

Civile Ord. Sez. 1 Num. 18603 Anno 2020

Presidente: CAMPANILE PIETRO

Relatore: TERRUSI FRANCESCO

Data pubblicazione: 07/09/2020

sul ricorso 8110/2015 proposto da:

Ministero dell'Economia e delle Finanze, Ministero dello Sviluppo Economico, in persona dei rispettivi Ministri pro tempore, domiciliati in Roma, Via dei Portoghesi n.12, presso l'Avvocatura Generale dello Stato, che li rappresenta e difende ope legis;

-ricorrente -

contro

ord.
1816
2020

Vodafone Omnitel B.V. (già N.V.), in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Via Dora n.1, presso lo studio dell'avvocato Cerulli Irelli Vincenzo, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato Minervini Vittorio, giusta procura a margine del controricorso;

-controricorrente -

avverso la sentenza n. 7805/2014 della CORTE D'APPELLO di ROMA, depositata il 22/12/2014;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 02/07/2020 dal cons. TERRUSI FRANCESCO.

Fatti di causa

La società Vodafone Omnitel N.V. chiese al tribunale di Roma di condannare il Ministero dell'economia e delle finanze e il Ministero dello sviluppo economico a restituirle l'importo di 48.883.652,07 EUR, da essa versato nel corso dell'anno 1998 a titolo di canone di concessione per l'esercizio dell'attività di telecomunicazioni a uso pubblico, ai sensi dell'art. 188 codice postale. Sostenne che il pagamento, comparato al 3 % del fatturato annuo, era stato eseguito in base a un obbligo illegittimamente posto dalla legge nazionale, e segnatamente dal d.P.R. n. 318 del 1997, art. 21, e dalla l. n. 448 del 1998, art. 20, in contrasto con gli artt. 11, 22 e 25 della direttiva n. 97/13-CE, visto che, a partire dall'anno 1998, era stata attuata la liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni con cessazione del regime di concessione statale.

La domanda fu respinta dal tribunale.

La corte d'appello di Roma ha invece accolto il gravame della società, richiamando la sentenza 21-2-2008 della Corte di giustizia della UE (causa C-296/06), con la quale è stato stabilito che il

pagamento di un canone con le caratteristiche di cui all'art. 188 del codice postale (d.P.R. 29-3-1973, n. 156) deve ritenersi, dopo il 31-12-1997, in contrasto con l'ordinamento comunitario. Donde ha concluso che i vecchi concessionari dei servizi di telefonia, titolari o meno che fossero di diritti esclusivi, non potevano più esser considerati come titolari di una concessione amministrativa nel periodo transitorio successivo a tale data, né poteva esser loro imposta alcuna prestazione che non fosse quantificabile secondo l'art. 11 della direttiva medesima.

La corte d'appello ha inoltre ritenuto l'azione di ripetizione non impedita dall'avvenuta traslazione del contributo sugli utenti finali di Vodafone, non essendo nella specie applicabile l'art. 29 della l. n. 428 del 1990, in quanto norma eccezionale dettata per la sola materia tributaria.

L'avvocatura generale dello Stato, in rappresentanza di entrambi i Ministeri, ha proposto ricorso per cassazione nei confronti della sentenza d'appello, deducendo due motivi.

La società Vodafone Omnitel BV (già Vodafone Omnitel NV) ha replicato con controricorso e successiva memoria.

Ragioni della decisione

I. - L'avvocatura generale dello Stato denuncia, col primo mezzo, la violazione e falsa applicazione dell'art. 21 del d.P.R. n. 318 del 1997 in relazione agli artt. 6, 11 e 22 della direttiva 97/13-CE, in quanto la corte territoriale non avrebbe concretamente valutato se la normativa domestica potesse in effetti considerarsi incompatibile col quadro comunitario. Ciò a fronte della citata sentenza della Corte di giustizia, che aveva ritenuto la correlata verifica di esclusiva spettanza, in concreto, del giudice nazionale. Per converso l'analisi della normativa avrebbe dovuto condurre, come già messo in luce dal Consiglio di stato giusta sentenza n. 7506 del 2009 nell'ambito di analoga controversia instaurata da Telecom Italia s.p.a., a risultati di

conformità opposti rispetto a quanto sostenuto dalla corte d'appello, poiché Vodafone aveva continuato a operare nel periodo transitorio in base al pregresso rapporto concessorio, mentre la direttiva comunitaria non consente l'imposizione di diritti amministrativi eccedenti i costi di gestione del sistema di autorizzazione generale, o i costi sostenuti per il rilascio di licenza individuale; e dunque considera la posizione dell'operatore in base al fatto di esser munito, o meno, di siffatta autorizzazione generale.

