme altresì al Collegio far presente che l’attitudine alla contribuzione delle imprese soggette al prelievo *de quo*, è chiaramente individuata dalla norma primaria UE nel rapporto di diretta proporzionalità tra aliquota, base imponibile e presupposto, da un lato ed entità dei costi sostenuti dalle ANR per le sole attività di regolazione *ex ante*. Poiché quest’ultima è preordinata ad impedire gli effetti abusivi e distorsivi nel mercato relativo prima che se ne verifichino i danni, le sole attività, da finanziare col prelievo, sono sole quelle strumentali al rilascio ed a TUTTI gli aspetti di disciplina e gestione della stessa autorizzazione generale. Ciò è confermato, lo s’è visto all’inizio, dai citati *considerando* n. 30) e n. 31) alla dir. n. 2002/20/CE, in virtù del cui combinato disposto agli operatori del settore può esser chiesta la contribuzione «… *a copertura delle spese sostenute dall'autorità nazionale di regolamentazione per la gestione del regime di autorizzazione e per la concessione dei diritti d'uso…* (per coprire i) *soli costi amministrativi veri e propri di queste attività*…», senza più possibilità di «… *attribuire costi e quindi diritti amministrativi a singole imprese fuorché per concedere i diritti d’ uso dei numeri, delle frequenze radio e dei diritti di installare strutture*…». Pertanto, «… *qualsiasi diritto amministrativo applicabile dovrebbe essere in linea con i principi di un sistema di autorizzazione generale*…», nel senso, cioè, che il prelievo dev’essere strettamente correlato all’attività di regolazione d’un mercato non ancora competitivo e non ad altre vicende.

Di ciò è tanto consapevole l’appellante (cfr. pag. 52 del ricorso in epigrafe), da riconoscere che «… *non si possono accollare indistintamente sugli operatori del settore delle comunicazioni elettroniche tutti i costi inerenti alle attività istituzionalmente affidate all’Agcom [che sono comprensive anche di attività che non riguardano il mercato delle comunicazioni elettroniche, ma quelli (diversi) della televisione, della radiodiffusione, dell’editoria e dei servizi postali]. Si può perciò riconoscere la correttezza della motivazione nella parte in cui esclude che i contributi degli operatori del settore delle comunicazioni elettroniche possono riferirsi ai costi delle attività inerenti alla disciplina delle telecomunicazioni, dell’editoria o dei servizi postali*…».

Come si vede, la presente controversia sembra avere ad oggetto l’ampliamento, o meno, della base imponibile; in realtà riguarda l’esatta identificazione del presupposto del prelievo *de quo*. Appunto per questo è manifestamente irrilevante ogni questione sull’omessa impugnazione di atti impositivi pregressi, ché l’interesse della Società appellata s’è attualizzata solo al momento in cui l’AGCOM ha modificato, in via unilaterale (ed illegittima), detto presupposto.

Esaminiamo per ordine.

8. – Dice l’appellante che lo scenario (*recte*, il presupposto imponibile) della gestione del prelievo pare cambiare dopo l’emanazione dell’art. 1, commi 65 e 66 della l. 266/2005, laddove s’è precisato che «… *le spese di funzionamento dell* (‘AGCOM) *…sono finanziate dal mercato di competenza, per la parte non coperta da finanziamento a carico del bilancio dello Stato, secondo modalità prevista dalla normativa vigente*…».

Ora, si tralasci un momento il c. 66, il quale essenzialmente serve ad indicare, in modo preciso, l’aliquota del contributo e, in modo più vago (o, se si vuole, alquanto indefinito) la base imponibile (ossia, i ricavi risultanti dal bilancio approvato prima della delibera dell’ANR). Se invece ci si sofferma sulla definizione testé data dal c. 65, esso anzitutto individua la platea dei contribuenti, ossia le imprese operanti nel mercato di competenza.

