

La Quarta Sezione del Consiglio di Stato sottopone alla Corte di giustizia UE la normativa interna se interpretata nel senso di riconoscere i benefici della priorità di dispacciamento e dall'esonero dai certificati verdi, decorso il previsto periodo transitorio, anche ad impianti di cogenerazione di energia non ad alto rendimento.

Consiglio di Stato, sezione IV, ordinanza 28 gennaio 2019, n. 708 – Pres. Troiano, Est. Forlenza

Energia – Fonti rinnovabili – Cogenerazione – Priorità di dispacciamento e esonero dai certificati verdi – Impianto non ad alto rendimento – Superamento periodo transitorio – Contrasto con diritto europeo – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE.

Energia – Fonti rinnovabili – Cogenerazione – Priorità di dispacciamento e esonero dai certificati verdi – Impianto non ad alto rendimento – Superamento periodo transitorio – Configurabilità di aiuto di Stato – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE.

Energia – Fonti rinnovabili – Cogenerazione – Priorità di dispacciamento e esonero dai certificati verdi – Impianto non ad alto rendimento – Superamento periodo transitorio – Permanenza dei benefici fino al 31 dicembre 2015 – Contrasto con principi europei – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE.

Vanno rimesse alla Corte di giustizia UE le seguenti questioni pregiudiziali:

– 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;

– 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 a), 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;

– specularmente a quanto esposto sub a) e b), 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) (1).

(1) I. – Con l'ordinanza in rassegna la Quarta Sezione del Consiglio di Stato – chiamata a decidere sulla spettanza dei benefici di cui all'art. 11 del d.lgs. n. 79 del 1999 (priorità di dispacciamento ed esonero dai certificati verdi) a favore degli impianti di cogenerazione di energia non conformi ai parametri previsti dall'Allegato III della direttiva 2004/8/CE e del d.lgs. n. 20 del 2007, una volta decorso il periodo transitorio (cioè a partire dal 1° gennaio 2011) - ha sottoposto alla Corte di giustizia UE i quesiti interpretativi sopra riportati.

È necessario premettere una pur sintetica illustrazione del quadro normativo entro cui si colloca la vicenda in esame:

- l'art. 11, comma 1, del d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79 dispone che *“gli importatori e i soggetti responsabili degli impianti che, in ciascun anno, importano o producono energia elettrica da fonti non rinnovabili hanno l'obbligo di immettere nel sistema elettrico nazionale, nell'anno successivo, una quota prodotta da impianti da fonti rinnovabili”* e il successivo comma 3 aggiunge che *“gli stessi soggetti possono adempiere al suddetto obbligo anche acquistando, in tutto o in parte, l'equivalente quota o i relativi diritti da altri produttori”* (i c.d. <certificati verdi>);
- ai sensi dell'art. 11, comma 2, d.lgs. n. 79 cit. l'obbligo sopradescritto si applica alle importazioni e alle produzioni di energia elettrica, *“al netto della cogenerazione”*, con conseguente esonero dei produttori di energia elettrica da cogenerazione dall'obbligo di acquistare certificati verdi, intendendosi per *“energia elettrica da cogenerazione”* quella prodotta in impianti che generano simultaneamente energia elettrica e calore utile;
- l'art. 2, comma 8, del d.lgs. n. 79 cit. demandava all'AEEG il compito di stabilire i requisiti minimi necessari affinché un impianto di produzione di energia elettrica potesse essere considerato *“di cogenerazione”* e come tale ammesso, tra l'altro, al beneficio dell'esenzione dall'acquisto di certificati verdi e l'Autorità ha a ciò provveduto con la delibera n. 42/02 del 19 marzo 2002;
- la sopravvenuta direttiva 2004/8/CE (*“Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla promozione della cogenerazione basata su una domanda di calore utile nel mercato interno dell'energia e che modifica la direttiva 92/42/CEE”*) introduce il concetto di <cogenerazione ad alto rendimento>, che *“è definita in base al risparmio energetico offerto dalla produzione combinata rispetto alla produzione separata di calore e di elettricità. Il risparmio energetico superiore al 10% rientra nella <cogenerazione ad alto rendimento>”* (così il considerando n. 11 della direttiva); la qualificazione in termini di cogenerazione ad alto rendimento, giusto il disposto dell'art. 3, comma 1, lett. i) della

