



COMMENTI

L'impatto delle sentenze del Consiglio di Stato nn. 600, 810, 1224, 1274 e 1712 del 2015 sul sistema di finanziamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni

di Marco Orofino*

Consiglio di Stato, sez. III, 17 febbraio 2015, n. 600 e n. 810. Pres. G. Romeo. Est. S.M. Russo

«Non si possono accollare indistintamente sugli operatori del settore delle comunicazioni elettroniche tutti i costi inerenti alle diverse 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; di conseguenza, è da escludere che i contributi degli operatori del settore delle comunicazioni elettroniche possano essere estesi alla copertura di costi di attività diverse le quali, in difetto d'un serio, razionale e proporzionato dato normativo di rango primario, non possono essere ricondotte a fattispecie differenti secondo un'analogia dubbia, specie se il comparto considerato non abbisogni o non sia coperto da ragioni di regolazione ex ante».

Consiglio di Stato, sez. III, 10 marzo 2015, n. 1224. Pres. G. Romeo. Est. S.M. Russo

«L'interpretazione delle regole sul prelievo finanziario a carico degli operatori del settore delle comunicazioni e a favore dell'Agcom va modulata in base a quanto dispone l'art. 1362 c.c., senza limitarsi al solo senso letterale delle parole, ma avendo riguardo alle effettive intenzioni della norma e delle parti dell'obbligazione tributaria per ciascuna specifica categoria di operatori chiamati alla contribuzione de qua».

«Tutti i vari operatori nel settore delle comunicazioni elettroniche soggiacciono ad un unico regime del prelievo finanziario in favore dell'Autorità nazionali di regolazione, però 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 la suddetta 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, che 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 della sola frazione di tale 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».

* Dipartimento di Studi Internazionali, Giuridici e Storico-Politici dell'Università degli Studi di Milano. E-mail: marco.orofino@unimi.it.

«Ai sensi del Considerando n. 30 alla direttiva n. 2002/20/CE la contribuzione a carico degli operatori del settore delle comunicazioni deve intendersi limitata all'Autorità nazionale di regolamentazione e solo per la gestione del regime di autorizzazione e la concessione dei diritti d'uso; al tempo stesso, secondo quanto disposto dall'art. 12, § 2), dir. n. 2002/20/CE, le A.N.R., compresa l'Agcom, sono obbligate a pubblicare un rendiconto annuo dei propri costi amministrativi e dell'importo complessivo dei diritti riscossi, documento questo che non coincide con il bilancio dell'Autorità, né lo doppia, giacché 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».

Consiglio di Stato, sez. III, 11 marzo 2015, n. 1274. Pres. G. Romeo. Est. S.M. Russo.

«L'onere contributivo dovuto all'Agcom, e posto a carico degli operatori dei servizi di telecomunicazione, deve essere commisurato non alle spese di funzionamento generale, ma a quelle specifiche sostenute per la gestione dell'autorizzazione generale; deve quindi trattarsi di un prelievo sobrio, come prescritto dall'art. 12, § 2) della dir. n. 2002/20/CE che, a questo riguardo, impone alle Autorità nazionali di regolazione, compresa quindi l'Agcom, di "... pubblicare un rendiconto annuo dei propri costi amministrativi e dell'importo complessivo dei diritti riscossi..."; si tratta di un documento che non coincide con il bilancio dell'Autorità, né lo doppia, giacché 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».

Consiglio di Stato, sez. III, 1 aprile 2015, n.1712. Pres. G. Romeo. Est. S.M. Russo.

«L'interpretazione secondo buona fede non ammette l'interpolazione di significati spuri (per non dire inventati di sana pianta) e unilaterali nell'applicazione delle fonti primarie, né abusi della potestà autoritativa della P.A. emanante. Essa le impone di dettare regole comportamentali certe, legittime, non estemporanee e stabili, soprattutto quando da esse derivino effetti negativi nei confronti del destinatario».

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il modello di finanziamento tra disciplina europea e disciplina interna. – 3. Le modifiche legislative al sistema di finanziamento volte a ridurre i trasferimenti erariali ed aumentare la quota di contribuzione degli operatori. – 4. La sentenza pregiudiziale della Corte di Giustizia. – 5. Le argomentazioni del Consiglio di Stato e le implicazioni sul sistema complessivo. – 5.1. L'intervento del Consiglio di Stato a precisazione del corretto presupposto della contribuzione. – 5.2. L'individuazione della base imponibile – 5.3. La diretta applicazione dell'art. 12, par. 2 della direttiva autorizzazioni. – 5.4 La preferenza del Consiglio di Stato per una lettura orientata delle norme interne in vece della loro disapplicazione. – 6. Osservazioni conclusive.

1. Premessa

Con cinque sentenze "gemelle" depositate nell'arco di poco meno di due mesi, la Terza Sezione del Consiglio di Stato è intervenuta, in modo molto significativo, sul meccanismo di finanziamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM)¹.

¹ Si tratta delle sentenze del Consiglio di Stato (Terza Sezione): 5 febbraio 2015, n. 600, 17 febbraio 2015, n. 810, 10 marzo 2015, n. 1224; 11 marzo 2015, n. 1274 e 1 aprile 2015, n.

I cinque casi, giunti all'attenzione della Suprema magistratura amministrativa, dopo un *iter* giurisdizionale contrassegnato anche da un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, traggono origine da una serie di ricorsi presentati da cinque società operanti, a diverso titolo, nel settore delle comunicazioni elettroniche².

Gli atti impugnati sono la delibera 599/10/CONS dell'AGCOM recante "Misura e modalità di versamento del contributo dovuto all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni per l'anno 2011"³, e le delibere, rivolte ai singoli operatori, con cui l'AGCOM ha ingiunto loro di provvedere entro sessanta giorni all'esatto adempimento degli obblighi contributivi dovuti nel quinquennio 2006-2010 e non versati, secondo AGCOM, nel loro corretto ammontare⁴.

Gli articolati motivi di gravame formulati, in primo grado, dai ricorrenti possono essere così raggruppati e sintetizzati: a) illegittimità rispetto al diritto comunitario del presupposto contributivo definito dalla legge n. 266 del 2005 e delle conseguenti delibere AGCOM; b) illegittimità ai sensi del diritto comunitario del trasferimento dei contributi riversati dagli operatori, dall'AGCOM ad altre Autorità, disposto in via transitoria dalla legge n. 191/2009; c) violazione, per quanto riguarda le delibere ingiuntive, dell'obbligo di interpretazione secondo buona fede nell'applicazione delle fonti primarie sul prelievo contributivo.

Il TAR Lazio, in primo grado, ha accolto tutti i ricorsi presentati provvedendo, previa disapplicazione delle norme di legge ritenute incompatibili con il diritto europeo, ad annullare le suddette delibere⁵.

Il Consiglio di Stato ha confermato nel merito quanto deciso dal TAR, respingendo, quindi, tutti i ricorsi proposti da AGCOM, ma ha modificato, per ciò che riguarda la disapplicazione delle norme di legge interne, le conclusioni dei giudici di prime cure⁶.

2. Il modello di finanziamento tra disciplina europea e disciplina interna

Per comprendere la portata delle decisioni assunte dal Consiglio di Stato occorre ripercorrere brevemente le tappe che hanno condotto l'AGCOM ad adottare le delibere oggetto di impugnazione nonché porre in evidenza il loro contenuto.

1712. Tutte le controversie sono state decise dal medesimo collegio nella Camera di Consiglio del 27 novembre 2014.

2 Telecom Italia S.p.A., Wind Telecomunicazioni S.p.A., Fastweb S.p.A., Vodafone Omnitel NV sono tutte titolari, ai fini del giudizio, di autorizzazione generale per l'esercizio di servizi di telefonia mobile mentre Sky Italia S.r.l. è titolare di un'autorizzazione generale per l'esercizio di servizi televisivi a pagamento via cavo e via satellite e su piattaforme satellitari e in tecnica digitale terrestre oltre ad essere concessionaria di pubblicità.

3 Pubblicata in Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 1 del 3 gennaio 2011 Supplemento ordinario n. 3.

4 Si tratta delle delibere 570/10/CONS e 97/11/CONS (Sky), 131/11/CONS (Wind), 573/10/CONS e 98/11/CONS (Vodafone), 99/11/CONS (Telecom), 129/11/CONS (Fastweb).

5 V. Sentenze del TAR Lazio – Roma, Sez. II, nn. 2530/2014 (Telecom); 2533/2014 (Fastweb); 2534/2014 (Sky); 2538/2014 (Wind); 3504/2014 (Vodafone).

