



AVVOCATI

MILANO  
GENOVA  
PORDENONE

Via Arrigo Boito, 8 ■ 20121 Milano ■ T. +39 02 89 09 65 18 ■ F. +39 02 89 00 396  
Via Roma, 6 ■ 16121 Genova ■ T. +39 010 58 65 09 ■ F. +39 010 58 01 92  
Viale Marconi, 30 ■ 33170 Pordenone ■ T. +39 0434 27 969 ■ F. +39 0434 28 974

Alberto Crivelli  
Michele Giofrè  
Tommaso Ferrario  
Gian Filippo Schiaffino

Piercarlo Antonelli  
Gianluca Vigo Di Torre Bairo  
Mattia Bock \*  
Leda Di Pietro  
Barbara Glaspie  
Francesca Mondini  
Nicholas Parati  
Michela Vasari  
Luigi Caironi  
Vittoria Fusi

Francesco Ascenzi  
Simona Bruno  
Federica Cirella  
Davide Fiocchi  
Vittoria Jesi  
Michael Mora  
Adriano Monaco  
Isabella Marchetti  
Federico Marchili  
Alessandro Vazzola

Beatrice Lenzi  
Giulia Busso  
Luca Veroli  
Andrea Carmine Rizzo  
Jacopo Brizi  
Simona Lucia Armenise

\*  
Dott. Comm.

Milano, 13 marzo 2023

Spettabile  
**Energia Libera**  
viale Masini 12/14  
40126 B O L O G N A

**OGGETTO:** Attuazione dell'art. 38 d.l. 83/2012 – procedimento per l'ottemperanza, avanti all'ARERA, delle sentenze del Consiglio di Stato n. 6096 e n. 6098 del 2022: compatibilità delle misure di flessibilità ed economicità con l'ordinamento euro-unitario in materia di aiuti di Stato – **PARERE**

### I. Premessa

Come noto l'art. 38, comma 2-bis d.l. 83/2012, prevede che “L'Autorità per l'energia elettrica e il gas, entro quattro mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, provvede ad adeguare il sistema delle tariffe di trasporto del gas naturale secondo criteri che rendano più flessibile ed economico il servizio di trasporto a vantaggio dei soggetti con maggiore consumo di gas naturale”.

Con riferimento al procedimento in oggetto, ci è stato chiesto di predisporre un parere circa la possibile qualificazione di una tariffa, che preveda maggiore flessibilità e risparmio per i soggetti altoconsumanti quale “aiuto di Stato” e dunque, circa la compatibilità con l'ordinamento euro-unitario e, segnatamente, con la disciplina dettata in materia di aiuti di Stato *ex art. 107*, paragrafo 1, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), delle misure descritte dall'Autorità.

### II. La Tariffa agevolata per soggetti altoconsumanti e gli aiuti di stato.

1. Come noto, l'art. 107 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea non ammette aiuti di Stato, “Salvo deroghe contemplate dai trattati”. La disposizione prevede un divieto di carattere relativo, per effetto del quale, al ricorrere di determinati presupposti gli aiuti di Stato possono formare oggetto di autorizzazione. Invero, è lo stesso art. 107 TFUE che, al comma 1, stabilisce che: “Salvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza”.

2. Pur essendo di sicuro interesse conoscere i presupposti sulla base dei quali gli aiuti possano essere ritenuti compatibili con il mercato comunitario, nonché il possibile grado di incisività dei poteri rimessi alla Commissione, si rende, in prima istanza, necessario individuare se vi siano elementi nella tariffa in discussione che effettivamente possano essere ritenuti qualificabili come aiuto di Stato; per comprendere, poi, se sussistano ragionevoli argomenti da portare all'attenzione dell'ARERA nel corso

della Consultazione a sostegno di un'approvazione diretta, senza interessamento della Commissione, delle misure di flessibilità ed economicità di cui è questione.

3. In primo luogo, si deve osservare che soggetti beneficiari della normativa comunitaria in materia di aiuti di Stato sono le imprese; conseguendone che, da un punto di vista soggettivo e, dunque, dei destinatari della disciplina, non vi siano dubbi circa il pieno interessamento dei termoelettrici quali potenziali beneficiari della stessa. Invero, per “impresa”, nella qualifica autonoma datane dall'ordinamento comunitario, si deve intendere *“qualsiasi ente che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento”*.