Tale mercato è stato identificato, al tempo dei fatti di causa —cioè, prima della raccomandazione della Commissione UE in data 9 ottobre 2014, relativa ai mercati rilevanti di PRODOTTI e SERVIZI nel settore delle comunicazioni elettroniche—, in base alla precedente raccomandazione del 17 dicembre 2007. Quest’ultima, a sua volta ed ai fini della presente controversia, identifica il predetto mercato, che può esser oggetto di regolazione *ex ante*, quello all’ingrosso di «*terminazione di chiamate vocali su singole reti mobili (n. 7)* ». In Italia e sulla scorta della raccomandazione in data 11 febbraio 2007 in sede di prima applicazione della dir. n. 2002/21/CE, l’AGCOM aveva nel corso degli anni identificato, per quanto qui d’interesse, un «*mercato della terminazione delle chiamate vocali su singole reti mobili*» (mercato n. 12 – delib. n. 34/06/CONS).

Ai fini imponibili, ciò che qui rileva è dunque la definizione di questo mercato ai sensi della delibera n. 34, per i cui operatori appartenenti vige il relativo regime di autorizzazione generale ex art. 25 CCE. A nulla rileva, ai fini stessi, che poi l’art. 1, c. 66 della l. 266/2005 abbia stabilito una sola aliquota ed un’unica modalità di calcolo per tutti i soggetti in varia guisa operanti nel settore delle comunicazioni ex art. 2, c. 38 della l. 481/1995. Ciò significa che nulla è innovato, per quanto attiene alla concreta identificazione dei contribuenti operanti nel mercato di competenza, dall’art. 1, c. 66 della l. 266/2005 sull’ impianto generale posto dal citato c. 38. Quindi, è materialmente vero che tutti i vari operatori nel settore delle comunicazioni elettroniche soggiacciono ad un unico regime del prelievo, ma ciascuna categoria per lo specifico mercato di sua competenza (identificato dalle raccomandazioni della Commissione UE e, in Italia, dall’AGCOM), in relazione, cioè, al contenuto del rispettivo regime autorizzativo e di regolazione *ex ante* ed al fine di finanziare detta Autorità con i ricavi strettamente corrispondenti e a detto mercato ed ai costi di gestione (previ e successivi al rilascio dell’autorizzazione), negli ovvi limiti di concorrenza a tali spese e con ripartizione proporzionata tra i contribuenti.

Pertanto, il prelievo *de quo* è non già una sovrimposta sui ricavi iscritti a bilancio, ma una tassa di scopo, ossia un’imposizione parzialmente commutativa. Essa infatti finanzia non già l’AGCOM in sé o per l’universo delle funzioni comunque afferenti al settore delle comunicazioni elettroniche, ma il servizio che rende agli operatori di sola quella frazione di tal settore che afferisce al mercato della telefonia vocale mobile, di cui alla delibera n. 34/2006/CONS e nella sola misura in cui e fintanto che quest’ultimo abbisogni di regolazione. In quanto tributo di scopo, ha un montante predefinito — corrispondente ai costi effettivamente per la gestione di tutti gli aspetti della regolazione di tal mercato—, pur se la legge che fissa l’ammontare non indica con esattezza i cespiti imponibili.

Ma questi ultimi, per contro, si desumono facilmente proprio dalla natura del prelievo *de quo* e dalla delimitazione di questo ai soli ricavi (ritratti sul mercato di competenza) ex art. 1, c. 66 della l. 266/2005, corrispondenti ai costi di gestione di cui all’art. 34 CCE (afferenti al mercato stesso), come specificamente descritti nella rendicontazione ex art. 12, § 2) della direttiva n. 20.

Non nega il Collegio che l’art. 1, commi 65 e 66 della l. 266/2005, come d’altronde l’art. 2, c. 38, lett. b) della l. 481/1995, sembra non prender partito sulla definizione della base imponibile.

A ben vedere, tuttavia e se si legge la norma stessa in una con le fonti comunitarie, queste ultime disseminano la fattispecie impositiva di svariati elementi che fanno concludere per quella stretta correlazione dianzi descritta. Invero, le fonti comunitarie, per altri versi molto concessive nel lasciare al prudente apprezzamento delle ANR i modi e le forme idonei a completare la fattispecie imponibile, non consentono loro di fissare l’imposizione disgiuntamente dalla natura del prelievo, cioè non correlata alla regolazione del solo mercato di stretta competenza. Sul punto, anzi, si deve dire corretto il primo mezzo del gravame di primo grado, laddove lamenta proprio la violazione di detto art. 12, in quanto l’art. 34 CCE, nel recepirlo, sorvola sul § 2). Esso, tuttavia, è coessenziale nel definire la potestà impositiva dell’Autorità appellante e, in particolare, l’aspetto del presupposto imponibile, né tal (apparente) lacuna può impedirne la piena applicazione nell’ordinamento interno, onde il § 2) è già in sé un limite, pure ora ed in Italia, alla discrezionalità delle ANR in ordine alla individuazione ed all’ammontare dei cespiti imponibili.