6 Con riferimento alla sentenza del Cons. St. n. 600/2015, v. anche il contributo di L. Di DONATO, *Il finanziamento delle Autorità Amministrative Indipendenti*, in *Amministrazione In Cammino*, 2015.

Bisogna innanzitutto partire dal modello di finanziamento previsto per l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. Esso trova la sua prima disciplina nella legge n. 481/1995 che definisce i principi generali per la disciplina delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità.

L'art. 2, comma 38, legge n. 481/1995 disegna un sistema di finanziamento di tipo misto prevedendo che gli oneri derivanti dall'istituzione e dal funzionamento delle Autorità di regolazione siano coperti in parte attraverso trasferimenti erariali e in parte tramite contributi versati dai soggetti regolati esercenti i servizi di pubblica utilità.

Questo modello è fatto proprio dalla successiva legge n. 249/1997, istitutiva dell'AGCOM. L'art. 6 di tale legge prevede, infatti, che gli oneri di istituzione e di funzionamento siano coperti in parte con il contributo erariale precedentemente destinato al Garante per la radiodiffusione e l'editoria e, in parte, attraverso un contributo dei soggetti regolati da calcolarsi proprio ai sensi del richiamato art. 2, comma 38, legge n. 481/1995.

La misura e le modalità del contributo dovuto all'Autorità dai soggetti regolati, ai sensi del combinato disposto dell'art. 38 della legge n. 481/1995 e dell'art. 6 della legge n. 249/1997, sono inizialmente rimessi alla definizione del Ministro delle Finanze di concerto con il Ministro del Tesoro⁷.

Con il decreto 4 luglio 2001, il Ministro dell'Economia ha individuato i contribuenti assoggettati, la base imponibile su cui calcolare il contributo e l'aliquota contributiva. La platea dei contribuenti è stata definita in modo molto ampio: sono, infatti, stati elencati i fornitori di reti e servizi di telecomunicazione, le emittenti televisive e le emittenti radio, gli editori, le concessionarie di pubblicità, i fornitori di servizi e prodotti telematici e i produttori di programmi radiotelevisivi.

Per quanto riguarda la base imponibile, il decreto in questione ha previsto che essa fosse calcolata sulla base dei ricavi conseguiti dai suddetti operatori a fronte delle attività ricadenti nelle tipologie esercitate da ciascuna categoria, al netto delle quote riversate agli operatori terzi. L'aliquota è stata fissata tra il 2001 e il 2005 nella misura dello 0,35 per mille dei ricavi. Nel 2005, il Ministro ha aumentato l'aliquota allo 0,65 per mille dei ricavi⁸.

In questa fase, dunque, l'AGCOM ha provveduto, sulla base dei decreti ministeriali, solamente a dettare anno per anno le istruzioni per il calcolo del contributo descrivendo come ciascuna categoria dovesse definire la base imponibile: per gli operatori di telecomunicazione sono stati esclusi dal montante complessivo i ricavi conseguiti dai servizi non regolamentati e dai servizi telematici, interattivi e multimediali.

Nel 2002, l'approvazione a livello europeo di un importante pacchetto normativo (c.d. *Framework* 2002) in materia di comunicazione elettronica ha prodotto un'importante riforma dell'intero settore⁹. Di particolare interesse, nel-

⁷ L'art. 23 del d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300, ha istituito il Ministero dell'economia e delle finanze, trasferendogli le funzioni dei Ministeri del tesoro, del bilancio e programmazione economica e delle finanze.

⁸ Il d.m. 22 luglio 2005 ha provveduto ad elevare l'aliquota contributiva allo 0,65 dei ricavi, senza intervenire sulla base imponibile.

⁹ Il Framework 2002 è un quadro normativo che si compone di una direttiva di liberalizzazione e di quattro direttive di armonizzazione. La direttiva di liberalizzazione è la n. 2002/77/CE (c.d. direttiva concorrenza). Essa consolida in un unico atto normativo le regole ed i divieti a tutela della concorrenza dettati dalla Commissione durante il processo di liberalizzazione. Le direttive di armonizzazione sono la direttiva 2002/21/CE (c.d. direttiva quadro); la direttiva 2002/19/CE (c.d. di-

l'ambito di questo contributo, sono le ricadute sul modello di finanziamento dell'AGCOM.

Come noto l'istituzione dell'AGCOM nell'ordinamento italiano risponde, *ab origine*, non solo ad esigenze interne, ma rappresenta anche l'adempimento di un obbligo posto in capo agli Stati membri fin dalle primissime direttive europee adottate al fine di liberalizzare il settore delle telecomunicazioni¹⁰.

In una prima fase, la normativa europea si era limitata a prevedere l'istituzione di enti indipendenti e ad affidare loro alcune specifiche funzioni di regolazione per garantire e promuovere la concorrenza dei relativi mercati¹¹.

Con l'approvazione del *Framework 2002*, l'intervento dell'Unione europea nel settore delle comunicazioni elettroniche compie un importante salto di qualità. La normativa europea persegue non solo l'obiettivo di una nuova armonizzazione legislativa, ma quello più complesso di uniformare la regolazione del settore al fine di favorire lo sviluppo di mercati transnazionali. Questa strategia è ulteriormente accentuata dall'approvazione nel 2009 del c.d. *Telecom Package*¹².

A tal fine la normativa europea oggi in vigore non individua più solo un minimo comun denominatore lasciando agli Stati membri il compito di definire il livello di regolazione nazionale, ma al contrario procede a fissare il livello massimo di regolazione, oltre il quale gli Stati membri non possono spingersi.

Il simbolo di questa svolta è l'adozione generalizzata del modello dell'autorizzazione generale. Nel contesto normativo europeo, l'autorizzazione generale non è un provvedimento amministrativo in senso proprio, ma piuttosto un quadro regolamentare che definisce, settore per settore, le regole che gli operatori sono chiamati a rispettare¹³. La fornitura dei servizi sul mercato deve svolgersi rispettando le regole poste dall'autorizzazione generale, ma non ha più bisogno di alcun atto di assentimento (licenza o concessione) preventivo da parte della pubblica amministrazione¹⁴.

rettiva accesso); la direttiva 2002/20/CE (c.d. direttiva autorizzazioni); la direttiva 2002/22/CE (c.d. direttiva servizio universale). Ad esse occorre aggiungere la direttiva 2002/58/CE (c.d. direttiva protezione dati nelle comunicazioni elettroniche) che si trova a cavallo tra il quadro normativo in materia di comunicazioni elettroniche e quello in materia di protezione dati. Sia consentito rinviare, anche per i necessari riferimenti bibliografici, a M. OROFINO, *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 135 ss.

10 Cfr sul punto, F. MERUSI, *Le Autorità indipendenti tra riformismo nazionale e autarchia comunitaria*, in AA.VV., *L'indipendenza delle Autorità*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 26; P. BILANCIA, *Autorità amministrative indipendenti tra Europa, Stato e Regioni*, in *Quad. cost.*, 2003, p. 149 ss.; F. DONATI, *Le Autorità indipendenti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2006, 1, p. 27 ss.; G. DE MINICO, *Indipendenza della Autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 721 ss. Con specifico riferimento all'AGCOM, v. F.M. SALERNO, *Telecomunicazioni ed Autorità indipendenti: appunti sullo sviluppo dei rapporti tra diritto comunitario ed organizzazione amministrativa europea*, in *Riv. it. di dir. pubbl. comun.*, 2003, p. 679 ss.

11 Così era avvenuto con la direttiva di liberalizzazione 88/301/CE e con le direttive 90/387/CE e 90/388/CE.

12 Sia consentito rinviare in proposito a M. OROFINO, *Il Telecoms Package: luci ed ombre di una riforma molto travagliata*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2010, p. 513 ss.

13 Cfr. sul punto F. DONATI, *Le Autorità indipendenti tra diritto comunitario e diritto interno*, cit., 88, il quale sostiene la radicale innovazione che questo modello comporta rispetto al tradizionale modello provvedimentale.

14 Gli istituti della licenza e della concessione sono mantenuti solo laddove sia necessario limitare l'utilizzo di una risorsa scarsa o attribuirli in via esclusiva ad un unico operatore. Cfr. L. ULISSI, *I diritti di uso delle frequenze radio e dei numeri*, in M. CLARICH, G.F. CARTEI, *Il Codice delle comunicazioni elettroniche*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 181 ss.

