

Civile Sent. Sez. U Num. 956 Anno 2017

Presidente: CANZIO GIOVANNI

Relatore: BIELLI STEFANO

Data pubblicazione: 17/01/2017

S E N T E N Z A

sul ricorso proposto da:

AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI (AGCOM), con sede a Roma, via Isonzo n. 21/b, in persona del Presidente e legale rappresentante Angelo Marcello Cardani, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi n. 12

- ricorrente -

contro

s.p.a. WIND TELECOMUNICAZIONI, con azionista unico, Direzione e

579
/16

coordinamento di VimpelCom Ltd, con sede a Roma, via C. G. Viola n. 48, in persona della Procuratrice avvocatessa Elisabetta Federico, elettivamente domiciliata in Roma, via di Porta Pinciana n. 6, presso lo studio dell'avvocato professor Beniamino Caravita di Toritto e dell'avvocata Sara Fiorucci, che la rappresentano e difendono giusta procura speciale a margine del controricorso

- **controricorrente** -

e

s.p.a. TELECOM ITALIA, con sede a Milano, elettivamente domiciliata - nel giudizio davanti al Consiglio di Stato - in Roma, via Giovanni Pierluigi da Palestrina n. 47, presso lo studio degli avvocati Francesco Cardarelli e Filippo Cardarelli che la rappresentavano e difendevano

- **intimata** -

e

VODAFONE OMNITEL B.V., con sede legale in Amsterdam e sede dell'amministrazione gestionale ad Ivrea, via Jervis n. 13, in persona del procuratore avvocato Antonio Corda (per procura rilasciata dall'amministratore delegato, ricevuta il 16 aprile 2012 dal notaio in Milano Luca Zona, n. rep. 25658), elettivamente domiciliata in Roma, via Boezio n. 14, presso lo studio dell'avvocato professor Mario Libertini, che, unitamente all'avvocato professor Vincenzo Cerulli Irelli, la rappresenta e difende (anche disgiuntamente) giusta procura speciale in calce al controricorso

- **controricorrente** -

e

s.p.a. **FASTWEB**, con azionista unico e soggetta all'attività di direzione e coordinamento di **Swisscom AG**, con sede legale a Milano, via Caracciolo n. 51, in persona dell'amministratore delegato e direttore generale Alberto Calcagno, nonché del direttore affari legali e regolamentari Giovanni Moglia (per poteri conferiti con procura di cui all'atto del notaio Elena Terrenghi in data 24 febbraio 2015 n. 28892), elettivamente domiciliata in Roma, via di San Nicola da Tolentino n. 67, presso lo studio degli avvocati Daniele Geronzi (Legance - Avvocati associati), Gilberto Nava, Filippo Pacciani e Valerio Mosca, che la rappresentano e difendono (anche disgiuntamente) giusta procura speciale a margine del controricorso

- **controricorrente** -

avverso la sentenza n. 1274/15 del Consiglio di Stato, depositata l'11 marzo 2015, non notificata;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza dell'11 ottobre 2016 dal consigliere dottor Stefano Bielli;

udito, per la ricorrente **AGCOM**, l'avvocato dello Stato Sergio Fiorentino, che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;

uditi, per la controricorrente **s.p.a. WIND TELECOMUNICAZIONI**, l'avvocato professor Beniamino Caravita di Toritto e l'avvocata Sara Fiorucci, che hanno chiesto la declaratoria di inammissibilità od il rigetto del ricorso;

udito, per la controricorrente **VODAFONE OMNITEL B.V.**, l'avvocato professore Mario Libertini, che ha chiesto la declaratoria di inammissibilità od il rigetto del ricorso;

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

udito, per la controricorrente **s.p.a. FASTWEB**, l'avvocato Filippo Pacciani, che ha chiesto il rigetto del ricorso;

udito il P.M., nella persona del sostituto Procuratore generale dottor Riccardo Fuzio, che ha concluso per l'inammissibilità o, in subordine, per il rigetto del ricorso.

Fatti del processo

1.- Con sentenza n. 1274/15, depositata l'11 marzo 2015 e non notificata, la terza sezione del Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale (*hinc*: «CdS»), rigettava (con motivazione parzialmente diversa rispetto a quella del giudice di primo grado) l'appello congiuntamente proposto dall'**Autorità per le garanzie nelle comunicazioni** (*hinc*: «AGCOM»), dal **Presidente del Consiglio dei ministri** e dal **Ministero dell'economia e delle finanze** nei confronti della resistente **s.p.a. Wind Telecomunicazioni** e delle intervenute *ad adiuvandum* **Vodafone Omnitel B.V., s.p.a. Telecom Italia** e **s.p.a. Fastweb** avverso la sentenza del TAR Lazio-Roma, sezione II, n. 2538/2014 (*hinc*: «TAR»), depositata il 5 marzo 2014, che aveva annullato le delibere n. 599/10/CONS dell'11 novembre 2010 (relativa alla disciplina della contribuzione per l'anno 2011) e n. 131/11/CONS del 23 marzo 2011 (relativa al versamento integrativo della contribuzione per gli anni dal 2006 al 2010), con le quali l'AGCOM aveva inteso determinare e recuperare – richiamando i commi 65 e 66 dell'art. 1 della legge n. 266 del 2005 – i contributi dovuti da operatori dei mercati delle comunicazioni elettroniche in relazione alla gestione del regime di autorizzazione e alla concessione dei diritti d'uso per telefonia mobile. Il giudice di appello compensava tra le parti le spese di lite ed ordinava all'Autorità amministrativa l'esecuzione della sentenza.