- direttiva, presuppone la conformità ai criteri indicati dall'Allegato III alla direttiva, portante il *"Metodo di determinazione del rendimento del processo di cogenerazione"*;
- l'art. 12, comma 3, della stessa direttiva prevede poi un regime transitorio, poiché stabilisce che *"fino alla fine del 2010 gli Stati membri possono, ricorrendo a metodi alternativi, definire ad alto rendimento una cogenerazione senza verificare che la produzione mediante cogenerazione sia conforme ai criteri di cui all'allegato III, lettera a), se è stato dimostrato a livello nazionale che la produzione mediante cogenerazione identificata con tali metodi alternativi di calcolo soddisfa in media i criteri di cui all'allegato III, lettera a)";*
 - il legislatore nazionale ha recepito la rinnovata disciplina europea con il d.lgs. 8 febbraio 2007, n. 20, che, all'art. 6, stabilisce l'applicazione delle previsioni di cui al d.lgs. n. 79 del 1999 alla cogenerazione ad alto rendimento, mentre, all'art. 3, recepisce la previsione di periodo transitorio, stabilendo che *"fino al 31 dicembre 2010, fatto salvo quanto disposto dal comma 2, 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"*.

II. – La fattispecie che ha portato al rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia UE può essere così sintetizzata:

- con plurimi ricorsi al T.a.r. per il Lazio – Roma vengono impugnati provvedimenti del GSE di declaratoria di improcedibilità della valutazione di riconoscimento della produzione combinata di energia elettrica e calore come cogenerazione, con riferimento agli anni 2011 e 2012, finalizzata al godimento dei benefici previsti dall'art. 11 d. lgs. n. 76/1999, essendo in presenza di cogenerazione non conforme ai requisiti di cui all'Allegato III d. lgs. n. 20/2007, venendo evidenziato che negli anni precedenti i benefici suddetti erano stati riconosciuti, sussistendo i presupposti della delibera dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas n. 42/02;
- il T.a.r. per il Lazio ha respinto i ricorsi, sul rilievo che:
 - a) i benefici della priorità di dispacciamento e dell'esonero dai certificati verdi, a far data dal 1° gennaio 2011, sono applicati solo agli impianti che utilizzano fonti di energia rinnovabile, alla cogenerazione ad alto rendimento ed alla cogenerazione abbinata al teleriscaldamento;
 - b) se può anche convenirsi che non vi sia alcuna norma che espressamente preveda la cessazione dei benefici suddetti per quegli impianti di cogenerazione che non rispettano i parametri previsti dall'Allegato III della direttiva 2004/8, è altresì vero che, diversamente ragionando, il chiaro termine del dicembre 2010, contenuto nell'art. 12 della direttiva, per considerare ad alto rendimento impianti di cogenerazione che non rispettano i criteri di cui all'allegato III, sarebbe privo di significato alcuno e, soprattutto, vanificherebbe la validità e