Il contenuto dell'autorizzazione generale è preordinato a livello europeo. Gli Stati membri possono imporre regole e limiti all'attività d'impresa solo se tali regole e tali limiti sono riconducibili alle condizioni elencate dalla normativa europea.

Risponde al medesimo obiettivo di assicurare un'applicazione quanto più uniforme possibile del diritto europeo anche la definizione dettagliata delle caratteristiche e delle funzioni delle ANR così come dei procedimenti di regolazione¹⁵. Per le decisioni del Consiglio di Stato in commento sono due i punti cardine introdotti dalla nuova normativa europea su cui occorre porre l'accento.

Il primo è la previsione che le ANR siano dotate di risorse adeguate a svolgere le funzioni loro assegnate in modo tale che non risulti indebolita la loro indipendenza¹⁶. Occorre segnalare come la nozione di indipendenza, riferita agli operatori (e, *per traslato*, al Governo nel caso in cui lo Stato mantenga il controllo di uno o più operatori) è definita dalle norme europee nel suo profilo strutturale e nel suo profilo funzionale¹⁷.

Con riferimento al profilo funzionale, si richiede l'esercizio dei poteri attribuiti in modo imparziale, trasparente e tempestivo e, soprattutto, senza sollecitare o ricevere istruzioni da alcun altro organismo¹⁸.

Sotto il profilo strutturale, il requisito dell'indipendenza richiede essenzialmente che le ANR siano dotate delle risorse finanziarie e strumentali adeguate per l'assolvimento dei compiti loro assegnati¹⁹. L'insufficienza di tali risorse, come emerge anche da alcune procedure di infrazione aperte dalla Commissione, può rappresentare un inadempimento delle norme europee²⁰.

Il secondo elemento specifico riguarda direttamente il meccanismo di finanziamento delle ANR.

L'art. 12, par. 1, della direttiva 2002/20/CE (c.d. direttiva autorizzazioni) consente, infatti, agli Stati membri di imporre agli operatori il pagamento di diritti amministrativi.

15 Sul procedimento di regolazione sia consentito rinviare a M. OROFINO, *La regolazione asimmetrica nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in L. AMMANNATI, P. BILANCIA (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea. II. Governance multilivello regolazione e reti*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 55 ss.

16 La direttiva 2009/140, modificando la direttiva 21/2002/CE c.d. direttiva quadro, ha ulteriormente specificato la nozione di indipendenza. V. sul punto V.M. SBRESCIA, *L'Europa delle comunicazioni elettroniche. Regolazione e concorrenza nel nuovo assetto della governance economica europea*, Jovene, Napoli, 2011, p. 189 ss.

17 Sulla nozione di indipendenza e sugli indici che ne definiscono il grado v. M. CLARICH, *Il contenuto dell'indipendenza delle Autorità di settore*, in S. MARIOTTI, G.P. TORRIANI (a cura di), *Energia e comunicazioni. Le Autorità indipendenti a dieci anni dalla loro istituzione*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 431 ss. Sulla necessaria separazione tra regolatore e regolato v. S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2, 2012, p. 265 ss.

18 V. art. 3, par. 3, primo cpvo, direttiva 21/2002/CE (direttiva quadro). I principi in questione non sono certamente estranei agli ordinamenti nazionali. La loro previsione a livello europeo ha l'effetto di aprire la strada ad una successiva verifica del loro rispetto. Cfr su questi temi, D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati Membri dell'Unione Europea. Paradise lost?*, Giappichelli, Torino, 2009.

19 V. sullo stretto legame esistente tra indipendenza e risorse finanziarie, F. PIZZETTI, *Audizione del Presidente dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali*, Camera dei deputati, 17 marzo 2010.

20 La Commissione europea ha, in più di un caso, contestato la non sufficiente indipendenza delle ANR proprio sul presupposto che gli Stati membri non le avessero dotate di un apparato amministrativo idoneo anche per quantità di risorse. V. in proposito, tra i diversi procedimenti iniziati dalla Commissione europea (<https://ec.europa.eu/digital-agenda/sites/digital-agenda/files/Infringement%20procedures%20opened%20for%20incorrect%20implementation.pdf>) quelli nei confronti di Polonia, Lituania, Lussemburgo, Romania, Slovacchia, Slovenia ed Estonia.

In ossequio al principio testé ricordato per cui le norme europee individuano ormai il livello massimo di regolazione, l'art. 12, par. 1, della direttiva autorizzazioni, specifica che tale prelievo può riguardare le sole imprese che prestano servizi o reti ai sensi dell'autorizzazione generale o alle quali sono stati concessi diritti d'uso.

Sempre ai sensi dell'art. 12, par. 1, tali diritti possono coprire i soli costi amministrativi sostenuti dalle Autorità nazionali di regolazione: a) per la gestione, il controllo e l'applicazione del regime di autorizzazione generale e dei diritti d'uso; b) per l'analisi dei mercati, l'imposizione degli obblighi asimmetrici in materia di accesso e di interconnessione e per la sorveglianza sui medesimi e per gli altri controlli di mercato; c) per sostenere i costi di cooperazione internazionale, di armonizzazione e di standardizzazione, d) per la preparazione e l'applicazione del diritto derivato e delle decisioni amministrative.

Il successivo par. 2 dell'art. 12 pone l'obbligo in capo alle ANR di pubblicare un rendiconto annuo dei propri costi e dell'importo complessivo dei diritti riscossi, provvedendo qualora vi sia una differenza tra i due ammontare alle opportune rettifiche. Questo obbligo introduce il principio di corrispondenza tra costi sostenuti per le attività regolamentate e contributi erogati dagli operatori.

La complessiva riforma europea del settore delle comunicazioni elettroniche è stata recepita in Italia attraverso il decreto legislativo n. 259 del 2003, recante il Codice delle comunicazioni elettroniche²¹.

Il Capo II del Codice delle comunicazioni elettroniche traspone sul piano interno le regole europee in materia di autorizzazione generale, diritti d'uso esclusivi di risorse scarse, condizioni imponibili, contributi e diritti amministrativi.

Con riferimento ai diritti amministrativi imponibili agli operatori, l'art. 34 del Codice riproduce testualmente il primo paragrafo dell'art. 12 della direttiva autorizzazioni sia con riferimento al presupposto della contribuzione (imprese che offrono servizi in regime di autorizzazione generale o che hanno ottenuto una concessione di diritti d'uso) sia con riferimento alla destinazione di tali contributi.

Occorre però segnalare che la maggiore specificità della legislazione italiana è l'aver mantenuto, in particolare in materia di autorizzazione generale, importanti compiti di regolazione e controllo in capo al Ministro²². Di conseguenza, bisogna distinguere tra i diritti amministrativi che si riferiscono all'esercizio di compiti decisionali e di controllo rientranti nella competenza del Ministro e i diritti amministrativi previsti a copertura delle attività di competenza dell'AGCOM. A favore di AGCOM possono, pertanto, essere imposti contributi solo a copertura delle attività, tra quelle individuate nell'art. 34 del Codice, che essa è effettivamente chiamata a svolgere.

Per quanto riguarda il secondo paragrafo dell'art. 12 della direttiva autorizzazione, l'art. 34 del Codice omette di recepire sia l'obbligo di pubblicare un rendiconto annuo, da intendersi come separato rispetto al bilancio generale dell'Autorità, che dia conto delle eventuali differenze tra costi effettivamente

21 V. sul punto F. DONATI, *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni elettroniche*, cit., *passim*.

22 Per un esame analitico della suddivisione dei compiti cfr. M. MENSÌ, *Il riparto di competenza tra Autorità e Ministero nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in G. DELLA CANANEA (a cura di), *Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 37 ss. Con riferimento al riparto di funzioni in materia di autorizzazione generale v., A. ALI, *Le autorizzazioni generali di reti e di servizi di comunicazione elettronica*, in M. CLARICH-G.F. CARTEI, *Il Codice delle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 151 ss. spec. p. 172.

sostenuti e contributi erogati dalle imprese sia l'obbligo di apportare le opportune rettifiche qualora, in sede di consuntivo, non vi sia corrispondenza tra costi e contributi.

3. Le modifiche legislative al sistema di finanziamento volte a ridurre i trasferimenti erariali ed aumentare la quota di contribuzione degli operatori

L'assetto normativo fin qui descritto è stato modificato da due importanti interventi legislativi.

