

La Corte di giustizia UE afferma che è compatibile con il diritto euro-unitario – e, segnatamente, con le norme della direttiva n. 2004/8/CE – il sistema italiano (di cui al d.lgs. 8 febbraio 2007, n. 20, recante “Attuazione della direttiva 2004/8/CE sulla promozione della cogenerazione basata su una domanda di calore utile nel mercato interno dell’energia, nonché modifica alla direttiva 92/42/CEE”) che ammette l’applicabilità del regime di sostegno per gli impianti di cogenerazione di energia e calore anche nell’ipotesi in cui si tratti di impianto non “ad alto rendimento” e per il periodo successivo al 31 dicembre 2010. Nell’affermare questi principi, la Corte di Lussemburgo – sul versante processuale – ha occasione, inoltre di ribadire la propria stringente giurisprudenza sui limiti di ricevibilità dei rinvii pregiudiziali, qualora il giudice nazionale non abbia chiarito adeguatamente le ragioni per le quali l’intervento della Corte sia necessario ai fini della soluzione della controversia pendente e non abbia fornito gli elementi di fatto e di diritto necessari per fornire una risposta utile alle questioni sollevate.

Corte di giustizia dell’Unione Europea, Sezione VII, sentenza 17 settembre 2020, C-92/19 – Burgo Group s.p.a.

Energia – Fonti rinnovabili – Impianti di cogenerazione – Regime di sostegno – Applicabilità agli impianti non “ad alto rendimento”, anche dopo il 31 dicembre 2010 – Contrasto con il diritto UE – Esclusione.

Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE – Irricevibilità – Condizioni.

L’articolo 12, paragrafo n. 3, della direttiva n. 2004/8/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 febbraio 2004, sulla promozione della cogenerazione basata su una domanda di calore utile nel mercato interno dell’energia e che modifica la direttiva n. 1992/42/CEE, deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale, la quale permetta ad impianti di cogenerazione che non presentano la caratteristica di essere impianti ad alto rendimento, ai sensi di tale direttiva, di continuare a beneficiare, anche dopo il 31 dicembre 2010, di un regime di sostegno alla cogenerazione, in virtù del quale detti impianti siano così, segnatamente, esentati dall’obbligo di acquistare certificati verdi (1).

Il diniego della Corte di giustizia UE di statuire su una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale è possibile solo qualora risulti in modo manifesto che l’interpretazione del diritto dell’Unione richiesta non ha alcun rapporto con la realtà effettiva o con l’oggetto della causa principale, qualora il problema sia di natura ipotetica, oppure quando la Corte non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per fornire una risposta utile alle questioni che le vengono sottoposte (2).

(1-2) I. – Con la pronuncia in rassegna, la Corte di giustizia UE ha risposto alla questione pregiudiziale che, in materia di impianti di cogenerazione e di accesso ai relativi regimi incentivanti, era stata sollevata dal Consiglio di Stato, sezione IV, con ordinanza 28 gennaio 2019, n. 708 (in *Riv. giur. edilizia*, 2019, I, 500, nonché oggetto della News US n. 20, del 7 febbraio 2019, cui si rimanda per approfondimenti di dottrina e di giurisprudenza).

La fattispecie dalla quale è scaturito il rinvio pregiudiziale può essere sintetizzata come segue.

La società ricorrente in primo grado, che gestisce in Italia numerosi impianti di cogenerazione (che producono simultaneamente, cioè, elettricità e calore riutilizzabile), aveva fatto domanda al Gestore dei Servizi Energetici (GSE) di accedere al beneficio dell'esenzione dall'obbligo di acquisto dei c.d. certificati verdi.

Come è noto, tale obbligo era stato imposto dal nostro diritto interno per tutti gli impianti di produzione di energia elettrica da fonti tradizionali (non rinnovabili): a norma dell'art. 11 del d.lgs. n. 79 del 1999, i soggetti responsabili di tali impianti erano chiamati, annualmente, ad immettere nel sistema elettrico nazionale una certa quota di energia prodotta da impianti da fonti rinnovabili, ma potevano adempiere a questo obbligo *“anche acquistando, in tutto o in parte, l'equivalente quota o i relativi diritti da altri produttori”* (comma 3), cioè servendosi di appositi titoli negoziabili denominati *“certificati verdi”*. Al comma 1 dell'art. 11 cit. era, comunque, introdotta una deroga per gli impianti di cogenerazione (*“al netto della cogenerazione”*), i quali erano quindi esentati espressamente dall'obbligo dell'acquisto dei certificati verdi.

Tuttavia, posto che con la direttiva n. 2004/8/CE è stato poi introdotto il concetto di cogenerazione *“ad alto rendimento”* (CAR), circoscrivendo quindi la possibilità di accesso alle agevolazioni ai soli impianti che raggiungessero simile *standard*, si è posto il problema della sorte di quegli impianti che, pur qualificabili come cogenerativi ai sensi della previgente disciplina, non raggiungevano le soglie di risparmio energetico imposte dalla nuova definizione. Al riguardo, la norma transitoria di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 20 del 2007, sfruttando analoga previsione contenuta nell'art. 12 della direttiva del 2004, ha allora stabilito che *“Fino al 31 dicembre 2010 [...] è considerata cogenerazione ad alto rendimento la cogenerazione rispondente alla definizione di cui all'articolo 2, comma 8, del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79”*. In tal modo, pertanto, veniva mantenuta l'esenzione dall'acquisto dei certificati verdi per tutti gli impianti di cogenerazione, almeno fino a tutto l'anno 2010.

Secondo la società ricorrente in primo grado, tuttavia, l'esenzione risulterebbe applicabile anche agli anni successivi al 2010, ed in tal senso aveva avanzato domanda al GSE. Da qui gli atti di diniego del Gestore e la loro impugnazione dinnanzi al T.a.r. per il Lazio che, con varie sentenze del 2015 della sezione III-ter, è stata rigettata.