- portata dei parametri ivi fissati, rendendo del tutto inutile lo sforzo tecnologico ed economico di coloro che hanno investito per adeguare gli impianti di cogenerazione al fine di renderli conformi ai parametri di efficienza energetica di cui all'allegato III;
- c) il legislatore nazionale nel recepire la direttiva comunitaria ha fissato un periodo transitorio nel quale la definizione di cogenerazione ad alto rendimento è rimessa allo Stato membro, purché sia dimostrato a livello nazionale che la produzione mediante cogenerazione identificata con tali metodi alternativi di calcolo soddisfa in media i criteri di cui all'allegato III, lettera a);
 - d) la delibera dell'AEEG del 19 marzo 2002 si inquadra, quindi, nella facoltà degli Stati di adottare metodi alternativi per definire la cogenerazione ad alto rendimento, facoltà confinata temporalmente al 31 dicembre 2010, in virtù dell'art. 12 della direttiva e dell'art. 3 del d.lgs. 20/2007;
 - e) non convince la tesi di parte ricorrente che vedrebbe nell'art. 25 del d.lgs. 28/2011, ove abroga dal 1° gennaio 2016 i commi 1, 2, 3, 5 e 6 dell'art. 11, rubricato energia elettrica da fonti rinnovabili, del d.lgs. 79/1999, la base normativa della pretesa all'esonero dall'acquisto dei certificati verdi anche per la cogenerazione non ad alto rendimento;
- sono stati proposti appelli avverso le sentenze del T.a.r. del Lazio, muovendo gli operatori economici nei motivi di gravame le seguenti contestazioni alle sentenze appellate:
- f) manca totalmente una disposizione secondo cui le norme che riconoscono benefici ai produttori di energia in cogenerazione ad alto rendimento escluderebbero l'applicazione dei benefici ad altre forme di cogenerazione (disposizione che sopravviene solo con il d. lgs. n. 102/2014);
 - g) l'efficacia dell'art. 11, in particolare del comma 2, del d. lgs. n. 79/1999 (esonero dall'acquisto di certificati verdi) non risulta "limitata" al 31 dicembre 2010, posto che l'abrogazione della norma è disposta con riferimento a data successiva (dapprima 1 gennaio 2016, poi 19 luglio 2014);
 - h) l'art. 3 del d.lgs. n. 20/2007, 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;
 - i) la Corte di Giustizia Europea, con sentenza 26 settembre 2013 in causa C-195/12 ha stabilito che l'art. 7 della direttiva 2004/8 (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 generalmente alla cogenerazione, e non soltanto alla CAR, è evidentemente nel senso di affiancare le due forme di cogenerazione e non di sostituire la seconda con la prima;
- con l’ordinanza in rassegna la Quarta Sezione del Consiglio di Stato, dopo aver riunito gli appelli, giunge alla decisione di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia sulla base dei seguenti rilievi:
 - j) si impone una pregiudiziale verifica di compatibilità della normativa nazionale più volte innanzi citata, nella misura in cui la stessa possa essere interpretata nel senso prospettato dall’appellante, con i principi del Trattato dell’Unione Europea ed, in particolare, con la Direttiva 2004/8/CE., ciò anche al di là della questione pregiudiziale posta dalla parte appellante;
 - k) al fine del decidere sugli appelli riuniti, occorre verificare, attraverso i quesiti di rinvio pregiudiziale:
 - k1) la compatibilità dell’interpretazione della normativa interna fornita dall’appellante con quanto previsto dalla direttiva 2004/8/CE;
 - k2) se la interpretazione fornita (applicabilità dei benefici più volte richiamati anche ad impianti di cogenerazione non ad alto rendimento oltre il dicembre 2010) possa dar luogo ad un aiuto di Stato, in contrasto con il principio di libera concorrenza;
 - k3) se il diritto interno possa anche interpretarsi nel senso della permanenza del riconoscimento dei regimi di sostegno alla cogenerazione non CAR fino al 31 dicembre 2015 (tale potendo essere la conseguenza che scaturisce dall’art. 25, comma 11, lett c) n. 1 del 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, comma 15, d. lgs. 4 luglio 2014 n. 102); si chiede alla Corte di giustizia UE la compatibilità di tale lettura con i principi di eguaglianza e non discriminazione del diritto comunitario.