Il primo si è avuto con la legge n. 266/2005 (legge finanziaria 2006), che ai sensi dei commi 65 e 66 dell'art. 1, prevede per quattro Autorità indipendenti – tra cui l'AGCOM²³ – che le spese di funzionamento non coperte da finanziamento a carico dello Stato siano finanziate dal mercato di competenza “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”²⁴.

L'intento dichiarato di tale legislazione era di trasferire progressivamente i costi della regolazione dallo Stato ai soggetti regolati rispondendo così a evidenti esigenze di contenimento della spesa pubblica²⁵.

La principale innovazione rispetto al Codice delle comunicazioni riguarda il riferimento “al mercato di competenza” come presupposto per l'individuazione dei soggetti obbligati al contributo e dei ricavi rientranti nella base imponibile, laddove invece la disciplina codicistica si riferiva agli operatori che forniscono i propri servizi in regime di autorizzazione generale e ai correlati ricavi²⁶.

Molto rilevante è anche il fatto che la legge n. 266/2005 abbia previsto che sia l'AGCOM, in ossequio al principio di autonomia, a definire con apposita delibera, sottoposta per l'approvazione al Presidente del Consiglio dei ministri

23 Le altre tre autorità sono Consob, Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici e Commissione di vigilanza sui fondi pensione (Covip).

24 V. in proposito G. NAPOLITANO, *L'autofinanziamento delle autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 260 ss.

25 Importante è sul punto la sentenza della Corte costituzionale n. 256/2007. Nonostante i ricorsi della Provincia autonoma di Bolzano e della Regione Piemonte avessero come specifico oggetto la presunta illegittimità dell'autofinanziamento dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici per invasione della competenza legislativa regionale e provinciale, alcune argomentazioni della Corte riguardano il sistema in sé. In particolare è da segnalare il punto in cui la Corte Costituzionale ha chiarito che i diritti amministrativi richiesti sono riconducibili alla categoria delle entrate tributarie statali ed in particolare sono una “contribuzione – imposta in base alla legge e connessa ad una particolare situazione in cui i soggetti obbligati si vengono a trovare per effetto dell'attività dell'ente – alle spese necessarie a consentire l'esercizio della sua attività istituzionale, che si caratterizza per la doverosità della prestazione, il collegamento di questa ad una pubblica spesa ed il riferimento ad un presupposto economicamente rilevante”. V. in proposito, G. NAPOLITANO, *L'autofinanziamento delle autorità indipendenti al vaglio (parziale) della Corte costituzionale*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2008, 2, p. 139 ss. Sulla questione della legittimità del sistema di auto-finanziamento alla luce della riserva di legge ex art. 23 Cost., v. M. DE BENEDETTO, *Indipendenza e risorse delle Autorità indipendenti*, in M. D'ALBERTI-A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 173 ss.

26 I primi a sollevare dubbi sulla compatibilità di tale intervento rispetto al diritto europeo sono stati M. CLARICH-G. CORSO-V. ZENO-ZENCOVICH, *Il sistema delle Autorità indipendenti: problemi e prospettive*, Nexus, Roma, 27 febbraio 2006.

sentito il Ministro dell'Economia²⁷, sia l'entità della contribuzione, nei limiti massimi previsti dalla legge ossia non superiore, a regime, al 2 per mille sia i termini e le modalità del versamento²⁸.

Nulla specificano, invece, i commi citati circa le eventuali deduzioni dalla base imponibile; il contestuale rinvio alla legislazione vigente sembra far supporre che essa non introduca al riguardo alcuna novità.

Come emerge dalle delibere adottate per gli anni dal 2006 al 2008²⁹, l'AGCOM non ha modificato il presupposto della contribuzione (imprese che forniscono servizi in regime di autorizzazione generale) e per la definizione della base imponibile ai fini dell'applicazione dell'aliquota ha fatto riferimento, in maniera alquanto generica, "ai ricavi ottenuti nel settore delle comunicazioni". Questa formulazione è stata interpretata dagli operatori in continuità rispetto al passato, e senza che fosse loro mossa alcuna immediata contestazione formale, nel senso di continuare ad escludere dalla base imponibile i ricavi conseguiti da servizi non riconducibili tra i servizi regolamentati.

Con le delibere 693/08/CONS e 722/09/CONS, relative agli anni di contribuzione 2009 e 2010, l'AGCOM ha invece specificato che la base imponibile del contributo deve essere calcolata sui ricavi delle vendite e delle prestazioni, ma non più al netto di quelli per le attività non riconducibili ai servizi regolamentati bensì solo al netto di quelli non conseguiti nel settore delle comunicazioni elettroniche³⁰.

Il punto assolutamente significativo è che AGCOM ha sostenuto che tale indicazione non dovesse ritenersi un'innovazione, ma solo un chiarimento rispetto all'interpretazione della legge n. 266/2005. Infatti, per AGCOM i servizi non regolamentati (nel senso di non soggetti ad autorizzazione generale) rientrano nella nozione di "mercato di competenza" utilizzata dalla legge n. 266 del 2005 e, dunque, giustificano il prelievo di un corrispettivo. Se ne deduce, dunque, che l'Autorità interpreta l'espressione "mercato di competenza" come sinonimo di "mercato delle comunicazioni elettroniche".

In conformità a questo orientamento, l'AGCOM ha adottato, tra il 2009 ed il 2011, una serie di delibere, tutte oggetto di impugnazione e tutte annullate dal Consiglio di Stato, con cui ha ricalcolato il contributo dovuto dagli operatori per gli anni 2006-2010 e ha ingiunto loro di pagare la differenza contributiva tra quanto effettivamente corrisposto e quanto, invece, sarebbe stato dovuto dopo l'entrata in vigore della legge n. 266/2005.

Il secondo intervento legislativo sul sistema di finanziamento dell'AGCOM si è avuto con la legge n. 191/2009 (Legge finanziaria 2010). La legge in questione, approvata nel contesto della grave crisi finanziaria internazionale ed ispirata anch'essa a logiche di contenimento della spesa pubblica, ha comportato una drastica riduzione del trasferimento erariale a favore dell'Autorità da compensare, ai sensi di quanto previsto dalla legge n. 266/2005, attraverso la contribuzione dei soggetti regolati³¹.

27 Il Presidente del Consiglio deve approvare le delibere con proprio decreto entro venti giorni. Decorso il termine senza che siano state formulate osservazioni, le deliberazioni divengono esecutive.

28 Per il primo anno è stabilita la soglia massima del 1,5 per mille dei ricavi.

29 V. le delibere AGCOM nn. 110/06/CONS, 696/06/CONS, 604/07/CONS.

30 Questa specificazione ha un grande impatto perché attrae i servizi a valore aggiunto (c.d. VAS) nella base imponibile. Ciò significa, nel mercato della telefonia mobile, la necessità di conteggiare anche i ricavi derivanti da sms e servizi dati.

31 La riduzione dei trasferimenti erariali è stata per superiore al 75% per il 2010 e ha sfiorato il 90% per il 2011. Dati pubblicati da Assonime, *Il finanziamento delle Autorità indipendenti*, 9/2011.

Inoltre, l'art. 2, comma 241, della medesima legge ha previsto il trasferimento dall'AGCOM a favore di altre Autorità di una parte dei diritti riversati dagli operatori³². Il trasferimento inizialmente previsto per un triennio è stato successivamente prorogato³³.

La rilevante riduzione delle risorse (legata in particolare al taglio dei trasferimenti erariali) ha spinto l'AGCOM, come è espressamente spiegato nelle motivazioni della delibera 599/10/CONS, ad innalzare l'aliquota contributiva fino all'1,8 per mille dei ricavi per il calcolo dei diritti amministrativi relativi all'anno 2011.

La delibera in questione si è, inoltre, conformata al "nuovo" modello di calcolo della base imponibile e ha pertanto esplicitamente previsto che tra i ricavi dovessero essere computati sia quelli derivanti dai servizi c.d. regolamentati, ossia forniti in regime di autorizzazione generale, sia quelli non regolamentati, ma comunque rientranti nel settore delle comunicazioni elettroniche. Per questa ragione è stata, anch'essa oggetto di impugnazione e, come già detto, successivamente annullata.

4. La sentenza pregiudiziale della Corte di Giustizia

La sentenza resa in via pregiudiziale dalla Corte di Giustizia il 18 luglio 2013, sul rinvio del giudice amministrativo di primo grado, riveste particolare importanza sia per le sentenze del Consiglio di Stato oggetto di commento sia perché essa sottolinea le condizioni e i limiti del prelievo contributivo posto in capo agli operatori del settore delle comunicazioni elettroniche³⁴.