II. - Col secondo mezzo l'avvocatura denuncia la violazione o falsa applicazione degli artt. 2033 e 2041 cod. civ. in relazione all'art. 29 della l. n. 428 del 1990. Da questo punto di vista imputa alla corte d'appello di avere altresì errato nell'affermare l'irrelevanza dell'avvenuto trasferimento del canone, da parte di Vodafone, sugli utenti finali, perché invece l'operata traslazione dell'onere su altri soggetti doveva dirsi per principio generale impeditiva della possibilità di proporre l'azione di ripetizione.

III. - Devesi preliminarmente osservare che non vi sono dubbi in ordine alla riconducibilità all'art. 2033 cod. civ. della pretesa azionata in giudizio da Vodafone.

Tale è stata qualificata la domanda già all'atto della definizione del ricorso per regolamento di giurisdizione, volta che l'azione era stata inizialmente proposta da Vodafone dinanzi al Tar del Lazio (Cass. Sez. U n. 21748 del 2009).

Nell'occasione questa Corte, a sezioni unite, ha ricostruito la pretesa come radicata dall'assunto secondo cui il titolo legale in base al quale era stato effettuato il pagamento del canone per la licenza d'esercizio dell'attività di telecomunicazione a uso pubblico relativo all'anno 1998, confliggendo con altra fonte normativa di rango superiore (le disposizioni della direttiva comunitaria più volte citata), si sarebbe dovuto disapplicare. Con la conseguenza che il pagamento,

risultando privo di un'idonea causa di giustificazione, avrebbe dovuto a sua volta essere (secondo la postulazione) restituito.

La posizione giuridica in tal modo fatta valere corrisponde all'astratta configurazione dell'art. 2033 cod. civ.; il che è confermato dall'impostazione seguita sia dalla corte d'appello di Roma, sia, per quanto con opposto esito, dall'avvocatura ricorrente.

IV. - In ordine al primo motivo deve essere sinteticamente richiamata l'intelaiatura normativa che fa da cornice alla controversia.

L'oggetto del giudizio è rappresentato dalla pretesa della Vodafone di vedersi restituiti gli importi versati a titolo di canone concessorio nell'anno 1998, ai sensi dell'art. 20 della l. n. 448 del 1998.

Il d.P.R. 19-9-1997, n. 318, recante il regolamento di attuazione della direttiva comunitaria 1997/13-CE nel settore delle telecomunicazioni, ha innovato il preesistente regime normativo in conformità al sistema di licenze attribuibili a operatori in concorrenza tra loro.

Tuttavia l'art. 20 della l. n. 448 del 1998 ha specificato che, transitoriamente, *"per gli anni 1999 e 2000 tutti i corrispettivi a qualsiasi titolo dovuti in misura fissa dalle imprese per l'esercizio dei servizi pubblici, ovvero di servizi a rete in base a concessione, autorizzazione, licenza o altro atto di consenso da parte dello Stato, con esclusione di quelli di cui al comma 2, continuano ad essere corrisposti nella misura prevista per il 1998, aumentata di una percentuale pari al tasso programmato di inflazione per gli anni medesimi"*.

E' necessario rammentare che (i) l'esclusione determinata dal secondo comma della citata disposizione è stata correlata a situazioni diverse da quella posta da Vodafone a fondamento della pretesa (e segnatamente all'istituzione del distinto contributo *"sulle attività di installazione e fornitura di reti di telecomunicazioni pubbliche, di*

fornitura al pubblico di servizi di telefonia vocale e di servizi di comunicazioni mobili e personali, a carico dei titolari di concessioni di servizi di telecomunicazioni pubbliche ovvero di licenze per l'installazione e la fornitura di reti di telecomunicazioni pubbliche, per servizi al pubblico di telefonia vocale o di comunicazioni mobili e personali"); e che (ii) il terzo comma del medesimo art. 20 di contro ha stabilito che "dal 1 gennaio 1999 agli esercenti dei servizi pubblici di telecomunicazione non si applicano le disposizioni di cui all'articolo 188 del testo unico delle disposizioni in materia postale, di bancoposta e di telecomunicazioni (..)".

V. - La corte d'appello di Roma ha deciso la causa proposta da Vodafone richiamando i principi dettati dalla Corte di giustizia nella sentenza del 21-2-2008.

Tale sentenza - è bene precisare - ha avuto per oggetto l'analogo contenzioso instaurato, questa volta in sede giurisdizionale amministrativa, da Telecom.