III. – Per completezza si segnala quanto segue:

- l) sulla promozione delle energie rinnovabili si vedano:
 - l1) in dottrina: F. CORTESE, F. GUELLA, G. POSTAL, *La regolamentazione della produzione di energie rinnovabili nella prospettiva dello sviluppo sostenibile*, Padova, 2013; F. DE LEONARDIS, *Il ruolo delle energie rinnovabili*, in G. NAPOLIANO, A. ZOPPINI, *Annuario di diritto dell’energia*, Bologna, 2013, 131 ss.; M.G. PAZIENZA, *Il ruolo degli incentivi pubblici nello sviluppo delle energie rinnovabili*, in G.F. CARTEI (a cura di), *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, Torino, 2013, 183 ss.; M.

MARLETTA, *Il quadro giuridico europeo sulle energie rinnovabili*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2014, fasc. 3, pag. 465; G.M CARUSO, *Fonti energetiche rinnovabili*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, IV ed., Torino, 2017, pp. 408 ss.;

l2) in giurisprudenza: Corte di giustizia UE, sez. II, 4 ottobre 2018, C-242/17 (oggetto della News US in data 17 ottobre 2018), sugli oneri di certificazione della sostenibilità di un bioliquido ai fini delle incentivazioni; T.a.r. per il Lazio – Roma, sez. III *ter*, ordinanza 20 novembre 2018, n. 11206 (oggetto della News US in data 3 dicembre 2018, cui si rinvia per ampi riferimenti giurisprudenziali), che 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; Cass., civ., sez. un., 2 febbraio 2017, n. 2731 in *Foro it.*, 2018, I, 642, ove ampia nota di richiami (fattispecie in materia di concessione di acque a scopo di produzione di energia); Corte cost., 12 luglio 2013, n. 188 (in materia di impianti eolici e sottoposizione a VIA), Corte cost., 31 maggio 2013, n. 114 (in materia di derivazione di acqua a scopo idroelettrico) e Corte cost., 3 maggio 2013, n. 80 (in materia di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili di potenza superiore a 10 MW), tutte in *Foro it.*, 2013, I, 3384;

m) sulla direttiva 2004/8/CE si vedano:

m1) Corte di giustizia UE, 7 agosto 2018, n. 561/16 secondo cui: *“gli artt. 7 e 20 direttiva 2012/27/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, sull'efficienza energetica, che modifica le direttive 2009/125/CE e 2010/30/UE e abroga le direttive 2004/8/CE e 2006/32/CE, devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale che istituisce, come modalità principale di adempimento degli obblighi di efficienza energetica, un regime di contribuzione annuale a un fondo nazionale per l'efficienza energetica, a condizione, da un lato, che detta normativa garantisca la realizzazione di risparmi energetici in misura equivalente ai regimi obbligatori di efficienza energetica che possono essere istituiti a norma dell'art. 7, par. 1, di tale direttiva e, dall'altro, che siano soddisfatti i requisiti di cui all'art. 7, par. 10 e 11, stessa direttiva, circostanze che spetta al giudice del rinvio verificare”*;

m2) Corte di giustizia UE, 26 settembre 2013, n. 195/12, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2014, 305 (m), con nota di PETTERUTI, secondo cui: *“l'art. 7 direttiva 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 92/42/Cee, 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"; "allo stato attuale del diritto dell'Unione, il principio di parità di trattamento e di non discriminazione, sancito in particolare dagli art. 20 e 21 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, non osta a che, quando istituiscono regimi nazionali di sostegno alla cogenerazione e alla produzione di elettricità da fonti energetiche rinnovabili, come quelli di cui agli art. 7 direttiva 2004/8 e 4 della direttiva 2001/77 del parlamento europeo e del consiglio, del 27 settembre 2001, sulla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità, gli stati membri prevedano una misura di sostegno rinforzata, come quella di cui al procedimento principale, della quale possono fruire tutti gli impianti di cogenerazione che valorizzano principalmente la biomassa, con l'esclusione degli impianti che valorizzano principalmente legno e/o rifiuti di legno";