Il CdS premetteva che: **a)** con le delibere impugnate, l'**AGCOM** aveva avanzato nei confronti della **s.p.a. Wind Telecomunicazioni** (titolare di una autorizzazione generale per l'esercizio di servizi di telefonia mobile in Italia) pretese di pagamento di somme a titolo di contribuzione, sulla base di due presupposti: a.1.) il primo, che dovessero essere considerati imponibili tutti i ricavi conseguiti dalla società nel settore delle telecomunicazioni e, quindi, non solo quelli riferibili a servizi regolamentati dall'Autorità nazionale di regolamentazione per la gestione del regime di autorizzazione e per la concessione dei diritti d'uso (*hinc*: «ANR», coincidente nella specie con l'AGCOM), ma anche quelli riferibili a servizi non regolamentati (che, pur non soggetti ad autorizzazione *ex ante*, richiedevano l'intervento ed il controllo dell'ANR); a.2.) il secondo, che il prelievo era diretto alla copertura di tutte le spese di funzionamento dell'AGCOM;

a.3.) **b)** la società aveva impugnato le delibere sostenendo l'illegittimità di tale retroattiva estensione della base imponibile e dell'entità del prelievo; **c)** il **TAR**, davanti al quale era pervenuto il contenzioso, aveva sollevato davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea (*hinc*: «CGUE») questione pregiudiziale interpretativa della normativa comunitaria, specificamente dell'art. 12 della Direttiva 2002/20/CE del parlamento e del Consiglio del 7 marzo 2002 (Direttiva autorizzazioni), ritenendo che tale normativa giustificasse l'imposizione di diritti amministrativi agli operatori a copertura esclusivamente dei costi in concreto sopportati dalle ANR in funzione dell'esercizio dell'attività di regolamentazione del mercato *ex ante* strumentale al rilascio di autorizzazioni e non anche dei costi affrontati per lo svolgimento di attività diverse e chiedendo, pertanto, se detta disciplina fosse ostativa alla normativa italiana di cui agli artt. 2, comma 38, lettera *b)*, della legge n. 481 del 1995, 6, comma 2, della legge n. 249 del 1997 e 1, commi 65, 66 e 68, della legge n. 266 del 2005, come in concreto applicata in sede regolamentare; **d)** la **CGUE**, riunite varie controversie, con **sentenza del 18 luglio 2013** (*Vodafone Omnitel NV, Fastweb SpA, Telecomunicazioni SpA, Telecom Italia SpA, Sky Italia srl*, nelle cause riunite da C-228/12 a C-232/12 e da C-254/12 a C-258/12), aveva dichiarato che **l'art. 12 della Direttiva autorizzazioni** deve essere interpretato nel senso che esso **non osta** alla disciplina di uno Stato membro, come quella di cui trattasi, **a condizione: d.1.) che** il prelievo sia esclusivamente destinato alla copertura di costi relativi alle attività menzionate al paragrafo 1, lettera *a)*, di tale disposizione; **d.2.) che** il gettito non superi i costi complessivi per tali attività; **d.3.) che** l'imposizione sia effettuata in modo proporzionato, obiettivo e trasparente; **e)** dopo la pronuncia della CGUE e la riassunzione dei giudizi davanti a sé, il TAR, con la sentenza appellata, aveva ritenuto che non ricorressero le tre condizioni menzionate dalla CGUE e, pertanto, aveva accolto i ricorsi della società, disapplicato la disciplina nazionale posta a base delle delibere e annullato le delibere, in base alla considerazione che, per la normativa unionale, il prelievo era legittimo solo se riferito, da un lato, ai ricavi inerenti alle tipologie di attività oggetto di regolamentazione generale *ex ante* delle telecomunicazioni, con esclusione di quelle per i servizi non regolamentati, e, dall'altro, ai diritti amministrativi di cui al paragrafo 1 dell'art. 12 della Direttiva autorizzazioni, destinati, cioè, alla copertura del complesso delle effettive spese sostenute dalla AGCOM (specificamente ed annualmente rendicontate e non semplicemente considerate in bilancio) per le tipologie di attività inerenti, appunto, alla regolamentazione generale *ex ante* delle telecomunicazioni, con esclusione di quelle inerenti a servizi non regolamentati; **f)** l'AGCOM «e consorti» avevano appellato la decisione del TAR deducendo che: **f.1)** la disapplicazione della normativa nazionale era erronea anche a causa della confusione in cui era incorso il giudice tra la conformità di tale normativa a quella dell'UE, da un lato, e la legittimità delle norme regolamentari adottate dall'AGCOM per ciascun periodo d'imposta, dall'altro; **f.2)** non

era stati precisati i costi dell'ANR suscettibili di essere coperti con il prelievo a carico degli operatori del settore delle comunicazioni elettroniche; **f.3)** la CGUE aveva escluso il contrasto tra norme nazionali e norme dell'UE e, pertanto, erano erronee, immotivate ed irragionevoli (in quanto escludenti i costi per la vigilanza sugli operatori, le analisi di mercato, le nuove tecnologie, la collaborazione con le ANR straniere) le affermazioni della sentenza concernenti sia la limitazione del prelievo riferendolo solo all'attività di regolazione *ex ante*, sia l'applicazione di un asserito principio di minimizzazione dei costi aggiuntivi e degli oneri accessori, sia la necessaria stretta correlazione tra il prelievo ed i costi della suddetta attività; **f.4)** nel diritto unionale mancavano regole specifiche sulla determinazione della base imponibile e la riscossione del prelievo ed anzi il difetto della asserita stretta correlazione tra il prelievo e la «quantità di attività compiuto nel singolo procedimento» si evinceva dai punti 29 e 30 della sentenza della CGUE (che richiamavano l'art. 6, paragrafo 2, della Direttiva autorizzazioni e, quindi le varie attività connesse all'autorizzazione generale di cui all'art. 25 del d.gls. n. 259 del 2003, recante il Codice delle comunicazioni elettroniche) nonché dalla giurisprudenza dell'UE; **f.5)** il prelievo era conforme al diritto unionale e, ai sensi del comma 66 dell'art. 1 della legge n. 266 del 2005, dell'art. 34 del Codice delle comunicazioni (costituenti l'evoluzione del comma 38, lettera *b*, dell'art. 2 della legge n. 481 del 1995, nonché dell'art. 6 della legge n. 249 del 1997) e dell'art. 12 della Direttiva autorizzazioni, non poteva coprire i costi di qualsiasi attività dell'AGCOM; **f.6)** il TAR (facendo erroneo riferimento alla normativa nazionale previgente) aveva confuso i costi di funzionamento dell'AGCOM e i ricavi degli operatori ed aveva perciò illogicamente limitato l'imponibile ed il prelievo all'attività di autorizzazione *ex ante*, nonché consentito una retroattiva individuazione dei cespiti tassabili e (in particolare) escluso dall'imponibile i proventi per i servizi VAS (diversi dalla telefonia vocale); **f.7)** tali servizi VAS erano pur sempre soggetti alla regolazione ed alla vigilanza dell'AGCOM; **f.8)** la sentenza era errata in punto di ricavi per l'interconnessione sul mercato internazionale; **f.9)** la medesima sentenza era incorsa in extrapetizione in quanto il difetto dei «tre elementi essenziali del prelievo» atteneva, se mai, alla (il)legittimità degli atti impositivi e non alla difformità della normativa nazionale rispetto all'ordinamento unionale, «dove l'inammissibilità d'ogni statuizione sulle delibere annuali dell'Autorità mai impugnate in primo grado».

