

RIVISTA QUADRIMESTRALE
DI
DIRITTO DELL'AMBIENTE

NUMERO 2/2015

TERESA MARIA MOSCHETTA

*I regimi nazionali di sostegno all'energia prodotta da fonti rinnovabili:
questioni di coerenza con i principi del mercato comune dell'Unione
europea*



G. Giappichelli editore

TERESA MARIA MOSCHETTA*

I regimi nazionali di sostegno all'energia prodotta da fonti rinnovabili: questioni di coerenza con i principi del mercato comune dell'Unione europea

SOMMARIO: *1. Introduzione. - 2. Il quadro giuridico dell'Unione europea per lo sviluppo della produzione di energia da fonti rinnovabili. - 3. La definizione dei regimi di sostegno nazionali quali aiuti di Stato e la loro compatibilità con i principi della libera concorrenza. - 4. La compatibilità dei regimi di sostegno nazionali con i principi del mercato comune. - 5. L'europeizzazione dei regimi di sostegno alle energie rinnovabili mediante atti di soft law. - 6. Rilievi conclusivi.*

1. Introduzione

Lo sviluppo della produzione di energia da fonti rinnovabili costituisce uno degli obiettivi fondamentali della politica energetica dell'Unione europea che è funzionale alla realizzazione di altri importanti obiettivi, pure contemplati nel Trattato UE, quali la sicurezza degli approvvigionamenti, il rispetto degli obblighi internazionali in materia di sostenibilità ambientale, la crescita e lo sviluppo dell'economia e dell'occupazione¹. Di converso, la creazione del mercato comune trova il suo fondamento nel principio della libera circolazione transfrontaliera e nella conseguente eliminazione di qualsiasi restrizione che possa ostacolare in atto o in potenza l'importazione o l'esportazione di un determinato bene. La Corte di giustizia ha da sempre incluso l'energia nella definizione di merce ai fini dell'applicazione delle rilevanti disposizioni dei trattati e oggi la realizzazione del mercato comune costituisce il fulcro della politica energetica dell'Unione europea così come contemplata nell'art. 194 TFUE².

* Ricamatore di Diritto dell'Unione Europea presso l'Università Roma Tre.

¹ Vedi: Relazione della Commissione sui progressi compiuti nel campo delle energie rinnovabili, COM (2015) 293 Final, del 15.6.2015; Comunicazione della Commissione, *Quadro per le politiche dell'energia e del clima per il periodo dal 2020 al 2030*, COM (2014) 015 Final, del 22.1.2014; Libro verde per le politiche dell'energia e del clima all'orizzonte 2030, COM (2013) 0169 Final, del 27.3.2013; Comunicazione della Commissione "Una strategia europea per un'energia competitiva, sostenibile e sicura", COM (2010) 0639 Final, del 10.11.2010.

² L'articolo 194 TFUE afferma per la prima volta la competenza dell'Unione europea in materia di energia e definisce gli obiettivi da perseguire tra cui figurano il funzionamento del mercato

La stretta interrelazione esistente tra la politica energetica dell'Unione europea e gli obiettivi di realizzazione del mercato interno trova da sempre riscontro nei documenti programmatici che hanno dato impulso all'azione dell'Unione europea in materia³. Lo sviluppo delle energie rinnovabili nell'ambito del mercato comune richiede che anch'esse partecipino al processo di graduale eliminazione di ogni possibile ostacolo agli scambi tra Stati membri e rispettino i principi concorrenziali stabiliti nel trattato dell'Unione. La produzione di energia da fonti rinnovabili, tuttavia, presenta caratteri tali da renderla difficilmente integrabile nella struttura concorrenziale di mercato in ragione dei maggiori costi nella produzione e delle conseguenti difficoltà di allocazione delle risorse, che richiedono il ricorso a strumenti di sostegno volti a compensare i fallimenti del mercato e incoraggiare gli investimenti nel settore⁴.

La regolazione di tali strumenti di sostegno è un elemento fondamentale nella definizione di un mercato delle energie rinnovabili coerente con i principi della libera concorrenza e del mercato interno⁵. La direttiva 2009/28/CE stabilisce il quadro comune per la produzione e la promozione di energia da fonti rinnovabili e fissa gli obiettivi strategici da perseguire in ciascun Stato membro in funzione della realizzazione dell'obiettivo del 20% di energia prodotta da fonti rinnovabili sul consumo totale di energia nell'Unione europea nel suo complesso. Essa non procede all'armonizzazione delle legislazioni

comune, la sicurezza dell'approvvigionamento energetico, il risparmio energetico, l'efficienza energetica, lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili nonché l'interconnessione delle reti energetiche.

³ Vedi: Comunicazione della Commissione, *Avvio del processo di consultazione pubblica sul nuovo assetto del mercato dell'energia*, COM (2015) 340 Final, del 15.07.2015; Relazione della Commissione sulla politica di concorrenza 2014, COM (2015) 247 Final, del 4.6.2015; Comunicazione della Commissione *Delivering the Internal Electricity Market and Making the Most of Public Intervention*, COM (2013) 7243 Final, del 5.11.2013. Tale orientamento ha ispirato l'azione dell'Unione europea anche prima dell'esplicito riconoscimento di una competenza legislativa in materia. Al riguardo vedi: Comunicazione della Commissione "Un politica energetica per l'Europa", COM (2007), 0001 def, del 10.01.2007.

⁴ Vedi Commission Staff Working Document - European Commission Guidance for the Design of Renewables Support Schemes, SWD (2013) 439 Final, del 5.11.2013.

⁵ In proposito vedi: A. TIKNIUTE - S. MILCIUVIENE, *Legal Regulation of Renewable Energy Market*, in *Jurisprudence*, 2012, p. 1495; L. KITZING - C. MITCHELL - P.E. MORTHORST, *Renewable Energy Policies in Europe: Converging or Diverging*, in *Energy Policy*, 2012, p. 192.

nazionali ma contempla varie tipologie di misure che gli Stati membri possono adottare per realizzare i rispettivi obiettivi nazionali⁶.

Lo strumento maggiormente utilizzato è stato il ricorso ai regimi di sostegno nazionali che, in questa prima fase di attuazione della direttiva, hanno permesso alla maggior parte degli Stati membri di rispettare le rispettive traiettorie di sviluppo al fine di raggiungere i singoli obiettivi nazionali e contribuire così alla realizzazione dell'obiettivo comune del 20%⁷. A questo riguardo, la Commissione europea ha rilevato come tale bilancio positivo vada commisurato alla portata non particolarmente ambiziosa degli obiettivi intermedi finora perseguiti. Il vero banco di prova per valutare l'efficacia dei regimi di sostegno nazionali, infatti, sarà la traiettoria degli obiettivi da raggiungere negli anni a venire in considerazione del nuovo impulso impresso dal Consiglio europeo per lo sviluppo delle energie rinnovabili nel decennio 2020 - 2030⁸.

Un aspetto che merita rilievo nell'analisi dei regimi di sostegno nazionali alle energie rinnovabili concerne il loro impatto sulla creazione e il funzionamento del mercato interno dell'energia. L'applicazione di tali forme di aiuti rischia, infatti, di minare gli stessi principi posti alla base del mercato unico, creando barriere alla libera circolazione e alterando le condizioni

⁶ Direttiva 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 2001/77/CE e 2003/30/CE, in GUUE, L 140 del 5.6.2009, p. 6. Gli strumenti contemplati per il raggiungimento degli obiettivi di sviluppo delle energie rinnovabili includono i c.d. regimi di sostegno nazionali e procedure amministrative proporzionate e necessarie nonché strumenti di cooperazione transnazionale quali trasferimenti statistici, partecipazione a progetti comuni, regimi di sostegno comuni, garanzie d'origine.

⁷ Vedi: Relazione della Commissione sui progressi compiuti nel campo delle energie rinnovabili, COM (2015)293 Final, del 15.06.2015. Secondo la Commissione, nel 2013 la quota cumulativa di energia da fonti rinnovabili (FER) nell'UE ha raggiunto il 15% e la stima per il 2014 indica una quota del 15,3% valore al di sopra della traiettoria prevista nell'UE nel suo insieme. Ventisei Stati membri hanno conseguito il primo obiettivo intermedio per 2011/2012 e si prevede che 25 Stati membri conseguano il loro obiettivo per il 2013/2014. Alcuni Stati membri hanno già raggiunto l'obiettivo per il 2020.

⁸ Gli obiettivi per il 2030, convenuti dal Consiglio europeo nell'ottobre 2014 (EUCO 169/14) comprendono la riduzione di almeno il 40% delle emissioni interne di gas a effetto serra, una quota delle energie rinnovabili del consumo energetico a livello UE di almeno il 27% e il miglioramento dell'efficienza energetica di almeno il 27%. La Commissione europea ha sottolineato come il raggiungimento di tali obiettivi richieda di portare la quota delle energie rinnovabili al 50% dell'energia elettrica. Vedi: Comunicazione della Commissione "Avvio del processo di consultazione pubblica sul nuovo assetto del mercato dell'energia, COM (2015) 340 Final, del 15.7.2015.

concorrenziali a livello transfrontaliero. In particolare, una tal eventualità si presenta quando le legislazioni degli Stati membri circoscrivono l'applicazione delle misure di sostegno esclusivamente all'energia rinnovabile prodotta sui rispettivi territori⁹.

La Corte di giustizia ha finora adottato un approccio flessibile, considerando compatibili con i principi del mercato comune e della libera concorrenza tali tipi di misure in ragione degli obiettivi perseguiti inerenti alla tutela ambientale e al rispetto degli obblighi internazionali dell'Unione europea. Un tale approccio, tuttavia, sembra contraddire la coerenza della politica energetica dell'Unione europea che deve trovare realizzazione «nel quadro dell'instaurazione e del funzionamento del mercato interno e tenendo conto dell'esigenza di preservare e migliorare l'ambiente»¹⁰.

La Commissione europea ha recentemente rilevato come un mercato dell'energia realmente funzionante non possa prescindere dalla libera circolazione dell'energia elettrica e dalla valorizzazione della concorrenza transfrontaliera tra gli operatori economici, auspicando il passaggio a un modello di cooperazione regionale che permetta un miglior coordinamento dei regimi di aiuto e una più efficiente allocazione delle risorse basata sull'analisi dei segnali di mercato. Il nuovo orientamento della Commissione europea mira a integrare le energie rinnovabili nel mercato comune mediante regimi di sostegno che correggano i fallimenti del mercato, garantiscano l'efficienza dei costi ed evitino la sovra compensazione e le distorsioni della concorrenza conformemente alla disciplina in materia di aiuti di stato¹¹.

Lo strumento fondamentale per raggiungere tale obiettivo sembra essere il superamento della portata nazionale dei regimi di sostegno attraverso la progressiva "europeizzazione" degli aiuti ovvero un sostanziale coordinamento delle legislazioni nazionali in materia che permettano di ricomporre la frammentazione del mercato, bilanciando l'interesse particolare al conseguimento dei singoli obiettivi di sviluppo a livello nazionale con

⁹ In proposito vedi M. SZYDLO, *How to Reconcile National Support for Renewable Energy with Internal Market Obligation, The Task for the EU Legislature after Alands Vindkraft and Essent*, in *Common Market Law Review*, 2015, p. 489.