Il che è come dire che NON trova legittimazione nell’art. 12 ogni interpretazione o prassi di una ANR la quale così persegua di fatto, foss’anche attraverso o grazie locuzioni normative incomplete, erronee o ambigue, un sistema di prelievo non ancorato alla copertura dei soli costi relativi alle funzioni di cui al § 1), la totalità del cui gettito superi il complesso di tali costi e che non sia applicato a tutti e ciascun operatore in modo proporzionato, obiettivo e trasparente.

Ciò elide in radice, al di là di quanto possa sembrare o esser infelice o ambigua la formulazione dell’art. 1, commi 65 e 66 della l. 266/2005, ogni tentativo di interpretare il prelievo sganciandone l’imposizione dallo specifico mercato di competenza e, in particolare, la volontà dell’AGCOM di ricostruire il fatto imponibile attraendo a tassazione vicende estranee all’ambito in cui l’attività dell’operatore soggiace al regime autorizzativo. Così delimitata dalla ragionevole lettura congiunta delle fonti nazionali ed UE, la base imponibile non può esser legittimamente dilatata per finanziare costi spuri o del tutto estranei, più che all’autorizzazione generale in sé, al mercato di riferimento come definito da detta Autorità con le proprie delibere.

Non è allora così erroneo l’assunto del TAR, laddove evince dalla sentenza pregiudiziale della CGUE che «… *le uniche prestazioni contributive ammesse a carico dei soggetti esercenti i servizi in materia sono quelle riconducibili ai diritti di cui all’art. 12…, ai contributi per l’uso di frequenze e numeri nonché per le infrastrutture (art. 13…) e il contributo al finanziamento del costo netto del servizio*…». Dal che non l’inutilità, ma la necessità del rinvio pregiudiziale effettuato dal TAR alla Corte stessa, a nulla rilevando che questo Giudice ben avrebbe potuto fin dall’inizio ricostruire il vero significato delle norme *de quibus* ed annullare *tout court* l’illegittima pretesa imponibile a carico dell’appellata. Al contrario, la pronuncia della Corte è di conforto, in entrambi i gradi del presente giudizio, nella corretta lettura del ripetuto art. 12, nel senso che esso non osta certo al prelievo, ma alle sole condizioni indicate dalla norma comunitaria stessa, donde il rigetto del § 1.1) del presente appello.

9. – Immune da vizi s’appalesa la sentenza pure quando il TAR afferma l’illegittimità del predetto ampliamento (già in sé assai dubbio) con effetto retroattivo della base imponibile, a parità di presupposto del prelievo e, al di là dell’esistenza d’un parametro oggettivo per verificare ciò, senza che vi fossero stati elusioni o inadempimenti da parte dell’appellata.

Tralascia il Collegio, ché si tratta di questione dedotta in primo grado ma facilmente assorbibile ove accertata l’assenza di inadempimenti e, soprattutto, di quel diverso presupposto predicato dall’ANR, ogni considerazione sulla permanente attualità d’una capacità contributiva dell’appellata pure per i periodi d’imposta con bilanci chiusi e pagamenti effettuati senza rettifiche o contestazioni.

In realtà, l’Autorità attrae a tassazione i ricavi VAS di detta Società, in sostanza assumendo che ciò fosse coerente *ab origine* con l’art. 1, c. 65 ma è vero il contrario. Come s’è visto dianzi, il dato testuale, che l’appellante invoca per giustificare l’ampliamento del prelievo anche ai ricavi VAS e, più in generale, ad ogni aspetto dell’attività dell’Autorità circa le comunicazioni elettroniche, non conclude punto nel senso da essa propugnato.