Poste queste premesse in punto di fatto, il CdS, nel rigettare l'appello e «in parziale modifica della sentenza del TAR», osservava che: **a)** l'art. 34 del d.gls. n. 259 del 2003 (recante il Codice delle comunicazioni elettroniche), in attuazione dell'art. 12 della Direttiva autorizzazioni, così individua i tre elementi essenziali del prelievo in discorso («diritti amministrativi»): 1) destinazione a coprire i soli costi amministrativi sostenuti per la gestione, il controllo e l'applicazione del regime di autorizzazione generale oltre a quelli inerenti alle attività collaterali strettamente collegate; 2)

incidenza – in modo proporzionato, obiettivo e trasparente – sulle imprese che forniscono reti o servizi ai sensi dell'autorizzazione generale; 3) minimizzazione dei costi amministrativi aggiuntivi (intesi come sovracosti derivanti da una non corretta gestione dell'AGCOM o da spese impreviste o comunque non riferibili al regime di autorizzazione) e degli oneri accessori (intesi come altri inutili oneri di riscossione, anche documentali); **b)** le ANR (ivi compresa l'AGCOM) sono tenute, ai sensi del paragrafo 2 dell'art. 12 della Direttiva autorizzazioni, a pubblicare un rendiconto annuo (da ritenersi, contrariamente a quanto affermato dall'Autorità, non coincidente con il bilancio) sia dei propri costi amministrativi, sia dell'importo complessivo dei diritti riscossi; **c)** tale normativa interna e dell'UE andava intesa, come confermato anche dai *considerando* n. 30 e n. 31 della medesima Direttiva, nel senso che, con riguardo ai «diritti amministrativi», v'è «un 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*» (cioè per mercati non efficienti e non ancora competitivi, che abbiano bisogno, pertanto, di una tale regolazione) nonché per la concessione dei diritti d'uso, dall'altro; **d)** infatti, anche in forza del comma 65 dell'art. 1 della legge n. 266 del 2005 – nonostante una apparente mancata presa di posizione di tale comma sulla definizione della base imponibile (pag. 18) – 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 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» e quindi (con riguardo al settore dei prodotti e servizi per le comunicazioni elettroniche) dal **mercato all'ingrosso di terminazione di chiamate vocali su singole reti mobili** (raccomandazione della Commissione UE del 9 ottobre 2014, in base alla precedente raccomandazione del 17 dicembre 2007; delibera n. 34/06/CONS dell'AGCOM, sulla scorta della raccomandazione dell'11 febbraio 2007, in sede di prima applicazione della Direttiva n. 2002/21/CE), per il quale vige il regime di autorizzazione generale di cui all'art. 25 del Codice delle comunicazioni elettroniche; **e)** in altri termini, il prelievo di cui ai suddetti «diritti amministrativi» integra una «**tassa di scopo [...] parzialmente commutativa**», diretta a finanziare il servizio reso agli operatori di quella sola frazione del settore afferente il mercato della telefonia vocale mobile (se ed in quanto questa abbia bisogno di regolamentazione), con un «montante predefinito» (corrispondente ai costi effettivi generati dalla gestione di tutti gli aspetti della regolamentazione di quel mercato), «non già una sovrimposta su ricavi iscritti a bilancio»; **f) i contribuenti** e la loro attitudine contributiva, in particolare, vanno identificati nei soggetti operanti nel settore delle comunicazioni, ma distinti secondo «ciascuna categoria per lo specifico mercato di 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 **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»; **g)** era, per questo, manifestamente irrilevante, nella specie, ogni questione sull'omessa impugnazione di atti impositivi pregressi; **h)** inoltre, a fronte della pretesa dell'AGCOM di ampliare, con effetto retroattivo (secondo i criteri di cui alle delibere n. 693/08/CONS per il 2009 e n. 722/09/CONS per il 2010), la **base imponibile** e la **platea dei contribuenti** – attraendo a tassazione anche i ricavi VAS della società e ciò al fine di finanziare anche «costi spuri ed estranei» allo specifico mercato di riferimento (quale definito dalle delibere dell'ANR e soggetto ad autorizzazione generale *ex ante*) –, doveva essere riconosciuta la necessità del rinvio pregiudiziale effettuato dal TAR alla CGUE, la quale aveva dichiarato legittimo il prelievo di cui alla suddetta normativa nazionale solo nel caso in cui fossero state rispettate le condizioni indicate dall'art. 12 della Direttiva autorizzazioni; **i)** era, pertanto, immune da vizi la decisione del TAR che, riscontrato il mancato rispetto di tali condizioni, aveva concluso per la illegittimità del suddetto ampliamento, data la necessità di «stretta corrispondenza tra prelievo e costi della regolazione» in un settore, quale quello delle comunicazioni elettroniche, che si presenta variamente articolato in una «pluralità di mercati rilevanti, ciascuno dei quali con proprie caratteristiche d'efficienza, di competitività e di dominanza» e, quindi, con un non uniforme livello di spesa pubblica di regolazione e controllo; **l)** era poi irrilevante ai fini di causa il sopravvenuto art. 2, comma 241, della legge n. 191 del 2009 (secondo cui l'AGCOM ha l'obbligo, in via temporanea, di distarre parte del gettito del prelievo in favore di altre ANR); **m)** la diversa ricostruzione del tributo prospettata dall'AGCOM (ad avviso della quale sono attratti nel prelievo, per una sola aliquota ed un'unica modalità di calcolo del prelievo, anche cespiti per servizi o attività d'impresa nel settore delle comunicazioni elettroniche su cui non vi sia «esercizio effettivo di potestà regolative», come i servizi e ricavi VAS e SMS e, quindi, anche ove non vi sia stata una specifica spesa pubblica per la regolamentazione ed il controllo) era contraria sia alla buona fede che deve presiedere alla valutazione degli atti amministrativi (anche di contenuto generale), sia all'interpretazione basata sulle «effettive intenzioni della norma e delle parti dell'obbligazione tributaria per ciascuna specifica categoria di operatori chiamati alla contribuzione» (in applicazione di «quanto dispone l'art. 1362 cod. civ.»), sia alle fonti dell'UE (con la conseguenza che doveva ritenersi illegittima, per contrasto con il diritto comunitario, «tutta la filiera della fattispecie imponibile, senza possibilità di sfuggire alla sanzione della disapplicazione» delle norme italiane, in quanto queste non prevedono una stretta correlazione tra imponibile e spesa per la regolamentazione *ex ante* di mercati); **n)** più in dettaglio,

