Compensazione a due vie: ammessa con riserva?

Angela La Rosa

1. Attesa da mesi, è stata finalmente depositata la sentenza della Corte di Giustizia nel giudizio C-423/23, *Secab*, avente ad oggetto la controversa compatibilità con il diritto unionale dell'art. 15-*bis* D.L. n. 4/2022 e del meccanismo di compensazione a due vie applicabile sul prezzo dell'energia elettrica prodotta da impianti a fonti rinnovabili e immessa in rete nel periodo compreso tra il 1° febbraio 2022 ed il 31 dicembre 2022 (periodo successivamente esteso fino al 30 giugno 2023, ad opera dell'art. 11 D.L. n. 115/2022).

La vicenda su cui si è espressa la Corte lussemburghese trae origine, come noto, dall'ordinanza n. 1744/2023 del 7 luglio 2023, con cui il TAR Lombardia, chiamato a scrutinare la portata applicativa della normativa introdotta dal c.d. Decreto sostegni-*ter* tramite l'art. 15-*bis* D.L. n. 4/2022, aveva sollevato i seguenti quesiti pregiudiziali:

> "se l'art. 5 par 4 della Direttiva UE 2019/944, i considerando nn. 3 e 12 della Direttiva UE 2018/2001, i considerando nn. 27, 28, 29, 39, l'art. 6 par. 1, l'art. 8 par. 2 del Regolamento n. 2022/1854/UE, ostano a una disciplina nazionale che individui un tetto sui ricavi di mercato ottenuti dalla vendita di energia elettrica con le modalità previste dall'articolo 15 bis del D.L. 27.1.2022 n. 4, che non garantisca ai produttori di mantenere il 10% dei ricavi al di sopra dello stesso tetto";
>
> "se l'art. 5 par 4 della Direttiva UE 2019/944, i considerando nn. 2, 3 e 12 della Direttiva UE 2018/2001, i considerando nn. 27, 28, 29, 39, l'art. 6 par. 1, l'art. 8 par. 2 lett b) e c) del Regolamento n. 2022/1854/UE, ostano a una disciplina nazionale che individui un tetto sui ricavi di mercato ottenuti dalla vendita di energia elettrica con le modalità previste dall'articolo 15 bis del D.L. 27.1.2022 n. 4, che non preservi ed incentivi gli investimenti nel settore delle energie rinnovabili";
>
> "se il considerando n. 3 della Direttiva UE 2018/2001, i considerando nn. 27 e 41, l'art. 7 par. 1, lett. h, i e j, l'art. 8 par. 1 lett. a) e d) e par. 2 del Regolamento n. 2022/1854/UE, ostano a una disciplina nazionale che individui un tetto sui ricavi di mercato ottenuti dalla vendita di energia elettrica con le modalità previste dall'articolo 15 bis del D.L. 27.1.2022 n. 4, che non preveda alcun tetto specifico ai ricavi ottenuti dalla vendita di energia prodotta a partire da carbon fossile, né una disciplina differenziata in relazione alle diverse fonti di produzione".

Esaminando le varie tematiche prospettate, la Corte UE ha riconosciuto la "tendenziale" compatibilità tra il meccanismo previsto dall'art. 15-*bis* D.L. n. 4/2022 e la normativa unionale in materia di tetto ai ricavi di mercato delle imprese energetiche, sulla base di considerazioni che ricalcano in pieno le argomentazioni espresse dall'Avvocato Generale Rantos nelle conclusioni depositate il 6 febbraio 2022.

2. In questo frangente, i Giudici lussemburghesi hanno innanzitutto chiarito che né l'art. 5, par. 4, della direttiva 2019/944, né gli artt. 6, par. 1, e 8 del Regolamento n. 2022/1854, avrebbero imposto al legislatore domestico di garantire che i produttori di energia elettrica da fonti rinnovabili colpiti dal tetto ai ricavi di mercato fossero in grado di conservare il 10% dei ricavi eccedenti tale tetto.

A detta della Corte, una simile conclusione non potrebbe essere ricavata, in particolare, dall'art. 5 par. 4, della direttiva 2019/944.

La richiamata disposizione non presenterebbe, infatti, alcun margine di intersezione con la disciplina in materia di "*tetto sui ricavi di mercato ottenuti dalla vendita di energia elettrica da parte di determinati produttori*", delineando, piuttosto, la cornice normativa entro cui gli Stati membri possono adottare misure a tutela di specifiche e determinate categorie di utenti (segnatamente, clienti civili in condizioni di povertà energetica o vulnerabili).