II. – I dubbi che hanno portato il Consiglio di Stato, in sede di appello, a sollevare il rinvio pregiudiziale muovevano dalle seguenti considerazioni (poste a base delle difese dell'appellante):

- a) manca totalmente una disposizione secondo cui le norme che riconoscono benefici ai produttori di energia in cogenerazione ad alto rendimento escluderebbero l'applicazione degli stessi benefici alle altre forme di cogenerazione (disposizione che, nel nostro ordinamento, è poi sopravvenuta solo con il d. lgs. n. 102 del 2014);
- b) l'efficacia dell'art. 11, comma 2, del d.lgs. n. 79 del 1999 (ossia, dell'esonero dall'acquisto dei certificati verdi) non risulta "limitata" al 31 dicembre 2010, posto che l'abrogazione della norma è stata disposta con riferimento a data successiva (dapprima 1° gennaio 2016, poi 19 luglio 2014);
- c) l'art. 3 del d.lgs. n. 20 del 2007 non riguarda la cogenerazione ordinaria, ma esclusivamente la CAR (cioè la cogenerazione ad alto rendimento) e prevede che, transitoriamente e fino al 31 dicembre 2010, siano considerate CAR le attività che rispondono ai requisiti di cogenerazione ordinaria, in attesa dell'entrata in vigore del decreto attuativo, con cui si definiscono le modalità operative per il riconoscimento dei requisiti propri della CAR;
- d) la Corte di giustizia UE, con sentenza 26 settembre 2013, C-195/12, *IBV & Cie* (in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2014, 305, con nota di PETTERUTI), ha stabilito che l'art. 7 della direttiva n. 2004/8/CE (relativo ai regimi di sostegno che vengono attuati negli Stati membri) vada applicato a tutti gli impianti di cogenerazione e non soltanto agli impianti di cogenerazione ad alto rendimento; la posizione europea, applicando i regimi di sostegno alla cogenerazione in generale, e non soltanto alla CAR, è dunque evidentemente nel senso di affiancare le due forme di cogenerazione e non di sostituire la seconda con la prima.

Di conseguenza, il Consiglio di Stato aveva sollevato i seguenti quesiti pregiudiziali:

- e) *"se la Direttiva 2004/8/CE (in particolare, il suo art. 12), osti ad una interpretazione degli articoli 3 e 6, d. lgs. n. 20/2007, nel senso di consentire il riconoscimento dei benefici di cui al d. lgs. n. 79/1999 (in particolare, di cui all'art. 11, e di cui alla Delibera 19 marzo 2002 n. 42/02 dell'Autorità dell'energia elettrica e del gas, delibera che della disposizione precedente costituisce attuazione), anche ad impianti di cogenerazione non ad alto rendimento, anche oltre il 31 dicembre 2010"*;
- f) *"se l'art. 107 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), osti ad un'interpretazione degli articoli 3 e 6 d. lgs. n. 20/2007, nei sensi indicati sub [e]), nella misura in cui tale disposizione, così come interpretata, possa determinare un 'aiuto di Stato', e dunque porsi in contrasto con il principio della libera concorrenza"*;
- g) *"specularmente a quanto esposto sub [e]) e [f]), ed in considerazione di quanto espressamente prospettato dall'appellante, se corrisponda ai principi di eguaglianza e non*

discriminazione del diritto comunitario una normativa nazionale che consenta la permanenza del riconoscimento[] dei regimi di sostegno alla cogenerazione non CAR fino al 31 dicembre 2015; tale potendo essere l'interpretazione del diritto interno italiano per effetto del n. 1 della lett. c) del comma 11, art. 25, d. lgs. 3 marzo 2011 n. 28, che abroga le norme richiamate dell'art. 11 d. lgs. 79/1999 a far tempo dal 1° gennaio 2016, anzi ora fino al 19 luglio 2014 (per effetto dell'art. 10, co. 15, d. lgs. 4 luglio 2014 n. 102)".

III. – Con la sentenza in rassegna, la Corte di giustizia UE afferma, per prima cosa, la compatibilità della normativa interna al diritto UE, anche qualora la prima sia interpretata nel senso di consentire, in favore degli impianti di cogenerazione che non raggiungono la soglia dell'alto rendimento, l'esonero dall'obbligo dei certificati verdi oltre il termine del 31 dicembre 2010. In tal senso la Corte di Lussemburgo, nel richiamare la propria pregressa giurisprudenza, precisa quanto segue:

- h) l'art. 7 della direttiva n. 2004/8/CE, nel prevedere il regime di sostegno alla cogenerazione, non si riferisce ai soli impianti CAR (cfr. la sentenza *IBV & Cie*, cit., punti 36 e 37), sicché gli Stati membri ben possono, alle condizioni stabilite da tale articolo, prevedere regimi di sostegno ad impianti di cogenerazione che non sono ad alto rendimento;
- i) ai fini dell'interpretazione di tale art. 7 è *"ininfluente"* quanto dispone il successivo art. 12, paragrafo 3, della medesima direttiva (che contiene la norma transitoria la quale conferisce agli Stati membri, *"fino alla fine del 2010"*, la facoltà di *"definire ad alto rendimento una cogenerazione"* sulla base di criteri propri dei singoli Stati membri); ciò, in quanto tale art. 12 *"non influisce sulla possibilità per gli Stati membri di prevedere regimi di sostegno a favore della cogenerazione che non sia ad alto rendimento oppure regimi di sostegno comune a queste due forme di cogenerazione"*;
- j) di conseguenza, conclude la Corte sul primo quesito, *"il citato paragrafo 3 non osta a che gli Stati membri mettano in atto, anche dopo il 31 dicembre 2010, meccanismi di sostegno alla cogenerazione, come l'esenzione dall'obbligo di acquisto di certificati verdi, a favore della cogenerazione che non sia ad alto rendimento"*.