non era stata dimostrata la sussistenza di attuali «necessità regolatorie» per i servizi VAS, quali quelli «MMS» e internet in banda stretta via terminale mobile (la delibera n. 46/06/CONS aveva ammesso la regolabilità del servizio SMS solo se ed in quanto gli operatori nazionali mobili non permettano a quelli sprovvisti di proprie risorse radio di fornire tutti i servizi finali mercato).

2.- Avverso la sentenza di appello l'AGCOM, dichiarando un valore «indeterminabile», ha proposto ricorso per cassazione ai sensi dell'ottavo comma dell'art. 111 Cost., prospettando un unico, complesso motivo e chiedendo l'annullamento dell'impugnata sentenza con ogni consequenziale statuizione anche in ordine alle spese. Il ricorso risulta notificato: il 9 giugno 2015 alla s.p.a. Wind Telecomunicazioni ed alla s.p.a. Fastweb; nonché il 9-10 giugno 2015 alla Vodafone Omnitel B.V. ed alla s.p.a. Telecom Italia.

3.- Resistono la s.p.a. **Wind Telecomunicazioni**, la s.p.a. **Fastweb** e la **Vodafone Omnitel B.V.** con controricorsi notificati rispettivamente: 1.a) all'AGCOM; 1.b) alla s.p.a. Fastweb; 1.c) alla Vodafone Omnitel B.V.; 1.d) alla s.p.a. Telecom Italia; 2.a) all'AGCOM; 2.b) alla s.p.a. Wind Telecomunicazioni; 2.c) alla Vodafone Omnitel B.V.; 2.d) alla s.p.a. Telecom Italia; 3.a) all'AGCOM; 3.b) alla s.p.a. Fastweb; 3.c) alla s.p.a. Wind Telecomunicazioni; 3.d) alla s.p.a. Telecom Italia.

4.- Le controricorrenti illustrano la loro posizione depositando memoria.

Ragioni della decisione

1.- Con un **unico, complesso motivo di ricorso**, proposto ai sensi dell'ottavo comma dell'art. 111 Cost., la ricorrente AGCOM deduce che il CdS, con la sentenza impugnata, ha ecceduto i limiti esterni della sua giurisdizione sotto **tre profili**, tra loro connessi, avendo invaso: 1) la sfera giurisdizionale della CGUE, per avere “sostanzialmente riformato” la sentenza resa da detta Corte a séguito di rinvio pregiudiziale effettuato dal TAR nel corso del medesimo giudizio (sentenza della CGUE del 18 luglio 2013, *Vodafone Omnitel NV, Fastweb SpA, Telecomunicazioni SpA, Telecom Italia SpA, Sky Italia srl*, nelle cause riunite da C-228/12 a C-232/12 e da C-254/12 a C-258/12); 2) la sfera di attribuzioni del legislatore italiano, per avere disapplicato, nonostante la mancanza di qualsiasi contrasto con l'ordinamento dell'Unione europea, le norme nazionali disciplinanti il finanziamento dell'AGCOM; 3) la sfera di competenza riservata all'AGCOM, per avere privato tale Autorità (per effetto della disapplicazione delle suddette norme nazionali) della potestà di emettere gli atti regolamentari attuativi del prelievo, diretti a determinare l'ammontare del suo fabbisogno finanziario e la misura dei «diritti amministrativi» dovuti dagli operatori del mercato di riferimento.