4. Per quanto attiene, invece, alla definizione oggettiva, l'aiuto di Stato, secondo costante giurisprudenza, si caratterizza per la coesistenza di una pluralità di presupposti: (i) la presenza di un'impresa (di cui si è detto), (ii) il coinvolgimento di risorse statali, vale a dire l'imputabilità allo Stato del conferimento di un dato vantaggio e il suo finanziamento tramite risorse statali, (iii) l'obiettivo impossibilità di giustificare il detto vantaggio secondo le normali dinamiche del mercato, (iv) la selettività della misura, (v) la presenza di potenziali effetti sulla concorrenza e sugli scambi all'interno dell'Unione.

Tralasciando il primo presupposto, che, come detto, è pacificamente applicabile nel caso di specie, per quanto attiene al (ii) coinvolgimento di risorse statali, tale elemento si deve dire compresente allorché il vantaggio sia conferito direttamente dalla pubblica autorità, sia essa centrale o periferica, o quando si sia istituito un ente autonomo addetto alla distribuzione dell'aiuto (e.g. GSE S.p.A.); o ancora quando la misura sia concessa da un'impresa pubblica, la quale, a sensi dell'art. 2, lett. b), è qualsiasi impresa nei confronti della quale i poteri pubblici possano esercitare direttamente o indirettamente un'influenza dominante per ragioni di proprietà, partecipazione finanziaria o della normativa che la disciplina. Concludendosi, in ogni caso, che i vantaggi discendenti dalla misura devono essere concessi tramite risorse statali.

La nozione di risorse statali ha assunto, nel tempo, un'interpretazione assai estensiva, tale da ricomprendere tutte le risorse che provengano dal settore pubblico. Derivandone una nozione idonea ad assumere diverse forme, quali sovvenzioni dirette, prestiti, garanzie, prestazioni in natura, nonché iniezioni di capitale, etc.; non essendo necessario che vi sia un effettivo trasferimento di fondi dallo Stato al beneficiario, ma, bastando, in ipotesi, una rinuncia a un'entrata statale (sgravio), o persino, qualora la misura comporti un rischio sufficientemente concreto che si verifichi un onere supplementare per lo Stato. In particolare, come meglio si preciserà in seguito, al fine di stabilire se ricorra il presupposto delle risorse statali è necessario verificare se il controllo di dette risorse sia riconducibile allo Stato e se lo stesso partecipi al processo di redistribuzione.

Passando alla (iii) obiettivo impossibilità di giustificare il vantaggio che un insieme di operatori ritrae dalla misura, deve osservarsi che occorre che si tratti di un vantaggio che non possa essere assimilato a quello che detti operatori avrebbero potuto ricevere nelle normali dinamiche del mercato; non potendosi qualificare come corrispettivo di un servizio o rimborso di un onere imposto dallo Stato. Il vantaggio, deve, infatti, risolversi in un beneficio che non possa trovare causa nella quotidiana dinamica legata all'operatività dell'impresa.

È sotto questo profilo che si ricollega il (iv) criterio della selettività. L'art. 107 TFUE precisa che una misura per poter essere qualificata alla stregua di un aiuto di Stato deve favorire talune imprese o talune produzioni. Specificandosi che misure generali di politica economica e sociale che non favoriscono unicamente talune imprese o la produzione di determinati beni non rientrano nell'orbita applicativa dell'art. 107 stesso, pur dovendosi riconoscere, come meglio si vedrà *infra*, che sia piuttosto complesso individuare il discrimine tra un aiuto di Stato ed una misura generale di politica economica e sociale.

Da ultimo, l'aiuto di Stato deve essere in grado di falsare la concorrenza e di incidere sugli scambi tra Stati membri; non essendo necessario dimostrare l'effettiva incidenza del detto aiuto sugli scambi, ma risultando sufficiente l'idoneità della misura a tal fine.

5. Premesso quanto sopra, utile a comprendere la complessa analisi a cui è chiamata l'Autorità nel decidere se la misura allo studio possa effettivamente qualificarsi come aiuto di Stato (e, dunque, avviare o meno un procedimento avanti alla Commissione), si deve in prima battuta convenire, quantomeno, sulla ragionevolezza del dubbio sollevato da ARERA; non risultando del tutto inverosimile un'attrazione del meccanismo premiale nell'orbita dell'aiuto di Stato.

A tal proposito, per quanto attiene ai (i) destinatari della disciplina si è già detto che non sussistono dubbi, così come per (iii) il conferimento di un vantaggio obiettivamente non giustificabile secondo le normali dinamiche del mercato; non risultando la maggiore flessibilità o economicità della tariffa una contropartita di servizi, oneri o comunque l'effetto di una normale dinamica di mercato. E se anche per (v) l'incidenza del possibile "aiuto" sul mercato e sulla concorrenza si possono avere poche perplessità, più interessanti appaiono il requisito del (ii) coinvolgimento di risorse statali e (iv) la selettività della misura.