IV. – Nel passare, poi, ad esaminare il secondo ed il terzo dei quesiti pregiudiziali, la Corte svolge le seguenti considerazioni:

- k) al fine di permettere alla Corte di giustizia UE di fornire un'interpretazione del diritto dell'Unione che sia utile per il giudice nazionale, l'articolo 94, lettera c), del regolamento di procedura della Corte *"esige segnatamente che la domanda di pronuncia pregiudiziale contenga l'illustrazione dei motivi che hanno indotto il giudice del rinvio a interrogarsi sull'interpretazione o sulla validità di determinate disposizioni"*

del diritto dell'Unione, nonché il collegamento che esso stabilisce tra dette disposizioni e la normativa nazionale applicabile alla causa principale";

- l) nell'ambito della cooperazione tra la Corte di giustizia UE ed i giudici nazionali (art. 267 TFUE), *"spetta esclusivamente al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolari circostanze di ciascuna causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di emettere la propria sentenza, sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte";* di conseguenza:
 - l1) allorché le questioni sollevate riguardano l'interpretazione del diritto dell'Unione, la Corte è, in via di principio, tenuta a statuire (cfr. sentenza 4 dicembre 2018, C-378/17, *Minister for Justice and Equality e Commissioner of An Garda Síochána*, punto 26);
 - l2) le questioni vertenti sul diritto dell'Unione *"sono assistite da una presunzione di rilevanza"*: il diniego della Corte di statuire su una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale *"è possibile solo qualora risulti in modo manifesto che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta non ha alcun rapporto con la realtà effettiva o con l'oggetto della causa principale, qualora il problema sia di natura ipotetica, oppure quando la Corte non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per fornire una risposta utile alle questioni che le vengono sottoposte"* (in tal senso, ancora, sentenza *Minister for Justice and Equality e Commissioner of An Garda Síochána*, cit., punto 27);
- m) nel caso di specie, non risultano soddisfatti i menzionati requisiti di ricevibilità in quanto:
 - m1) l'ordinanza di rinvio *"non permette di comprendere i motivi per i quali il giudice del rinvio si interroga in merito alla compatibilità della normativa controversa nel procedimento principale con l'articolo 107 TFUE. Senza dubbio, siffatti regimi di sostegno potrebbero, a determinate condizioni, costituire aiuti di Stato ai sensi di quest'ultima disposizione. Tuttavia, da un lato, la decisione di rinvio non precisa le condizioni di applicazione di tali regimi e, in particolare, gli elementi che permetterebbero di qualificarli come aiuti di Stato, ai sensi dell'articolo 107 TFUE. Dall'altro lato, il giudice del rinvio non precisa le ragioni per le quali l'interpretazione dell'articolo 107 TFUE da parte della Corte è necessaria ai fini della soluzione della controversia dinanzi ad esso pendente"*;
 - m2) l'ordinanza di rinvio, inoltre, *"non permette neppure di comprendere le ragioni per le quali i principi di uguaglianza e di non discriminazione sanciti dal diritto dell'Unione osterebbero ad una normativa nazionale che permetta di proseguire fino al 31 dicembre 2015 l'applicazione dei regimi di sostegno alla cogenerazione che non sia ad alto rendimento. Infatti, il giudice del rinvio non chiarisce le ragioni che*

possono averlo indotto ad interrogarsi in merito alla compatibilità della normativa in questione con i principi suddetti, ma si limita a fare riferimento alle conclusioni delle parti del procedimento principale in ordine a tale punto”.

V. – Per completezza, si consideri quanto segue:

n) sull’obbligo di acquisto dei c.d. certificati verdi (CV), sancito dall’art. 11 del d.lgs. n. 79 del 1999, cfr. in giurisprudenza:

n1) Cons. Stato, adunanza plenaria, sentenza 3 settembre 2019, n. 9 (in *Foro it.*, 2019, III, 565, con nota di TRAVI, in *Guida al dir.*, 2019, 45, 86, con nota di PONTE, ed in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 90, con nota di COLAVECCHIO, nonché oggetto della News US n. 107, del 15 ottobre 2019, cui si rinvia per ogni opportuno approfondimento), secondo cui *“Gli atti con cui il Gestore dei Servizi Energetici- GSE accerta il mancato assolvimento, da parte degli importatori o produttori di energia da fonte rinnovabile, dell’obbligo stabilito dall’art. 11 del d.lgs. n. 79 del 1999 hanno natura provvedimento; pertanto, fatto salvo il legittimo esercizio, ricorrendone i presupposti, dell’autotutela amministrativa, tali atti diventano definitivi ove non impugnati nei termini decadenziali di legge; hanno invece natura non provvedimento gli atti con cui il GSE accerta in positivo l’avvenuto puntuale adempimento del suddetto obbligo da parte degli operatori”;*

n2) con particolare riguardo al rispetto della c.d. “quota d’obbligo”, cfr. Cons. Stato, sez. IV, ordinanza 3 settembre 2019, n. 6078 (in *Foro amm.*, 2019, 1444, nonché oggetto della News US n. 101 del 17 settembre 2019, alla quale si rinvia per ogni approfondimento in dottrina e in giurisprudenza), che ha sottoposto alla Corte di giustizia UE alcuni quesiti interpretativi sulla compatibilità comunitaria della normativa interna contenuta nel decreto legislativo n. 28 del 2011 che, abrogando le previgenti e più favorevoli disposizioni di cui al decreto legislativo n. 387 del 2003, impone ora l’obbligo di acquisto di “certificati verdi” anche per le imprese che importano “energia pulita” da altri Stati membri (obbligo non parimenti previsto per i produttori di energia pulita stanziati nel territorio italiano), così riservando a tale particolare forma di energia lo stesso trattamento cui viene ordinariamente sottoposta l’energia convenzionale ossia non proveniente da fonti rinnovabili (es. carbone); la decisione sulla questione, allibrata al n. C-705/19 nei ruoli della Corte di Lussemburgo, non risulta ancora pubblicata;