In quella circostanza la Corte di giustizia, al punto 45 della citata sentenza, ha svolto una considerazione alquanto recisa, vale a dire che la direttiva 97/13-CE osta a che uno Stato membro esiga da un operatore, già titolare di un diritto esclusivo sui servizi di telecomunicazioni pubbliche, il pagamento di un onere pecuniario corrispondente all'importo precedentemente previsto come corrispettivo per detto diritto esclusivo, per il periodo di un anno a decorrere dalla data ultima prevista per il recepimento della direttiva nel diritto nazionale, cioè fino al 31 dicembre 1998.

VI. - A questa considerazione le amministrazioni ricorrenti oppongono che, però, la causa, in relazione alla quale la decisione della Corte di giustizia è intervenuta, è stata poi definita con la sentenza n. 7506 del 2009 del Consiglio di stato, la quale sentenza ha ritenuto che l'obbligo del versamento del canone per il 1998 sarebbe in ogni caso compatibile con il diritto dell'Unione.

Tale assunto non può essere condiviso, e ciò comporta l'infondatezza del primo motivo di ricorso.

VII. - Onde riportare la questione nei giusti binari è opportuno dar conto dell'evoluzione che ha caratterizzato il contenzioso di Telecom, dall'avvocatura della Stato preso a parametro di quello che qui interessa. La detta evoluzione emerge dalla motivazione della più recente sentenza 4-3-2020, causa C-34/19, adottata dalla Corte di giustizia sull'interpretazione dell'art. 22 della direttiva 97-13/CE, relativa alla disciplina comune in materia di autorizzazioni generali e di licenze individuali nel settore dei servizi di telecomunicazione.

Invero dopo l'esaurimento del giudizio in sede nazionale Telecom, poiché riteneva di avere sofferto un danno a causa della non corretta interpretazione data dal Consiglio di stato alla sentenza 21-2-2008 della Corte di giustizia, ha citato in giudizio lo Stato italiano per danni, lamentando lo scorretto esercizio della funzione giurisdizionale; e la corte d'appello di Roma, con sentenza del 31 gennaio 2012, ha accolto il reclamo costì proposto e ha dichiarato l'esistenza di una violazione manifesta del diritto dell'Unione.

L'ulteriore sentenza 4-3-2020 della Corte di giustizia è intervenuta nel contesto della lite instaurata da Telecom a seguito della menzionata pronuncia della corte d'appello, poiché Telecom aveva chiesto a sua volta al Tar di dichiarare anche il carattere indebito degli importi pretesi a titolo del canone per il 1998 e, di conseguenza, di disapplicare il giudicato formatosi sulla ripetuta sentenza del Consiglio di stato n. 7506 del 2009.

Ebbene la sentenza 4-3-2020 della Corte di giustizia ha ribadito il criterio, stabilendo che la decisione del Consiglio di stato, qui richiamata dall'avvocatura erariale, è contraria al diritto unionale, pur se non è contrario il fatto che possa esser mantenuta per effetto del giudicato.

Nello specifico sono stati enunciati i seguenti principi:

"1) L'articolo 22, paragrafo 3, della direttiva 97/13/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 aprile 1997, relativa ad una disciplina comune in materia di autorizzazioni generali e di licenze individuali nel settore dei servizi di telecomunicazione, dev'essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale che proroga, per l'esercizio 1998, l'obbligo imposto a un'impresa di telecomunicazioni, titolare di un'autorizzazione esistente alla data di entrata in vigore di detta direttiva, di versare un canone calcolato in funzione del fatturato e non solo dei costi amministrativi connessi al rilascio, alla gestione, al controllo e all'attuazione del regime di autorizzazioni generali e di licenze individuali".

"2) Il diritto dell'Unione dev'essere interpretato nel senso che esso non impone a un giudice nazionale di disapplicare le norme di procedura interne che riconoscono autorità di cosa giudicata a una pronuncia di un organo giurisdizionale, anche qualora ciò consenta di porre rimedio a una violazione di una disposizione del diritto dell'Unione, senza con ciò escludere la possibilità per gli interessati di far valere la responsabilità dello Stato al fine di ottenere in tal modo una tutela giuridica dei loro diritti riconosciuti dal diritto dell'Unione."

VIII. - Per quanto relativi alle pretese allora azionate da Telecom, è evidente che i richiamati principi si impongono in ogni controversia di analogo tenore.

Cosicché il primo motivo dell'odierno ricorso va rigettato per eguale ragione, vale a dire perché la pretesa relativa al canone, poi concretamente pagato da Vodafone, era basata su una norma interna di proroga del regime di pagamento disapplicabile, siccome contrastante col diritto comunitario.