Per vero, la “svolta” di tal ampliamento s’è verificata non già perché il legislatore abbia declinato l’attuazione della normativa UE sul prelievo in modo più rigoroso e di sicuro non perché sia intervenuto il citato art. 2, c. 241 della l. 191/2009. Quest’ultimo reca l’obbligo dell’AGCOM di distrarre, in via solo temporanea, una parte del gettito del prelievo *de quo* a favore di altre ANR nel frattempo divenute incapienti. Non mette conto parlare della dedotta illegittimità comunitaria del citato art. 2, c. 241, a causa appunto della sua evidente irrilevanza nella specie e, soprattutto, sul senso ed i limiti del prelievo per cui è causa, donde la necessità di correggere sul punto la sentenza appellata. Giova rammentare, a scanso d’ogni equivoco, che la stessa AGCOM «… *presta acquiescenza alla sentenza del Tar nella parte in cui afferma la contrarietà al diritto europeo della delibera n. 599/10/CONS nella parte in cui – in attuazione dell’art. 2, comma 241, della l. n. 191 del 2009 – prevede la destinazione di una quota del contributo al finanziamento di altre Autorità*… » (pag. 40 del ricorso in epigrafe). Sebbene sfugga al Collegio il senso d’una tal acquiescenza, ai fini imponibili si può forse discettare se ed in qual misura il ripetuto art. 2, c. 241 abbia “forzato”, o meno, un’interpretazione dell’art. 1, c. 65 della l. 266/2005 non corretta, ma comunque la norma del 2009 non entra nel regolamento della fattispecie impositiva e non le imprime alcun valore aggiunto.

In realtà, la scelta dell’ampliamento della base imponibile, che a ben vedere è la riformulazione *ab imis* del presupposto, ha preso le mosse dalle due delibere n. 693/08/CONS (per l’anno 2009) e n. 722/09/CONS (per l’anno 2010), che hanno fissato i criteri di calcolo del prelievo in modo diverso dal passato, ma senza che le norme impositive fossero mutate. Cambia la base imponibile, perché l’AGCOM ne reinterpreta il presupposto a parità di diritto positivo, senza, però, tener conto della correlazione logico-giuridica, nella determinazione del fatto imponibile e, più in generale, della stessa (pretesa) maggior attitudine alla contribuzione, tra tutti gli elementi del prelievo fin qui visti, in particolare i ricavi ritraibili dalla sola attività autorizzata e soggetta alla regolazione dell’Autorità. Inoltre, lo s’è appena visto, che l’attitudine alla contribuzione dell’appellata non può prescindere dalla specificazione dell’entità dei costi sostenuti dalle ANR per le sole attività di regolazione *ex ante*, ai fini di tutti quegli aspetti (e solo di quelli) del mercato di riferimento che non abbiano raggiunto un livello soddisfacente di efficienza e di piena concorrenza.

Scolorano, quindi, le considerazioni dell’appellante laddove afferma la necessità di un’ampia base contributiva, a carico degli operatori in quel mercato di riferimento, qual forma di garanzia della sua indipendenza. Tal argomento, in sé tanto generico ed *in apicibus* da metter d’accordo l’AGCOM, l’appellata ed il TAR, non per ciò solo consente d’attrarre al prelievo anche cespiti per servizi o attività d’impresa sì indicati dalle norme UE, ma su cui non si dimostra l’esercizio effettivo di potestà regolative.

Né siffatta attrazione è coerente con i principi di pertinenza, causalità ed equità, questi ultimi ben noti all’AGCOM fin dalla delibera n. 110/06/CONS e, dunque, non creati, ma ribaditi dal TAR. L’Autorità ha *sic et simpliciter* spostato il calcolo della base imponibile dai ricavi al netto di quelli per attività non riconducibili tra i servizi non regolamentati ai ricavi al netto di quelli non conseguiti nel settore delle comunicazioni elettroniche. Ma si consideri che, come l’appellata ha fatto a suo tempo constare nel ricorso di primo grado, le delibere dell’AGCOM per ciascun anno d’imposta si rifanno alle modalità di determinazione della base imponibile di cui al citato DM 22 luglio 2005. E si consideri altresì che esso sì è coerente con i testé enunciati principi e, dunque, con l’adeguatezza del prelievo alla reale capacità contributiva degli operatori, onde diviene il criterio per la corretta interpretazione ed attuazione della norma impositiva, com’è formulata da tutto l’art. 12 della dir. n. 2002/20/CE. In fondo, obiettività, proporzionalità e trasparenza non sono che la manifestazione di un prelievo che, appunto, dev’esser commisurato a fatti economici reali, evidenti e calcolabili, deve incidere secondo una stretta correlazione tra il fatto e la spesa finanziabile e deve dar contezza della misura di quest’ultima affinché ne sia sempre verificabile la coerenza con la capacità contributiva di tutti e ciascun operatore e non la si amplifichi per finanziare funzioni estranee.