1.1.- Sotto il **primo profilo**, relativo alla denunciata invasione della sfera giurisdizionale della CGUE, la ricorrente (che prospetta anche il rischio dell'instaurazione di una procedura di

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

infrazione a carico dell'Italia) osserva che: **a)** la sentenza della CGUE afferma che: «l'articolo 12 della direttiva 2002/20/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni), deve essere interpretato nel senso che esso non osta alla disciplina di uno Stato membro, come quella di cui trattasi nei procedimenti principali, 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 complessivamente sostenuti dall'autorità nazionale di regolamentazione 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 alle attività menzionate al paragrafo 1, lettera a), di tale disposizione [cioè: «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, che possono comprendere i costi 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, quali decisioni in materia di accesso e interconnessione»], **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 singole imprese in modo proporzionato, obiettivo e trasparente, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.»; **b)** la stessa sentenza della CGUE precisa che gli Stati membri possono imporre alle imprese che prestano servizi o reti ai sensi dell'autorizzazione generale o che hanno ricevuto una concessione dei diritti d'uso di radiofrequenze o di numeri, soltanto diritti amministrativi che coprono complessivamente i costi amministrativi 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, di tale direttiva, che possono comprendere i costi di cooperazione internazionale, di armonizzazione e di standardizzazione, di analisi di mercato, di sorveglianza e di altri controlli di mercato, nonché di preparazione e di applicazione del diritto derivato e delle decisioni amministrative, quali decisioni in materia di accesso e interconnessione; **d)** la CGUE, dunque (in coerenza con la propria precedente giurisprudenza, tra cui la sentenza del 21 luglio 2011, *Telefónica de España SA contro Administración del Estado*, in causa C-284/10), ha «chiaramente affermato» che il citato art. 12 della Direttiva autorizzazioni consente di imporre il pagamento di diritti amministrativi finalizzati alla copertura non solo dei costi per lo svolgimento delle attività di regolamentazione *ex ante*, ma anche dei costi complessivi sostenuti dalle ANR per assolvere i molteplici compiti istituzionali ad esse attribuiti dall'ordinamento europeo nel settore delle comunicazioni elettroniche, lasciando agli Stati membri il compito di determinare la base

imponibile e precisando che il «diritto amministrativo» percepito dall'AGCOM non deve essere rapportato agli specifici costi dei servizi resi ai singoli operatori e neppure ai costi relativi ai singoli mercati in cui si ripartisce il settore delle comunicazioni elettroniche, ma può essere determinato mediante la ripartizione dei costi complessivi tra tutti gli operatori del settore; e) la sentenza del CdS – in violazione di tale principio di diritto e confondendo il tema della determinazione della base imponibile con quello della determinazione dei costi da coprire – afferma invece che, in base al diritto dell'UE, i diritti amministrativi dovuti all'AGCOM, da un lato, debbono avere come base imponibile i soli ricavi prodotti nello specifico mercato regolamentato di competenza del singolo operatore e, dall'altro, sono destinati a coprire esclusivamente i costi strettamente connessi alla regolamentazione (per mezzo di un'autorizzazione generale *ex ante*) di detto specifico mercato, ed ha conseguentemente disapplicato la normativa italiana che non pone tali limitazioni; f) il punto della decisione del CdS in cui viene affermato un contrasto tra le norme nazionali e la normativa dell'UE che è, invece, espressamente negato dalla citata sentenza della CGUE non è influenzato dal dovere del giudice nazionale di verificare sia i costi da coprire con il gettito dei diritti amministrativi (da “minimizzare” e rendicontare), sia la corrispondenza tra gettito e costi da coprire, sia la correttezza delle modalità del prelievo (che deve essere proporzionato, obiettivo e trasparente).

1.2.– Sotto il **secondo profilo**, relativo alla denunciata invasione della sfera di competenza del legislatore italiano, la ricorrente osserva che il CdS, nel disapplicare la disciplina interna sul finanziamento dell'AGCOM, ha privato alcune leggi nazionali dell'efficacia loro propria, adducendo a giustificazione un presupposto (il loro contrasto con l'ordinamento dell'UE) dichiarato insussistente dalla CGUE.

1.3.– Sotto il **terzo profilo**, relativo alla denunciata invasione della sfera di competenza riservata all'AGCOM, la ricorrente osserva che il CdS, nel dichiarare illegittimamente la contrarietà della legge nazionale all'ordinamento dell'UE e nel disapplicare (senza averne il potere) tale legge, ha precluso all'AGCOM il regolare esercizio della potestà a questa riservata di determinare e riscuotere i «diritti amministrativi», al fine di provvedere, con la necessaria autonomia, all'acquisizione delle risorse necessarie al proprio funzionamento.

1.4.– La ricorrente, così delimitato il prospettato *thema decidendum*, precisa che già in appello non aveva reiterato l'eccezione pregiudiziale di difetto della giurisdizione del giudice amministrativo (per essere la controversia devoluta alla cognizione del giudice tributario) e che non intende denunciare i pur numerosi vizi logici e le pur evidenti violazioni di legge da cui, a suo avviso, era affetta la sentenza di appello.

1.– Con un **unico, complesso motivo di ricorso**, proposto ai sensi dell'ottavo comma

dell'art. 111 Cost., la ricorrente AGCOM deduce che il CdS, con la sentenza impugnata, ha **ecceduto i limiti esterni della sua giurisdizione sotto tre profili**, tra loro connessi, avendo invaso: 1) **la sfera giurisdizionale della CGUE**, per avere “sostanzialmente riformato” la sentenza resa da detta Corte a séguito di rinvio pregiudiziale effettuato dal TAR nel corso del medesimo giudizio (sentenza della CGUE del 18 luglio 2013, *Vodafone Omnitel NV, Fastweb SpA, Telecomunicazioni SpA, Telecom Italia SpA, Sky Italia srl*, nelle cause riunite da C-228/12 a C-232/12 e da C-254/12 a C-258/12); 2) **la sfera di attribuzioni del legislatore italiano**, per avere disapplicato, nonostante la mancanza di qualsiasi contrasto con l'ordinamento dell'Unione europea, le norme nazionali disciplinanti il finanziamento dell'AGCOM; 3) **la sfera di competenza riservata all'AGCOM**, per avere privato tale Autorità (per effetto della disapplicazione delle suddette norme nazionali) della potestà di emettere gli atti regolamentari attuativi del prelievo, diretti a determinare l'ammontare del suo fabbisogno finanziario e la misura dei «diritti amministrativi» dovuti dagli operatori del mercato di riferimento.