IX. - Pure il secondo motivo va rigettato.

Viene in questione l'istituto della cd. traslazione.

La corte d'appello di Roma ha ritenuto che la traslazione dell'onere concessorio sugli utenti finali, mediante maggiorazione del

prezzo dei servizi prestati, era da considerare irrilevante ai fini dell'art. 2033 cod. civ. Questo perché l'opposta regola, desunta dall'art. 29 della l. n. 428 del 1990, corrisponde a una fattispecie eccezionale, con efficacia limitata allo specifico settore del diritto tributario.

A tanto l'avvocatura oppone che invece l'art. 29 citato (ben vero rubricato come "*Rimborso dei tributi riconosciuti incompatibili con norme comunitarie*") avrebbe un fondamento generale, tale da impedire che l'azione di ripetizione dell'indebito si trasformi sempre e in ogni caso in uno strumento di indebito arricchimento.

X. - La tesi dell'avvocatura non può essere condivisa.

L'art. 29 della l. n. 428 del 1990 (al secondo comma) stabilisce che "*I diritti doganali all'importazione, le imposte di fabbricazione, le imposte di consumo, il sovrapprezzo dello zucchero e i diritti erariali riscossi in applicazione di disposizioni nazionali incompatibili con norme comunitarie sono rimborsati a meno che il relativo onere non sia stato trasferito su altri soggetti, circostanza che non può essere assunta dagli uffici tributari a mezzo di presunzioni*".

Il detto comma risulta in tal senso modificato dall'articolo 21 della legge 6 febbraio 2007, n. 13 (Legge comunitaria 2006).

Per quanto possa convenirsi con l'affermata *ratio* della previsione - tale per cui la mancata traslazione del tributo va configurata non come elemento costitutivo del diritto al rimborso, bensì come fatto impeditivo del diritto stesso, l'onere della cui prova ricade quindi sull'amministrazione finanziaria (Cass. n. 12224-07, 19618-15, 19975-19) - è altrettanto chiaro che l'ambito della regola resta confinato nello specifico settore per la quale essa (regola) è stata coniata.

La norma cioè non può dirsi costituire il fondamento di un principio generale estensibile a ogni fattispecie di indebito, poiché per sostenere una simile estensione occorrerebbe rinvenire nel sistema

una disciplina incondizionata conforme. Cosa che invece non esiste, né nel codice civile, né nella legge speciale di cui si discute nel caso concreto.

Per la sostenuta conclusione non convergono, d'altronde, neppure i principi dettati in tema di arricchimento.

Codesti, ai sensi dell'art. 2041 cod. civ., presuppongono l'iniziativa dei soggetti ingiustamente depauperati (vale a dire gli utenti finali), non certo quella del soggetto (lo Stato) percettore del pagamento indebito.

L'istituto dell'arricchimento senza causa (o *l'actio de in rem versio*) è teso a consentire il recupero di quanto lucrato senza causa a spese di quel soggetto che, nei limiti dell'arricchimento, ha subito la diminuzione patrimoniale; il quale per questa ragione va giustappunto indennizzato della correlativa diminuzione.

Nel caso concreto il soggetto in questione non è lo Stato ma (solo) l'utente finale.

Se si seguisse la tesi dell'avvocatura ne deriverebbe un effetto paradossale: che cioè indennizzato (nella peculiare forma della irripetibilità delle somme ottenute senza legittimo titolo) verrebbe a essere non il soggetto danneggiato (l'utente finale sul quale l'onere patrimoniale è stato ingiustamente traslato), ma il percettore del pagamento indebito, in netta contraddizione con l'art. 2041 cod. civ.

XI. – Il ricorso è rigettato.

Le spese processuali vanno interamente compensate, tenuto conto della oggettiva complessità della questione controversa e della sopravvenuta decisione comunitaria più volte citata.

Non trova applicazione l'art. 13, comma 1-quater, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, nel testo introdotto dall'art. 1, comma 17, della legge 24 dicembre 2012, n. 228, giacché il meccanismo ivi stabilito - del raddoppio del contributo unificato - non rileva nei confronti delle amministrazioni dello Stato, istituzionalmente esonerate, per una

valutazione normativa della loro qualità, dal materiale versamento del contributo stesso mediante il meccanismo della prenotazione a debito (per tutte Cass. n. 5955-14, Cass. n. 1778-16).

p.q.m.

La Corte rigetta il ricorso e compensa le spese processuali.

Deciso in Roma, nella camera di consiglio della prima sezione

V