È appena da soggiungere che tal correlazione è già *in nuce* contenuta nella sentenza della CGUE resa nel caso *Albacom – Infostrada* e quand’ancora vigeva il sistema delle licenze, e non è certo superata dall’attuale sistema dell’autorizzazione generale, sia perché in entrambi i sistemi il titolo abilitativo appartiene allo stesso *genus*, sia perché identico ne è il presupposto imponibile, ossia la copertura dei «… *costi connessi al volume di lavoro generato dal sistema delle licenze*…».

Manca, quindi, in capo alla Società appellata un’attitudine alla contribuzione maggiore e per scopi diversi dal finanziamento dei servizi connessi al regime autorizzativo.

10. – Per vero, l’AGCOM propugna sì una ricostruzione del regime fiscale innovativa, ma nella specie non di buona fede, mentre quest’ultima presiede pure all’interpretazione degli atti amministrativi, anche a contenuto generale.

L’interpretazione secondo buona fede, quindi, non ammette la fissazione di significati spuri e unilaterali nell’applicazione delle fonti primarie, né abusi della potestà autoritativa della P.A. emanante. Essa impone a quest’ultima di dettare regole comportamentali certe, legittime, non estemporanee e stabili, soprattutto quando da esse derivino effetti negativi nei confronti del destinatario (arg. ex Cons. St., III, 2 settembre 2013 n. 4367). Donde la fondatezza, tra l’altro, anche della censura di primo grado sulla necessità di un’applicazione rigorosa (ossia, di stretta interpretazione) delle norme sul prelievo stesso. Insomma, queste ultime non possono esser estese, in difetto d’un serio, razionale e proporzionato dato normativo di rango primario, a fattispecie in vario ricondotte a quella impositiva secondo un’analogia dubbia, specie se il comparto considerato non abbisogni o non sia coperto da ragioni di regolazione *ex ante*.

Al contrario, l’interpretazione delle regole sul prelievo va modulata in base a quanto dispone l’art. 1362 c.c., senza limitarsi al solo senso letterale delle parole, ma riguardando alle effettive intenzioni della norma e delle parti dell’obbligazione tributaria per ciascuna specifica categoria di operatori chiamati alla contribuzione *de qua*. La ragione è evidente.

Si parta al riguardo dalla circostanza che, nella pratica attuale del diritto della concorrenza, mercato non è che il processo mirante ad individuare un insieme di prodotti e/o di servizi e di loro fornitori (attuali e potenziali), i quali, in un dato ambito geografico, in effetti siano alternativi per soddisfare un determinato bisogno economico.

Ebbene, per modificare il presupposto del prelievo e, con esso, pure i cespiti tassabili, non basta che pure taluni segmenti (nella specie, i VAS) di un unico comparto merceologico regolato possano, in linea di principio, formare oggetto di un’attività *lato sensu* regolatoria dell’ANR, essendo ciò una mera evenienza che, di per sé sola, non crea o attualizza una capacità contributiva. Neppure basta, al fine d’attrarre a tassazione i ricavi VAS, che l’AGCOM, pur nell’esercizio di discrezionali potestà definitorie, denomini in modo diverso un dato mercato e, in tal modo, cambi a suo piacere il sistema di contribuzione ex art. 12 della direttiva n. 20. Occorre piuttosto che sul mercato stesso l’Autorità anzitutto eserciti un’attenta valutazione sul contesto competitivo in termini prospettici, sia tenendo in debito conto il prevedibile sviluppo dell’innovazione, sia rispettando, al contempo, il principio di neutralità tecnologica, prima d’intervenire e regolare di nuovo il mercato stesso. E tale intervento in tanto può esser giustificato, in quanto dall’esito degli accertamenti previ (e nella sola misura in cui ciò occorre) l’Autorità deve effondere tal potestà regolatoria, a causa della riscontrata maggior o minor efficienza del mercato della telefonia vocale mobile o di quel particolare segmento che vi afferisce, generando in tal modo spesa pubblica aggiuntiva, da finanziare con la tassa di scopo ex art. 1, c. 65 della l. 266/2005.