n3) secondo T.a.r. per il Lazio, sezione III-ter, sentenza 24 febbraio 2015, n. 3252, il meccanismo di controllo sull’adempimento della c.d. quota d’obbligo – quale delineato dal d.m. 18 dicembre 2008, recante *“Incentivazione della*

produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, ai sensi dell'articolo 2, comma 150, della legge 24 dicembre 2007, n. 244" – "si articola infatti in una fase d'iniziativa, coincidente con l'autodichiarazione che il produttore rende entro il 31 marzo di ciascun anno (con riferimento all'anno precedente); in una fase istruttoria, nel corso della quale il Gestore espleta l'inerente controllo sulla base di detta autocertificazione nonché 'dei certificati verdi ricevuti, e di ogni altro dato in suo possesso'; e in una fase conclusiva, consistente nell'accertamento degli 'esiti' e nella notificazione degli stessi all'interessato (entro il 30 aprile di ciascun anno)"; la complessiva procedura, "per certi versi assimilabile agli accertamenti tributari su autodichiarazione", risulta in tal modo preordinata "alla definizione entro termini ristretti dell'assetto dei rapporti derivanti dall'art. 11, occorrendo tener conto delle modalità di funzionamento del sistema dei CV e dell'esigenza di certezza che ne è alla base (desumibile tra l'altro dalla circostanza che il Gestore è tenuto ad annullare i CV in dipendenza degli esiti della verifica)";

- n4) con specifico riferimento agli impianti di cogenerazione, la Corte di giustizia UE ha affermato che l'art. 7 della direttiva n. 2004/8/CE (il cui paragrafo n. 1 prevede quanto segue: *"Gli Stati membri assicurano che il sostegno alla cogenerazione – unità esistenti e future – sia basato sulla domanda di calore utile e sui risparmi di energia primaria, alla luce delle opportunità disponibili per ridurre la domanda energetica tramite altre misure economicamente realizzabili o vantaggiose dal punto di vista ambientale, come altre misure relative all'efficienza energetica"*), deve essere interpretato *"nel senso che il suo ambito di applicazione non è limitato ai soli impianti di cogenerazione che hanno la caratteristica di essere impianti ad alto rendimento ai sensi di tale direttiva"* (cfr. la sentenza 26 settembre 2013, *IBV & Cie*, cit., menzionata dalla pronuncia in rassegna);
- o) in tema di emissioni di gas ad effetto serra per la produzione di energia in cogenerazione, e dei relativi limiti, cfr., di recente, T.a.r. per il Lazio, sezione II-bis, ordinanza 24 luglio 2019, n. 9951 (oggetto della News US n. 95 del 27 agosto 2019, alla quale si rinvia per i dovuti approfondimenti), che ha rimesso alla Corte di giustizia UE i seguenti quesiti pregiudiziali (causa allibrata al n. C-617/19, chiamata per l'udienza a Lussemburgo lo scorso 17 settembre 2020):
- o1) *"Se l'art. 3, lett. e), della direttiva n. 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 ottobre 2003, che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità e che modifica la direttiva n. 1996/61/CE del Consiglio, come modificata dalla direttiva n. 2009/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, debba essere interpretato nel senso da ricomprendere nella nozione di 'impianto' anche una fattispecie come quella in esame, nella quale un cogeneratore costruito dalla ricorrente nel suo sito*

industriale per assicurare energia al suo stabilimento produttivo sia stato successivamente ceduto, tramite cessione di ramo di azienda, ad altra società specializzata nel settore dell'energia, con un contratto che preveda, da un lato, il trasferimento alla cessionaria dell'impianto di cogenerazione di energia elettrica e calore, delle certificazioni, dei documenti, delle dichiarazioni di conformità, licenze, concessioni, autorizzazioni e permessi richiesti per l'esercizio dell'impianto stesso e per lo svolgimento dell'attività, la costituzione in suo favore di un diritto di superficie sull'area dello stabilimento adeguata e funzionale alla gestione e manutenzione dell'impianto e dei diritti di servitù a favore del manufatto ad uso cogeneratore, con circostante area esclusiva, e, dall'altro lato, la fornitura dalla cessionaria alla cedente per 12 anni dell'energia prodotta dall'impianto stesso, ai prezzi di cui al contratto”;

- o2) *“Se, in particolare, nella nozione di ‘collegamento tecnico’ di cui al medesimo art. 3, lett. e), possa essere ricompreso un collegamento tra un cogeneratore ed uno stabilimento produttivo tale che quest’ultimo, appartenendo ad altro soggetto, pur godendo di un rapporto privilegiato con il cogeneratore ai fini della fornitura di energia (collegamento tramite rete di distribuzione di energia, specifico contratto di fornitura con la società energetica cessionaria dell'impianto, impegno di questa ad erogare un quantitativo minimo di energia allo stabilimento produttivo salvo il rimborso di un importo pari alla differenza tra i costi di approvvigionamento dell'energia sul mercato ed i prezzi previsti nel contratto, sconto sui prezzi di vendita dell'energia a partire dal decimo anno e sei mesi di decorrenza del contratto, concessione del diritto di opzione di riacquisto del cogeneratore in ogni momento da parte della società cedente, necessità dell'autorizzazione della cedente per lo svolgimento di lavori sull'impianto di cogenerazione) possa continuare a svolgere la propria attività anche nel caso di interruzione della somministrazione di energia o nel caso di malfunzionamento o cessazione dell'attività da parte del cogeneratore”;*
- o3) *“Se, infine, nel caso di cessione effettiva di un impianto di produzione di energia da parte del soggetto costruttore, titolare nello stesso sito di uno stabilimento industriale, a diversa società specializzata nel campo energetico, per ragioni di efficientamento, la possibilità di scorporo delle relative emissioni dalla autorizzazione ETS del titolare dello stabilimento industriale, a seguito della cessione e l'eventuale effetto di ‘fuoriuscita’ delle emissioni dal sistema ETS determinato dal mancato superamento da parte dell'impianto di produzione di energia, considerato da solo, della soglia di qualificazione dei ‘piccoli emettitori’ rappresentino una violazione della regola dell'aggregazione delle fonti di cui all'allegato I della direttiva n. 2003/87/CE o, al contrario, una semplice e lecita*

