

Il T.a.r. per il Lazio sottopone alla Corte di giustizia UE la disciplina nazionale che ha previsto nuove modalità di erogazione delle tariffe incentivanti dell'energia elettrica prodotta da impianti fotovoltaici nella parte in cui riduce ovvero ritarda in modo significativo la corresponsione degli incentivi già concessi per legge e definiti in base ad apposite convenzioni.

T.a.r. per il Lazio – Roma, sezione III *ter*, ordinanza 20 novembre 2018, n. 11206 – Pres. Est. Di Nezza

Energia elettrica – Fonti rinnovabili – Tariffe incentivanti – Riduzione o ritardo nella corresponsione di incentivi già concessi – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE

Deve essere sottoposto alla Corte di giustizia dell'Unione Europea il quesito se il diritto dell'Unione europea osti all'applicazione di una disposizione nazionale, come quella di cui all'art. 26, commi 2 e 3, del d.l. n. 91/2014, come convertito dalla legge 116/2014, che riduce ovvero ritarda in modo significativo la corresponsione degli incentivi già concessi per legge e definiti in base ad apposite convenzioni sottoscritte dai produttori di energia elettrica da conversione fotovoltaica con il Gestore dei servizi energetici s.p.a., società pubblica a tal funzione preposta; in particolare se tale disposizione nazionale sia compatibile con i principi generali del diritto dell'Unione europea di legittimo affidamento, di certezza del diritto, di leale collaborazione ed effetto utile; con gli artt. 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; con la direttiva n. 2009/28/CE e con la disciplina dei regimi di sostegno ivi prevista; con l'art. 216, par. 2, TFUE, in particolare in rapporto al Trattato sulla Carta europea dell'energia (1).

(1) I. – Con l'ordinanza in rassegna la Sezione Terza *ter* del T.a.r. per il Lazio (analogamente a quanto disposto con la di poco precedente ordinanza 16 novembre 2018, n. 11124, Pres. Di Nezza, Est. De Gennaro) - chiamata a decidere sulla impugnazione dei decreti ministeriali attuativi dell'art. 26 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 91, convertito dalla legge 11 agosto 2014, n. 116, che ha previsto nuove modalità di erogazione delle tariffe incentivanti dell'energia elettrica prodotta da impianti fotovoltaici, anche in modifica delle condizioni contrattuali in essere - premesso di aver già sottoposto la normativa richiamata al giudizio della Corte costituzionale, che con sentenza del 24 gennaio 2017, n. 16 (in *Ambiente*, 2017, 203, con nota di SPINA ed oggetto della News US in data 30 gennaio 2017), ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionali avanzate, ha ritenuto di formulare alla Corte di giustizia UE il quesito pregiudiziale di cui alla massima.

II. – I ricorrenti nel giudizio dinanzi al Ta.r. per il Lazio sono titolari e responsabili di uno o più impianti fotovoltaici di potenza superiore a 200 kW, situati in diverse località del

territorio nazionale, che hanno stipulato con il Gestore dei servizi energetici (Gse s.p.a.) convenzioni ventennali (qualificate come “contratti di diritto privato” dall’art. 24, comma 2, lett. d], d.lgs. n. 28/2011) per il riconoscimento della tariffa incentivante per la produzione di energia elettrica da conversione fotovoltaica. Con il ricorso al T.a.r. essi hanno chiesto l’annullamento dei decreti ministeriali del 16 e del 17 ottobre 2014 con cui è stata data attuazione all’art. 26, commi 2 e 3, del decreto-legge n. 91/2014, convertito dalla legge n. 116/2014, dolendosi degli effetti pregiudizievoli del richiamato art. 26, nonché dei conseguenti atti attuativi, in particolare evidenziando come tale disciplina venga ad incidere negativamente su rapporti in corso, già definiti dai rispettivi provvedimenti di concessione e dalle relative convenzioni stipulate con il Gestore pubblico, venendo pertanto a ledere in modo consistente l’affidamento degli operatori.