1.1.– Sotto il **primo profilo**, relativo alla denunciata invasione della sfera giurisdizionale della CGUE, la ricorrente (che prospetta anche il rischio dell'instaurazione di una procedura di infrazione a carico dell'Italia) osserva che: **a)** la sentenza della CGUE afferma che: «l'articolo 12 della direttiva 2002/20/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni), deve essere interpretato nel senso che esso non osta alla disciplina di uno Stato membro, come quella di cui trattasi nei procedimenti principali, 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 complessivamente sostenuti dall'autorità nazionale di regolamentazione e non finanziati dallo Stato, il cui importo è determinato in funzione dei ricavi realizzati da tali imprese, **a condizione: a.1) che** tale diritto sia esclusivamente destinato alla copertura di costi relativi alle attività menzionate al paragrafo 1, lettera *a*), di tale disposizione [cioè: «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, che possono comprendere i costi 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, quali decisioni in materia di accesso e interconnessione»]; **a.2.) che** la totalità dei ricavi ottenuti a titolo di detto diritto non superi i costi complessivi relativi a tali attività; **a.3.) e che** lo stesso diritto sia imposto alle singole imprese in modo proporzionato, obiettivo e trasparente, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.»; **b)** la stessa sentenza della CGUE precisa che gli Stati membri possono imporre alle imprese che

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

prestano servizi o reti ai sensi dell'autorizzazione generale o che hanno ricevuto una concessione dei diritti d'uso di radiofrequenze o di numeri, soltanto diritti amministrativi che coprono complessivamente i costi amministrativi 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, di tale direttiva, che possono comprendere i costi di cooperazione internazionale, di armonizzazione e di standardizzazione, di analisi di mercato, di sorveglianza e di altri controlli di mercato, nonché di preparazione e di applicazione del diritto derivato e delle decisioni amministrative, quali decisioni in materia di accesso e interconnessione; **c)** la CGUE, dunque (in coerenza con la propria precedente giurisprudenza, come la sentenza del 21 luglio 2011, *Telefónica de España SA contro Administración del Estado*, in causa C-284/10), ha «chiaramente affermato» che il citato art. 12 della Direttiva autorizzazioni consente di imporre il pagamento di diritti amministrativi finalizzati alla copertura non solo dei costi per lo svolgimento delle attività di regolamentazione *ex ante*, ma anche dei costi complessivi sostenuti dalle ANR per assolvere i molteplici compiti istituzionali ad esse attribuiti dall'ordinamento europeo nel settore delle comunicazioni elettroniche, lasciando agli Stati membri il compito di determinare la base imponibile e precisando che il «diritto amministrativo» percepito dall'AGCOM non deve essere rapportato agli specifici costi dei servizi resi ai singoli operatori e neppure ai costi relativi ai singoli mercati in cui si ripartisce il settore delle comunicazioni elettroniche, ma può essere determinato mediante la ripartizione dei costi complessivi tra tutti gli operatori del settore; **d)** la sentenza del CdS – in violazione di tale principio di diritto e confondendo il tema della determinazione della base imponibile con quello della determinazione dei costi da coprire – afferma invece che, in base al diritto dell'UE, i diritti amministrativi dovuti all'AGCOM, da un lato, debbono avere come base imponibile i soli ricavi prodotti nello specifico mercato regolamentato di competenza del singolo operatore e, dall'altro, sono destinati a coprire esclusivamente i costi strettamente connessi alla regolamentazione (per mezzo di un'autorizzazione generale *ex ante*) di detto specifico mercato, ed ha conseguentemente disapplicato la normativa italiana che non pone tali limitazioni; **e)** il punto della decisione del CdS in cui viene affermato un contrasto tra le norme nazionali e la normativa dell'UE che è, invece, espressamente negato dalla citata sentenza della CGUE non è influenzato dal dovere del giudice nazionale di verificare sia i costi da coprire con il gettito dei diritti amministrativi (da “minimizzare” e rendicontare), sia la corrispondenza tra gettito e costi da coprire, sia la correttezza delle modalità del prelievo (che deve essere proporzionato, obiettivo e trasparente).

1.2.– Sotto il **secondo profilo**, relativo alla denunciata invasione della sfera di competenza del legislatore italiano, la ricorrente osserva che il CdS, nel disapplicare la disciplina interna sul

finanziamento dell'AGCOM, ha privato alcune leggi nazionali dell'efficacia loro propria, adducendo a giustificazione un presupposto (il loro contrasto con l'ordinamento dell'UE) dichiarato insussistente dalla CGUE.