E che ciò s’appalesi essenziale nella specie non par dubbio, sol che si pensi che non tutti i VAS generano inefficienze che giustificano la regolazione *ex ante*.

A più forte ragione per quanto attiene agli SMS, per i quali la raccomandazione della Commissione UE, citata all’inizio della presente sentenza, fece riferimento ai servizi *vocali* mobili, ma non poté individuare alcun mercato rilevante per gli SMS all’ingrosso e per gli altri servizi di dati mobili. A differenza di ciò che opina l’AGCOM, tal definizione non vuol dire certo che, allo stato dell’arte in cui l’ente reputò esistente la necessità d’attrarre a tassazione i ricavi da VAS, in sostanza lasci al libero apprezzamento delle ANR che i servizi dati mobili all’ingrosso possano far parte di mercati rilevanti ai fini della regolazione *ex ante*.

Pare al Collegio che a tal conclusione l’AGCOM giunga, in esito alla consultazione pubblica di cui alla delibera n. 396/05/CONS, grazie alle osservazioni a suo tempo svolte dall’OFCOM, l’ANR del Regno Unito per le comunicazioni. Ma tal ente ammise come non fosse del tutto chiaro se il mercato definito dalla Commissione includesse pure quello degli SMS, ma ritenne comunque che questi ultimi dovessero restar inclusi nel mercato dell’accesso e dell’originazione mobile (dettaglio ed ingrosso). Non sfugge al Collegio che su tal specifico punto la Commissione UE non pare aver fatto osservazioni o censure all’avviso dell’ANR britannica, ma è lecito dubitare che ciò costituisca una sicura condivisione, peraltro solo per quel contesto geografico, dell’inclusione degli SMS nel mercato *de quo*. Viceversa, un tal esito è asserito (se non dato in pratica per certo) nella delibera n. 46/06/ CONS, ma esso s’appalesa spurio o non conducente.

La Commissione non escluse, ma neanche ammise che tali servizi abbisognassero della regolazione *ex ante* e, dunque, che su tal aspetto l’AGCOM fosse titolata ad effettuare un’attività generatrice di spesa pubblica finanziabile ai sensi del ripetuto art. 1, c. 65. E pur a concedere che la Commissione abbia demandato alle ANR di valutare in modo discrezionale (perché rapportata ai singoli contesti geografici) tal evenienza, l’AGCOM non per ciò solo avrebbe potuto affermarla per implicito e così giungere direttamente alle sue estreme conseguenze quanto all’estensione del prelievo. Si legga con attenzione l’art. 2 della delibera n. 46/06/CONS: esso ha definito (c. 3) il mercato *de quo* come «… *il mercato della fornitura congiunta di accesso e originazione da parte di operatori mobili nazionali ad operatori sprovvisti di risorse radio, che permetta a questi ultimi di fornire servizi finali, sia vocali, sia dati quali gli SMS*…». Il che è come dire che il servizio SMS può esser sì regolabile, ma non perché sia maturo e/o assai diffuso o perché in pratica sia nel *bundle* di servizi di comunicazione *vocale* e a quelli di accesso e di originazione di comunicazioni vocali, ma solo se ed in quanto gli operatori nazionali mobili non permettano a quelli sprovvisti di loro proprie risorse radio di fornire tutti i servizi finali, tra cui gli SMS. Sicché non v’è seria dimostrazione, da parte dell’ appellante laddove accerta un preteso inadempimento dell’ obbligo di contribuzione in capo agli operatori nazionali mobili, che i VAS vi siano assoggettati in base alla delibera n. 46.

Né si dimostra, al di là d’un fugace accenno (pagg. 82/83 del ricorso in epigrafe) a tal definizione o alla dianzi citata consultazione pubblica, che la scelta d’attrarre a tassazione i ricavi VAS sia mai stata preceduta, in questi specifici termini, da un previo accertamento in contraddittorio con gli operatori. E ciò appare assai più significativo, se si pensa che l’appellante non argomenta in modo specifico in relazione a quanto fin qui detto e se si tien conto che il medesimo art. 2 precisò come, nel mercato nazionale di accesso ed originazione di chiamate in reti telefoniche pubbliche mobili sussistessero (2006) condizioni di sufficiente concorrenza e che, in quel contesto, non vi fosse alcun operatore in sé detentore d’un significativo potere di mercato, ai sensi dell’art. 17 CCE.