conseguenza delle scelte organizzative degli operatori, non vietata dal sistema ETS”;

p) in materia di incentivi per la realizzazione di risparmi energetici – di cui al d.m. 28 dicembre 2012 (recante *“Determinazione degli obiettivi quantitativi nazionali di risparmio energetico che devono essere perseguiti dalle imprese di distribuzione dell’energia elettrica e il gas per gli anni dal 2013 al 2016 e per il potenziamento del meccanismo dei certificati bianchi”*), ed oggi di cui al d.m. 11 gennaio 2017 (recante *“Determinazione degli obiettivi quantitativi nazionali di risparmio energetico che devono essere perseguiti dalle imprese di distribuzione dell’energia elettrica e il gas per gli anni dal 2017 al 2020 e per l’approvazione delle nuove Linee Guida per la preparazione, l’esecuzione e la valutazione dei progetti di efficienza energetica”*), incentivi che sono riconosciuti dal GSE attraverso il meccanismo dei c.d. Certificati Bianchi o T.E.E. (Titoli di Efficienza Energetica) – deve qui richiamarsi la giurisprudenza del giudice di primo grado la quale esclude l’applicazione, laddove si tratti dell’esercizio dei poteri di controllo *ex post* da parte del Gestore, della norma generale in tema di autotutela amministrativa *ex art. 21-nonies* della legge n. 241 del 1990. Al riguardo (nel richiamare il quadro normativo di riferimento, quale ricostruito ad es., da ultimo, dal T.a.r. per il Lazio, sezione III-ter, sentenza 13 luglio 2020, n. 7979), si consideri che:

- p1) generalmente le controversie attengono all’ipotesi in cui il progetto di risparmio energetico, presentato dall’impresa che aspira ad ottenere i certificati bianchi, preveda un metodo di valutazione *“a consuntivo”* dei risparmi energetici previsti; tale metodo, in particolare (secondo il quadro normativo elaborato dall’Autorità per l’Energia Elettrica ed il Gas con la deliberazione n. 9 del 2011, recante le c.d. Linee Guida di settore), prevede che il soggetto responsabile inoltri al GSE una *“proposta di progetto e di programma di misura”* (PPPM) la quale, in prima battuta, deve essere approvata dal GSE; successivamente, la concreta quantificazione dei risparmi energetici, e la relativa fissazione dell’ammontare dell’incentivo, avverrà all’esito di una *“richiesta di verifica e di certificazione”* (c.d. RVC) che, al termine dei vari periodi di esecuzione e/o di funzionamento del progetto, il soggetto responsabile ha l’onere di presentare all’approvazione del GSE medesimo;
- p2) le controversie dinanzi al giudice amministrativo concernono, allora, l’evenienza in cui il GSE, in sede di valutazione della RVC, anziché limitarsi a *“certificare”* i risparmi energetici così prodotti sulla base del progetto già approvato, procede invece a *“riconsiderare”* la PPPM già in precedenza approvata, giungendo a revocarla ovvero a respingerla ora per allora; si

pone quindi la questione se tale potere del GSE, integrante una vera e propria “decadenza” dalla PPPM, costituisca, o meno, un’espressione della generale potestà di autotutela dell’amministrazione, come tale soggetta ai limiti applicativi di cui all’art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990;

- p3) ebbene, la giurisprudenza del T.a.r. per il Lazio, anche di recente, è recisamente nel senso che, anche in questa ipotesi, non possa trovare applicazione tale norma generale, trovando invece spazio la norma “*di settore*” di cui all’art. 42 del d.lgs. n. 28 del 2011: *“Quanto alla natura giuridica dell’atto emesso dal Gestore ai sensi dell’art. 42 d.lgs. n. 28 del 2011, il Collegio, sulla scorta di consolidati precedenti giurisprudenziali (ex multis questa Sezione nn. 1819 e 6205 del 2017, 10687/2019), esclude che tale atto sia manifestazione di potere di autotutela e ritiene, di contro, che sia espressione di un potere di verifica, accertamento e controllo volto ad accertare la corrispondenza rispetto a quanto dichiarato dall’interessato. Siffatto potere è, dunque, privo di spazi di discrezionalità ed ha, al contrario, natura doverosa ed esito vincolato; esso, inoltre, non è volto al riesame della legittimità di una precedente decisione amministrativa di spessore provvedimentale, bensì al controllo circa l’attendibilità delle dichiarazioni formulate da un privato nell’ambito di una procedura volta ad attribuire benefici pubblici: esulano quindi, in radice, le caratteristiche proprie degli atti di secondo grado e, conseguentemente, non è conferente il richiamo all’art. 21-*nonies* l. n. 241 del 1990 (in termini da ultimo v. Cons. Stato n. 6118/2019 e ivi ulteriori riferimenti giurisprudenziali, ove sulla base della natura giuridica dell’atto emesso dal Gestore ai sensi dell’art. 42 d.lgs. n. 28 del 2011 si ‘esclude che tale atto sia manifestazione di potere di autotutela’ per quanto non volto ‘al riesame della legittimità di una precedente decisione amministrativa di spessore provvedimentale, bensì al controllo circa la veridicità delle dichiarazioni formulate da un privato nell’ambito di una procedura volta ad attribuire sovvenzioni pubbliche’)*” (così, da ultimo, T.a.r. per il Lazio, sezione III-*ter*, sentenza 3 febbraio 2020, n. 1372; nello stesso senso, in precedenza, cfr. anche T.a.r. per il Lazio, sezione III-*ter*, sentenza 7 agosto 2018, n. 8845);
- p4) in termini analoghi si è, da ultimo, pronunciato anche il Consiglio di Stato, secondo cui simili provvedimenti del GSE vanno considerati come esercizio di un potere “*di decadenza dagli incentivi con conseguente recupero di quelli già erogati. L’attività di verifica svolta dal GSE, ai sensi dell’art. 42 del d.lgs. n. 28/2011 non costituisce una forma di autotutela amministrativa come tale riconducibile ad un’ipotesi di annullamento d’ufficio, rappresentando una fase ordinariamente possibile del complesso procedimento amministrativo finalizzato al riconoscimento degli incentivi. Ne discende che detto segmento procedimentale di*