È opportuno richiamare espressamente le previsioni normative oggetto di contestazione, contenute nell’art. 26 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 91, convertito in legge n. 116 del 2014):

- il comma 2 del citato articolo prevede che *“a decorrere dal secondo semestre 2014, il Gestore dei servizi energetici S.p.A. eroga le tariffe incentivanti di cui al comma 1, con rate mensili costanti, in misura pari al 90 per cento della producibilità media annua stimata di ciascun impianto, nell’anno solare di produzione ed effettua il conguaglio, in relazione alla produzione effettiva, entro il 30 giugno dell’anno successivo. Le modalità operative sono definite dal GSE entro quindici giorni dalla pubblicazione del presente decreto e approvate con decreto del Ministro dello sviluppo economico”*; tale previsione modifica le condizioni contrattuali in essere, sostituendo il criterio della “produzione effettiva” – fondato sulla misura dell’energia prodotta – con quello della “producibilità media annua”; essa inoltre comporta un’alterazione dei rapporti giuridici in corso consistente nella ritardata percezione del 10% dell’incentivo spettante, qualificato dalla legge in termini di “conguaglio”;
- il comma 3 prevede poi che *“a decorrere dal 1° gennaio 2015, la tariffa incentivante per l’energia prodotta dagli impianti di potenza nominale superiore a 200 kW è rimodulata, a scelta dell’operatore, sulla base di una delle seguenti opzioni da comunicare al GSE entro il 30 novembre 2014: a) la tariffa è erogata per un periodo di 24 anni, decorrente dall’entrata in esercizio degli impianti, ed è conseguentemente ricalcolata secondo la percentuale di riduzione indicata nella tabella di cui all’allegato 2 al presente decreto; b) fermo restando il periodo di erogazione ventennale, la tariffa è rimodulata prevedendo un primo periodo di fruizione di un incentivo ridotto rispetto all’attuale e un secondo periodo di fruizione di un incentivo incrementato in ugual misura. Le percentuali di rimodulazione sono stabilite con decreto del Ministro dello sviluppo economico, sentita l’Autorità per l’energia elettrica, il gas e il sistema idrico, da emanare entro il 1° ottobre 2014 in modo da consentire, nel caso di adesione di tutti*

gli aventi titolo all'opzione, un risparmio di almeno 600 milioni di euro all'anno per il periodo 2015-2019, rispetto all'erogazione prevista con le tariffe vigenti; c) fermo restando il periodo di erogazione ventennale, la tariffa è ridotta di una quota percentuale dell'incentivo riconosciuto alla data di entrata in vigore del presente decreto, per la durata residua del periodo di incentivazione, secondo le seguenti quantità: 1) 6 per cento per gli impianti aventi potenza nominale superiore a 200 kW e fino alla potenza nominale di 500 kW; 2) 7 per cento per gli impianti aventi potenza nominale superiore a 500 kW e fino alla potenza nominale di 900 kW; 3) 8 per cento per gli impianti aventi potenza nominale superiore a 900 kW. In assenza di comunicazione da parte dell'operatore il GSE applica l'opzione di cui alla lettera c)". Osserva l'ordinanza in rassegna che *"in virtù della disposizione appena riportata il legislatore ha imposto agli operatori del settore il passaggio a un diverso sistema tariffario rimodulato secondo una delle opzioni del comma 3, ora richiamate, ciascuna delle quali incide pacificamente in senso peggiorativo sulla loro posizione come stabilita nelle convenzioni di incentivazione stipulate con il Gse, esplicando un effetto novativo sugli elementi della durata o dell'importo delle tariffe incentivanti o su entrambi"*.

III. – L'ordinanza in rassegna ha effettuato il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE sulla base del seguente percorso argomentativo:

- a) in primo luogo l'art. 26 d.l. n. 91/2014 rischia di porsi in contrasto con alcuni principi generali dell'ordinamento dell'Unione europea, che, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, costituiscono le fondamenta del sistema giuridico dell'Unione: in particolare è possibile sospettare un contrasto della citata disposizione con i principi generali del legittimo affidamento e della certezza del diritto, in quanto l'intervento normativo nazionale ha modificato unilateralmente le condizioni giuridiche sulle cui basi le imprese ricorrenti avevano impostato la propria attività economica:
 - a1) peraltro nel caso di specie la modifica legislativa non interviene solo sulla disciplina generale applicabile all'impresa ma incide, variandole in senso sfavorevole e prima del termine di scadenza, sulle relative convenzioni individualmente stipulate con la società pubblica Gse per la determinazione degli incentivi;
 - a2) il principio dell'affidamento è stato declinato nel campo dei rapporti economici con riferimento al criterio dell'operatore economico "prudente e accorto", ovvero quell'operatore che sia in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi; nella fattispecie in esame il T.a.r. si chiede se la prevedibilità della modifica peggiorativa possa conseguire a una diversa valutazione

degli interessi gioco da parte del legislatore, in assenza di circostanze eccezionali che la giustificano e a fronte di convenzioni stipulate tra la parte pubblica e l'operatore che hanno prestabilito la misura dell'incentivo per un periodo ventennale;