È appena da soggiungere che per altri servizi VAS, quali i servizi MMS ed i servizi di navigazione internet in banda stretta via terminale mobile, neppure l’AGCOM dimostra o riesce a concludere se il loro grado di diffusione e di maturità giustifichi o meno la loro inclusione nel predetto *bundle* ed una conseguente attività regolatoria, almeno allo stato e senza, comunque, che tal dubbio influisca di per sé solo sulla valutazione di un’eventuale dominanza.

In ciò consiste l’illegittimità dell’operato dell’AGCOM. Sebbene essa già nel 2006 fosse convinta dell’intima interazione dei (soli) servizi SMS con i servizi vocali, di accesso e di originazione per la telefonia mobile, solo nel 2009 perviene a tassare i ricavi dei VAS ora per allora e senza previa ridefinizione, più che del mercato in sé, delle effettive necessità regolatorie sugli SMS stessi e, quel ch’è peggio, senza indicarne i costi del relativo servizio regolatorio, sì da pervenire ad interpretare non in buona fede la propria potestà di completamento del fatto imponibile.

Resta così assorbita ogni questione di cui al § 1.2) dell’appello, non essendovi coerenza, come s’è visto, tra le fonti comunitarie e quelle nazionali, appunto a cagione dell’assenza simultanea di tutti i presupposti per la legittima fissazione del prelievo nella specie, donde la corretta disapplicazione di quelle nazionali così malamente interpretate dall’appellante.

11. – Pure per la restante parte, l’appello non può esser condiviso.

In particolare, è vero, ma non dirimente e certo non torna utile all’appellante che la sentenza della CGUE non revochi in dubbio l’ASTRATTA (come dice l’appellante: cfr. pag. 8 della sua memoria conclusionale) legittimità dell’attuale sistema di finanziamento delle Autorità indipendenti.

Invero, nella specie, l’AGCOM regola una pluralità di mercati, a ciascuno dei quali corrisponde un’omeomorfa autorizzazione generale, di talché l’assunto della CGUE è meramente descrittivo e non consente di concludere per la sicura legittimità e dell’ interpretazione di tutte le fonti implicate e degli atti che ne danno applicazione.

Del pari non è possibile, né legittimo eludere la necessità di stretta corrispondenza tra prelievo e costi della regolazione. Il settore delle comunicazioni elettroniche è a sua volta scomposto, pur oggi e per volizione della norma europea, in una pluralità di mercati rilevanti, ciascuno dei quali con proprie caratteristiche d’efficienza, di competitività e di dominanza. Ecco perché non si può ritenere attratto a tassazione un ricavo sul cui mercato di riferimento non v’è spesa pubblica (verificabile) di regolazione e di controllo, quand’anche esso sia ascritto tra i mercati di tal settore. Sicché appare inopponibile al principio testé enunciato la discrezionalità che il sistema di prelievo lascia a ciascuna ANR.

Ciò che rileva non è tanto la discrezionalità in sé come posta dalla fonte comunitaria per evidenti ragioni connesse alla dimensione geografica dei mercati, bensì, lo s’è detto dianzi, una norma interpretabile in modo malizioso od arbitrario da parte d’ogni ANR (anche dell’AGCOM) per sue ragioni non coerenti con lo scopo del prelievo.

Una norma nazionale, che pervenga a tal paradossale risultato, è contro il sistema di finanziamento non di tutte le ANR in generale o per qualunque oggetto, ma solo di quello dello specifico mercato rilevante considerato dalla delibera n. 46/06/CONS, vincolante per l’AGCOM e per gli operatori nel rapporto d’imposta, e nella sola misura e nei limiti in cui esso è colà considerato, almeno *rebus sic stantibus*. È l’insistenza dell’AGCOM su tal aspetto, pur in mancanza d’una reale concordanza tra i due gruppi di fonti, a deprivare quella nazionale d’ogni ragionevolezza in sé e d’ogni “copertura” da parte di quella comunitaria. Ciò implica l’illegittimità comunitaria di tutta la filiera della fattispecie imponibile, senza possibilità di sfuggire alla sanzione della disapplicazione, perché, a parte i vizi propri degli atti impositivi, il difetto del presupposto d’una spesa finanziabile con il prelievo elide, in una con il *titulus retinendi* dell’obbligazione tributaria, la norma nazionale che l’ha posto.