verifica non è autonomo e non è né di revisione né di riesame, perciò non può essere qualificato come di esercizio di poteri di autotutela”; per tali ragioni “non possono considerarsi rilevanti i presupposti che la legge, in via generale, impone per il corretto esercizio del potere di autotutela, secondo le coordinate dell’art. 21 nonies della legge n. 241/1990, trovando piuttosto spazio il potere ‘speciale’ di verifica ed eventualmente di decadenza quale disciplinato dall’art. 42, d.lgs. n. 28/2011” (così Cons. Stato, sezione IV, sentenza 12 aprile 2020, n. 2380);

q) secondo, poi, quanto da ultimo statuito da Cons. Stato, Adunanza plenaria, sentenza 11 settembre 2020, n. 18 (oggetto della News US n. 109 del 2 ottobre 2020, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti sul tema, anche alla luce della recente novella legislativa di cui all’art. 56, comma 7, lett. a), del decreto-legge n. 76 del 2020, convertito in legge n. 120 del 2020), la decadenza prevista dall’art. 42, comma 3, del d.lgs. n. 28 del 2011 è “*appieno sussumibile nel concetto di decadenza pubblicistica [...], potendosi pacificamente escludere un’improprietà del linguaggio legislativo, tale da ricondurre sotto il nomen iuris utilizzato altri istituti di carattere sanzionatorio*”; al riguardo, secondo l’Adunanza plenaria:

q1) *il discrimen fra la decadenza dal beneficio incentivante e la sanzione per la violazione delle norme che disciplinano il rapporto con la pubblica amministrazione “è segnato dallo stesso art. 42 del d.lgs. n. 28 del 2011, che specificatamente demanda al GSE il compito di trasmettere gli atti, a base del provvedimento di decadenza, all’Autorità indipendente di settore (ARERA) per l’eventuale irrogazione delle sanzioni”;*

q2) *l’accertamento della “rilevanza” della violazione (accertamento che è richiesto dall’art. 42, comma 1, del d.lgs. n. 28 del 2011, come prerequisite per l’esercizio del potere di decadenza) assume, in tale quadro, “importanza primaria” anche con riferimento “all’intensità del collegamento tra il comportamento violativo e il beneficio goduto, di guisa che la decadenza non abbia a provocare effetti ablatori esorbitanti rispetto al beneficio innanzi riconosciuto”;*

r) sulla qualificazione in chiave sanzionatoria dei poteri interdittivi assegnati al GSE dall’art. 43 del d.lgs. n. 28 del 2011 (in tema di accertamento circa la tempestività dell’installazione degli impianti fotovoltaici, con facoltà del GSE di poter disporre l’esclusione dell’operatore per dieci anni dalla concessione di ulteriori incentivi), cfr. Corte cost., sentenza 10 marzo 2017, n. 51 (in *Riv. giur. edilizia*, 2017, I, 19 nonché oggetto della News US in data 17 marzo 2017), che ha dichiarato illegittimi, per difetto di delega, gli art. 23, comma 3, e 43, comma 1, dello stesso d.lgs. n. 28 del 2011, affermando che la previsione di tali poteri interdittivi “è misura eccentrica rispetto al perimetro dell’intervento disegnato dalla legge di delega che, in tema di infrazioni, ha previsto unicamente l’esercizio del potere di irrogare sanzioni penali o

*amministrative, limitando queste ultime solo a quelle di tipo pecuniario”, e rilevando, per di più, che la previsione del legislatore delegato “– incidendo sull’esercizio della libertà di iniziativa economica privata imprenditoriale (in un settore di attività particolarmente legato al sostegno di incentivi), nei confronti di un’ampia platea di soggetti e per un periodo di tempo particolarmente rilevante, in termini di rigido automatismo e di non graduabilità in rapporto al pur variabile contenuto lesivo delle violazioni cui la misura stessa consegue – contraddice manifestamente i principi di proporzionalità ed adeguatezza ai quali il legislatore delegante voleva, viceversa, conformata la risposta alle infrazioni alle disposizioni dei decreti attuativi commesse dagli operatori del settore”; la questione di legittimità costituzionale era stata sollevata da Cons. Stato, sezione VI, ordinanza 9 luglio 2014, n. 3496 (in *Giur. cost.*, 2014, 3605, con nota di CERBO, *Le ragioni di una questione definitoria: la controversa nozione di sanzione amministrativa*);*