¹⁰ Vedi articolo 194 TFUE.

¹¹ Vedi Comunicazione della Commissione, *Avvio del processo di consultazione pubblica sul nuovo assetto del mercato dell'energia*, COM (2015) 340 Final, del 15.7.2015.

l'interesse comune alla creazione di un mercato concorrenziale a livello transnazionale¹².

La Commissione europea ha finora cautamente evitato di intraprendere la strada dell'armonizzazione dei regimi di sostegno nazionali attraverso una proposta di direttiva che modifichi l'attuale quadro normativo. L'europeizzazione dei regimi di sostegno si sta piuttosto realizzando mediante quegli strumenti non vincolanti che permettono di plasmare le legislazioni interne degli Stati membri senza alterare la portata nazionale delle misure contemplate. Il ricorso a tali strumenti, tuttavia, impone una riflessione sui limiti dell'azione dell'Unione europea e sugli strumenti normativi attuabili in ossequio ai principi che regolano la ripartizione di competenze con gli Stati membri in materia, così come enunciati nell'art. 194 TFUE¹³.

2. *Il quadro giuridico dell'Unione europea per lo sviluppo della produzione di energia da fonti rinnovabili*

La direttiva 2009/28/CE traccia la cornice normativa per realizzare lo sviluppo delle fonti di energia rinnovabili all'interno del mercato comune nel rispetto dei principi concorrenziali a livello transfrontaliero. Come posto in rilievo, la direttiva stabilisce l'obiettivo del 20% di energia prodotta da fonti rinnovabili sul consumo totale di energia a livello europeo e ripartisce gli oneri per il conseguimento di tale obiettivo, ponendo in capo agli Stati membri obiettivi nazionali obbligatori che sono determinati sulla base della condizione di partenza di ciascuno Stato membro e delle rispettive dotazioni infrastrutturali¹⁴.

Gli Stati membri sono vincolati al raggiungimento di tali obiettivi nazionali seguendo traiettorie indicative di sviluppo lungo determinate scansioni temporali. A questo fine, ciascuno Stato membro predispone un piano

¹² Vedi: Commission Staff Working Document - European Commission Guidance for the Design of Renewables Support Schemes, SWD (2013) 439 Final, del 5.11.2013.

¹³ L'art. 194 TFUE fa salva la competenza degli Stati membri di determinare le condizioni di utilizzo delle sue fonti energetiche, la scelta tra varie fonti energetiche e la struttura generale del suo approvvigionamento. Vedi *infra* paragrafo 5.

¹⁴ Vedi articolo 1 della Direttiva 2009/28/CE, cit., in GUUE, p. 27. L'Allegato I della direttiva indica gli obiettivi nazionali generali per la quota di energia da fonti rinnovabili sul consumo finale di energia da realizzarsi in ciascun Stato membro entro il 2020. Ai sensi del considerando 15 della direttiva, l'incremento sull'ammontare di energia rinnovabile prodotta nel 2005 viene determinato tenendo in considerazione le diverse situazioni di partenza e le possibilità di sviluppo presenti in ciascuno Stato membro.

di azione nazionale in cui fissa la quota di energia da fonti rinnovabili, il mix pianificato di differenti tecnologie e le misure politiche per raggiungere gli obiettivi nazionali che includono la cooperazione tra enti locali, regionali e nazionali nonché le misure appropriate per il loro conseguimento¹⁵.

Il diverso grado di sviluppo delle energie rinnovabili in ciascuno Stato membro e la necessità di salvaguardare l'efficienza dei piani d'azione nazionali costituiscono la *ratio* di una normativa che, lungi dal ravvicinare le regolazioni nazionali, si limita a indicare un insieme di strumenti che potranno andare a comporre i diversi pacchetti di misure adottati a livello nazionale. Il risultato è che ciascuno Stato membro potrà scegliere il grado di apertura del proprio mercato sulle energie rinnovabili, preferendo meccanismi di cooperazione transfrontaliera ovvero regimi di sostegno applicabili esclusivamente sul piano interno¹⁶.

La prima tipologia di misure comprende una serie di strumenti che permettono agli Stati di cooperare per raggiungere l'obiettivo del 20% di energie rinnovabili sul consumo totale di energia a livello europeo, mettendo insieme le rispettive dotazioni e bilanciando i risultati ottenuti. Un primo esempio in tal senso è costituito dal "trasferimento statistico" attraverso cui una certa quantità di energia da fonti rinnovabili è trasferita da uno Stato membro che produce un *surplus* di energia rinnovabile a uno Stato che si trovi in *deficit* di produzione mediante un'operazione contabile oggetto di un accordo tra le

¹⁵ Vedi articoli 3 e 4 della Direttiva 2009/28/CE, cit. in GUUE, p. 28. In particolare, ogni Stato membro è tenuto a notificare alla Commissione, sei mesi prima della data in cui il proprio piano di azione nazionale per le energie rinnovabili deve essere presentato, un documento previsionale contenente: a) una stima della produzione eccedentaria di energia da fonti rinnovabili rispetto alla traiettoria indicativa che potrebbe essere oggetto di un trasferimento verso altri stati membri nonché la stima del suo potenziale per progetti comuni fino al 2020; b) una stima della domanda di energia da fonti rinnovabili da soddisfare con mezzi diversi dalla produzione nazionale entro il 2020. Lo Stato membro la cui quota di energia da fonti rinnovabili sia scesa al di sotto della traiettoria indicativa presenta un piano di azione per le energie rinnovabili modificato alla Commissione entro il 30 giugno dell'anno successivo.

¹⁶ Per una valutazione complessiva del quadro normativo in materia di energie rinnovabili vedi: HONFTAO YI - R.C. FEIOCK, *Renewable Energy Politics: Policy Typologies, Policy Tools and State Development of Renewables*, in *Policy Studies Journal*, 2014, p. 391; M. MARLETTA, *Il quadro giuridico europeo sulle energie rinnovabili*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2014, p. 465; S. QUADRI, *L'evoluzione della politica energetica comunitaria con particolare riferimento al settore dell'energia rinnovabile*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. comunit.*, 2011, p. 839; B. POZZO, *Le politiche comunitarie in campo energetico*, in *Riv. Giur. ambiente*, 2009, p. 841.

parti¹⁷. Un secondo esempio è dato dal “cofinanziamento di progetti comuni” sulla produzione di elettricità da fonti rinnovabili e la conseguente condivisione dei risultati ottenuti ai fini del computo degli obiettivi nazionali degli Stati membri coinvolti e dell’obiettivo dell’Unione europea nel suo complesso¹⁸.

I meccanismi di cooperazione transfrontaliera appaiono più consoni alla creazione di un mercato comune delle energie rinnovabili realmente concorrenziale, tanto che la Commissione ha recentemente sostenuto l’esigenza di orientare i piani d’azione nazionali verso questo tipo di misure al fine di superare l’eccessivo localismo che sembra caratterizzare le politiche di sviluppo delle energie da fonti rinnovabili¹⁹. Al momento, tuttavia, lo strumento maggiormente utilizzato rimane il ricorso ai regimi di sostegno nazionali declinati in molteplici combinazioni di misure e strumenti. La direttiva 2009/28/CE offre una definizione ampia di regime di sostegno e include un elenco non esaustivo di misure applicabili²⁰. La prassi applicativa degli Stati membri mostra una certa propensione all’uso dei regimi di sostegno dei prezzi - nella tipologia di *Feed in Tariff* (FiT) e *Feed in Premium* (FiP) - e degli obblighi di quota nonché sistemi combinati con altre tipologie di supporto²¹.

¹⁷ Vedi articolo 6 della Direttiva 2009/28/CE, cit. in GUUE p. 30. Ai sensi dell’articolo in questione l’energia non viene trasferita fisicamente ma la quantità trasferita viene dedotta dal computo dell’energia rinnovabile prodotta nello Stato che effettua il trasferimento ed aggiunta alla produzione dello Stato ricevente.

¹⁸ Vedi articoli 7 e 8 della Direttiva 2009/28/CE, cit., in GUUE, p. 30-31. Gli Stati membri notificano alla Commissione la quota o la quantità di elettricità da fonti energetiche rinnovabili prodotte nell’ambito di progetti comuni realizzati sul loro territorio da computare ai fini dell’obiettivo nazionale generale di un altro Stato membro nell’ambito della valutazione del rispetto degli obblighi imposti dalla presente direttiva. Lo stato notificante trasmette la lettera di notifica allo Stato membro a favore del quale è effettuata e alla Commissione. La quantità notificata è dedotta dalla quantità di elettricità da fonti rinnovabili presa in considerazione nel valutare il rispetto dei requisiti da parte dello Stato membro che effettua la notifica e viene sommata alla quantità di elettricità presa in considerazione nel valutare il rispetto dei requisiti da parte dello Stato che riceve la notifica.

¹⁹ Vedi Comunicazione della Commissione, *Delivering the Internal Electricity Market and Making the Most of Public Intervention*, COM (2013) 7243 Final del 5.11.2013, cit.

²⁰ L’articolo 1 lett. k) della direttiva definisce i regimi di sostegno quali “strumenti, meccanismi o regimi applicati da uno Stato membro o un gruppo di Stati membri al fine di promuovere l’uso della energie da fonti rinnovabili riducendo i costi, aumentando i prezzi a cui possono essere vendute o aumentando, per mezzo di obblighi in materia di energie rinnovabili o altri mezzi, il volume acquistato di dette energie”. Le forme di sostegno contemplate a titolo esemplificativo sono le sovvenzioni agli investimenti, le esenzioni o gli gravi fiscali, le restrizioni d’imposta, gli obblighi di quota e i regimi di sostegno dei prezzi.

²¹ Secondo stime rilevate nel 2013, dieci paesi (Danimarca, Francia, Irlanda, Italia, Lituania, Lussemburgo, Polonia, Regno Unito, Slovacchia, Svezia) utilizzano il sistema degli incentivi

Il *Feed in Tariff* consiste nella conclusione di contratti a lungo termine che garantiscono ai produttori di energia elettrica da fonti rinnovabili l'immissione in rete a una tariffa prestabilita premiante rispetto al prezzo dell'energia che si forma sul mercato. Questa tipologia contrattuale produce un effetto incentivante perché riduce al minimo i rischi d'investimento, ma non stimola la concorrenza. Con i *Feed in Premium*, invece, il premio è corrisposto ai produttori di energia per ogni mega wattora generato e si somma al prezzo dell'energia che si forma sul mercato. La Commissione ha recentemente posto in luce la necessità di una completa sostituzione dei sistemi *FiT* con i sistemi *FiP*. Questi ultimi, infatti, stimolano maggiormente l'efficienza del mercato perché obbligano i produttori di energia rinnovabile a trovare un venditore per la loro produzione e fanno sì che i segnali di mercato raggiungano gli operatori attraverso diversi gradi di esposizione al rischio²².