Su questi elementi, centrali, si intende spendere qualche riflessione, per individuare alcuni profili rilevanti ai fini della non qualificabilità della misura alla stregua di un aiuto di Stato.

6. Quanto al coinvolgimento di risorse statali, nel corso della sua evoluzione, la giurisprudenza comunitaria ha avuto modo di precisare che rientrano nella nozione di aiuto di Stato solo i vantaggi concessi direttamente o indirettamente mediante risorse statali. Infatti, la distinzione operata da tale norma fra gli aiuti concessi dallo stato e gli aiuti concessi per mezzo di risorse statali non significa che tutti i vantaggi debbano essere considerati aiuti indipendentemente dal fatto che essi siano o meno finanziati tramite risorse statali, ma solamente che nella nozione di aiuto siano ricompresi gli aiuti direttamente concessi dagli stati sia quelli attribuiti da enti pubblici o privati designati o istituiti dagli stati (in termini sentenza del Tribunale 12 dicembre 1996, causa T-358/94, *Air France / Commissione*, EU:T:1996:194).

Al fine di stabilire se si sia in presenza o meno di risorse statali occorre, in particolare, verificare se il controllo di dette risorse sia riconducibile o meno allo Stato e in che misura esso partecipi al procedimento di redistribuzione (cfr. Corte di Giustizia, sentenza 28 marzo 2019, *Repubblica Federale di Germania/Commissione*, causa C-405/16P, EU:C:2019:268). Segnatamente, la Commissione, con la Comunicazione 2016/C 2662/01, ha chiarito che, anche ove le risorse non rientrino nella proprietà della pubblica autorità, il loro trasferimento dà luogo al conferimento di un aiuto di Stato quando le stesse risorse, prima di essere trasferite, siano sotto il controllo pubblico e, quindi, a disposizione delle autorità nazionali (controllo proprietario).

Passando, invece, al requisito della "selettività", deve evidenziarsi che risultano sottratti agli art. 107 e ss. TFUE quei regimi nazionali che, sebbene introducano differenziazioni di trattamento tra imprese, lo facciano in una logica di "sistema", e non "selettiva": nel quadro, cioè, di una modulazione complessiva del regime, che "*risulti dalla natura o dalla struttura del sistema [...] in cui tali provvedimenti si inseriscono*" (cfr. sentenza Corte di Giustizia del 21 giugno 2012, causa C-452/10 P, *BNP Paribas e Banca Nazionale del Lavoro SpA (BNL)/Commissione Europea*, EU:C:2012:366 punto 101).

Se per gli aiuti individuali sia molto più semplice vagliare la sussistenza o meno della selettività, dal momento che si sarà in presenza di una misura che favorisce una sola impresa, la situazione è meno chiara per quanto attiene a misure più ampie, applicabili a tutti i soggetti che soddisfano determinati presupposti. Rispetto a questa seconda ipotesi, l'analisi che la giurisprudenza ha compiuto porta ad escludere la sussistenza di un aiuto di Stato quando il provvedimento premiale risulti giustificato dalla

natura e dalla struttura generale del sistema in cui tale provvedimento si cala (cfr. Corte Giustizia dell'8 settembre 2011, Causa C-279-08 P, *Commissione/Paesi Bassi*, EU:C:2011:551, punto 62, Corte Giustizia 8 novembre 2001, Causa C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, EU:C:2001:598). La *ratio* sottesa a tale esclusione si rinviene nell'obiettivo di attenuare gli oneri che le imprese, nei cui confronti il provvedimento è stato adottato, devono di norma sostenere. A riguardo, la Commissione, nella Comunicazione 2016/C 2662/01, ha osservato che in quest'ipotesi il requisito della "selettività" deve essere valutato attraverso un'analisi trifasica: (i) deve essere individuato il sistema di riferimento; (ii) si deve stabilire se la misura che si vuole introdurre costituisca una deroga al sistema individuato e, da ultimo, (iii) si deve comprendere se sia possibile una giustificazione di detta deroga alla luce della natura e della struttura del sistema di riferimento. Con l'effetto per cui una misura a prima vista selettiva, ove ritenuta giustificabile dalla natura e della struttura generale del sistema, non sarà considerata selettiva e non sarà soggetta all'applicazione dell'art. 107.

7. Alla luce delle sopra esposte coordinate ermeneutiche, si devono compiere alcune considerazioni sul tipo di misura ipotizzata dall'ARERA.