- s) nel senso che la modifica o la soppressione di una tariffa incentivante non sia, di per sé, in contrasto con l’art. 3 della direttiva n. 2009/28/CE (ossia, con la norma che individua gli obiettivi e le misure nazionali generali obbligatori per l’uso dell’energia da fonti rinnovabili), anche in considerazione dei principi di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento, cfr. Corte di giustizia UE, sentenza 11 luglio 2019, C-180/18, C-286/18 e C-287/18, Agreenergy c. Ministero dello sviluppo economico (in *Foro it.*, 2019, IV, 522 nonché oggetto della News US n. 90 del 2 agosto 2019), secondo cui “*Fatte salve le verifiche che il giudice del rinvio deve effettuare tenendo conto di tutti gli elementi rilevanti, l’art. 3, par. 3, lett. a), della direttiva n. 2009/28/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, sulla promozione dell’uso dell’energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive n. 2001/77/CE e n. 2003/30/CE, letto alla luce dei principi di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nei procedimenti principali, che consente a uno Stato membro di prevedere la riduzione, o perfino la soppressione, delle tariffe incentivanti in precedenza stabilite per l’energia prodotta da impianti solari fotovoltaici*”;
- t) in argomento, cfr. anche Corte cost., sentenza 24 gennaio 2017, n. 16 (in *Ambiente*, 2017, 203, con nota di SPINA nonché oggetto della News US del 30 gennaio 2017), che ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 26, comma 2, del decreto-legge n. 91 del 2014, convertito in legge n. 116 del 2014, ossia della norma che ha previsto la rimodulazione *in peius* delle tariffe incentivanti per gli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili (nella fattispecie, per impianti fotovoltaici): in tale occasione, la Corte costituzionale, con ampi rinvii alla giurisprudenza comunitaria, ha rilevato che “*l’abolizione anticipata*

*di un regime di favore rientra nel potere discrezionale delle autorità nazionali, incontrando ostacolo solo nell'affidamento che nel mantenimento dello stesso potrebbe porre l'operatore economico prudente e accorto'. E [...] l'intervento del legislatore [...] non è stato imprevedibile, né improvviso, per cui l'operatore economico prudente e accorto' avrebbe potuto tener conto della possibile evoluzione normativa, considerate le caratteristiche di temporaneità e mutevolezza dei regimi di sostegno". Analoga questione di legittimità costituzionale è stata, poi, dichiarata manifestamente infondata da Corte cost., ordinanza 12 giugno 2017, n. 138 (in *Giur. cost.*, 2017, 1332, nonché oggetto della News US del 4 luglio 2017);*

- u) ancora in tema di incentivi per il risparmio energetico negli edifici o nelle installazioni industriali, cfr. le seguenti considerazioni della giurisprudenza amministrativa (in particolare, di recente, cfr. T.a.r. per il Lazio, sezione III-ter, sentenza 23 settembre 2020, n. 9743):
- u1) nell'ambito del metodo di valutazione a consuntivo dei progetti di risparmio energetico assumono rilievo centrale le nozioni di risparmio energetico "lordo" e "netto" (individuate dall'art. 1 Linee guida EEN 9/11 (applicabili ai sensi dell'art. 6, co. 2, d.m. 28.12.2012): mentre il primo (lordo) consiste nella *"differenza nei consumi di energia primaria prima e dopo la realizzazione di un progetto, determinata con riferimento ad un certo orizzonte temporale mediante una misurazione o una stima"*, l'altro è *"il risparmio lordo, depurato dei risparmi energetici non addizionali, cioè di quei risparmi energetici che si stima si sarebbero comunque verificati, anche in assenza di un intervento o di un progetto, per effetto dell'evoluzione tecnologica, normativa e del mercato"*;
 - u2) il risparmio netto, sulla base del quale vengono calcolati e riconosciuti i TEE, *"si basa quindi sull'individuazione e sottrazione dal risparmio lordo – ossia dal risparmio che discende dalla differenza tra i consumi registrati prima e dopo la realizzazione dell'intervento – di quei risparmi energetici che anche senza la realizzazione dell'intervento si sarebbero comunque verificati per effetto dell'evoluzione tecnologica, normativa e di mercato"*, dovendo intendersi con l'espressione *"effetto dell'evoluzione tecnologica"* quelli *"conseguiti da apparecchiature o dispositivi o soluzioni con più alte performances energetiche rispetto a prodotti base a catalogo forniti dal mercato"*;
 - u3) la ratio sottesa al rilascio dei TEE *"è, del resto, quella di premiare solo – e strettamente – quegli interventi che, in assenza degli incentivi, non avrebbero potuto essere realizzati: ciò, conformemente al c.d. effetto di incentivazione il quale [...] è uno dei principali pilastri della disciplina degli aiuti di Stato, avendo di mira l'obiettivo di stimolare i potenziali beneficiari ad intraprendere attività economiche che altrimenti non avrebbero intrapreso in assenza della concessione dell'aiuto"*;

- u4) *l'“effetto di incentivazione si ricollega, pertanto, al concetto di ‘necessità dell'aiuto’, risulta imposto in gran parte delle fonti comunitarie (regolamenti, discipline, orientamenti, ecc.) in materia di aiuti di Stato ed implica, talvolta [...], un'analisi controfattuale per comparare la situazione che si avrebbe in assenza di aiuto con quella in presenza di aiuto”;*
- u5) *il concetto di “addizionalità”, rilevante ai fini della valutazione dei progetti di risparmio energetico, “deve quindi essere precisato nel senso che strettamente discende dalla ratio appena illustrata e, pertanto, non può essere inteso in termini meramente legati all'evoluzione tecnologica, ma (come anche consegue dalla lettera della definizione normativa, di cui al richiamato art. 1 delle Linee Guida AEEG) deve anche essere allargato ai profili economici (o di ‘mercato’) che sono sottesi alla messa in atto dell'intervento. Nelle ipotesi in cui quest'ultimo consenta il riassorbimento dei costi di investimento sostenuti solo per effetto del risparmio che ne deriva, la complessiva operazione non potrà considerarsi ‘addizionale’ proprio perché essa, nel sostenersi da sola, non soddisfa il requisito della ‘necessità dell'aiuto’ nei sensi anzidetti”; con la conseguenza che la rilevanza dei “costi di investimento necessari per la realizzazione del progetto [...], in uno con la stima dei risparmi economici che essi potranno determinare, è insita nella definizione normativa che espressamente si riferisce [...] anche all'evoluzione del mercato di riferimento”;*
- u6) *trattandosi, quindi, di un requisito fondamentale del sistema incentivante dei c.d. certificati bianchi, “il requisito dell'addizionalità deve formare oggetto di rigorosa dimostrazione da parte dell'impresa che propone un progetto di risparmio energetico [...]. Si configura pienamente la figura giuridica dell'onere, quale peso imposto dal normatore a colui che desidera accedere ad un determinato beneficio”;*
- v) *in materia di aiuti di Stato, quali in tesi discendenti dalla disciplina nazionale sulle agevolazioni per i biocarburanti, cfr., di recente, Cons. Stato, sezione IV, ordinanza 4 dicembre 2019, n. 8299 (in *Foro amm.*, 2019, 2023, nonché oggetto della News US n. 132 del 12 dicembre 2019, alla quale si rinvia per gli approfondimenti *ivi* sviluppati), che ha sottoposto alla Corte di giustizia UE il seguente quesito pregiudiziale: “se - in relazione agli artt. 107 e 108 TFUE, al Regolamento (CE) N. 659/1999 del Consiglio del 22 marzo 1999, e successive modificazioni, al Regolamento (CE) n. 794/2004 della Commissione del 21 aprile 2004 e alle eventuali ulteriori pertinenti disposizioni del diritto euro-unitario - costituisca aiuto di Stato, come tale soggetto all'onere di previa notifica alla Commissione europea, un atto normativo secondario quale il regolamento adottato con il d.m. n. 37/2015 qui impugnato che, in diretta esecuzione di sentenze del Consiglio di Stato recanti il parziale annullamento dei regolamenti precedenti già comunicati alla Commissione, abbia inciso ‘ora per allora’ sulle modalità di*