Il sistema degli obblighi di quota pone in capo ai produttori e consumatori l'obbligo di produrre o comprare una certa quota da fonti di energie rinnovabile sul totale prodotto o acquistato a pena del pagamento di una multa. L'adempimento degli obblighi di quota può realizzarsi anche attraverso l'acquisto di certificati verdi - documenti rilasciati al produttore per ogni mega wattora di energia generata da fonti rinnovabili - che possono essere scambiati sul mercato a un prezzo determinato dall'incontro tra domanda e offerta entro limiti stabiliti mediante regolazione²³. La Commissione ha rilevato come tali

fiscali; quindici paesi (Austria, Belgio, Bulgaria, Cipro, Danimarca, Estonia, Finlandia, Grecia, Lituania, Lussemburgo, Paesi Bassi, Repubblica Ceca, Slovacchia, Slovenia, Svezia, Ungheria) usano la misura del conto capitale; diciassette Paesi (Austria, Bulgaria, Croazia, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Lituania, Lussemburgo, Malta, Portogallo, Regno Unito, Repubblica Ceca, Slovacchia, Slovenia, Ungheria) usano il sistema del *Feed in Tariff*; nove paesi usano il *Feed in Premium* (Cipro, Danimarca, Estonia, Finlandia, Germania, Italia, Paesi bassi, Repubblica Ceca, Slovenia, Svezia); cinque paesi (Belgio, Polonia, Regno Unito, Romania, Svezia) usano il sistema degli obblighi di quota e dei certificati verdi. Vedi A. DI PARDO-E. BIANCO, *Evoluzione dei sistemi incentivanti per le energie rinnovabili nell'Unione europea*, Gestore Servizi Energetici, Sustainable Energy Week, , Roma 26 giugno 2013, disponibile *online*.

²² Vedi Comunicazione della Commissione, *Delivering the Internal Electricity Market and Making the Most of Public Intervention*, cit., disponibile *online*.

²³ In questo modo, i produttori che non riescano a raggiungere la propria quota di produzione da fonti rinnovabili possono comunque rispettare l'obbligo imposto, colmando il proprio *deficit* di produzione con l'acquisto di certificati verdi. Questi ultimi vanno tenuti distinti dalle garanzie d'origine che sono strumenti - pure contemplati nella direttiva - che mirano a garantire la trasparenza del mercato delle energie rinnovabili, ma non danno titolo a beneficiare dei regimi di sostegno a livello nazionale. Una volta immessa nelle reti, infatti, l'elettricità verde non è può

strumenti permettano il raggiungimento degli obiettivi di produzione e consumo per le fonti di energia rinnovabile entro meccanismi di mercato che garantiscono una certa efficienza, pur offrendo meno certezza nei rendimenti per gli investitori²⁴.

La mancanza di una regolazione comune dei regimi di sostegno fa sì che ciascuno Stato membro scelga la combinazione di strumenti che meglio rispondano alle proprie esigenze per il perseguimento dei rispettivi obiettivi nazionali. La frammentazione che ne deriva, tuttavia, rischia di creare ostacoli alla creazione del mercato comune delle energie rinnovabili soprattutto in ragione della dimensione locale dei regimi di sostegno attuati a livello nazionale²⁵. Tale dimensione, infatti, altera la concorrenza tra operatori economici a livello transfrontaliero e pone ostacoli alla libera circolazione dell'energia tra Stati membri. A questo riguardo, la Corte di giustizia ha rilevato come l'assenza di una normativa di armonizzazione a livello dell'Unione europea richieda una verifica della compatibilità delle misure di sostegno nazionali con i principi del mercato comune²⁶.

Un primo aspetto riguarda la possibilità di includere nella definizione di "aiuto di stato" i regimi di sostegno alle energie rinnovabili nelle diverse forme e combinazioni adottate a livello nazionale per poi procedere all'individuazione di possibili deroghe ai relativi divieti. Un secondo aspetto riguarda il possibile

distinguibile dall'energia prodotta da fonti tradizionali e questo crea un problema di tutela del consumatore che deve essere posto nella condizione di verificare la provenienza dell'energia acquistata. Le garanzie d'origine sono documenti elettronici che servono proprio a tale scopo (vedi articolo 2 della direttiva 2009/28/CE).

²⁴ In particolare, la Commissione ha rilevato come l'assenza della determinazione di prezzi minimi per i certificati verdi possa addirittura determinare un aumento del costo del capitale e un conseguente aumento del costo delle energie rinnovabili. Vedi *Commission Staff Working Document – European Commission Guidance for the Design of Renewables Support Schemes*, SWD (2013) 439 Final, del 5.11.2013, cit., punto 3.1.4.

²⁵ A questo riguardo, appare interessante rilevare come la maggior parte degli Stati membri limiti l'applicazione dei rispettivi regimi di sostegno all'energia da fonti rinnovabili prodotta sul proprio territorio. Per la disamina dei regimi di sostegno nazionali alle energie rinnovabili vedi: S. HARIHARAN - K. CHANA, *Competition Law in the Energy Sector: the European Experience*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2011, p. 197; P.R. VERGANO - E.C. LAURENZA, *Subsidies to Renewable Energy Sources and International Trade: Issues and Tools to Reconcile Trade Rules and Environmental Policies*, in *Global Trade and Customs Journal*, 2010, p. 223; R. CALLAERTS, *State Aid for the Production of Electricity from Renewable Energy Sources*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2015, p. 17.

²⁶ Vedi in particolare sentenza della Corte del 1 luglio 2014, causa C-573/12, *Ålands*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punti 58 - 63.

impatto dei regimi di sostegno nazionali sulla circolazione dell'energia da fonti rinnovabili tra gli Stati membri. In entrambi i casi, la Corte di giustizia appare propensa a non limitare l'autonomia di regolazione degli Stati membri, adottando un approccio che sembra in larga misura avvallare l'unilateralità dei regimi esistenti in ossequio ad un orientamento che poco si conforma agli obiettivi di politica energetica stabiliti nel trattato.

3. *La definizione dei regimi di sostegno nazionali quali aiuti di Stato e la loro compatibilità con i principi della libera concorrenza*

La disciplina sugli aiuti di stato tende a contemperare gli obiettivi di realizzazione di mercati concorrenziali con il perseguimento di un livello adeguato di tutela degli interessi dei soggetti economici coinvolti e della collettività nel suo complesso. I mercati concorrenziali, infatti, non sempre sono in grado di produrre risultati efficienti in termini di prezzi, produttività e utilizzo delle risorse e spesso non includono la tutela di valori riconosciuti nell'ordinamento giuridico di riferimento. Il mercato dell'energia costituisce un esempio indicativo in tal senso in ragione della presenza di esternalità positive e negative che non sempre orientano le scelte dei produttori e consumatori verso soluzioni di piena efficienza²⁷. L'aiuto di stato, pertanto, rappresenta uno strumento fondamentale della politica economica statale in materia, volta a correggere i fallimenti del mercato e agevolare lo sviluppo economico²⁸.

Il Trattato dell'Unione europea prevede un divieto generale di aiuti di stato che è temperato dalla previsione di specifiche cause di giustificazione.

²⁷ La Commissione europea ha individuato quali presupposti per l'intervento statale nel settore dell'energia le seguenti situazioni: l'esistenza di "esternalità positive" che si realizzano quando i costi sostenuti dalle imprese sono inferiori ai costi sostenuti dalla collettività, esternalità positive che si realizzano quando i benefici derivanti da un investimento siano fruiti da operatori del mercato e non dall'investitore; l'esistenza di "asimmetria dell'informazione" che si realizza nei mercati caratterizzati da una discrepanza tra le informazioni di cui può disporre una parte del mercato e le informazioni a disposizione dell'altra parte del mercato; l'esistenza di "difficoltà di coordinamento" che si realizza in presenza di incentivi e interessi discordanti tra gli investitori. Vedi Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore dell'ambiente e dell'energia 2014-2020*, 2014/C, in GUUE del 28.6.2014, in punto 35.

²⁸ A questo riguardo, occorre rilevare come un recente regolamento della Commissione esenta gli aiuti agli investimenti e al funzionamento degli impianti per lo sviluppo della produzione di energia da fonti rinnovabili dall'obbligo di notifica alla Commissione, ai sensi dell'art. 108 paragrafo 3 TFUE, purché rispettino i requisiti in esso contemplati (Vedi artt. 41 - 42 del Regolamento 651/2014 del 17 giugno 2014 che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 TFUE, in GUUE L 187 del 26.6.2014, p. 58).

L'articolo 107 TFUE considera incompatibile con i principi del mercato comune qualsiasi forma di agevolazione, concessa dallo Stato o mediante risorse statali, a soggetti che svolgono attività economica su un determinato mercato, conferendo loro un vantaggio che è in grado di incidere sugli scambi interni e di falsare o minacciare di falsare la concorrenza²⁹. A questo riguardo, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha ormai da qualche tempo chiarito la portata cumulativa dei presupposti che configurano un aiuto di stato³⁰.

Il primo presupposto concerne l'esistenza di un vantaggio concesso direttamente o indirettamente mediante risorse statali. La distinzione tra gli aiuti «concessi dagli Stati» ovvero «mediante risorse statali» mira a ricomprendere nella nozione in oggetto, oltre ai vantaggi concessi direttamente dallo Stato, anche quelli concessi mediante enti pubblici e privati, designati o istituiti da tale Stato al fine di gestire l'aiuto³¹. La Corte di giustizia ha dato un'interpretazione estensiva di tale nozione facendovi rientrare tutti gli strumenti pecuniari che le

²⁹ Per l'analisi della disciplina degli aiuti di Stato nell'ordinamento dell'Unione europea vedi: G. LUCHENA, *Gli aiuti di Stato e il consolidamento della governance duale nella crisi economica: elementi d'innovazione e continuità*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, p. 225 ss; L. CALZOLARI, *La selettività degli aiuti di Stato e il principio della parità di trattamento delle imprese nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Dir. Comm. Internaz.*, 2015, p. 481; E. TRIGGIANI, Voce *Gli aiuti di Stato (Dir. Unione Europea)*, in *Enc. Dir.. Annali*, VI, 2013, p. 19 ss; M.L. TUFANO, *La disciplina degli aiuti di Stato nell'Unione europea: dal controllo all'"enforcement"*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2010, p. 381; A. EVANS, *Law, Policy and Equality in the European Union: The Example of State Aid Control*, in *European Law Review*, 1998, p. 434. Con particolare riferimento agli aiuti di Stato per la tutela ambientale: B. BARTNICZAK, *State Aids s a Tool Encouraging Production of Energy from Renewable Sources*, in *Copernican Journal of Finance & Accounting*, 2014, p. 19; M. LOMBARDO, *I servizi di interesse economico generale nel settore dell'energia tra obblighi di servizio pubblico e regole di concorrenza*, in *Quaderni europei. Serie energia*, 2012, p. 19; C. SANNA, *Aiuti di Stato e tutela ambientale*, in *Dir. Comm. Internaz.*, 2009, p. 133; K. HÆGSTAD FLÅM, *EU Environmental State Aid Policy. Wide Implications, Narrow Participation*, in *Environmental Policy and Governance*, 2009, p. 336; C. BUZZACCHI, *Aiuti di Stato in forma di incentivi ed esenzioni fiscali: il nuovo paradigma della politica ambientale europea*, in *Dir. ed economia*, 2008, p. 325; B. DELVAUX, *The EC State Aid Regime regarding Renewables: Opportunities and Pitfalls in EC State Aid Regime on Renewables*, in *European Environmental Law Review*, 2003, p. 103.