Il TAR Lazio – Roma aveva domandato se "le disposizioni comunitarie di settore, in particolare le disposizioni di cui alla direttiva 2002/20, dovessero essere interpretate come ostative alle discipline nazionali, in particolare la legge n. 266/2005, anche per come in concreto applicata in sede regolamentare."³⁵

A questa domanda pregiudiziale, la Corte di Giustizia risponde innanzitutto chiarendo che l'art. 12 della direttiva autorizzazioni non osta alla disciplina di uno Stato membro, come quella di cui trattasi nel caso italiano, ai sensi della quale le imprese che prestano servizi o reti di comunicazione elettronica siano tenute, in funzione dei loro ricavi, a versare un diritto amministrativo destinato a coprire i costi sostenuti dall'Autorità nazionale di regolazione.

32 V. art. 2, comma 241, legge n. 191/2010. La norma prevede un meccanismo di compensazione piuttosto aleatorio. Infatti, un decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Ministro dell'economia deve stabilire misure reintegrative in favore delle autorità contribuenti e a carico delle autorità beneficiarie, ma solo a partire dal decimo anno dall'erogazione e solo se le Autorità percipienti presentino un avanzo di amministrazione. Per l'Autorità garante della concorrenza nel mercato (che ha ricevuto un incremento del trasferimento erariale) la restituzione è prevista, senza condizioni, per una quota parte delle risorse trasferite entro fine 2014 e per la restante quota entro dieci annualità.

33 V. art. 1, comma 523, legge n. 228/2014 (Legge di stabilità 2013) che ha prorogato il contributo per un ulteriore triennio.

34 *Corte di Giustizia UE*, sentenza 18 luglio 2013, C-228/12 e alt., *Vodafone e alt c. AGCOM e alt.* V. in proposito, G. NAVA, V. MOSCA, *Rinvio pregiudiziale del TAR Lazio alla Corte di Giustizia per i contributi ad AGCOM: spunti di riflessione sul sistema di finanziamento alle autorità indipendenti* in DIMT, 28 aprile 2012.

35 La questione pregiudiziale è stata redatta in termini identici nelle cause da C-228/12 a C-232/12 e da C-254/12 a C-258/12. Per questa ragione e anche alla luce della stretta connessione delle controversie principali, la Corte di Giustizia ha provveduto alla riunione delle cause.

Un sistema di finanziamento anche prevalentemente basato sui contributi degli operatori è dunque in astratto compatibile con il diritto europeo che, come correttamente ricorda la Corte di Giustizia non prevede né il modo in cui determinare l'importo dei diritti amministrativi né le modalità di prelievo³⁶. Questo non significa però che gli Stati membri possano imporre agli operatori qualsivoglia tipo di onere perché questo priverebbe di ogni effetto utile la disciplina europea che garantisce la libertà di fornire reti e servizi di comunicazione elettronica³⁷.

Per questo la Corte di Giustizia richiama, citando la sua precedente giurisprudenza, le tre condizioni che devono contemporaneamente essere rispettate per affermare la compatibilità di una tale disciplina nazionale al diritto europeo³⁸.

La prima condizione è che il diritto amministrativo prelevato dagli operatori autorizzati alla fornitura di reti e servizi di comunicazione elettronica sia esclusivamente destinato alla copertura dei costi che si riferiscono alle attività menzionate nell'art. 12 della direttiva autorizzazione. Contrariamente a quanto, invece, dedotto in giudizio dal Governo italiano e, soprattutto, dalla Commissione europea, la Corte di Giustizia sostiene una lettura tassativa dell'art. 12 e, quindi, delle attività finanziabili attraverso la contribuzione degli operatori³⁹.

La seconda condizione è che la totalità dei ricavi ottenuti a titolo di detto diritto non deve eccedere i costi complessivi sostenuti dall'ANR per lo svolgimento delle specifiche attività per cui i medesimi sono riscossi. Questo significa che deve sussistere un rapporto di stretta corrispondenza tra contributo e attività finanziata e che il rapporto costi/contributi deve essere stimato in un documento di previsione ed oggetto di riscontro in un documento consuntivo⁴⁰.

La terza condizione è che l'onere della contribuzione sia imposto agli operatori in modo proporzionato, obiettivo e trasparente. In questo caso, la Corte di Giustizia si limita a richiamare la direttiva autorizzazione rinviando al giudice nazionale per la verifica del rispetto di tali criteri.

5. Le argomentazioni del Consiglio di Stato e le implicazioni sul sistema complessivo

Le sentenze in commento confermano, come si è detto, le decisioni di primo grado e, dunque, l'annullamento delle delibere contestate, sia della delibera volta a definire le modalità di contribuzione per l'anno 2011 sia di quelle in giuntive volte al recupero dei contributi 2006-2010.

Le motivazioni con cui il Consiglio di Stato respinge i ricorsi presentati con-

36 Sentenza 18 luglio 2013, *Vodafone e alt.*, cit., pt. 41. Deve correttamente ritenersi non strettamente vincolante quanto disposto dal considerando 31 della direttiva autorizzazioni (testo consolidato) laddove individua due alternative per la definizione dei diritti. L'una, "potrebbe essere una ripartizione collegata al fatturato", l'altra utilizzabile "qualora i diritti amministrativi fossero molto bassi" potrebbe anche prevedere diritti forfettari o diritti combinanti con una base forfettaria, con un elemento collegato al fatturato.

37 Sentenza 18 luglio 2013, *Vodafone e alt.*, cit., pt. 36.

38 Cfr. Corte di Giustizia UE: sentenza 24 settembre 2003, C-292/01, *Albacorn e alt.*; sentenza 21 luglio 2011, C 284/10 *Telefónica de España*.

39 *Vodafone e alt.*, cit., pt. 38.

40 *Vodafone e alt.*, ult. cit., pt. 40 e 41.

tro le sentenze di primo grado meritano una specifica attenzione poiché esse appaiono in grado di incidere *pro futuro* in modo assai significativo sul meccanismo di finanziamento dell'Autorità.

5.1. L'intervento del Consiglio di Stato a precisazione del corretto presupposto della contribuzione

Il punto cardine delle cinque sentenze in commento è quello in cui il Consiglio di Stato individua il presupposto della contribuzione e, di conseguenza, delimita la platea dei contributori.

Questo avviene con una serie di passaggi logici tra loro concatenati.

Innanzitutto, il Consiglio di Stato ricorda che l'attitudine alla contribuzione delle imprese soggette al prelievo è 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*, dall'altro lato.

Con la specificazione della regolazione *ex ante*, il Consiglio di Stato intende esclusivamente riferirsi alle attività che l'AGCOM è chiamata a svolgere per l'individuazione dei mercati rilevanti, l'analisi delle loro condizioni di concorrenzialità, l'imposizione e il successivo controllo degli obblighi asimmetrici.

Sulla base di questa preliminare delimitazione, il Consiglio di Stato reinterpreta l'art. 65 della legge n. 266/2005 specificando che laddove la norma si rifà al "mercato di competenza" per l'individuazione dei soggetti obbligati al contributo, tale espressione deve essere riferita non al mercato delle comunicazioni elettroniche in senso complessivo, ma a ciascuno dei mercati rilevanti in cui il settore è scomposto⁴¹.

Pertanto, ai fini dell'imposizione contributiva ciò che rileva è la definizione di ciascun mercato rilevante. Gli operatori che forniscono i prodotti e i servizi facenti parte dello specifico mercato rilevante costituiscono la platea dei contributori. Il loro contributo, secondo il Consiglio di Stato, non "finanzia l'AGCOM in sé o per l'universo delle funzioni 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", al mercato della terminazione delle chiamate vocali su singole rete mobili, al mercato della telefonia in postazione fissa, ecc.

Il fatto che il contributo richiesto agli operatori, come il Consiglio di Stato sottolinea, sia strettamente connesso con lo specifico servizio reso dall'AGCOM comporta rilevanti conseguenze formali e sostanziali.