n) sui certificati verdi (definiti all' art. 2, comma 1, lett. o] del d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387 come "diritti di cui al comma 3 dell'art. 11 del d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79, rilasciati nell'ambito dell'applicazione delle direttive di cui al comma 5 dell'art. 11 del medesimo decreto legislativo") si vedano:

n1) in dottrina: A. BATTAGLIA, *Nasce il mercato dei certificati verdi*, in *Giornale dir. amm.*, 2000, 5, 455; V. COLCELLI, *La natura giuridica dei certificati verdi*, in *Riv. giur. ambiente* 2012, fasc. 2, pag. 179; S. GRASSI, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, Milano, 2012, p. 318 ("I soggetti che sono obbligati alla produzione di una certa quantità di energia da fonte rinnovabile possono produrre direttamente i quantitativi di energia loro imposti mediante autonomi investimenti; oppure possono acquistare l'equivalente quota ed i relativi diritti dai produttori di energia rinnovabile, acquisendo appunto i certificati verdi"); E. MANASSERO, *Il passaggio dai certificati verdi alla tariffa onnicomprensiva*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2013, 7, 657; G.F. CARTEI, *Cambiamento climatico ed energia da fonti rinnovabili: una disciplina in cerca di equilibrio*, in G.F. CARTEI (a cura di), *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile cit.* 57 ss. (il quale osserva che "il dato fondamentale che in questa sede preme mettere a fuoco consiste nel principio ispiratore della riforma apposta con il c.d. decreto Bersani [il riferimento è al d.lgs. n. 77/1999], il quale individua nella creazione di un mercato artificiale – quello del <certificati verdi> - lo strumento più efficiente per perseguire obiettivi di pubblico interesse – si parla infatti in

proposito di <incentivi di mercato>. Tale soluzione non è limitata al settore delle rinnovabili, ma trova riscontro anche in altre materie. Basti rammentare la disciplina della perequazione urbanistica ed il mercato dei c.d. <diritti edificatori>; A. GRATANI, *L'UE favorisce la proliferazione dei certificati energetici «multicolori» diversamente regolamentati*, in Riv. giur. ambiente, 2014, fasc. 6, pag. 728; G.M. CARUSO, *Fonti energetiche rinnovabili cit.* ove si rinviene una efficace sintesi del significato e della disciplina dei "certificati verdi" e delle modalità di possibile acquisto degli stessi;

- n2) nella giurisprudenza nazionale, T.a.r. per il Lazio, sez. III - ter, 18 settembre 2017, n. 9777, oggetto di appello in Consiglio di Stato (nell'ambito del quale vi è stato un rarissimo intervento come *amicus curiae* della Commissione europea a tutela della disciplina europea in materia di aiuti di Stato);
- n3) nella giurisprudenza europea, Corte di giustizia UE, grande sezione, 1 luglio 2014, C-573/12, *Ålands Vindkraft*, in *Appalti & Contratti*, 2014, fasc. 7, 91 (m); *Dir. trasporti*, 2015, 551 (m); *Riv. giur. ambiente*, 2014, 727 (m), con nota di GRATANI;
- o) sul sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra previsto in attuazione del Protocollo di Kyoto (che presenta analogie con il commercio dei certificati verdi) si vedano:
 - o1) in dottrina: S. GRASSI, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente cit.* p. 319 (che sottolinea come "i procedimenti attivati in attuazione del Protocollo di Kyoto sono altrettanto diretti a dar vita ad un sistema di negoziazione dei diritti di inquinamento in relazione alle emissioni degli impianti industriali"); per una compiuta analisi dell'istituto si veda M. CECCHETTI, F. GRASSI, *Le quote di emissione*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, II, Milano, 2014, pp. 303 ss.;
 - o2) Corte di giustizia UE, sez. II, 28 aprile 2016, cause riunite C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14, C-391/14-C-393/14 in *Foro it.*, 2016, IV, 221 con nota di A. PALMIERI e R. PARDOLESI.