³⁰ Sentenza 21 marzo 1990, causa C-142/87, *Belgio c. Commissione*, in *Raccolta*, p. I-959; punto 25; sentenza 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark*, in *Raccolta*, p. I-7747, punto 74; sentenza del 1 luglio 2008, cause riunite C-341/06P e C-342/06P, *Chronopost*, non ancora pubblicata, punto 125.

³¹ Sentenza 24 gennaio 1978, causa 82/77, *Van Tiggele*, in *Raccolta*, p. 25, punti 24-25; sentenza 30 novembre 1993, causa C-189/91, *Kirsammer-Hack*, in *Raccolta*, p. I-6185, punto 16; sentenza 7 maggio 1998, cause riunite C-52/97 a C-54/97, *Viscido*, in *Raccolta*, p. I-2629, punto 13; sentenza 1 dicembre 1998, causa C-200/97, *Ecotrade*, in *Raccolta*, p. I-7907, punto 35; sentenza 17 giugno 1999, causa C-295/97, *Piaggio*, in *Raccolta* p. 3735, punto 35.

autorità pubbliche possono realmente usare per sostenere le imprese, a prescindere dal fatto che tali strumenti appartengano o no permanentemente al patrimonio dello Stato³². La *ratio* di tale orientamento si rinviene nella necessità di evitare che le regole sugli aiuti di stato siano aggirate mediante l'istituzione di enti autonomi incaricati della distribuzione di aiuti. L'imputabilità allo Stato delle misure di sostegno deve pertanto tener conto della natura e delle funzioni degli enti erogatori e della normativa nazionale rilevante³³.

Il secondo presupposto concerne la possibilità che le misure di sostegno vadano ad alterare gli scambi commerciali tra gli Stati membri, non avendo rilievo l'entità dell'aiuto o le dimensioni dell'impresa beneficiaria. A questo riguardo, infatti, la Corte di giustizia ha rilevato come non esista una soglia o una percentuale sotto cui si possa ritenere che gli scambi tra Stati membri non siano influenzati³⁴. Gli ultimi due presupposti concernono rispettivamente la selettività della misura e la sua capacità di alterare le condizioni concorrenziali tra imprese. Tali condizioni occorrono quando un intervento statale sia volto a favorire direttamente o indirettamente determinate imprese conferendo loro un vantaggio economico che esse non avrebbero ottenuto in condizioni normali di mercato³⁵, fatta eccezione per quelle misure che costituiscono una compensazione per gli oneri di servizio pubblico sostenuti dall'impresa beneficiaria³⁶.

L'analisi della compatibilità con i principi del mercato comune dei regimi di sostegno nazionali alle fonti di energia rinnovabile pone il problema di determinare se le misure adottate dagli Stati membri possano rientrare nella

³² Sentenza 16 maggio 2002, causa C-482/99, *Francia c. Commissione*, in *Raccolta*, p. I-4397, punto 37; sentenza *Essent Netwerk Noord*, cit., punto 70.

³³ Sentenza 16 maggio 2002, causa C-482/99, cit., punto 23.

³⁴ Sentenza 21 marzo 1990, causa C-142-87, *Belgio c. Commissione*, in *Raccolta*, p. I-959, punto 43; sentenza 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark*, cit., punto 81.

³⁵ Sentenza del 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark*, cit., punto 84; sentenza 27 novembre 2003, cause riunite C-34/01 a C-38/01, *Enirisorse*, in *Raccolta*, p. I-14243, punto 30.

³⁶ Sentenza del 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark*, cit., punto 31; sentenze 30 marzo 2006, causa C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, in *Raccolta*, p. I-2941, punto 60. A questo riguardo vedi G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale: contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, 2008; D. GALLO, *Finanziamento dei servizi di interesse economico generale e aiuti di Stato nel diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, p. 893; A. FRATINI - F. FILPO, *Verso una nuova disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato per la compensazione di oneri di servizio pubblico*, in *Rassegna giuridica Enel*, 2005, p. 16; R. MAGLIANO, *Servizi di interesse economico generale, aiuti di Stato e compensazione di oneri di servizio pubblico: giurisprudenza Altmark e iniziative normative della Commissione CE*, in *Dir. comm. internaz.*, 2004, p. 790.

definizione di “aiuti di stato” ai fini dell’applicazione della relativa disciplina. A questo riguardo, appare interessante rilevare come la Corte di giustizia stia progressivamente adeguando il proprio approccio interpretativo agli obiettivi di realizzazione del mercato comune dell’energia, mostrando una certa propensione a far rientrare le misure di sostegno nazionali nell’ambito della disciplina sugli aiuti di stato. Una tale prospettiva sembra tracciarsi chiaramente nella seppur lenta evoluzione che caratterizza il percorso interpretativo della Corte di giustizia dalla sentenza *Preussen Elektra* alle più recenti pronunce sul tema³⁷.

Come noto, nella sua prima pronuncia, l’organo giurisdizionale dell’Unione europea, pur riconoscendo che la previsione di un obbligo di acquisto a prezzi minimi di energia prodotta da fonti rinnovabili costituisce un vantaggio per i produttori di tale tipo di energia, ha ritenuto che le misure contemplate dalla legislazione nazionale contestata non rientrassero nella definizione di aiuto di stato ai fini dell’applicazione della disciplina comunitaria in materia di concorrenza. In particolare, la Corte ha tenuto a precisare che la previsione legislativa di tale obbligo non costituisce di per sé una circostanza idonea ad attribuire a tale misura il carattere di aiuto di stato vietato ai sensi dell’art. 92 CE (oggi 107 TFUE)³⁸.

I primi segnali di una certa evoluzione nell’orientamento della Corte di giustizia si rinvengono nella successiva sentenza *Essent Noord* in cui la Corte, per la prima volta, ha compiuto un’analisi della sussistenza di tutti elementi costitutivi un aiuto di Stato³⁹. La Corte, infatti, ha constatato l’esistenza di

³⁷ Sentenza della Corte del 13 marzo 2001, causa C-379/98, *PreussenElektra*, in *Raccolta*, p.I - 2099; del 17 luglio 2008, causa C- 206/06, *Essent Netwerk Noord*, in *Raccolta*, p. I - 5497; del 19 dicembre 2013, causa C-262/12, *Vent de Colère*, non ancora pubblicata in *Raccolta*; sentenza del Tribunale dell’11 dicembre 2014, T-251/11, *Repubblica d’Austria c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

³⁸ Il ragionamento della Corte si è basato sulla constatazione che le misure esaminate non determinavano alcun trasferimento diretto o indiretto di risorse statali alle imprese produttrici di energia da fonti rinnovabili poiché le imprese acquirenti erano vincolate a un obbligo di acquisto mediante risorse proprie che non erano rimosse né gestite da alcun ente pubblico. Vedi sentenza della Corte del 13 marzo 2001, causa C-379/98, *PreussenElektra*, cit., punti 59 - 61.

³⁹ Nel caso di specie, la legislazione contestata prevedeva l’imposizione di una tassa, applicata alle medesime condizioni di riscossione ai prodotti nazionali e importati, il cui gettito era destinato a vantaggio dei soli produttori nazionali. In questo caso, la Corte ha rilevato come la presenza di un’impresa che svolgeva la triplice funzione di catalizzatore della risorsa, gestore dei fondi e beneficiario di una parte degli stessi rendesse configurabile la tassa in questione come una

trasferimento di risorse statali ai fini del riconoscimento di un aiuto di stato e ha valutato come tale misura fosse in grado di alterare gli scambi tra gli Stati membri⁴⁰. La sentenza in questione ha collocato l'analisi della misura in questione nell'alveo del processo di creazione del mercato comune dell'energia, ricordando come la creazione di condizioni concorrenziali di mercato non possa tollerare interventi selettivi a favore di determinate imprese, salvo che tali interventi mirino a compensare gli oneri di servizio pubblico gravanti sulle imprese in questione.⁴¹

Un successivo sviluppo giurisprudenziale si rinviene nella sentenza *Vent du Colère* in cui la Corte si è pronunciata esclusivamente sulla possibilità di definire la misura contestata come una forma d'intervento statale. In particolare, appare interessante rilevare come l'organo giurisdizionale dell'Unione si sia discostato dall'orientamento espresso nella sentenza *Pressen Elektra* sotto il profilo dell'imputabilità allo Stato della misura esaminata. La Corte, infatti, ha rilevato come la sola previsione legislativa del meccanismo di compensazione oggetto del procedimento principale lo rendesse configurabile come un intervento statale⁴². La condizione del trasferimento di risorse statali è stata poi accertata in base all'esistenza di un ente pubblico designato alla raccolta e gestione dei contributi gravanti sui consumatori il cui ammontare era determinato annualmente dal ministro competente per materia⁴³.

Il medesimo orientamento interpretativo si rinviene nella sentenza *Austria c. Commissione* in cui il Tribunale svolge un'analisi in parallelo delle precedenti sentenze *Preussen Elektra* e *Essent Noord*, collocando il caso di specie nell'ambito interpretativo di quest'ultima. In particolare la misura

forma d'intervento statale mediante risorse pubbliche. Vedi del 17 luglio 2008, causa C- 206/06, *Essent Netwerk Noord*, cit., punti 65 - 74.

⁴⁰ A questo riguardo, la Corte si è soffermata sulla constatazione che l'ente incaricato della gestione della tassa e le imprese nazionali beneficiarie erano in concorrenza con i produttori di energia elettrica degli altri Stati membri. Vedi sentenza del 17 luglio 2008, causa C- 206/06, *Essent Netwerk Noord*, cit., punto 76 - 77.

⁴¹ A questo riguardo la Corte ha demandato l'analisi della portata compensativa della tassa contestata ai giudici nazionali (Sentenza della Corte del 17 luglio 2008, causa C- 206/06, *Essent Netwerk Noord*, punti 79 - 86.

⁴² La causa in questione riguardava un meccanismo di compensazione integrale dei costi supplementari imposti a talune imprese in conseguenza di un obbligo di acquisto dell'energia elettrica di origine eolica a un prezzo superiore a quello di mercato il cui finanziamento era a carico dei consumatori (sentenza del 19 dicembre 2013, causa C-262/12, *Vent de Colère*, cit., punto 18.

⁴³ Vedi sentenza del 19 dicembre 2013, causa C-262/12, *Vent de Colère*, cit., punti 29 - 30.

contestata prevedeva un regime di compensazione specifico per le imprese a forte consumo di energia che limitava le somme dovute a un determinato massimale. Il Tribunale ha respinto il ricorso dell'Austria rilevando l'esistenza di un trasferimento di risorse statali e ponendo l'accento sulla selettività del regime derogatorio previsto per le imprese ad alto consumo di energia⁴⁴.

L'analisi svolta mostra come l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia sembri tendere verso un allargamento dell'ambito di applicazione della disciplina sugli aiuti di Stato facendo rientrare nella definizione di "intervento mediante risorse statali" tutti i regimi di sostegno che prevedono un trasferimento di fondi che sia disciplinato a livello legislativo e contempli una qualsiasi forma di controllo pubblico. Sebbene la recente sentenza del Tribunale rilevi come «le sentenze *Preussen Elektra* e *Essent Noord* non possano esser lette nel senso che le conclusioni raggiunte nella sentenza più recente caduchino le soluzioni adottate nella sentenza meno recente», vale la pena sottolineare come le stesse si pongano in un contesto giuridico alquanto differente. Come noto, infatti, la liberalizzazione dei mercati nazionali dell'energia e la creazione di un mercato comune concorrenziale si sono sviluppate nell'arco di poco più di un decennio attraverso l'adozione di tre pacchetti normativi che hanno avviato un processo ancora *in itinere* secondo un approccio di tipo progressivo⁴⁵.

La volontà di portare a compimento la realizzazione del mercato comune si riflette nell'orientamento interpretativo della Corte volto a bilanciare il perseguimento dei diversi obiettivi della politica energetica dell'Unione europea. D'altro canto, si è già posto in rilievo come i più recenti documenti programmatici dell'Unione mirino a integrare l'elettricità prodotta da fonti

⁴⁴ La causa in oggetto riguardava un ricorso per annullamento di una decisione con cui la Commissione dichiarava incompatibile con la disciplina sugli aiuti di Stato la legislazione austriaca che prevedeva l'acquisto della quantità totale di energia prodotta da fonti rinnovabili a un prezzo fisso superiore ai livelli di mercato. L'adempimento di tale obbligo di acquisto era oggetto di una concessione rilasciata a una società per azioni di diritto privato che trasferiva i costi sostenuti sui consumatori di elettricità. A questo riguardo, ogni consumatore finale connesso alla rete pubblica versava un contributo annuo, indipendente dal proprio consumo mentre i distributori di elettricità erano tenuti ad acquistare a un prezzo fisso tutta l'elettricità verde posseduta dall'impresa che svolgeva la funzione di agenzia di compensazione. Vedi sentenza del Tribunale del 11 dicembre 2014, T-251/11, *Repubblica d'Austria c. Commissione*, cit. punti 95-105.

⁴⁵ In proposito vedi M. MARLETTA, *Energia. Integrazione europea e cooperazione internazionale*, Torino, 2011, *passim*.

rinnovabili nel mercato comune e a rendere la loro regolazione coerente con i principi della libera concorrenza⁴⁶.

La Corte non si è finora pronunciata sulla possibilità di far rientrare i regimi di sostegno qualificati come aiuti di stato nell'ambito di applicazione delle deroghe previste dai trattati. Eppure i regimi di sostegno nazionali alle energie rinnovabili potrebbero rientrare nell'ambito di applicazione di tali disposizioni poiché sono volti a sviluppare la produzione di energia da fonti rinnovabili quale specifica attività economica proprio in considerazione degli obiettivi di tutela ambientale contemplati nel trattato⁴⁷. Cionondimeno, la possibilità di far rientrare i regimi di sostegno nazionali nell'ambito di applicazione delle deroghe alla disciplina sugli aiuti di stato richiede una riflessione sul loro potenziale impatto restrittivo sul commercio Stati membri. A questo riguardo, infatti, appare importante ricordare come l'art. 107 TFUE par. 2 lett. c) preveda che tali deroghe siano applicabili soltanto a condizione che esse non alterino gli scambi tra Stati membri in misura contraria all'interesse comune.

4. *La compatibilità dei regimi di sostegno nazionali con i principi del mercato comune*

La creazione del mercato comune dell'energia costituisce l'obiettivo fondamentale della politica dell'Unione europea in materia di energia che fa da cornice all'obiettivo dello sviluppo delle energie rinnovabili ai fini di tutela ambientale. Come già posto in rilievo, l'approccio particolaristico adottato dalla maggior parte degli Stati membri nella definizione dei rispettivi regimi di sostegno trova la propria giustificazione nella stessa direttiva 2009/28/CE che non prevede un obbligo di estendere i benefici accordati anche ai produttori di energie rinnovabili di altri Stati membri. Un tale approccio, tuttavia, pone un

⁴⁶ Vedi in particolare la Comunicazione della Commissione, *Avvio del processo di consultazione pubblica del nuovo assetto del mercato dell'energia*, SWD (2015) 142 Final, del 15.7.2015.

⁴⁷ A questo riguardo rileva soltanto la sentenza *Austria c. Commissione*, cit., in cui il Tribunale ha affrontato la questione attraverso la lente degli atti di *soft law* adottati dalla Commissione senza procedere a una valutazione sulla possibilità di far rientrare la normativa nazionale contestata nell'ambito di applicazione dell'articolo 107 paragrafi. 2 e 3. Come noto, la disposizione in questione determina i casi in cui gli aiuti di Stato possano essere considerati compatibili con il mercato interno. In particolare le lettere b) e c) del paragrafo 3 includono tra le possibilità di deroga «gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto comune» e «gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria all'interesse comune».

problema di coerenza con il principio del libero scambio e induce a interrogarsi sulla stessa possibilità di integrare le energie rinnovabili nella definizione di mercato comune⁴⁸.

La Corte di giustizia ha adottato un orientamento particolarmente flessibile a questo riguardo, riconoscendo agli Stati membri un ampio margine di discrezionalità nella determinazione delle misure di sostegno ritenute più idonee al perseguimento dei rispettivi obiettivi nazionali. Essa, pur riconoscendo la portata restrittiva delle misure di sostegno esaminate, ha fatto leva su due aspetti fondamentali che riguardano rispettivamente la mancanza di una normativa di armonizzazione a livello dell'Unione e il bilanciamento dell'obiettivo di realizzazione del mercato comune con l'obiettivo di tutela ambientale⁴⁹.

Il primo aspetto menzionato induce a rilevare come l'evoluzione del quadro normativo dell'Unione con riferimento al mercato interno dell'energia non abbia apportato un sostanziale cambiamento nell'approccio argomentativo della Corte di giustizia che rimane ferma nel sostenere una prospettiva eminentemente nazionale allo sviluppo delle rinnovabili, confermando la parcellizzazione degli obiettivi da perseguire e l'origine essenzialmente statale dei regimi di sostegno contemplati dalla normativa dell'Unione⁵⁰.

Il secondo aspetto contempla la possibilità di giustificare tali misure di sostegno nell'ambito delle deroghe sancite dal trattato o elaborate a livello giurisprudenziale e la proporzionalità delle stesse rispetto all'obiettivo perseguito. La Corte di giustizia ha fatto leva sull'obiettivo della tutela

⁴⁸ La normativa dell'Unione europea si basa sull'assunto secondo cui la differente situazione di partenza esistente tra gli Stati membri nello sviluppo delle rinnovabili richiede una diversificazione degli obblighi loro imposti e legittimi una maggiore libertà nella determinazione delle misure da adottare anche in una prospettiva meramente nazionale.

⁴⁹ A questo riguardo vedi: sentenza della Corte giust. del 13 marzo 2001, causa C-379/98, *PreussenElektra*, cit., punti 68 - 81; sentenza della Corte giust. del 11 settembre 2014, causa C-204/12 a C-208/12, *Essent Belgium*, non ancora pubblicata in Raccolta; sentenza della Corte giust. del 1 luglio 2014, causa C-573/12, *Ålands*, non ancora pubblicata in Raccolta.

⁵⁰ Nel caso *PreussenElektra*, l'organo giurisdizionale dell'Unione constatava come il quadro normativo allora in vigore costituisse soltanto una nuova fase della liberalizzazione del mercato dell'energia elettrica e giustificasse il permanere degli ostacoli agli scambi di energia elettrica tra Stati membri (sentenza della Corte giust. del 13 marzo 2001, causa C-379/98, *PreussenElektra*, punto 78). Il successivo sviluppo normativo, teso alla progressiva rimozione degli ostacoli in questione, non ha mutato l'orientamento della Corte che nelle sentenze *Essent* e *Ålands* ha affermato come le direttive 2001/77/CE e 2009/28/CE, prese in esame nelle rispettive pronunce, riconoscessero la possibilità di una limitazione territoriale dell'applicazione dei regimi di sostegno nazionali.

ambientale come motivo imperativo d'interesse generale per riconoscere la compatibilità con il trattato delle misure restrittive esaminate. Nella sentenza *Preussen Elektra*, essa ha ricordato come lo sviluppo delle energie rinnovabili sia funzionale alla protezione dell'ambiente poiché contribuisce a ridurre le emissioni di gas a effetto serra e favorisce la tutela della salute e della vita delle persone e degli animali nonché la conservazione delle specie vegetali⁵¹. Le stesse argomentazioni sono state poi ripresentate nelle sentenze *Ålands* ed *Essent* in cui si è posto anche in rilievo come lo sviluppo delle energie rinnovabili costituisca parte integrante della politica dell'Unione in materia di energia ai sensi dell'art. 194 TFUE⁵².

La duplice dimensione della politica energetica dell'Unione europea, tesa alla creazione di un mercato comune e allo sviluppo delle rinnovabili per il perseguimento di obiettivi di tutela ambientale, rende particolarmente interessante esaminare l'analisi svolta dalla Corte sulla proporzionalità dei regimi di sostegno nazionali in oggetto nelle sentenze citate. Tale analisi, infatti, costituisce un indizio essenziale dell'orientamento politico dell'organo giurisdizionale dell'Unione europea sul tema e consente alcune riflessioni sullo stato di attuazione del mercato comune dell'energia⁵³.

La proporzionalità dei regimi di sostegno nazionali alle energie rinnovabili richiede che essi siano idonei a conseguire l'obiettivo perseguito e siano necessari a tale scopo. A questo riguardo, appare interessante rilevare come nelle sentenze *Ålands* e *Essent* la Corte non si soffermi sull'esame dei caratteri specifici degli strumenti di sostegno esaminati ma si limiti a ricordare in via del tutto generale come sia essenziale per garantire il funzionamento di siffatti regimi che gli Stati membri possano controllare i loro costi ed effetti in funzione dei rispettivi potenziali di produzione. In particolare, la mancanza di armonizzazione a livello europeo dei regimi di sostegno renderebbe la limitazione territoriale della loro applicazione pienamente legittima, anche se *a*

⁵¹ Sentenza 13 marzo 2001, causa C-379/98, *PreussenElektra*, cit., punti 73 - 76.

⁵² Sentenza 1 luglio 2014, causa C-573/12, *Ålands*, cit., punti 77 - 82; sentenza 11 settembre 2014, cause riunite C-204/12 a C-208/12, *Essent*, cit., punti 90 - 95.

⁵³ A questo riguardo vedi K. NAGY, K. KÖRMENDI, *Use of renewable Energy Sources in Light of the "New Energy Strategy for Europe 2011-2020"*, in *Applied Energy*, 2012, p. 393; A. PACH-GURGUL, *Significance of the Climate and Energy Package for the Development of Renewable Energy Sources in the European Union*, in *Comparative Economic Research*, 2014, p. 45; K. KULOVESI - E. MORGENA - M. MUÑOZ, *Environmental Integration and Multifaced International Dimensions of EU Law: Unpacking the EU's 2009 Climate and Energy Package*, in *Common market law review*, 2011, p. 829.

priori gli obiettivi di tutela ambientale sembrano poter essere realizzati a livello dell'Unione indipendentemente dal luogo in cui gli impianti di produzione di energia rinnovabile siano collocati⁵⁴.

L'analisi della giurisprudenza della Corte induce a rilevare come le considerazioni inerenti alla realizzazione degli obiettivi ambientali possano giustificare un'applicazione dei regimi di sostegno entro confini strettamente nazionali o locali anche se una tale limitazione compromette l'obiettivo della realizzazione del mercato comune delle energie rinnovabili⁵⁵. La cautela della Corte è stata oggetto di critica da parte della dottrina che ha rilevato come tale orientamento sembri risentire di un condizionamento politico che mal si concilia con i criteri ermeneutici tradizionalmente utilizzati nell'analisi delle deroghe al principio della libera circolazione delle merci, che sono ammesse in ragione dei motivi di pubblico interesse elencati nell'art. 34 TFUE e dei motivi imperativi d'interesse generale elaborati a livello giurisprudenziale⁵⁶.

La definizione di misure equivalenti alle restrizioni quantitative include ogni tipo di misura che produca una discriminazione diretta o indiretta tra operatori economici o merci e ostacoli in atto o in potenza il commercio gli Stati membri. I regimi di sostegno nazionali alle energie rinnovabili applicati a beneficio esclusivo della produzione nazionale producono per definizione una discriminazione diretta operata in base alla nazionalità. A questo riguardo, la

⁵⁴ Vedi sentenza 1 luglio 2014, causa C-573/12, *Ålands*, cit., punti 93 - 94. A conferma della flessibilità che orienta la Corte nell'analisi della proporzionalità delle misure esaminate, giova ricordare come il carattere necessario delle misure adottate non è messo in discussione neppure qualora lo Stato che le ha adottate abbia già raggiunto gli obiettivi a esso assegnati dalla direttiva. Nelle parole della Corte, infatti, l'effettività di tali regimi richiede una certa persistenza nel tempo al fine di garantire il rispetto del legittimo affidamento degli investitori coinvolti e la prosecuzione della gestione di tali impianti (sentenza 1 luglio 2014, causa C-573/12, *Ålands*, cit., punti 102 -103). In quest'ottica, l'obbligo di quota previsto dalle legislazioni nazionali è considerato funzionale a garantire ai produttori una domanda per i certificati verdi a essi attribuiti e facilitare la distribuzione dell'energia verde a un prezzo superiore al prezzo di mercato dell'energia tradizionale (sentenza 11 settembre 2014, cause riunite da C-204/12 a C-208/12, *Essent*, cit., punto 109).

⁵⁵ A questo riguardo, l'unico limite che la Corte pone all'autonomia di regolazione degli Stati membri concerne la previsione di meccanismi di mercato idonei a permettere agli operatori che sono soggetti all'obbligo delle quote di acquistare tali certificati verdi su un mercato effettivo ed equo. Vedi sentenza 11 settembre 2014, cause riunite da C-204/12 a C-208/12, *Essent*, cit., punto 110.

⁵⁶ Vedi M. SZYDLO, *op. cit.*, p. 489. A questo riguardo, l'Autore rileva come la Corte non riconosca esplicitamente la portata discriminatoria delle misure in questione e non esamini l'esistenza di misure alternative che possano raggiungere lo stesso obiettivo con un minore impatto sugli scambi tra Stati membri.

giurisprudenza della Corte di giustizia sembra attribuire una particolare rilevanza agli obiettivi di tutela ambientale definiti quali motivi imperativi d'interesse generale che possono giustificare le restrizioni al commercio in un'accezione particolarmente ampia⁵⁷.

La centralità attribuita agli obiettivi di tutela ambientali nel giustificare possibili deroghe al divieto di discriminazioni "dirette" e "indirette" nell'ambito del mercato comune trova sicuramente riscontro nella portata trasversale della politica ambientale rispetto agli altri obiettivi perseguiti dall'Unione europea e negli obblighi da essa assunti a livello internazionale. Ciononostante, la questione della compatibilità dei regimi di sostegno nazionali alle energie rinnovabili con i principi del mercato comune avrebbe probabilmente richiesto un maggiore rigore nella definizione dei limiti di applicazione delle deroghe elaborate a livello giurisprudenziale - con particolare riferimento all'esistenza di misure alternative che abbiano un minore impatto sul mercato comune - al fine di contemperare gli obiettivi di tutela ambientale e di realizzazione del mercato interno. D'altro canto, il quadro normativo dell'Unione europea sullo sviluppo delle energie rinnovabili già contempla l'uso di tali misure alternative e prevede in particolare la possibilità di adottare regimi di sostegno comuni a due o più Stati membri⁵⁸.

Il ricorso a tali strumenti potrebbe costituire un primo passo verso quella "europeizzazione" dei regimi di sostegno auspicata dalla Commissione

⁵⁷ Vedi M. SZYDLO, *op. cit.*, p. 489. L'autore pone in evidenza come la giurisprudenza della Corte sulle deroghe ammissibili per le misure che producono discriminazioni dirette in base alla nazionalità si dividano in quattro gruppi. Il primo gruppo include le sentenze in cui la Corte chiaramente afferma che i motivi imperativi d'interesse generale non possono giustificare le misure aventi un effetto equivalente alle restrizioni quantitative che abbiano una portata discriminatoria. Il secondo gruppo include le sentenze in cui la Corte non esclude apertamente l'applicabilità dei motivi imperativi alle misure direttamente discriminatorie. Il terzo gruppo comprende le sentenze in cui la Corte omette di definire come discriminatoria una misura restrittiva per il commercio ai fini dell'applicazione dei motivi imperativi d'interesse generale. Il quarto gruppo comprende infine le sentenze in cui la Corte, pur riconoscendo la discriminazione diretta attuata da una misura restrittiva, comunque la giustifichi a causa dell'esistenza di taluni motivi imperativi di interesse generale - segnatamente quelli relativi alla tutela ambientale - ai quali viene così attribuito un particolare valore.

⁵⁸ Come si è già posto in rilievo, la direttiva 2009/28/CE prevede il ricorso a strumenti di cooperazione transfrontaliera nonché la predisposizione di regimi di sostegno comuni alle energie rinnovabili mediante i quali due o più Stati membri possono decidere di unire o coordinare parzialmente i loro regimi di sostegno nazionali. A questo riguardo vedi: A. Gerbeti, *L'attuazione a livello europeo delle disposizioni sui meccanismi di cooperazione previsti dalla direttiva 2009/28/CE sulla promozione delle energie rinnovabili*, in *Riv. giur. ambiente*, 2013, p. 125.

europea, anche se la loro efficacia poggia sulla volontà degli Stati membri di cooperare effettivamente per superare l'approccio particolaristico da essi seguito nel perseguimento dei rispettivi obiettivi nazionali di sviluppo delle energie rinnovabili. Una tale consapevolezza induce a rilevare come la coerenza della politica di sviluppo delle energie rinnovabili con i principi del mercato comune richiederebbe un superamento dell'approccio che ha finora ispirato la politica dell'Unione mediante la previsione di un sistema di sostegno alle energie rinnovabili realmente armonizzato.

5. *L'europeizzazione dei regimi di sostegno alle energie rinnovabili mediante atti di soft law*

La mancanza di armonizzazione dei regimi di sostegno nazionali sembra costituire uno dei principali ostacoli alla creazione del mercato comune dell'energia. Ciononostante, la recente evoluzione del quadro normativo in materia mostra come la frammentazione esistente tra i regimi di sostegno nazionali stia trovando un tentativo di parziale composizione grazie all'adozione di atti di *soft law* che mirano a plasmare le legislazioni nazionali mediante la progressiva specificazione del contenuto normativo degli atti di natura formalmente prescrittiva. Come noto, il termine *soft law* copre un ampio spettro di strumenti che sono in grado di influenzare la condotta di Stati, imprese e istituzioni pur in mancanza di una portata giuridica vincolante. La definizione più ampia del termine include qualsiasi norma di condotta che, seppur priva di una forza giuridica vincolante, sia in grado di produrre in concreto effetti pratici all'interno di un dato ordinamento giuridico⁵⁹.

Il fenomeno della regolazione attraverso gli atti di *soft law* caratterizza tutti quei settori in cui la prassi tende ad anticipare la formazione del diritto in senso formale dando veste giuridica alle regole di condotta. Non a caso la *soft law* nasce nell'ambito del diritto internazionale e trova ampio utilizzo in

⁵⁹ A questo riguardo vedi: F. SNYDER, *Soft Law and Institutional Practice in the European Community*, EUI Working Paper, No 93/5, p.2). Per una ricostruzione più ampia della nozione di "soft law" nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea vedi: L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Oxford and Portland, 2004, p. 109; F. BEVERIDGE, S. NOTT, *A Hard Look at Soft Law*, in P. Craig, C. Hatlow, (Eds), *Lawmaking in the European Union*, 1998, p. 291 s; WELLENS, BORCHARDT, *Soft Law in the European Community*, *European Law Review*, 1989, p. 285; D. THÜRER, *The Role of Soft law in the Actual Process of European Integration*, in O. JACOT – GUILLARMOD (Ed), *L'avenir du libre-échange en Europe: vers un espace économique euroéen?*, Schultess, 1990, p. 132.

esperienze giuridiche in cui il dato fattuale tende a prevalere sugli aspetti prettamente formali e procedurali. Nell'ambito dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, gli strumenti di *soft law* trovano il loro più ampio utilizzo in materia di concorrenza. In quest'ambito, infatti, la Commissione europea svolge un ruolo fondamentale grazie alla sua funzione di controllo permanente sulle misure attuate dagli Stati e delle imprese⁶⁰.

L'adozione di libri verdi e bianchi, comunicazioni, pareri, linee guida - oltre alle altre tipologie esistenti di atti di *soft law* - consente all'organo esecutivo di tracciare la sua interpretazione dei principi posti nel trattato ai fini dello svolgimento delle sue importanti funzioni. L'opera d'interpretazione inevitabilmente si arricchisce delle esperienze fattuali che diventano il sostrato per la determinazione di regole di condotta che non possono non condizionare gli Stati membri e le imprese soggette alle procedure di controllo in materie di concorrenza. Tali atti, infatti, vincolano la Commissione nelle sue valutazioni sulle misure che abbiano un impatto sulla concorrenza e producono una sorta di presunzione di liceità per le condotte che a essi si conformino⁶¹. L'insita generalità e astrattezza delle disposizioni del trattato in materia di aiuti di stato fa sì che gli strumenti di *soft law* siano utilizzati al fine di garantire la progressiva evoluzione dei contenuti normativi in funzione dell'ambito socio-economico di riferimento⁶².

Le peculiarità del mercato dell'energia rilevano la necessità di un'interpretazione e applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato che sia particolarmente attenta al bilanciamento tra interessi coinvolti. La Comunicazione della Commissione sulla disciplina degli aiuti di stato a favore dell'ambiente e dell'energia per il periodo 2014 - 2020 dedica una particolare attenzione ai regimi di sostegno alla produzione di elettricità da fonti rinnovabili. L'organo esecutivo dell'Unione europea definisce in tal modo i

⁶⁰ In proposito vedi: H. A. COSMA - R. WHISH, *Soft Law in the Field of EU Competition Policy*, in EBLR, 2003, p. 25; M. Aldenstam, *Soft Law in the State Aid Policy Area*, in U. MÖRTH (Ed), *Soft Law in Governance and Regulation. An Interdisciplinary Analysis*, Cheltenham, 2004, p. 11 ss.

⁶¹ A questo riguardo vedi: sentenze del 24 marzo 1993, causa C-313/90, *CIFRS c. Commissione*, in *Raccolta*, P. I - 1125, punto 36; del 15 ottobre 1996, C-311/94, *Ijssel-Vliet*, in *Raccolta*, p. I - 5023, punto 43; del 26 settembre 2002, C-351/98, *Spagna c. Commissione*, in *Raccolta*, p. I - 8031, punto 53.

⁶² A questo riguardo vedi: O. STEFAN, *Soft Law in Court: Competition Law State Aid and the Court of Justice of the European Union*, 2013; L. SENDEN, *op. cit.*, p. 321 ss; M. BLAUBERGER, *Of "Good" and "Bad" Subsidies: European State Aid Control Through Soft and Hard Law*, in *West European Politics*, 2009, p. 719.

principi posti a orientamento della sua funzione di controllo che sono in grado di condizionare indirettamente l'autonomia normativa degli Stati membri nell'attuazione dei rispettivi regimi di sostegno⁶³.

La Commissione distingue gli aiuti in base alla funzione da essi svolta e mostra un chiaro favore verso le forme di sostegno che si realizzino nell'ambito dei meccanismi di mercato. Gli aiuti concessi per gli investimenti nella produzione di energie rinnovabili sono equiparati alle altre forme di aiuto per il perseguimento di obiettivi ambientali ai fini dell'applicazione delle condizioni di compatibilità con il mercato comune⁶⁴. Gli aiuti concessi per il funzionamento degli impianti che producono elettricità da fonti rinnovabili, invece, devono rispettare criteri aggiuntivi che sono volti ad assicurare l'esposizione dei beneficiari ai rischi di mercato⁶⁵. In particolare, la previsione

⁶³ A questo riguardo vedi: M. GIACOMARRA, F. BONO, *European Union Commitment towards RES Market Penetration: from the First Legislative Acts to the Publication of the Recent Guidelines on State Aid 2014/2020*, in *Renewable and Sustainable Energy Review*, 2015, p. 218; E. SZYSZCZAK, *Time for Renewable to Join the Market: the New Guidelines on State Aid for Environmental Protection and Energy*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, p. 616.

⁶⁴ Vedi: Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di stato ...*, cit. punti 3.2 ss. Le condizioni di compatibilità in questione concernono il contributo al raggiungimento di obiettivi d'interesse comune; necessità dell'intervento statale; adeguatezza e proporzionalità dell'aiuto; effetto d'incentivazione. Per quanto riguarda il primo aspetto, gli Stati dovranno definire con precisione l'obiettivo perseguito e illustrare il contributo atteso della misura a tale obiettivo. Essi possono anche utilizzare una serie d'indicatori aggiuntivi sulla base delle tecnologie di riduzione dell'inquinamento nonché norme esistenti e future dell'Unione europea. La necessità dell'intervento statale si basa sull'indicazione dei fallimenti di mercato che le misure in questione intendono correggere ossia presenza di esternalità positive e negative, asimmetria dell'informazione e difficoltà di coordinamento. In relazione alle specifiche circostanze di fallimento di mercato, la Commissione prenderà in considerazione l'eventualità che altre misure strategiche stiano già affrontando efficacemente il problema, i costi di attuazione delle norme nazionali a carico del beneficiario dell'aiuto, il numero di imprese che necessitano della collaborazione. L'adeguatezza e la proporzionalità dell'aiuto devono basarsi sull'analisi dell'inesistenza di altre misure alternative in grado di raggiungere il medesimo obiettivo con un minore impatto sul commercio e la concorrenza. L'effetto d'incentivazione infine rileva quando gli aiuti esaminati non sovvenzionano i costi di un'attività che l'impresa beneficiaria dell'aiuto sosterebbe comunque e non compensa il normale rischio d'impresa derivante dall'attività economica in esame.

⁶⁵ A questo fine, la Commissione indica le condizioni cumulative da applicare nella valutazione della compatibilità di tali misure con i principi del trattato, graduando la loro intensità in tre principali fasi di attuazione. Nel periodo di transizione che si estende dal 2015 al 2016, gli aiuti pari al 5% della nuova capacità pianificata di energia elettrica da fonti rinnovabili dovrebbero essere concessi nell'ambito di una procedura di gara competitiva basata su criteri chiari, trasparenti e non discriminatori. Dall'1 gennaio 2016 tutti i nuovi regimi di aiuto e le relative misure dovranno essere ammessi solo in presenza delle seguenti condizioni cumulative: a) gli

di obblighi di quota da realizzarsi mediante il rilascio di certificati verdi è considerata compatibile con i principi del mercato comune a condizione che non si determini un'alterazione artificiosa degli equilibri di mercato⁶⁶.

La compatibilità delle diverse forme di aiuto con i principi del mercato interno richiede che i loro effetti negativi in termini di distorsione della concorrenza e incidenza sugli scambi tra gli Stati membri devono essere limitati e controbilanciati da effetti positivi in termini di contributo al conseguimento dell'obiettivo d'interesse comune. Le distorsioni del mercato e gli effetti che gli aiuti producono sulla scelta dell'ubicazione della produzione determinano inefficienze allocative che compromettono il rendimento economico del mercato interno e la distribuzione delle attività economiche tra le regioni. La Comunicazione non prende una posizione diretta sulla prassi degli Stati membri di limitare l'applicazione dei regimi di sostegno esclusivamente all'energia prodotta nei rispettivi ambiti territoriali, ma lascia intendere il suo orientamento, prescrivendo la portata non discriminatoria di procedure di gara aperte a tutti i produttori di energia elettrica da fonti rinnovabili⁶⁷.

aiuti sono concessi sotto forma di premio che si aggiunge al prezzo di mercato con il quale i produttori vendono la propria energia elettrica direttamente sul mercato; b) i beneficiari sono soggetti a responsabilità standard in materia di bilanciamento, a meno che non esistono mercati infra-giornalieri liquidi; c) sono adottate misure volte a garantire che i produttori non siano incentivati a generare energia elettrica a prezzi negativi. Dall'1 gennaio 2017, gli aiuti dovranno essere concessi nell'ambito di una procedura di gara competitiva basata su criteri chiari, trasparenti e non discriminatori, salvo che gli Stati membri dimostrino le seguenti condizioni: a) l'ammissibilità è circoscritta a un solo o a un numero molto limitato di progetti o siti; b) una procedura di gara richiederebbe un livello di sostegno maggiore per evitare comportamenti strategici in sede di gara; c) una procedura di gara competitiva comporterebbe un basso tasso di realizzazione dei progetti.

⁶⁶ A questo riguardo, la Commissione considererà l'aiuto in questione compatibile con il mercato interno se gli Stati membri siano in grado di fornire prove sufficienti per dimostrare che tale sostegno: i) è indispensabile per garantire la redditività delle energie rinnovabili in questione; ii) non determina complessivamente per il regime una sovra compensazione che si manifesta nel tempo e tra diverse tecnologie oppure una sovra compensazione per singole tecnologie meno diffuse, a causa dell'introduzione di diversi livelli di certificati per unità di produzione; iii) non disincentivare i produttori di energie rinnovabili dall'aumentare la loro competitività.

⁶⁷ Vedi: Comunicazione della Commissione "Disciplina in materia di aiuti di stato ...", cit. punto 126. A questo riguardo, la Commissione europea include tra le condizioni di esonero degli aiuti al funzionamento, volte a promuovere la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili dall'obbligo di notifica di cui all'articolo 108 paragrafo 3 del trattato, la condizione che essi siano concessi nell'ambito di una procedura di gara competitiva basata su criteri chiari, trasparenti e non discriminatori, che sia è aperta a tutti i produttori di energia elettrica da fonti rinnovabili su base non discriminatoria (vedi art. 42 del Regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione del

L'applicazione delle condizioni di compatibilità prevista dalla comunicazione sugli aiuti di stato in materia di energie rinnovabili potrebbe portare negli anni a venire un'armonizzazione sostanziale dei caratteri dei regimi di sostegno adottati dagli Stati membri e un progressivo superamento della portata nazionale delle forme di aiuto da essi contemplate. In altre parole, la dimensione fattuale del controllo operato dalla Commissione sulle misure di sostegno alle energie rinnovabili potrebbe realizzare una sostanziale modifica del quadro giuridico in vigore. La prospettiva di sviluppo da ultimo rilevata apre un'importante questione concernente la competenza della Commissione europea ad adottare atti di *soft law* che modifichino la portata delle norme di diritto derivato dell'Unione europea⁶⁸.

La giurisprudenza della Corte di giustizia ha chiarito come la portata normativa degli atti dell'Unione europea trova il suo fondamento nelle specifiche disposizioni del trattato volte a determinarne l'ambito di competenza. Gli atti di *soft law* generalmente non richiedono il riferimento a una "base giuridica" nella misura in cui esse costituiscono uno strumento interpretativo per l'attuazione delle norme del trattato e delle disposizioni di diritto derivato. La prassi attuativa, tuttavia, mostra come in talune materie gli atti di *soft law* possano produrre effetti giuridici indiretti che modificano la portata della normativa in vigore adattandola alle trasformazioni del sostrato socio economico di riferimento⁶⁹.

17 giugno 2014 che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 TFUE).