L'Autorità sta verificando la possibilità di introdurre, ove non sia possibile agire sul piano fiscale, dei correttivi a titolo di corrispettivo unitario variabile addizionale "CRVEN".

Si tratterebbe di applicare tale corrispettivo per ogni Smc riconsegnato sulla rete di trasporto a soggetti che consumino quantità superiori a 10 milioni di Smc/anno. L'effetto premiale deriva dal fatto che il corrispettivo sarà di segno negativo, determinando uno sgravio direttamente legato alla quantità di gas prelevata.

Correlativamente, i restanti soggetti aventi punto di riconsegna sulla rete di trasporto con consumi inferiori a 10 milioni Smc/anno si vedranno applicare un corrispettivo unitario variabile addizionale CRVEN di segno opposto, per controbilanciare lo sgravio concesso.

8. Circa il primo dei presupposti che meritano maggiori riflessioni, ossia il coinvolgimento di risorse statali, alle considerazioni dell'Autorità sembra che sia possibile aggiungere qualche spunto, **ossia che per potersi effettivamente parlare di aiuto di Stato, la somma erogata o lo sgravio concesso devono avere un effetto finale sul bilancio statale**; e questo sia in termini diretti, rinunziando lo Stato ad una quota parte del gettito e/o assegnando risorse proprie, che in termini meramente probabilistici, essendo sufficiente dimostrare che, assegnando quel vantaggio, il rischio che l'ammancio determina nel sistema debba essere colmato da risorse statali.

Come sopra cennato e ora maggiormente specificato, il bilancio dello "Stato" deve essere generalmente ed estensivamente inteso quale bilancio afferente ad un ente, autorità, amministrazione indipendente, società a controllo pubblico, amministrazione, comunque denominata, che attinga per il proprio funzionamento a somme pubbliche.

Ancora, affinché la somma possa essere qualificata come "risorsa statale" è sufficiente che questa resti costantemente sotto controllo pubblico e, dunque, a disposizione delle autorità nazionali competenti.

*"60. Si deve, tuttavia, parimenti ricordare che, al fine di stabilire se il vantaggio conferito al beneficiario gravi sul bilancio dello Stato, occorre verificare se sussista un nesso sufficientemente diretto tra, da un lato, tale vantaggio e, dall'altro, una riduzione del bilancio statale o un rischio economico sufficientemente concreto di oneri gravanti sul medesimo (v., in tal senso, sentenze dell'8 settembre 2011, Commissione/Paesi Bassi, C-279/08 P, EU:C:2011:551, punto 111; del 19 marzo 2013, Bouygues et Bouygues Télécom/Commissione e a. e Commissione/Francia e a., C-399/10 P e C-401/10 P, EU:C:2013:175, punto 109; del 9 ottobre 2014, Ministerio de Defensa e Navantia, C-522/13, EU:C:2014:2262, punto 47, nonché del 16 aprile 2015, Trapeza Eurobank Ergasias, C-690/13, EU:C:2015:235, punto 19).*

[...]

75. Ora, senza che sia necessario pronunciarsi sulla fondatezza della qualificazione come concessione statale accolta dal Tribunale, si deve rilevare che, se è pur vero che gli elementi assunti dimostrano che il sostegno all'elettricità EEG, attuato dall'EEG 2012, è stabilito ex lege, il che implica un'impronta statale sui meccanismi istituiti dalla stessa EEG 2012, tali elementi non sono tuttavia sufficienti per affermare che lo Stato detenesse peraltro un potere di disposizione sui fondi gestiti ed amministrati dai GRT.

76. In particolare, la circostanza che i fondi derivanti dalla sovrattassa EEG sono destinati, in base alla disciplina dell'EEG 2012, esclusivamente al finanziamento dei regimi di sostegno e di compensazione non implica che lo Stato possa disporre, ai sensi della giurisprudenza richiamata al punto 57 supra. Tale criterio ex lege di destinazione esclusiva dei fondi provenienti dalla sovrattassa EEG tende piuttosto proprio a dimostrare, in assenza di qualsivoglia elemento in senso contrario, l'assenza di un potere dispositivo dello Stato sui fondi medesimi, vale a dire del potere di decidere una destinazione differente rispetto a quella prevista dall'EEG 2012" così Corte di Giustizia, sentenza 28 marzo 2019, Repubblica Federale di Germania/Commissione, causa C-405/16P, EU:C:2019:268).

Il che ci porta a concludere che la gestione del corrispettivo unitario addizionale CRVEN non sembra poter interessare il bilancio statale, né essere sotto il diretto controllo dello Stato o di altra amministrazione, nel senso inteso dalla giurisprudenza, ossia potenzialmente dirottabile verso altre finalità di proprio interesse.