- b) per le stesse ragioni già evidenziate la disposizione nazionale si porrebbe in contrasto anche con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e, segnatamente, con gli articoli 16 (libertà d'impresa) e 17 (diritto di proprietà) in quanto altera le misure di sostegno economico già accordate, determinando un'ingerenza nel diritto a impostare e condurre la propria attività economica sulla base di posizioni contrattuali predeterminate e riducendo il diritto a percepire le misure di sostegno economico già accordate;
- c) l'art. 26 d.l. n. 91/2014 presenta possibili profili di incompatibilità anche con il diritto dell'Unione europea derivato, in particolare con le direttive adottate al fine di armonizzare le normative nazionali relative alla produzione di energia da fonti rinnovabili, nell'ottica del progressivo sviluppo di una politica energetica comune e maggiormente integrata:
 - c1) la direttiva 2009/28/CE, nel porre la disciplina per la promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, impone agli Stati membri l'obbligo di adottare misure efficaci al fine del raggiungimento della propria quota di energia da fonti rinnovabili e, tra dette misure, indica in particolare i regimi di sostegno;
 - c2) nel prevedere il ruolo dei regimi nazionali di sostegno alla produzione di energia rinnovabile, la direttiva in esame ne sottolinea anche i necessari caratteri di stabilità e certezza giuridica;
 - c3) la disposizione nazionale in questione incidendo in senso sensibilmente peggiorativo sui regimi di sostegno in atto, che dovrebbero essere caratterizzati da stabilità e costanza, non solo colpisce economicamente gli investitori, ma rischia di recare pregiudizio agli obiettivi di politica energetica della direttiva 2009/28/CE, frustrandone l'effetto utile e compromettendo il risultato prescritto dalla direttiva stessa;
- d) principi analoghi, in merito alla certezza dell'investimento, vengono richiamati nel Trattato sulla Carta europea dell'energia, sottoscritto il 17 dicembre 1994 dalla Comunità europea, da considerare quindi quale parte integrante dell'ordinamento comunitario; infatti, ai sensi dell'art. 10 della Carta europea dell'energia, ogni parte contraente *“incoraggia e crea condizioni stabili, eque, favorevoli e trasparenti per gli investitori [...] gli investimenti godono inoltre di una piena tutela e sicurezza e nessuna Parte contraente può in alcun modo pregiudicare con*

misure ingiustificate e discriminatorie la gestione, il mantenimento, l'impiego, il godimento o l'alienazione degli stessi" (art. 10, par. 1).

IV. – Si segnala per completezza quanto segue:

- e) sulle pronunce della Corte costituzionale aventi ad oggetto specificamente l'art. 26 del decreto-legge n. 26 del 2014 si vedano:
 - e1) Corte cost., ordinanza 12 giugno 2017, n. 138 (oggetto della News US in data 4 luglio 2017), che ha dichiarato manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate, con rinvio alla propria precedente sentenza n. 16 del 2017;
 - e2) nella citata sentenza n. 16 del 2017, la Corte costituzionale, con riferimento al paventato *vulnus* al legittimo affidamento degli operatori, dopo aver ribadito l'importanza che tale principio riveste nella propria giurisprudenza, ha escluso che la rimodulazione degli incentivi presenti gli asseriti caratteri di "imprevedibilità", risultando la stessa anzi, in qualche modo, preannunciata e finalizzata proprio ad assicurare la "stabilità" presa in considerazione dalle leggi istitutive degli incentivi al fotovoltaico, come caratteristica dell'intero sistema e non del singolo incentivo; oltre a costituire (nel quadro di un mercato "regolato" di settore, come quello di cui si discute) un elemento fisiologicamente riconducibile al rischio normativo di impresa;
- f) sulla direttiva 2009/28/CE, sulla promozione delle energie rinnovabili, che costituisce uno dei parametri presi a riferimento nell'ordinanza in rassegna, si vedano da ultimo le sentenze non definitive Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2018, nn. 1306, 1307 e 1308 (oggetto della News US in data 7 marzo 2018), con le quali *"è rimessa alla Corte di giustizia UE la questione se l'art. 3, comma 3, lett. a) della Direttiva 2009/28/CE debba essere interpretato - anche alla luce del generale principio di tutela del legittimo affidamento e del complessivo assetto della regolazione apprestata dalla Direttiva in punto di incentivazione della produzione di energia da fonti rinnovabili - nel senso di escludere la compatibilità con il diritto UE di una normativa nazionale che consenta al Governo italiano di disporre, con successivi decreti attuativi, la riduzione o, financo, l'azzeramento delle tariffe incentivanti in precedenza stabilite"* (il Consiglio di Stato, nel rimettere la questione pregiudiziale di interpretazione, ha evidenziato la presenza di precedenti negativi, rispetto alle tesi sostenute dagli imprenditori privati, anche della Corte di giustizia UE, sebbene relativi all'evoluzione dei flussi di finanziamento pubblico di altri settori merceologici).
- g) Sugli incentivi da fonti rinnovabili si segnalano, in generale:

- g1) Corte cost., sentenza 10 marzo 2017, n. 51 (oggetto della News US 17 marzo 2017) che, in accoglimento di una questione sollevata da una serie di ordinanze della sez. VI del Consiglio di Stato, ha *“dichiarato costituzionalmente illegittimi, per violazione dell’art. 76 Cost., gli artt. 23, comma 3, e 43, comma 1, del decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28 (Attuazione della direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell’uso dell’energia da fonti rinnovabili) che, in tema di incentivi alle imprese che producono energia elettrica mediante conversione fotovoltaica della fonte solare, contemplano la ulteriore sanzione della esclusione decennale da futuri incentivi, a carico dei soggetti per i quali sia stato accertato che abbiano fornito dati o documenti non veritieri, ovvero abbiano reso dichiarazioni false o mendaci”*;
- g2) Cons. Stato, sez. IV, 12 gennaio 2017, n. 50, sulla natura non sanzionatoria ma di atto dovuto del provvedimento di decadenza dagli incentivi tariffari adottato dal GSE per l’accertamento (anche sopravvenuto) della carenza dei requisiti previsti dal micro ordinamento di settore, sui limiti al soccorso istruttorio esigibile dal GSE, sulla consistenza dell’onere della prova della sussistenza di tutti i presupposti per la concessione dell’incentivo a carico dell’operatore che lo abbia richiesto, nonché sulla necessità di evitare interpretazioni lassiste della disciplina normativa ed amministrativa di settore onde evitare surrettizi aiuti di Stato;
- g3) Cons. Stato, sez. IV, 2 novembre 2016, n. 4575, sui presupposti per il riconoscimento degli incentivi, secondo cui *“la normativa in materia di incentivi energetici prevede che la titolarità di uno o più criteri di priorità in capo ai singoli operatori non è condizione necessaria per accedere agli incentivi, bensì tali criteri costituiscono meri parametri di cui tener conto ai fini della redazione della graduatoria finale; in sostanza ciascun operatore può accedere agli incentivi a prescindere dalla provenienza dei componenti principali, rilevando tali caratteristiche solo per la redazione della graduatoria finale: solo laddove le richieste di incentivazione superino il tetto massimo di spesa prestabilito dal GSE per gli incentivi da erogare la Pubblica Amministrazione deve stabilire, tramite graduatoria, quali soggetti debbano usufruire in via prioritaria degli incentivi”*;
- g4) Cons. Stato, sez. IV, 22 luglio 2016, n. 3309, in ordine alla individuazione della competenza territoriale del giudice chiamato a conoscere di controversie nei confronti del GSE, secondo cui *“nel caso di controversie riguardanti provvedimenti relativi al regime di incentivazione della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili (sub specie fonte fotovoltaica), secondo*

le procedure gestite dal G.S.E., il riconoscimento o non dell'incentivazione e dell'integrazione della stessa, pur riguardando l'energia prodotta in un determinato stabilimento, non ha effetti localizzabili nell'ambito regionale in cui è ubicato lo stabilimento stesso, incidendo sull'intero sistema nazionale energetico, con riferimento sia alla energia prodotta che ai relativi incentivi ed in particolare, quanto a quest'ultimo aspetto, incidendo sul Conto energia; in effetti i meccanismi incentivanti, quali l'emissione di certificati verdi ovvero il riconoscimento della tariffa onnicomprensiva o di quella incentivante, benché riferiti ad uno specifico impianto (collocato in un determinato ambito territoriale regionale), producono effetti sull'intero sistema nazionale di produzione dell'energia elettrica, costituendo strumenti per il raggiungimento degli scopi, evidentemente non localizzabili, di incentivazione all'uso delle energie rinnovabili, al risparmio energetico e alla riduzione delle emissioni di anidride carbonica, con conseguente riconoscimento della competenza territoriale al Tar del Lazio con sede in Roma per la definizione di eventuali controversie nella materia de qua";