applicazione dell'accisa agevolata sul biodiesel modificando retroattivamente i criteri di riparto del beneficio fra le imprese richiedenti senza estendere la durata temporale del programma di agevolazioni fiscali"; la questione, allibrata al n. C-915/19 della Corte di giustizia UE, risulta tuttora pendente;

w) sulle condizioni di ricevibilità del rinvio pregiudiziale, cfr., di recente, Corte di giustizia UE, sezione IX, ordinanza 30 giugno 2020, C-723/19, Airbnb Ireland UC (oggetto della News US n. 102 del 17 settembre 2020, alla quale si rinvia per gli ampi approfondimenti *ivi* sviluppati), secondo cui *"È manifestamente irricevibile la domanda di pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia quando, in relazione ad una controversia concernente la gestione di un portale telematico di intermediazione immobiliare, l'ordinanza del giudice nazionale non rispetti i requisiti cumulativi relativi al contenuto della domanda indicati in modo esplicito all'articolo 94 del regolamento di procedura"*; in particolare, in tale decisione, la Corte di Lussemburgo, in modo non dissimile da quanto affermato nella sentenza qui in rassegna, ha evidenziato quanto segue:

- w1) il rigetto, da parte della Corte, di una domanda presentata da un giudice nazionale è possibile soltanto qualora risulti in modo manifesto che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta non ha alcun rapporto con la realtà effettiva o con l'oggetto della causa principale, qualora il problema sia di natura ipotetica oppure, ancora, qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni che le sono sottoposte;
- w2) in tal senso, è pertanto indispensabile che il giudice nazionale chiarisca, con la decisione di rinvio, il contesto di fatto e di diritto nel quale si inserisce la controversia oggetto del giudizio *a quo*, e fornisca un minimo di spiegazioni in merito alle ragioni della scelta delle disposizioni di diritto UE di cui esso chiede l'interpretazione, nonché al collegamento che esso stabilisce tra tali disposizioni e la normativa nazionale applicabile alla controversia sottopostagli;
- w3) tali requisiti cumulativi relativi al contenuto di una domanda di pronuncia pregiudiziale sono indicati in modo esplicito all'articolo 94 del regolamento di procedura, e sono stati ripresi nelle raccomandazioni della Corte di giustizia dell'Unione europea all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale (GU 2018, C 257, pag. 1);
- w4) queste ultime (punto 15) indicano che la domanda di pronuncia pregiudiziale deve contenere *"l'illustrazione dei motivi che hanno indotto il giudice del rinvio a interrogarsi sull'interpretazione o sulla validità di determinate"*

disposizioni del diritto dell'Unione, nonché il collegamento che esso stabilisce tra dette disposizioni e la normativa nazionale applicabile alla causa principale";

x) ancora in punto di ricevibilità dei rinvii pregiudiziali, e conformemente, la Corte di giustizia UE ha statuito quanto segue:

x1) *"nell'ambito della cooperazione tra quest'ultima e i giudici nazionali istituita dall'articolo 267 TFUE, spetta esclusivamente al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolari circostanze di ciascuna causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di emettere la propria sentenza, sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte. Di conseguenza, allorché le questioni sollevate riguardano l'interpretazione del diritto dell'Unione, la Corte, in via di principio, è tenuta a statuire"* (così sentenza 4 dicembre 2018, *Minister for Justice and Equality e Commissioner of An Garda Síochána*, cit., punto 26)

x2) *"la necessità di giungere ad un'interpretazione del diritto dell'Unione che sia utile per il giudice nazionale impone che quest'ultimo definisca il contesto di fatto e di diritto in cui si inseriscono le questioni sollevate o che esso, perlomeno, spieghi le ipotesi di fatto su cui tali questioni sono fondate. Tali esigenze valgono in modo del tutto particolare nel settore della concorrenza, che è caratterizzato da situazioni di fatto e di diritto complesse", aggiungendosi che "è altresì importante che il giudice nazionale indichi le ragioni precise che l'hanno indotto ad interrogarsi sull'interpretazione del diritto dell'Unione e a ritenere necessaria la formulazione di questioni pregiudiziali alla Corte"* (così sentenza 27 giugno 2017, C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, punti 26 e 27, in *Quad. dir. pol. eccles.*, 2017, 685, con nota di ELEFANTE, in *Dir. eccles.*, 2017, 357, con nota di PEREGO, ed in *Dir. e pratica trib.*, 2018, 788, con nota di DE GREGORIO).