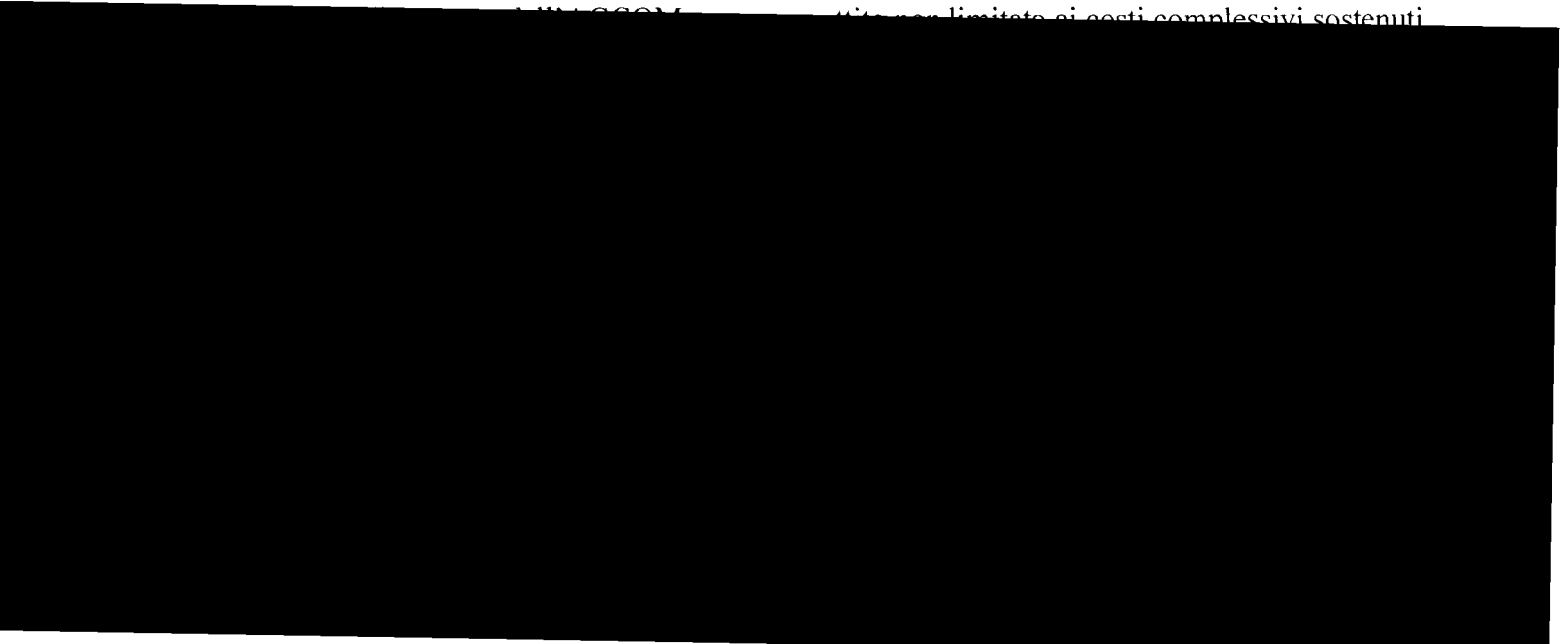
1.3.– Sotto il **terzo profilo**, relativo alla denunciata invasione della sfera di competenza riservata all'AGCOM, la ricorrente osserva che il CdS, nel dichiarare illegittimamente la contrarietà della legge nazionale all'ordinamento dell'UE e nel disapplicare (senza averne il potere) tale legge, ha precluso all'AGCOM il regolare esercizio della potestà a questa riservata di determinare e riscuotere i «diritti amministrativi», al fine di provvedere, con la necessaria autonomia, all'acquisizione delle risorse necessarie al proprio funzionamento.

1.4.– La ricorrente, così delimitato il prospettato *thema decidendum*, precisa che già in appello non aveva reiterato l'eccezione pregiudiziale di difetto della giurisdizione del giudice amministrativo (per essere la controversia devoluta alla cognizione del giudice tributario) e che non intende denunciare i pur numerosi vizi logici e le pur evidenti violazioni di legge da cui, a suo avviso, era affetta la sentenza di appello.

2.– **Il ricorso è inammissibile** sotto tutti i profili, perché non prospetta, in realtà, alcuna violazione dei limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo.

2.1.– Con la sentenza impugnata il CdS ha affrontato la questione riguardante sostanzialmente la compatibilità della vigente disciplina nazionale in tema di finanziamento dell'AGCOM (commi 65 e 66 dell'art. 1 della legge n. 266 del 2005) con l'ordinamento dell'UE (art. 12 della Direttiva autorizzazioni, cioè della Direttiva 2002/20/CE del parlamento e del Consiglio del 7 marzo 2002) quale interpretato dalla sentenza della CGUE del 18 luglio 2013, nelle cause riunite da C-228/12 a C-232/12 e da C-254/12 a C-258/12, resa a séguito di rinvio pregiudiziale effettuato dal TAR nel corso del giudizio per cui è causa. Il CdS ritiene che il prelievo tributario previsto dalla normativa nazionale ed applicato dalle delibere impuginate davanti al giudice amministrativo (con un imponibile esteso anche a ricavi derivanti da attività non soggette

Jm



unionale, quale interpretato dalla suddetta sentenza della CGUE, ed ha così invaso la sfera giurisdizionale di competenza di tale Corte.

In contrario va qui ribadita la costante giurisprudenza di queste sezioni unite secondo cui deve escludersi che la violazione del diritto dell'Unione da parte del giudice amministrativo valga, di per sé, ad integrare un superamento delle attribuzioni di tale giudice. La primazia del diritto dell'Unione europea, infatti, non sovverte gli assetti procedurali degli ordinamenti nazionali (sezioni unite, n. 3236 del 2012) e la dedotta erroneità dell'interpretazione della sentenza della CGUE fornita dal CdS con la sentenza impugnata si risolve, in realtà, nella contestazione della legittimità del concreto esercizio delle funzioni giurisdizionali attribuite al giudice amministrativo e, quindi, in una censura di violazione di legge, non di esorbitanza dai limiti esterni della giurisdizione. Rientra, in modo caratteristico, nel potere giurisdizionale del giudice amministrativo valutare la portata della sentenza della CGUE incidente nel giudizio in corso (indipendentemente, come è ovvio, dalla effettiva correttezza di tale valutazione) ed applicare alla fattispecie di causa le norme unionali come interpretate dalla Corte di giustizia. In altri termini, come già rilevato in casi simili da queste sezioni unite in materia di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione – che l'art. 111, ultimo comma, Cost. affida alla Corte di cassazione – non include anche una funzione di verifica della conformità di quelle decisioni al diritto dell'Unione europea (sezioni unite, n. 14043, n. 14042 e n. 10501 del 2016) e l'*error in iudicando* non si trasforma in eccesso di potere giurisdizionale sol perché venga denunciata la violazione di norme unionali, quali chiarite dalla Corte di giustizia (*ex plurimis*, sezioni unite, n. 3915 del 2016; n. 2403 del 2014; n. 16886 del 2013).