Da un punto di vista formale, il prelievo *de quo* non è una sovrainposta sui ricavi iscritti a bilancio, ma una tassa di scopo con un montante predefinito e corrispondente ai costi effettivamente sostenuti per la regolazione *ex ante* di ogni specifico mercato. Le tasse di scopo sono, come noto, imposizioni almeno

⁴¹ In termini molto generali un mercato rilevante è un mercato composto di beni servizi o attività che sono sostituibili sul lato della domanda e sul lato dell'offerta. Nel settore delle comunicazioni elettroniche, i mercati rilevanti sono pre-definiti dalla Commissione europea e alle ANR spetta l'individuazione nazionale. La prima Raccomandazione della Commissione europea del 11 febbraio 2003 individuava ben diciotto mercati rilevanti. La seconda Raccomandazione del 17 dicembre 2007 individuava sette mercati suscettibili di regolamentazione *ex ante*. L'attuale Raccomandazione del 9 ottobre 2014 indica solo quattro mercati rilevanti dei prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche.

parzialmente commutative. Questo significa che venendo meno le attività che dovrebbero finanziare, tali imposizioni dovrebbero cessare di essere richieste.

Questa costruzione formale sostenuta dal Consiglio di Stato ha come conseguenza il fatto che il contributo possa essere richiesto agli operatori solo fin tanto che lo specifico mercato rilevante cui essi afferiscono abbia effettivamente bisogno di una regolazione *ex ante*. Per converso, il contributo non può più essere richiesto se all'esito dell'analisi, l'AGCOM ritiene che il medesimo mercato sia divenuto concorrenziale e, quindi, rimuove gli obblighi asimmetrici in precedenza imposti.

5.2. L'individuazione della base imponibile

L'impostazione seguita dal Consiglio di Stato per l'individuazione del corretto presupposto della contribuzione e quindi della platea dei contribuenti si riflette evidentemente anche sul calcolo della base imponibile.

In principio, come si è avuto modo di sottolineare, il Ministro e l'Autorità avevano previsto che la base imponibile venisse calcolata sulla base dei ricavi conseguiti da ciascun operatore al netto dei ricavi conseguiti per attività non regolamentate e al netto delle quote riversate agli operatori terzi. Le delibere impugnate prevedevano, invece, l'ampliamento della base imponibile a tutti i ricavi conseguiti per attività rientranti nel settore delle comunicazioni elettroniche.

Il Consiglio di Stato riconducendo, come si è visto, la nozione di mercato di competenza a quella di mercato rilevante, limita il calcolo della base imponibile ai soli ricavi conseguiti da prodotti e servizi ritenuti, in esito all'identificazione di ogni specifico mercato rilevante, parte del medesimo⁴².

Questo significa che non tutti i servizi erogati in regime di autorizzazione generale e, quindi, comunque regolamentati, concorrono per il Consiglio di Stato alla definizione della base imponibile su cui calcolare il contributo, nulla rilevando a tal fine quale sia il motivo per cui essi non sono stati ricondotti ad uno specifico mercato rilevante⁴³.

Se ne conclude che la corretta base imponibile avrebbe dovuto essere individuata avendo cura di selezionare, ai sensi delle singole delibere adottate da AGCOM sui mercati rilevanti, i soli ricavi prodotti dai servizi e i prodotti che, in quel momento specifico, costituivano il mercato oggetto di identificazione e di successiva analisi.

5.3. La diretta applicazione dell'art. 12, par. 2 della direttiva autorizzazioni

Un altro punto rilevante delle sentenze in commento è quello in cui il Consiglio di Stato, richiamando sul punto la sentenza della Corte di Giustizia, sot-

42 Per l'individuazione della corretta base imponibile occorre dunque riferirsi specificamente alle delibere AGCOM che al tempo dei fatti di causa identificavano i diversi mercati rilevanti. Sul punto specifico si rinvia a M. OROFINO, *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello*, cit., p. 381 ss. e spec. per i mercati della rete mobile, p. 405 ss. e per il mercato radiotelevisivo, p. 414 ss.

43 La non inclusione di un determinato prodotto o servizio all'interno di un mercato rilevante può derivare sia dal fatto che tale servizio o prodotto non abbia superato il test di sostituibilità sia dal fatto che si tratti di un nuovo servizio (emergente) che, dunque, non si ritiene opportuno regolare.

tolinea come il principio di corrispondenza imponga all'AGCOM di pubblicare un rendiconto annuo dei costi amministrativi sostenuti per le attività di regolazione *ex ante* e dell'importo complessivo dei diritti riscossi.

Questo documento contabile, come specificato dalla Corte di Giustizia, non può coincidere con il bilancio dell'Autorità e nemmeno esserne mera copia. Infatti, dovendo servire al calcolo delle differenze eventuali tra costi e diritti riscossi, in maniera tale da consentire anno per anno le opportune rettifiche, è assolutamente necessario che i costi della regolazione *ex ante* siano non solo scorporati dai costi generali, ma anche suddivisi alla luce delle argomentazioni del Consiglio di Stato tra i diversi mercati rilevanti.

Il richiamo operato dal Consiglio di Stato è particolarmente importante poiché rende evidente il fatto che, nonostante gli obblighi di rendicontazione e di rettifica esplicitamente individuati dalla direttiva 20/2002 non siano stati, come si è avuto modo di rilevare, recepiti dal Codice delle comunicazioni elettroniche, essi siano nondimeno direttamente applicabili sul piano interno.

5.4. La preferenza del Consiglio di Stato per una lettura orientata delle norme interne in vece della loro disapplicazione

L'art. 4 del Trattato sull'Unione Europea enuncia, come noto, il principio di leale cooperazione tra UE e Stati membri. Le applicazioni di tale principio da parte della Corte di Giustizia sono state molteplici e molto interessanti. Sulla base di tale principio gli Stati membri sono certamente tenuti ad interpretare il diritto nazionale in conformità al diritto europeo e, ove tale interpretazione non sia possibile, a non applicare le norme nazionali che confliggono con il diritto europeo⁴⁴.

Come si è detto nella Premessa, il TAR Lazio aveva provveduto in primo grado ad accogliere i ricorsi e ad annullare tutte le delibere impugnate dagli operatori, previa disapplicazione delle norme di legge. Il giudice di prime cure aveva, infatti, ritenuto che le norme di cui alla legge n. 266/2005 e alla legge n. 191 del 2009 fossero incompatibili con il diritto europeo e da esse derivasse l'illegittimità delle delibere AGCOM.

Il Consiglio di Stato opta come si è evidenziato per un'altra strada e corregge sul punto le conclusioni del TAR.

Per ciò che riguarda, l'art. 1, commi 65 e 66, legge n. 266/2005 preferisce adottare una lettura orientata delle norme interne in modo tale da renderle compatibili con il diritto europeo, piuttosto che concludere per la loro formale disapplicazione. L'equiparazione, che è a fondamento di tutto l'*iter* decisionale del Consiglio di Stato, della nozione di mercato di competenza, utilizzata dalla legge, alla nozione di mercato rilevante è l'esempio più evidente dello sforzo compiuto per evitare la disapplicazione.

Per ciò che riguarda, invece, l'art. 2, comma 241, legge n. 191/2009, la correzione del Consiglio di Stato rispetto alla disapplicazione del TAR è piuttosto *tranchant*. Per la Suprema magistratura amministrativa, l'ampliamento del prelievo sanzionato come illegittimo non si è verificato perché è intervenuta la norma in questione. Nonostante l'AGCOM nelle motivazioni della delibera 599/10/CONS facesse riferimento a tale norma quale fondamento sostanziale

⁴⁴ Si v. sull'interpretazione conforme A. RUGGERI, *L'interpretazione conforme e la ricerca "del sistema di sistemi" come problema*, in *Rivista AIC*, 2, 2014. Sugli obblighi di interpretazione conforme rispetto al diritto europeo F. POLACCHINI, *Cedu e diritto dell'Unione Europea nei rapporti con l'ordinamento costituzionale interno. Parallelismi e asimmetrie alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Consulta OnLine*.

dell'aumento dell'aliquota contributiva, la legge n. 191/2009 non interviene in alcun modo sul presupposto del prelievo né sulla base imponibile.

Come segnala il Consiglio di Stato, tale disciplina reca solo l'obbligo dell'AGCOM di distrarre in via temporanea una parte del gettito *de quo* a favore di altre Autorità indipendenti. Il che significa che essa è, alla luce della complessiva ricostruzione proposta, irrilevante sul senso e sui limiti del prelievo.

Per queste ragioni, non è necessaria per il Consiglio di Stato la previa disapplicazione di tale norma di legge al fine di dichiarare l'annullamento delle delibere AGCOM.

6. Osservazioni conclusive

In conclusione di questo breve commento è opportuno mettere in luce alcune criticità che emergono dalle pronunzie del Consiglio di Stato. Esse non attengono al contenuto delle decisioni in sé e, quindi, al rigetto dei ricorsi AGCOM ed alla conferma dell'annullamento delle delibere impugnate, ma derivano piuttosto dalla complessiva ricostruzione operata dal Consiglio di Stato.