Analoghe conclusioni dovrebbero essere raggiunte in relazione all'art. 8 del Regolamento n. 2022/1854.

A tal proposito e sotto un profilo di carattere preliminare, la Corte si preoccupa in primo luogo di fissare i confini temporali e applicativi della norma in esame, precisando che le previsioni del Regolamento n. 2022/1854 possono avere solo parziali riflessi su misure – come quella introdotta attraverso l'art. 15-*bis* D.L. n. 4/2022 – adottate in data antecedenti al 1° dicembre 2022 (data a partire dalla quale opererebbero gli artt. 6 e 8 del Regolamento n. 2022/1854).

Esclusa, dunque, la rilevanza del Regolamento n. 2022/1854 per il primo periodo di applicazione del meccanismo di compensazione a due vie (*i.e.*, per le compensazioni effettuate tra il 1° febbraio 2022 ed il 30 novembre 2022), in relazione ai periodi "coperti" dalla citata normativa, l'art. 8: (i) riconoscerebbe espressamente la possibilità di adottare misure di crisi *alternative* rispetto al tetto di 180 €/MWh istituito dal medesimo regolamento; (ii) non menzionerebbe – tra le condizioni che legittimerebbero l'adozione di simili misure – il rispetto di una soglia minima di ricavi (*i.e.* il 10%) garantiti ai produttori.

Se, dunque, già sul piano testuale, numerosi elementi deporrebbero nel senso della piena ammissibilità di misure di *deroga* al tetto unionale sui ricavi di mercato, come quella introdotta dal legislatore domestico ai sensi ai sensi dell'art. 15-*bis* D.L. n. 4/2022, anche i considerando del Regolamento n. 2022/1854, seppur privi – secondo la Corte – di portata precettiva, confermerebbero, contrariamente a quanto sostenuto nell'ordinanza del TAR Lombardia, che il Regolatore unionale avrebbe lasciato agli Stati membri la possibilità di "*limitare ulteriormente i ricavi dei produttori a cui si applica il tetto sui ricavi di mercato*".

3. Così tratteggiato il quadro normativo di riferimento, il ragionamento della Corte si sposta, dunque, sui margini – che potremmo definire "amplissimi" – di discrezionalità di cui avrebbe goduto il legislatore domestico nell'adozione di meccanismi volti a fronteggiare la crisi energetica 2022/2023. Ed è appunto su questo crinale che i Giudici lussemburghesi compiono una dettagliata disamina delle modalità di determinazione del tetto compensativo previsto dall'art. 15-*bis* D.L. n. 4/2022, al fine di valutare se tale meccanismo costituisca o meno uno strumento idoneo a pregiudicare il recupero degli investimenti effettuati dai produttori e titolari di impianti FER nel corso degli anni.

Da questo punto di vista, la Corte afferma anzitutto che

> "il semplice fatto che l'importo del tetto fissato da uno Stato membro in forza dell'articolo 8, paragrafo 1, sia inferiore a quello previsto all'articolo 6, paragrafo 1, del regolamento 2022/1854 non è, di per sé, idoneo a dimostrare l'incompatibilità di questo primo tetto con tale regolamento, in quanto dette disposizioni lasciano un certo margine di discrezionalità agli Stati membri, che consente loro di determinare il tetto da essi fissato tenendo conto delle caratteristiche proprie del loro mercato nazionale".

La valutazione, almeno *prima facie,* tranciante della Corte è, dunque, nel senso che – a dispetto dello strumento normativo adottato – le previsioni del Regolamento n. 2022/1854 (e/o, prima ancora, le argomentazioni contenute nei relativi considerando) non recherebbero alcuna indicazione di carattere vincolante e spetterebbe, pertanto, agli Stati membri (e solo agli Stati membri) individuare la corretta metodologia di calcolo del tetto sui ricavi di mercato, nel rispetto delle condizioni all'uopo delineate dall'art. 8, par. 2.

Partendo da tale ordine di considerazioni, i Giudici UE pervengono alla conclusione secondo cui, non comportando alcuna violazione delle previsioni dettate dal Regolamento n.

2022/1854 a tutela degli investimenti nel settore delle fonti rinnovabili, il meccanismo di compensazione a due vie operante a livello nazionale possa ritenersi astrattamente compatibile con la disciplina unionale.

La netta presa di posizione della Corte su questo aspetto, non impedisce, peraltro, ai Giudici lussemburghesi di riconoscere come rientri tra le prerogative "*delle autorità nazionali*" e quindi "*del giudice del rinvio*" stabilire se una misura come quella introdotta in materia di tetto a due vie risulti concretamente idonea a comportare una lesione ai principi in materia di tutela e promozione delle energie rinnovabili. Ed è appunto sotto questo specifico profilo che, tra gli indici che dovrebbero assumere rilevanza per stabilire la compatibilità con il diritto unionale del meccanismo previsto dall'art. 15-*bis* D.L. n. 4/2022, i Giudici lussemburghesi sottolineano che:

i) al fine di determinare la misura del "tetto", il legislatore domestico avrebbe fatto riferimento ad un "*criterio oggettivo fondato sulle condizioni medie prevalenti sul mercato prima della crisi energetica nel corso di un periodo relativamente lungo … tenuto conto dell'inflazione*", con ciò introducendo una misura ragionevolmente prevedibile da "*investitori normalmente accorti*";

ii) anche il carattere eccezionale e l'ambito di applicazione temporale limitato del tetto istituito ai sensi dell'art. 15-*bis*L. n. 4/2022 non sembrerebbero di per sé idonei a compromettere gli investimenti nel settore delle energie rinnovabili, quali investimenti, per definizione, di "*lungo termine*";

iii) la struttura dei costi degli impianti sottoposti all'applicazione del meccanismo di compensazione a due vie sarebbe "*rimasta sostanzialmente invariata, nonostante l'aumento imprevedibile dei prezzi dei combustibili fossili*";

iv) la previsione di un prezzo minimo garantito per i produttori colpiti dall'art. 15-*bis*L. n. 4/2022 costituirebbe, infine, un presidio sufficiente ad assicurare un'adeguata tutela degli investitori nel settore delle rinnovabili.

4. Sulla scorta di tali argomentazioni, i Giudici UE archiviano – per certi versi, fin troppo frettolosamente – tutte le ulteriori questioni legate alla indiscriminata fissazione di un tetto di ammontare identico per tutte le categorie di produttori interessati dalla misura (senza alcuna differenziazione tra tecnologie/tipologie di impianti colpiti dal prelievo), riconoscendo come nessuna, tra le disposizioni invocate dall'ordinanza di rinvio, ostasse all'introduzione del

meccanismo di compensazione a due vie applicabile sul prezzo dell'energia elettrica prodotta da impianti a fonti rinnovabili e immessa in rete nel periodo compreso tra il 1° febbraio 2022 ed il 30 giugno 2023.

I risvolti della pronuncia qui esaminata a livello domestico dovranno essere attentamente esaminati, alla luce della complessità e della stratificazione della normativa in materia di extraprofitti energetici.

Dal tenore delle motivazioni della sentenza *Secab*, si potrebbe, peraltro, scorgere un varco alla possibilità, per il Giudice di rinvio, di stabilire se, tenuto conto di tutte le circostanze pertinenti (e indipendentemente dalla valutazione astrattamente condotta dalla Corte UE), il meccanismo di compensazione a due vie costituisca, di fatto, una misura idonea a pregiudicare gli investimenti nel settore delle energie rinnovabili.

Questo importante spiraglio potrebbe consentire di valorizzare nei giudizi attualmente incardinati presso le Corti nazionali – sia tributarie, che amministrative, stante la dubbia natura del prelievo (tema già esaminato in altro contributo su questo sito) – specifici profili di carattere soggettivo e/o connessi alle caratteristiche e tipologie di impianti di volta in volta colpiti dal meccanismo di compensazione a due vie.

Si pensi al caso – tutt'altro che infrequente – di produttori che abbiano subito un incremento dei costi operativi in ragione dell'aumento esponenziale del costo delle materie prime registrato tra il 2022 e il 2023; o, ancora, ad impianti sottoposti in epoca recente ad interventi di ammodernamento o *revamping* e, come tali, non ancora interamente ammortizzati. Per queste (ed altre) tipologie di impianti, la cui situazione operativa – contrariamente all'avviso dei Giudici UE – è rimasta tutt'altro che invariata tra il 2022 e il 2023, una misura come quella introdotta per effetto dell'art. 15-*bis* D.L. n. 4/2022 risulta concretamente lesiva degli interessi degli investitori nel settore delle fonti rinnovabili.