2.3.– Come più volte affermato da questa Corte (*ex plurimis*, sezioni unite, n. 2403 del 2014, n. 27847 e n. 7929 del 2013, n. 8882 del 2005), il ricorso per cassazione dinanzi alle sezioni unite avverso le pronunce del CdS è consentito solo per motivi inerenti alla giurisdizione (art. 111, ottavo comma, Cost.; ma vedi anche l'art. 362 cod. proc. civ. e l'art. 110 c.p.a., approvato con il d.lgs. n. 104 del 2010) e, quindi: a) nell'ipotesi in cui la sentenza abbia violato l'ambito della giurisdizione in generale (esercitando la giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa oppure negando la giurisdizione sull'erroneo presupposto che la domanda non potesse costituire in modo assoluto oggetto di esame giurisdizionale); b) nell'ipotesi di violazione dei cosiddetti limiti esterni della propria giurisdizione (giudicando in materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale, oppure negando la propria giurisdizione sull'erroneo presupposto che questa spetti ad altro giudice, oppure esercitando un sindacato di merito in materia attribuita esclusivamente alla propria giurisdizione di legittimità degli atti amministrativi).

Ne consegue l'inammissibilità del ricorso che, come quello in esame, denunci in realtà solo un cattivo esercizio da parte del CdS della propria giurisdizione, cioè un vizio che attiene all'esplicazione interna del potere giurisdizionale conferito dalla legge a detto giudice.

2.4.- È opportuno precisare che l'ipotesi per cui è causa non rientra nei «casi estremi», menzionati da alcune sentenze delle sezioni della Cassazione (sezioni unite, n. 14043, n. 14042, n. 11380, n. 10501 e n. 3915 del 2016; n. 2242 del 2015; n. 2403 del 2014; n. 30254 del 2008), in cui un *error in iudicando* del CdS per contrarietà ad una pronuncia della CGUE, ove idoneo a realizzare «un radicale stravolgimento delle norme europee di riferimento, così come interpretate dalla Corte di giustizia» (sezioni unite n. 11380 del 2016, n. 2242 del 2015 e n. 15428 del 2012), si risolve eccezionalmente in un eccesso giurisdizionale, tale da consentire il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione. Tali «casi», infatti, vanno identificati in fattispecie in cui la decisione del CdS contraria alla giurisprudenza unionale preclude, rendendola non effettiva, la difesa giudiziale, con conseguente ingiustificato (anche dal punto di vista costituzionale) vuoto di tutela giurisdizionale per l'indicato «indebito rifiuto di erogare» tale tutela «a cagione di una male intesa autolimitazione, in via generale, dei poteri del giudice speciale» (sezioni unite n. 2403 del 2014, citata), con un «aprioristico diniego di giurisdizione» (sezioni unite n. 771 del 2014). A tal riguardo va ricordato che è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto al potere stabilendo le forme di tutela in cui esso si estrinseca (per tutte, Cass., sezioni unite, n. 2242 del 2015; n. 30254 del 2008).

Nel caso in esame, il CdS non ha denegato la giurisdizione, ma ha inteso (come visto) applicare in concreto la norma unionale, quale interpretata dalla CGUE, con ciò fornendo (e non negando) tutela giurisdizionale.

2.5.- Per le considerazioni che precedono va esclusa anche la denunciata invasione della sfera di attribuzioni del legislatore italiano. Il CdS, infatti, si è limitato a non applicare la normativa nazionale nella parte ritenuta in contrasto con le norme unionali, quali interpretate dalla CGUE, e, quindi, ad esercitare un'attività caratteristica della propria funzione giurisdizionale di giudice amministrativo.

2.6.- Va infine esclusa, per le medesime ragioni, la denunciata invasione della sfera di competenza riservata all'AGCOM. La sentenza impugnata, come già sottolineato, ha solo provveduto a non applicare la normativa nazionale ritenuta incompatibile con l'ordinamento unionale, senza invadere la sfera di attribuzioni riservata alla P.A., intendendo applicare la sentenza della CGUE del 18 luglio 2013, emessa nelle cause riunite C-228/12 a C-232/12 e C-254/12 a C-258/12, la quale ha espressamente demandato al giudice del rinvio il controllo che: 1) il prelievo sia

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

esclusivamente destinato alla copertura dei costi relativi alle attività menzionate all'articolo 12, paragrafo 1, lettera *a*, della direttiva autorizzazioni; 2) la totalità dei ricavi ottenuti a titolo di detto prelievo non superi i costi complessivi relativi a tali attività; 3) lo stesso prelievo sia imposto alle singole imprese in modo proporzionato, obiettivo e trasparente.

3.- L'inammissibilità del ricorso comporta la condanna della ricorrente alle spese di lite in favore delle controricorrenti, con liquidazione come da dispositivo.

4.- Non ricorrono i presupposti per l'applicazione dell'art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002, perché la parte ricorrente rientra tra le amministrazioni pubbliche ammesse alla prenotazione a debito del contributo unificato, ai sensi dell'art. 158 del medesimo d.P.R. (in generale, per le amministrazioni dello Stato ed equiparate, vedi *ex plurimis* Cass. n. 1778 del 2016 e n. 5955 del 2014).

P.Q.M.

La Corte, pronunciando a sezioni unite, dichiara inammissibile il ricorso, condanna la ricorrente a rimborsare alle controricorrenti le spese di lite, che si liquidano, per ciascuna controricorrente, in complessivi € 10.000,00, oltre € 200,00 per spese ed oltre accessori di legge.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio delle sezioni unite civili, l'11 ottobre 2016.