⁶⁸ A questo riguardo, appare interessante sottolineare come tale questione sia attualmente al vaglio della Corte di giustizia nell'ambito di un ricorso per annullamento avente ad oggetto proprio la Comunicazione della Commissione per gli aiuti in materia di ambiente ed energia per il periodo 2020 - 2030. I motivi sottesi alla richiesta di annullamento avanzata dalla ricorrente riguardano appunto la mancanza di competenza della Commissione ad adottare atti con portata quasi normativa che modifichino la direttiva 2009/28/CE e lo sviamento di potere insito nella volontà della Commissione di legiferare in settori in cui il legislatore europeo è privo di competenza. Secondo la ricorrente, infatti, l'esecutivo dell'Unione lascerebbe intendere che provvedimenti intrinsecamente diretti all'armonizzazione del sostegno per le energie rinnovabili risponderebbero agli obiettivi di assicurare la compatibilità di determinate misure di aiuto di Stato con il mercato interno (vedi causa T-694/14, ricorso presentato il 22 settembre 2014).

⁶⁹ M. ALDENSTAM, *Soft Law in the State Aid Policy Area*, in U. MÖRTH (Ed), *Soft Law in Governance and Regulation. An Interdisciplinary Analysis*, cit., p. 18. L'Autore richiama in particolare la sentenza della Corte del 16 giugno 1993, causa C-325/91, *Francia c. Commissione*, in *Raccolta*, p. I - 03283. Sul tema vedi anche L. SELDEN, *Soft law in European Community*, cit., p. 291 ss.

Gli atti di *soft law* che presentino una tale accezione normativa dovrebbero ancorarsi a una competenza specifica contemplata dal trattato nel rispetto del principio delle competenze di attribuzione e di certezza del diritto. Una parte della dottrina - ormai risalente - riteneva che una possibile base giuridica per l'adozione di atti di *soft law* potesse rinvenirsi nell'art. 211 CE che oggi trova solo parziale riflesso nell'art. 17 par. 1 TUE secondo cui la Commissione promuove l'interesse generale dell'Unione e adotta le iniziative appropriate a tal fine⁷⁰.

L'articolo in questione non specifica la portata della competenza della Commissione ad adottare orientamenti produttivi di efficacia giuridica e non può essere considerata una base giuridica idonea nella definizione di tale competenza, salvo che non sia ricollegata a determinate disposizioni del trattato. Come si è già posto in luce, la competenza della Commissione ad adottare atti di *soft law* in materia di aiuti di Stato si colloca nell'ambito delle sue funzioni di controllo sulle misure adottate dagli Stati membri. Lo sviluppo delle energie rinnovabili rientra invece tra gli obiettivi della politica energetica dell'Unione europea così come tracciata dall'art. 194 TFUE⁷¹.

La Corte di giustizia ha già avuto modo di rilevare come l'introduzione di una specifica base giuridica per la politica energetica dell'Unione europea comporti la prevalenza della stessa sulle altre disposizioni del trattato quale base giuridica per l'adozione di un qualsiasi atto che risulti necessario al perseguimento degli obiettivi in essa contemplati. L'analisi della competenza della Commissione ad adottare orientamenti produttivi di efficacia giuridica indiretta nell'ambito della normativa sui regimi di sostegno alle energie rinnovabili va pertanto condotta alla luce dell'art. 194 TFUE⁷².

Un primo aspetto che occorre rilevare concerne la portata della disposizione in questione che, diversamente da quanto previsto in materia di aiuti di stato, contempla una competenza concorrente dell'Unione europea e

⁷⁰ L. SELDEN, *op. cit.*, p. 293 ss.

⁷¹ L'articolo in questione non soltanto individua gli obiettivi della politica energetica dell'Unione europea ma stabilisce anche le procedure e gli strumenti per l'esercizio della competenza normativa in materia. A questo riguardo vedi M. MARLETTA, *Energia (Diritto dell'Unione europea)*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, Vol. VIII, 2015; Id, *Il Trattato di Lisbona e gli sviluppi nel settore dell'Energia*, in *Quaderni europei. Serie energia*, 2012, p. 11 ss; T.M. MOSCHETTA, *Energia*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI, *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, 2014, p. 194.

⁷² Vedi sentenza della Corte del 6 settembre 2012, causa C-490/10, *Parlamento c. Consiglio*, non pubblicata in *Raccolta*, punto 66.

degli Stati membri in materia di energia. Gli Stati membri, pertanto, conservano la loro competenza legislativa finché l'Unione non adotti atti normativi su uno specifico aspetto della politica energetica comune. La mancanza di una normativa di armonizzazione a livello dell'Unione europea dei regimi di sostegno alle energie rinnovabili consente dunque agli Stati membri di mantenere quel grado di autonomia normativa che è stato finora riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia⁷³.

Un secondo aspetto concerne i modi di esercizio della competenza dell'Unione europea in materia di energia che contempla l'esclusivo ricorso alla procedura legislativa ordinaria, senza prevedere alcuna funzione di orientamento di carattere generale da parte della Commissione europea. Un potere normativo della Commissione in materia non sarebbe peraltro rinvenibile neppure nell'adozione di regolamenti di esecuzione. Come noto, tale categoria di atti è stata introdotta dal trattato di Lisbona per contemplare i casi in cui siano necessarie condizioni uniformi di esecuzione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione⁷⁴.

Il ravvicinamento dei regimi di sostegno alle energie rinnovabili potrebbe rientrare tra i casi in cui sarebbe preferibile l'intervento della Commissione ai fini dell'implementazione della normativa dell'Unione europea. Ciononostante, a oggi manca il presupposto dell'esercizio di tale competenza della Commissione ossia l'esistenza di un regolamento adottato mediante la procedura legislativa ordinaria che contenga tale strumento di attuazione. Al momento, pertanto, non sembra si possa affermare che la

⁷³ A questo riguardo occorre rilevare come il paragrafo 2 dell'art. 194 TFUE stabilisce che le misure adottate dall'Unione per conseguire gli obiettivi stabiliti nel paragrafo 1 non possono incidere sul diritto dello Stato membro di determinare le condizioni di utilizzo delle sue fonti energetiche, la scelta tra le varie fonti energetiche e la struttura generale del suo approvvigionamento energetico. Ai sensi dell'art. 192, paragrafo 2, lett. c), inoltre, l'adozione di misure che abbiano una sensibile incidenza sulla scelta di uno Stato membro tra diverse fonti di energia e sulla struttura generale dell'approvvigionamento energetico del medesimo devono essere adottate dal Consiglio con votazione all'unanimità. A questo riguardo vedi A. JOHNSTON - E. VAN DER MAREL, *Ad Lucem? Interpreting the New EU Energy Provision and in particular the Meaning of Article 194 (2) TFUE*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2013, p. 181.

⁷⁴ L'articolo 291 TFUE pone in capo agli Stati membri l'obbligo di adottare tutte le misure di diritto interno necessarie per l'attuazione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione, specificando che qualora siano necessarie condizioni uniformi di esecuzione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione, questi conferiscono competenze di esecuzione alla Commissione. A questo riguardo, vedi A. PIETROBON, *Articolo 291 TFUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, 2014, p. 1421.

Commissione abbia un potere normativo che vada oltre l'interpretazione delle disposizioni del trattato e degli atti di diritto derivato da svolgersi nell'esercizio della sua funzione di controllo sui regimi di sostegno alle energie rinnovabili e in ossequio ai principi contemplati dal trattato.

6. *Rilievi conclusivi*

Lo stato attuale di sviluppo del quadro normativo sulle energie rinnovabili non consente di prospettare un'armonizzazione dei regimi di sostegno nazionali e un effettivo superamento dell'approccio particolaristico attuato a livello statale. L'auspicata "europeizzazione" dei regimi di sostegno sembra dunque potersi realizzare solo attraverso quelle forme di cooperazione transnazionale - contemplate dalla direttiva 2009/28/CE - al fine di conseguire un migliore coordinamento delle misure adottate a livello nazionale e raggiungere gli obiettivi di sviluppo delle energie rinnovabili nell'Unione europea nel suo complesso.

Cionondimeno proprio la definizione di tale obiettivo comune rende auspicabile un'evoluzione dell'orientamento giurisprudenziale della Corte verso un più equo bilanciamento tra i diversi obiettivi della politica energetica dell'Unione europea. I risultati già raggiunti nello sviluppo delle energie rinnovabili a livello nazionale dovrebbero costituire il punto di partenza per tale cambiamento di prospettiva. D'altro canto, la stessa definizione di auto di stato implica la portata transitoria della loro attuazione che deve esaurirsi nel conseguimento di un obiettivo determinato e definito nel tempo.

L'autonomia normativa riconosciuta agli Stati membri in materia trovava senza dubbio una giustificazione nella prima fase di attuazione della politica dell'Unione in materia di energie rinnovabili ma oggi rischia di perdere di significato in ragione degli stessi risultati conseguiti. A questo riguardo, la stessa Commissione europea ha posto in rilievo come la realizzazione delle traiettorie di sviluppo per gli anni a venire richiederà un approccio integrato da parte degli Stati membri e una maggiore concorrenza tra gli operatori economici. Il mantenimento dell'attuale prospettiva nazionale allo sviluppo delle rinnovabili, oltre a essere anacronistica, rischierebbe di esautorare la portata della politica dell'Unione in materia di energia, entrando in contraddizione con il duplice obiettivo della realizzazione del mercato comune e della tutela ambientale stabilito nel trattato.

ABSTRACT

TERESA MARIA MOSCHETTA

I regimi nazionali di sostegno all'energia prodotta da fonti rinnovabili: questioni di coerenza con i principi del mercato comune dell'Unione europea

La produzione di energia da fonti rinnovabili richiede il ricorso a strumenti di sostegno volti a compensare i fallimenti del mercato e incoraggiare gli investimenti nel settore. Un aspetto che merita rilievo nell'analisi di tali regimi concerne il loro impatto sulla creazione e il funzionamento del mercato interno dell'energia. L'applicazione di tali forme di aiuti, infatti, crea barriere alla libera circolazione e altera la concorrenza a livello transfrontaliero. Lo strumento fondamentale per raggiungere l'obiettivo della creazione del mercato comune dell'energia sembra essere la progressiva "europeizzazione" dei regimi di sostegno mediante atti di soft law che permettono di plasmare le legislazioni interne degli Stati membri senza alterare la portata nazionale delle misure contemplate. Il ricorso a tali strumenti, tuttavia, impone una riflessione sui limiti dell'azione dell'Unione europea e sugli strumenti normativi attuabili in ossequio ai principi che regolano la ripartizione di competenze con gli Stati membri in materia, così come enunciati nell'art. 194 TFUE.

The production of energy from renewable sources needs support schemes to overcome the market failures. The analysis of support schemes for renewable energy emphasizes their impact on the EU energy market. Indeed, the use of support schemes at national level creates barriers to free movement of goods and distorts transnational competition. The creation of an effective EU energy market requires the "Europeanization" of support schemes. This objective is being achieved through soft law instruments that shape legislations of Member States without altering the scope of national support schemes. Nevertheless, the use of soft law raises issues concerning the EU competence

in this field, taking into account the conferral power principle and the scope of the article 194 TFEU.