- g5) Cons. Stato, Sez. VI, 5 maggio 2016, n. 1768, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2016, 4, I, 594, circa la tutela dell'affidamento alla continuità della liquidazione dell'incentivo, ove si afferma che *"non possono considerarsi lesive del principio del legittimo affidamento sulla stabilità degli incentivi tutelato dal diritto europeo le disposizioni contenute nel c.d. <Quarto conto energia>, atteso che la direttiva 28/2009/Ce, nel prescrivere ai regolatori dei singoli Paesi di creare certezza per gli investitori, ha ancorato la predetta prescrizione agli obiettivi nazionali obbligatori e non alla modulazione delle misure di sostegno e che gli operatori economici non possono fare legittimamente affidamento sulla conservazione di una situazione esistente che può essere modificata nell'ambito del potere discrezionale delle autorità nazionali";*
- g6) Cons. Stato., Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 9 in *Giur. it.*, 2012, 2410 (m), con nota di MAMELI, *Giornale dir. amm.*, 2012, 1209 (m), con nota di LUPO; *Riv. nel diritto*, 2013, 1153, con nota di LEONARDI, secondo cui: *"l'art. 4, 1° comma, d.m. 6 febbraio 2006, nel prevedere che l'aggiornamento delle tariffe incentivanti la produzione di energia da fonte solare per gli impianti di cui alla lett. b), ribadisce il contenuto precettivo dell'art. 6, 6° comma, d.m. 28 luglio 2005, per il quale le relative modifiche si applicano «alle domande inoltrate successivamente alla data di entrata in vigore» dello stesso d.m. del 2005, sicché gli operatori del settore non possono essere considerati titolari di un legittimo affidamento sulla mancata loro applicazione per le loro domande presentate*

negli anni 2005 e 2006; mentre l'atto amministrativo generale ha destinatari indeterminabili a priori, ma determinabili a posteriori, perché si applica in vicende determinate, esaurite le quali vengono meno anche i suoi effetti, il regolamento per la sua natura normativa ha i caratteri della generalità e dell'astrattezza, con destinatari indeterminabili anche a posteriori (nella specie, l'adunanza plenaria ha ravvisato natura regolamentare ai decreti del ministero delle attività produttive emesso il 6 febbraio 2006, in applicazione dell'art. 7, 2^o comma, lett. d), d.leg. 29 dicembre 2003 n. 387)";

h) sulla tutela dell'affidamento:

h1) nel diritto europeo:

h1.1) Corte di giustizia UE, Grande sezione, 27 novembre 2012, C-566/10, *Repubblica italiana*, (in *Foro it.*, 2013, IV, 63; *Nuova giurisprudenza civile*, 2013, I, 404, con nota di VENCHIARUTTI; *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2013, 200 con nota di GRASSO), secondo cui *"al fine di preservare il legittimo affidamento dei candidati prescelti, non è opportuno rimettere in discussione i risultati dei concorsi generali per l'assunzione di amministratori e di assistenti impugnati"*;

h1.2) Corte di giustizia UE, sez. III, 10 settembre 2009, in causa C-201/08, *Plantanol*, in *Dir. e pratica trib.*, 2010, II, 307, con nota di ELIA, sulla impossibilità di configurare lesioni dell'affidamento in presenza di novelle legislative che definanziano o rimodulano stanziamenti, secondo cui *"la possibilità di far valere la tutela del legittimo affidamento è bensì prevista per ogni operatore economico nel quale un'autorità nazionale abbia fatto sorgere fondate aspettative ... ma non qualora un operatore economico prudente ed accorto sia in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi In tale prospettiva infatti...gli operatori economici non possono fare legittimamente affidamento sulla conservazione di una situazione esistente che può essere modificata nell'ambito del potere discrezionale delle autorità nazionali"*;

h2) nella giurisprudenza costituzionale: Corte cost. 13 luglio 2016, n. 173 in *Foro Amm.*, 2016, 9, 2085; Corte cost., 22 maggio 2013, n. 92 in *Foro it.*, 2014, I, 714 con nota di PALMIERI, cui si rinvia per ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza.