

**Giustizia amministrativa**

A cura del Segretariato Generale della Giustizia amministrativa

Consiglio
di Stato[Torna alla pagina
precedente](#)N. 00600/2015REG.PROV.COLL.
N. 03888/2014 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. 3888/2014 RG,
proposto dall'Autorità per le
garanzie nelle comunicazioni -
AGCOM, in persona del Presidente
pro tempore, rappresentata e difesa
per legge dall'Avvocatura generale
dello Stato, presso i cui uffici si
domicilia in Roma, via dei
Portoghesi n. 12,

contro

la Vodafone Omnitel NV, con sede
nel Regno dei Paesi Bassi, in

persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dai proff. Mario Libertini e Vincenzo Cerulli Irelli, con domicilio eletto in Roma, Via Boezio n. 14 e

nei confronti di

WIND Telecomunicazioni s.p.a., corrente in Roma, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dal prof. Beniamino Caravita di Toritto e dall'avv. Sara Fiorucci, con domicilio eletto in Roma, Via di Porta Pinciana n. 6,

per la riforma

della sentenza del TAR Lazio – Roma, sez. II, n. 3504/2014, 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 intimato;

Visti tutti gli atti della causa;
Relatore all'udienza pubblica del 27 novembre 2014 il Cons. Silvestro Maria Russo e uditi altresì, per le parti, i proff. Cerulli Irelli e Caravita di Toritto 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 rese 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 reti 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...*».

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, su cui 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 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.

2. – La **Vodafone Omnitel NV**, con sede nel Regno dei Paesi Bassi, dichiara di esser titolare di una autorizzazione generale per l'esercizio di servizi telefonia mobile in Italia.

Detta Società rende noto 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 anche dell'AGCOM «... per la parte non coperta dal finanziamento a carico del bilancio dello Stato... sono finanziate dal mercato di competenza... secondo le modalità previste

dalla normativa vigente ed entità di contribuzione determinata con propria determinazione..., nel rispetto dei limiti massimi previsti per legge...». Tal norma, valida per tutte le ANR, per l'AGCOM integra ed aggiorna, pure per quanto concerne l'aliquota applicabile per il solo anno 2006 ed a regime —pari all'1,5‰ e, rispettivamente, al 2‰ dei ricavi risultanti dall'ultimo bilancio approvato—, l'obbligo di «... contribuzione a carico dei soggetti operanti nel settore delle comunicazioni di cui...» all'art. 2, c. 38, lett. b) della l. 481/1995, come disciplinato dall'art. 34, c. 1 CCE. I diritti amministrativi indicati da tale art. 34 devono esser applicati alle singole imprese, come s'è detto dianzi e con una regola non derogata dall'art. 1, c. 66 della l. 266/2005, «... in modo proporzionato, obiettivo e trasparente che MINIMIZZI I COSTI AMMINISTRATIVI aggiuntivi e gli oneri accessori...». Tanto, per vero, in coerenza con quanto stabilito dall'art. 12, § 1, lett. a) e b)

della direttiva n. 20, per i costi inerenti al solo regime di autorizzazione generale, in combinato disposto col precedente art. 6, § 2).

Detta Società reputa che, a suo avviso, l'art. 1, c. 65 della l. 266/2005, avrebbe posto una disciplina contributiva diversa e non conforme al ripetuto art. 12, laddove l'AGCOM afferma che il relativo obbligo s'incentra nell'elemento oggettivo «... *dell'appartenenza dei soggetti al "mercato di competenza dell'Autorità" ...*».

Sicché, a suo dire, l'art. 1, c. 65 sposta l'obbligo di contribuzione dalla copertura dei costi per il regime dell'autorizzazione generale, relativa alla regolazione *ex ante* di un mercato imperfetto e non competitivo, alla copertura dei costi di funzionamento della stessa AGCOM. Al riguardo, detta Società fa presente che quest'ultima ha emanato, dal 2006 al 2009, cinque delibere inerenti alla fissazione dell'aliquota ed alla determinazione

della base imponibile, in particolare stabilendo che l'aliquota fosse 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...»*. Per quest'ultima, quindi ed ai fini imponibili, «... *assumono rilievo solo i ricavi ottenuti nel settore delle comunicazioni...»*, al netto comunque delle quote «... *riversate agli operatori terzi...»* La base imponibile è calcolata allora in base ai criteri posti dal DM 22 luglio 2005, sempre richiamato dall'AGCOM in tali delibere, perché ritenuti «... *coerenti con i principi di pertinenza, di causalità ed equità...»*, così come indicato nelle premesse della delibera n. 110/06/CONS, cui rinviano le delibere posteriori.

Inoltre detta Società precisa che il DM 22 luglio 2005, al di là dell'ammontare dell'aliquota di anno in anno applicabile agli

operatori di telefonia mobile, per le modalità del versamento del contributo *de quo* richiama e conferma le norme del DM 17 maggio 2002, il quale, nel confermare a sua volta il decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 4 luglio 2001, ribadì che il contributo stesso non potesse riguardare, tra gli altri, pure i ricavi inerenti a servizi e prodotti di comunicazione telematici, interattivi e multimediali (c.d. a valore aggiunto – VAS).

3. – Nel frattempo, però, è intervenuto l'art. 2, c. 241 della l. 23 dicembre 2009 n. 191 il quale, tra l'altro, ha posto anche a carico dell'AGCOM un obbligo di contribuzione a favore di altre ANR, fra cui quella *Antitrust* (poi obbligata restituirne le somme trasferitele per l'anno 2012 entro il 31 gennaio 2014), quale quota delle entrate percepite ai sensi dell'art. 2, c. 38 della l. 481/1995, ossia proprio i diritti riversati dai predetti operatori alla medesima AGCOM.

regolazione e controllo dell'AGCOM, allora nella base imponibile vanno computati tutti i proventi che gli operatori ritraggono dai prodotti e dai servizi nel settore delle comunicazioni elettroniche, direttamente o in via mediata, rientrino nelle funzioni istituzionali dell'Autorità.

Dal che l'emanazione della delibera n. 573/10/CONS, notificata a detta Società il 1° dicembre 2010, con cui l'AGCOM ha rideterminato nei riguardi di essa la base imponibile per gli anni 2006/2010, attraendo a contribuzione i cespiti finora non considerati e diffidandola a versare il dovuto maggior contributo, con salvezza «... *degli appositi e puntuali elementi giustificativi che l'operatore potrà eventualmente fornire e che potranno essere posti a base di una richiesta di riesame, per quanto di ragione, della liquidazione...*» così operata.

Contro tal statuizione, detta Società ha dapprima contestato all' Autorità d'aver sempre assunto a base di calcolo del contributo i soli servizi

tradizionali di telefonia vocale mobile, con esclusione di quelli a valore aggiunto, secondo modalità mai finora revocate.

Il 27 dicembre 2010, detta Società ha inoltrato un'istanza di riesame della delibera n. 573/10/CONS e ne ha chiesto la sospensione e la sostituzione con un provvedimento di definizione *pro futuro* di criteri applicativi chiari ed uniformi per il calcolo del contributo annuale. Tanto perché, per un verso, la delibera n. 722/09/CONS aveva introdotto una modulistica più analitica ed in sé inadatta a modificare il presupposto imponibile. Per altro verso, il contributo *de quo* è non già un'imposta, ma solo l'integrazione del finanziamento a carico dell'Erario, tant'è che ogni sua eccedenza, rispetto ai costi di servizio dell'Autorità, va restituita agli operatori, indipendentemente dall'ammontare della base imponibile di ognuno di essi.

Detta Società, con la sua missiva del 16 febbraio 2011, ha fornito all'Autorità varie informazioni contabili, tra le quali il riepilogo, per ciascun'annata contributiva, dell'importo del contributo rideterminato in base ai principi di contabilità da essa definiti, compreso un elenco di servizi a suo dire esenti dall'obbligo contributivo (cfr pag. 8/9 della delibera n. 98/11/CONS).

4. – Ciò posto e non avendo ottenuto alcunché dall'AGCOM, detta Società ne ha impugnato in sede straordinaria la delibera n. 573/10/CONS, deducendo in punto di diritto le stesse doglianze opposte all'Autorità con la richiesta di riesame.