La prima perplessità riguarda la conclusione cui giunge il Consiglio di Stato per cui il prelievo a favore dell'AGCOM debba essere commisurato alla sola attività di regolazione *ex ante* dei mercati volta all'imposizione e al controllo degli obblighi asimmetrici⁴⁵.

Da un lato è certamente vero che la gestione, il controllo e l'applicazione dell'autorizzazione generale sono, a norma del Codice delle comunicazioni elettroniche, attività svolte prevalentemente dal Ministro e, quindi sulla base del principio di corrispondenza tra diritti e costi, esse non possano essere computate in capo all'AGCOM.

Da un altro lato, però, sembra altrettanto innegabile che oltre alla regolazione asimmetrica dei mercati, l'AGCOM possa sia vantare competenze in materia di cooperazione internazionale (contribuisce, ad esempio, alle attività del BEREC), sia competenze in ordine alla regolazione generale dei mercati (potendo adottare decisioni a contenuto generale in materia di accesso e di interconnessione), sia competenze per l'applicazione del diritto derivato (disponendo del potere di fornire le segnalazioni e i pareri che ritiene opportuni). Attività queste che rientrano, anche accogliendo l'interpretazione tassativa e restrittiva formulata dalla Corte di Giustizia⁴⁶, senza dubbio nel novero delle

⁴⁵ La regolazione *ex ante* si compone sia di regole generali, cioè rivolte alla generalità degli operatori, sia di regole asimmetriche, cioè rivolte solo ad alcuni operatori individuati. Si pensi in proposito alle regole generali definite per l'ingresso degli operatori sul mercato, per l'assegnazione delle risorse scarse, per la tutela degli utenti, per la protezione dei dati personali. Tipici esempi di regolazione asimmetrica sono invece gli obblighi posti in capo agli operatori dominanti e gli obblighi di servizio universale. Sulle diverse tipologie di regolazione v. per tutti, A. OGUS, *Regulations, legal form and economic theory*, Clarendon Press, Oxford, 1994. Più recentemente del medesimo Autore, v. ID., *Rethinking regulation: from the seventies to the noughties*, in L. AMMANNATI (ed.) *Networks. In Search of a Model for European and Global Regulation*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 7 ss.

⁴⁶ Se la Corte di Giustizia avesse accolto le osservazioni della Commissione europea e, dunque, avesse considerato la lista dell'art. 12 come indicativa e non tassativa, si sarebbero potute considerare come finanziabili dagli operatori anche tutta una serie di attività che le ANR (e l'AGCOM tra di esse) svolgono per espressa previsione delle norme europee, le quali sono idonee ad integrare il regime dell'autorizzazione generale. Si pensi, ad esempio, ai compiti che il Codice delle comunicazioni pone in capo all'AGCOM riguardanti la definizione dei livelli quali-

attività espressamente elencate tanto nell'art. 12 della direttiva autorizzazione quanto nell'art. 34 del Codice.

Tali attività sono meno dispendiose, in termini di risorse economiche necessarie, rispetto alla regolazione asimmetrica. Ciò non toglie che esse determinino comunque dei costi che, ai sensi del diritto europeo, possono legittimamente essere riversati sugli operatori di comunicazione elettronica.

Se si condivide quest'analisi, si può anche provare a immaginare *de iure condendo* un doppio regime di contribuzione. Uno a copertura delle attività di regolamentazione asimmetrica ed uno a copertura delle altre attività svolte dall'AGCOM e rientranti nell'elenco dell'art. 34 del Codice. In questo modo, tra l'altro si potrebbero differenziare le tipologie di calcolo del diritto amministrativo – sia con riferimento al presupposto e alla base imponibile sia con riferimento all'aliquota – in maniera tale da rendere il prelievo complessivo più proporzionale, obiettivo e trasparente⁴⁷.

È evidente, infatti, che diversamente da quanto ricostruito dal Consiglio di Stato per la contribuzione finalizzata alla copertura dei costi di regolamentazione asimmetrica, per quanto attiene alla contribuzione legata alle residue attività svolte dall'AGCOM, si dovrebbe ragionare *de iure condendo* su un ampliamento della platea contributiva a tutti gli operatori in possesso di autorizzazione generale (provvedendo semmai ad escludere quelli che non raggiungono un adeguato fatturato), sull'allargamento della base imponibile ai ricavi derivanti dai servizi forniti in regime di autorizzazione generale e, al contempo, ovviamente, sulla previsione di un'aliquota contributiva molto bassa.

La seconda perplessità attiene alla specificazione del Consiglio di Stato per cui il diritto amministrativo può essere imposto o mantenuto solo se il mercato rilevante, in esito all'analisi svolta dall'AGCOM, ha bisogno di regolazione asimmetrica. Dice la Suprema magistratura amministrativa, a sostegno di questa impostazione, che se non c'è più spesa pubblica per l'attività di regolamentazione viene meno di conseguenza anche la giustificazione del prelievo.

Quest'affermazione sembra essere legata ad una ricostruzione del procedimento di regolazione asimmetrica che non tiene conto delle fasi propedeutiche e successive all'imposizione degli obblighi asimmetrici⁴⁸.

I mercati rilevanti nel sistema normativo attuale sono, infatti, pre-determinati a livello europeo dalla Commissione europea, attraverso specifiche Raccomandazioni, e le ANR sono chiamate ad individuare a scadenze prefissate il mercato nazionale corrispondente e ad analizzarlo per verificare se esso sia concorrenziale o meno e se vi siano operatori in posizione di dominanza⁴⁹.

Anche qualora in esito all'analisi di un mercato rilevante, l'AGCOM decida di non imporre obblighi regolamentari asimmetrici oppure ritenga di rimuovere quelli esistenti, stimando il mercato in questione come sufficientemente con-

tativi in materia di servizio universale o l'individuazione di regole generali a tutela degli utenti, in particolare degli utenti disabili.

47 Con la delibera 567/14/CONS recante le nuove modalità di misura e di calcolo del contributo per l'anno 2015, AGCOM ha già in parte seguito la strada della differenziazione prevedendo un'aliquota differenziata per i soggetti di cui all'art. 12 della direttiva 2002/20/CE e per i restanti operatori. La proposta formulata nel testo va nella direzione di una differenziazione contributiva anche tra gli operatori in possesso di autorizzazione generale ai sensi del citato articolo 12 della direttiva autorizzazioni.

48 Sia consentito rinviare per un esame dei procedimenti di regolazione a M. OROFINO, *La regolazione asimmetrica nel settore delle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 65 ss.

49 Vale la pena, in proposito, di osservare che i mercati rilevanti, i quali sono pre-individuati a livello europeo, hanno subito nel corso degli anni una significativa compressione, posto che si è passati dai diciotto mercati individuati nel 2003 ai soli cinque attualmente individuati.

correnziale, questo non fa venir meno né il suo compito di verificare che tale mercato si mantenga competitivo né il suo compito, a scadenze prefissate dalle norme europee, di ridefinirlo e analizzarlo nuovamente⁵⁰.

Inoltre, va ricordato che AGCOM, se ritiene che siano intervenute significative novità, può (e deve), in qualunque momento, procedere al riesame di un mercato rilevante. A tal proposito, vale la pena di segnalare che i mercati rilevanti delle comunicazioni elettroniche sono soggetti a una continua pressione dell'innovazione tecnologica in grado di mutarne rapidamente le caratteristiche.

Per queste ragioni, poiché in buona sostanza l'AGCOM è comunque chiamata a monitorare continuamente i mercati rilevanti e a ripetere ciclicamente l'individuazione e l'analisi dei medesimi, non è condivisibile l'assunto del Consiglio di Stato sul venir meno dell'obbligo di contribuzione per il sol fatto che i medesimi siano valutati come competitivi⁵¹.

Si potrebbe invece affermare, in questo caso anche a legislazione vigente, che la mancata imposizione di obblighi asimmetrici non debba implicare la totale cancellazione degli obblighi contributivi in capo agli operatori rientranti in quello specifico mercato, ma almeno transitoriamente solo una loro riduzione legata al venir meno dell'attività di controllo sugli obblighi asimmetrici.

In questo modo si valorizzerebbe ulteriormente il principio di corrispondenza di cui al par. 2 dell'art. 12 della direttiva autorizzazione che, pur non trasposto nell'ordinamento interno, è comunque immediatamente applicabile e vincolante per l'AGCOM ed impone la verifica dell'equilibrio tra costi e prelievi.