9. Passando, ora, al secondo elemento che presenta una qualche evidenza di opportuna rimeditazione (la selettività), sembrano sussistere possibili margini di discussione.

È pur vero che la misura interessa solo una parte dei soggetti astrattamente altoconsumanti (intendendosi, per questi ultimi, i soggetti aventi punti di riconsegna sulla rete di trasporto), ma è altrettanto vero che il meccanismo premiale non risulta indirizzato ad una certa produzione, né ad una certa società, essendo indistintamente rivolto a chiunque abbia una produzione eccedente 10 milioni Smc/annui. Derivandone che numerose industrie di settore – ceramica, cartaria, metallurgia, cementista, termoelettrica, etc. – risulteranno indistintamente interessate dalla misura, senza apparente selettività a priori; ma per effetto di una misura necessitata dalla rilevata condizione di sofferenza dell'industria maggiormente dipendente dal gas.

Quanto sopra premesso, e per esigenza di sintesi si può passare a mettere in luce il principio confermato dalla giurisprudenza secondo cui “Come risulta dal testo dell’art. 92, n. 1 del Trattato, un vantaggio economico concesso da uno stato membro costituisce un aiuto solo se, presentando una determinata selettività, è tale da favorire “talune imprese o talune produzioni” rispetto ad altre imprese che si trovano in una situazione fattuale o giuridica analoga tenuto conto dell’obiettivo perseguito dal detto regime. Di conseguenza, un provvedimento statale che avvantaggia indistintamente l’insieme delle imprese ubicate nel territorio nazionale non può costituire un aiuto di stato” (C-143/99 Adria Wien: punti da 33 a 42). Potendosi, dunque, sostenere che le imprese maggiormente gasivore risultano più di altre (in primis, più di quelle la cui produzione non dipende in maniera così marcata dagli approvvigionamenti di gas) penalizzate dalle condizioni di mercato vigenti al momento del varo della disciplina, e formulando alcune riflessioni circa la sussistenza o meno di “altre imprese che si trovano in una situazione fattuale o giuridica analoga tenuto conto dell’obiettivo perseguito dal detto regime”. E ancora “La Commissione addebita, in sostanza, al Tribunale di aver dichiarato, ai punti 64 e 65 della sentenza impugnata, che la presenza di un vantaggio selettivo non può essere dedotta dal semplice fatto che un operatore si trovi in una posizione avvantaggiata rispetto ad altri operatori, una volta che lo Stato membro interessato si è limitato ad esercitare, legittimamente, il suo potere di regolamentazione

*a causa dell'evoluzione del mercato" (C-15/14 Commissione/MOL: punto 60, 61, 64 e 82). Essendosi sopra chiarito che sicuramente lo Stato, con il d.l. 83/2012, ha agito per porre riparo a condizioni di mercato particolarmente sfavorevoli, potendo, almeno astrattamente, la misura rientrare nell'ambito di misure generali di politica economica e sociale.*

Invero, non può trascurarsi che la misura trae origine dal d.l. 83/2012; un decreto legge, per l'appunto, strumento riservato dal nostro Ordinamento Costituzionale per la c.d. "legislazione emergenziale". Il d.l. 83/2012, recante "*Misure urgenti per la crescita del Paese*", contiene un insieme di previsioni normative dettate per numerosi settori, tra cui edilizia, trasporti, amministrazione digitale, sviluppo economico, crisi aziendale, etc. Tra queste anche "*Misure per lo sviluppo e il rafforzamento del settore energetico*", suddivise in 9 articoli; potendosi osservare che l'insieme delle norme possa assumere le vesti di un intervento volto a disciplinare o ri-disciplinare il settore energetico per renderlo più efficiente e competitivo nel suo insieme. E così anche l'art. 38 del d.l. 83/2012, recante "*Semplificazioni delle attività di realizzazione di infrastrutture energetiche e liberalizzazioni nel mercato del gas naturale*"; conseguendone che la misura allo studio altro non rappresenta che un elemento di una serie di disposizioni introdotte in un più generale ambito di tutela disciplinato a garanzia dello sviluppo e del rafforzamento del settore energetico nel contesto delle "*Misure urgenti per la crescita del Paese*". Il che potrebbe rappresentare un presupposto ragionevolmente idoneo a circoscrivere e giustificare l'esercizio del potere discrezionale delle amministrazioni pubbliche.

\* \* \*

Confidando di aver risposto al quesito posto, si rimane a disposizione per qualsivoglia delucidazione e ringraziando per la fiducia accordata, si porgono i migliori.