Se e quando la definizione dei predetti mercati rilevanti cambia, muta al contempo tutto lo scenario dell’imposizione, ma questa è un’altra storia e non è argomento utile nel presente giudizio, neanche *ad colorandum*. È evidente, lo dice la stessa CGUE e non è revocabile in dubbio, che il prelievo copra i costi per la gestione, il controllo e l’applicazione del regime dell’autorizzazione generale, ma ciò è un dato che si muove su un piano logico distinto e non confondibile con quello, caro all’appellante, d’attrarre a tassazione ricavi estranei a quel regime. Non importa se in varia guisa essi afferiscano al settore delle comunicazioni elettroniche, se poi, in pratica, l’attività che li genera NON dà luogo a spesa in capo all’ANR: tutto qui. Né vale invocare una diversa opinione, per quanto autorevole sia, della Commissione UE resa nel giudizio di rinvio pregiudiziale, se poi tal avviso non è stato assunto negli stessi termini dalla sentenza della CGUE. Senza la stretta correlazione, per definizione non si crea spesa pubblica finanziabile con il prelievo, onde ogni ampliamento della base imponibile, per ricavi non inerenti, è priva di presupposto e non evidenzia, in capo agli operatori, alcuna seria attitudine differenziata alla contribuzione.

Non spetta certo a questo Giudice, la cui cognizione si muove solo all’interno di quanto devolutogli con il presente appello, indicare o suggerire all’AGCOM l’articolazione più virtuosa e coerente con le norme comunitarie del prelievo stesso.

Alcuni capisaldi, però, sussistono e molto bene si evincono dalle considerazioni fin qui rese: occorre anzitutto delimitare con esattezza le funzioni regolatorie, i costi relativi ed il rendiconto che consenta agli operatori contribuenti d’averne contezza dell’ammontare, sì da poterne evincere i cespiti corrispondenti, su cui applicare poi l’aliquota.

Questa metodica può esser declinata in vari modi da ciascuna ANR, se del caso anche con un accertamento o forfetario o, se del caso, induttivo, ma non può mai prescindere da un serio e certo dimensionamento e dei costi e di tali cespiti. Dalla serena lettura della statuizione pregiudiziale della CGUE è possibile ammettere che il prelievo *de quo* sia applicato sul fatturato dell’operatore, non escludendo che la base imponibile possa esser ridotta secondo criteri certi e conoscibili *ex ante*. In altre parole, sono da assoggettare al prelievo stesso non solo i soli ricavi ritratti dallo svolgimento dei servizi regolati da parte di coloro che son diretti destinatari dell’obbligo regolamentare, ma tutti quelli, come s’è visto, afferenti ad un dato mercato regolato e nella sola misura in cui s’appalesa necessaria la regolazione. È appena da soggiungere a tal riguardo che non ha gran senso il timore dell’appellante circa l’impossibilità di prevedere il gettito a causa dell’incertezza sui sevizi da regolare e sul relativo fatturato ritratto da ciascun operatore, giacché, per definizione, l’attività di regolazione è improntata in un modo certo non casuale, bensì alla luce di analisi specifiche condotte sulle inefficienze *rebus sic stantibus* del mercato stesso ed in contraddittorio con gli operatori.

12. – In definitiva, l’appello va respinto nei sensi fin qui visti e con parziale modifica della sentenza del TAR. La novità e la complessità della questione suggerisce tuttavia la compensazione integrale, tra le parti, delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sez. III), definitivamente pronunciando sull'appello (ricorso n. 3890/2014 RG in epigrafe), lo respinge, confermando la sentenza impugnata con parziale diversa motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del 27 novembre 2014, con l'intervento dei sigg. Magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere, Estensore

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |
|  |  |  |
| **L'ESTENSORE** |  | **IL PRESIDENTE** |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/02/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)