La terza perplessità è legata alla compatibilità del sistema di finanziamento così come oggi risulta a seguito degli interventi legislativi emergenziali e delle pronunzie del Consiglio di Stato, con il principio di indipendenza delle ANR sancito a livello europeo.

Il punto è assai delicato e meriterebbe un supplemento di riflessione più ampio e più generale circa gli effetti di un modello di finanziamento prevalentemente erariale o prevalentemente derivante da contributi riversati dagli operatori sul grado di indipendenza delle Autorità di regolazione⁵².

In proposito occorrerebbe innanzitutto distinguere, cosa che nel settore qui in esame non è per nulla semplice, se la richiesta indipendenza dell'AGCOM debba essere innanzitutto riferita agli operatori oppure al Governo. Sulla base della risposta fornita, bisognerebbe poi indagare gli effetti dell'uno o dell'altro dei meccanismi di finanziamento sull'attività dell'Autorità in termini, da un lato, di cattura da parte dei regolati e, da un altro lato, di influenza da parte delle autorità di governo sull'attività dell'Autorità⁵³.

Nell'ambito di queste conclusioni, ci si limita a sottolineare che il finanziamento dell'AGCOM è alla luce degli ingenti tagli degli ultimi anni ai trasferimenti erariali ormai quasi totalmente rimesso alle contribuzioni dei soggetti

50 V. art. 16, par. 6 della direttiva quadro.

51 Il fatto di subordinare il prelievo all'accertata non concorrenzialità dei mercati rilevanti rende il medesimo assai aleatorio e viola almeno in parte il principio della correlazione. Se tale conclusione è idonea a far venir meno il presupposto del prelievo, ne deriva che nemmeno l'attività di analisi effettivamente svolta possa essere posta a carico degli operatori. Con il paradosso che, se per ipotesi, tutti i mercati dovessero un giorno essere sufficientemente competitivi, l'Autorità perderebbe i contributi necessari a controllare che la situazione di concorrenza effettivamente permanga anche in tempi successivi.

52 Si v. in proposito l'interessante ricostruzione di M. DE BENEDETTO, *Indipendenza e risorse delle autorità indipendenti*, in M. D'ALBERTI-A. PAJNO, *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Il Mulino, Bologna, 2010, 173 ss.

53 V. sul punto G. NAPOLITANO, *L'autofinanziamento delle autorità indipendenti*, cit., 265-266.

privati. Questo ragionevolmente comporta una certa fluttuazione delle risorse anno per anno disponibili dovuta specificamente al fatto che i contributi sono legati, come si è visto, ai ricavi degli operatori che, per loro natura, sono soggetti a cicli economici.

Il fatto di subordinare, come fa il Consiglio di Stato, l'imposizione del prelievo contributivo all'accertamento della non concorrenzialità dei singoli mercati rilevanti e di definire la base imponibile sulla base delle scelte di volta in volta compiute dall'Autorità nell'identificazione di ciascun mercato rilevante, rende ancora più incerto l'ammontare complessivo delle risorse.

Tutto ciò evidentemente comporta una rilevante tensione rispetto alla richiesta delle norme europee per cui le ANR dovrebbero essere dotate, a tutela della loro indipendenza e a prescindere dalle decisioni assunte, di tutte le risorse necessarie, sul piano del personale, delle competenze e dei mezzi finanziari, per l'assolvimento dei compiti loro assegnati.

Un'ultima considerazione la merita la scelta del Consiglio di Stato di correggere le sentenze di primo grado riguardo alla disapplicazione dell'art. 2, comma 241, legge n. 191/2009.

Da un punto di vista formale è condivisibile quanto sostenuto dalla Suprema magistratura amministrativa circa l'irrilevanza della disciplina posta dalla legge 191/2009 rispetto alla ridefinizione del presupposto del contributo e della base imponibile da parte di AGCOM. La decisione del Consiglio di Stato lascia, tuttavia, apertissima la questione della compatibilità di tale trasferimento rispetto al diritto europeo ed, in particolare rispetto al principio, contenuto nell'art. 12, par. 2, della direttiva autorizzazione e riaffermato dalla Corte di Giustizia, di stretta correlazione tra costi sostenuti e contributi ricevuti e di necessità di operare le necessarie rettifiche⁵⁴.

Da un punto di vista sostanziale è innegabile che se la legge dispone di riversare una parte dei diritti percepiti ad altre autorità, questo trasferimento deve poi essere compensato da un'altra entrata (e quindi, anche attraverso l'aumento dell'aliquota contributiva) o da una contrazione delle uscite.

Da questo punto di vista, le pronunzie del Consiglio di Stato sono anche in grado di incidere sulla decisione assunta da AGCOM il 30 gennaio 2014 (e comunicata alle autorità competenti in data 28 febbraio 2014) di disapplicare per l'anno 2014, in via amministrativa, la norma che proroga il suddetto obbligo di trasferimento di fondi a favore di altre autorità indipendenti⁵⁵. L'Autorità può, in termini formali, decidere di disapplicare una norma di legge se la ritiene in contrasto con il diritto europeo, ma si trova ora dopo le sentenze del Consiglio di Stato a doverlo fare senza il conforto che le era in precedenza offerto dalle sentenze del TAR⁵⁶.

54 Occorre però dire che almeno per quanto riguarda il Garante per la protezione dei dati personali il trasferimento di una piccola quota di risorse potrebbe non essere del tutto illegittimo. Infatti, se si pone attenzione alle condizioni che corredano tutte le autorizzazioni generali rilasciate nel settore delle comunicazioni elettroniche, è facile notare che sussiste sempre un riferimento alle regole di protezione dati e agli standard di sicurezza delle reti. Posto che su tali questioni è, nell'ordinamento italiano, specificamente competente il Garante Privacy, allora non è peregrina l'ipotesi che tale Autorità possa ricevere una quota dei diritti riversati dagli operatori a compensazione delle attività di controllo che è chiamata a svolgere.

55 Il fatto che AGCOM ritenesse illegittimo tale trasferimento era già chiaro dalla *Segnalazione al Governo in merito all'opportunità di sopprimere il comma 36 dell'articolo 3 del ddl "Legge di stabilità 2013" relativo alla proroga del sistema di trasferimento dei fondi dell'Autorità ad altre Autorità indipendenti* del 29 dicembre 2012.

56 Si v. sull'obbligo di disapplicazione che la Corte di Giustizia estende anche alla pubblica

La situazione è ulteriormente complicata dal fatto che, nelle more del giudizio di secondo grado, la medesima Autorità ha adottato con la delibera 567/14/CONS le nuove modalità di misura e di calcolo del contributo per l'anno 2015. In questa delibera, AGCOM facendo affidamento sulla disapplicazione sostenuta dal giudice di primo grado ha calcolato il proprio fabbisogno non computando alcun trasferimento ad altre Autorità. In questo modo ha potuto diminuire l'aliquota contributiva per gli operatori "autorizzati" ai sensi del diritto europeo.

Sulla base di queste sintetiche osservazioni è del tutto evidente che la situazione si presenti alquanto ingarbugliata e significativo sia il rischio per AGCOM di non poter disporre delle risorse necessarie a svolgere i propri compiti e per l'Italia di non rispettare i vincoli finanziari derivanti dalla normativa europea a tutela dell'indipendenza delle ANR.

È chiaro che entrambe le occorrenze debbano essere evitate e che, dunque, sia necessario innanzitutto garantire la capienza di AGCOM. Si potrebbe in proposito ragionare sulla possibilità di creare un piccolo fondo di garanzia a copertura del fabbisogno, utilizzabile, secondo procedure e garanzie che limitino quanto più possibile ogni discrezionalità, nei soli casi in cui si giungesse ad un imprevisto sbilanciamento tra costi e contributi riscossi.

Se poi, e ciò appare certamente auspicabile, vi fosse anche l'opportunità di un intervento legislativo più ampio, allora l'occasione potrebbe essere certamente propizia non solo per correggere le criticità prodotte dalle citate normative emergenziali, ma per intervenire in modo più articolato, nei limiti posti dalla normativa europea e tenendo anche presente quanto accade in altri Paesi⁵⁷, sul meccanismo complessivo di finanziamento dell'AGCOM.

amministrazione e, in particolare alle autorità indipendenti, C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Giuffrè, Milano, 2008, 158 ss.

⁵⁷ In proposito, dati interessanti di comparazione sono rintracciabili nel *Report on Implementation of the EU regulatory framework for electronic communications* della Commissione europea per l'anno 2014.