È poi intervenuta la delibera n. 98/11/CONS, con cui l'AGCOM ha rideterminato in via definitiva l'importo complessivo dovuto da detta Società per gli anni 2006/2010, ingiungendone il pagamento entro sessanta giorni

dalla notifica, avvenuta il 1° marzo 2011.

Avverso tal statuizione detta Società è insorta innanzi al TAR Lazio, col ricorso n. 3861/2011 RG, cui è stato riunito per connessione il gravame straordinario trasposto in sede giurisdizionale e che ha preso il n. 4495/2011 RG. La Società ricorrente ha dedotto:1) – la violazione dell'art. 12, § 1) della dir. n. 2002/20/CE e l'illegittimità comunitaria e costituzionale dell'art. 1, commi 65 e ss. della l. 266/2005 e dell'art. 2, c. 241 della l. 191/2009 —che ribadisce l'analogo vizio riscontrato già nel previgente ordinamento dalla C. giust. UE con l'ordinanza dell'8 novembre 2004 (cause nn. C-250/02, C-263/02 e C-256/02)—, posto che il contributo in questione è solo una tassa di scopo (*in realtà, solo parzialmente commutativa*– NDE) da commisurare all'entità dei costi ai quali essa si riferisce in modo specifico, donde l'illegittimità

dell'impugnata delibera sia in sé, sia perché esegue norme nazionali da disapplicare per contrarietà all'ordinamento UE, di talché se ne chiede il rinvio pregiudiziale alla CGUE; 2) – l'illegittimità d'una pretesa tributaria in rettifica di quanto già assolto dalla ricorrente dal 2006 al 2010 senza contestazione alcuna dell'Autorità sui criteri di calcolo della base imponibile al netto dei ricavi dai servizi VAS; 3) – l'illegittima inserzione di essi nella predetta base imponibile, in forza d'un dato testuale vago ed impreciso e così attratti a tassazione senza trasparenza e chiarezza ed in violazione d'ogni affidamento degli operatori, oltre che in base ad una interpretazione non in buona fede e fonte di disparità di trattamento, perché accomuna in un unico regime fiscale operatori appartenenti a mercati ed a categorie diversi; 4) – l'erronea applicazione di detti criteri di calcolo anche alle quote riversate

agli operatori terzi; 5) – l'omesso riconoscimento a deduzione dei costi d'interconnessione sostenuti per i servizi SMS, MMS e traffico dati, i quali non afferiscono al servizio di telefonia vocale; 6) – l'illegittima inclusione tra i cespiti imponibile dei proventi da penali MNP, che servono ad agevolare il risarcimento dei danni e non sono ricavi.

Instaurato il giudizio, l'adito TAR, in accoglimento dell'istanza della ricorrente, ha rinviato alla CGUE la questione di interpretazione pregiudiziale circa la conformità della normativa italiana di settore all'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...».

Questo avviso non è stato condiviso dal Governo che, 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 tal norma.

Pure la Commissione UE ha dedotto innanzi alla CGUE e ha rammentato anzitutto la disciplina comunitaria applicabile al caso in esame, compresi i *considerando* nn. 30) e 31) della dir. n. 2002/20/CE e la precedente giurisprudenza della Corte (sent. del 12 luglio 2002, cause nn. C-55/11, C-57/11 e C-58/11), secondo i quali i diritti amministrativi possono esser chiesti a copertura dei costi delle ANR per l'attività complessiva del regime di autorizzazione. La Commissione non ha condiviso l'interpretazione del Giudice *a quo* nel voler limitare i costi finanziabili con il prelievo alla

sola regolazione *ex ante*, strumentale al rilascio delle autorizzazioni generali, perché il citato art. 12, § 1) si limita a menzionare una lista soltanto esemplificativa e non esaustiva (ossia solo l'imposizione degli obblighi specifici di cui al precedente art. 6; o gli obblighi 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 attività e 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. 3504 del 31 marzo 2014, ha dichiarato improcedibile per s.c.i. l'impugnazione avverso la delibera dell'AGCOM n. 573/10/CONS, perché sostituita completamente dalla delibera n. 98/11/CONS.

Quindi ha accolto il ricorso proposto nei riguardi di quest'ultima, con contestuale annullamento dell'ingiunzione impugnata e previa la disapplicazione della disciplina nazionale coinvolta, 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, che 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

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 España*), 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