

N. ____/____ REG.PROV.COLL.
N. 10040/2022 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 10040 del 2022, proposto dall’Autorità di regolazione per energia reti e ambiente – A.R.E.R.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall’Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

contro

GG Garbin s.a.s. di Giuseppe Garbin & C., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Cesare Mainardis, Mario Nussi e Aldo Travi, con domicilio digitale presso gli stessi in assenza di elezione di domicilio fisico in Roma;

nei confronti

Gestore dei Servizi Energetici – GSE S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso, anche disgiuntamente, dagli avvocati Gianluigi Pellegrino e Antonio Pugliese, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, corso del Rinascimento n. 11;

Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero della Transizione Ecologica (oggi

Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica), Ministero dello Sviluppo Economico (oggi Ministero delle Imprese e del Made in Italy), Cassa per i servizi energetici e ambientali, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione prima, del 9 febbraio 2023, n. 356, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Gestore dei Servizi Energetici – GSE S.p.A. e della GG Garbin s.a.s. di Giuseppe Garbin & C.;

Visto il ricorso incidentale d'appello proposto dal Gestore dei Servizi Energetici – GSE S.p.A.;

Visto il ricorso incidentale d'appello proposto dalla GG Garbin s.a.s. di Giuseppe Garbin & C.;

Vista l'ordinanza del 18 gennaio 2023, n. 203, con cui è stata sospesa l'esecutività del dispositivo della sentenza appellata;

Viste le memorie;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 novembre 2025 il cons. Francesco Guarracino e uditi per le parti gli avvocati Cesare Mainardis, Valeria Pellegrino, in sostituzione dell'avv. Gianluigi Pellegrino, e l'avvocato dello Stato Luigi Simeoli;

Premesso che:

- oggetto del presente giudizio di appello è la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione prima, del 9 febbraio 2023, n. 339, con la quale il giudice di primo grado ha annullato, ritenendola viziata sul piano istruttorio e motivazionale, la deliberazione dell'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente (A.R.E.R.A.) del 21 giugno 2022, n. 266/2022/R/eel, adottata in attuazione dell'articolo 15-bis del decreto-legge 27 gennaio 2022, n. 4, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 28 marzo 2022, n. 25;

- contro detta sentenza hanno proposto appello, per quanto di rispettivo interesse, l'A.R.E.R.A., con ricorso principale, nonché, con ricorsi incidentali, il Gestore dei Servizi Energetici – GSE S.p.A. e la GG Garbin s.a.s. di Giuseppe Garbin & C.;
- in particolare, la GG Garbin s.a.s. critica la sentenza di primo grado nella parte in cui ha affermato che l'articolo 15-bis del decreto legge n. 4 del 2022 sarebbe stato compatibile con la normativa comunitaria, sostenendo che, in realtà, il contrasto con quest'ultima sarebbe manifesto e avrebbe dovuto comportare la disapplicazione della disposizione legislativa italiana e l'annullamento, in via derivata, di tutti gli atti impugnati;
- insiste, perciò, nel chiedere che sia rimessa alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale relativa alla conformità dell'articolo 15 bis cit. con la configurazione dell'attività di produzione di energia elettrica delineata nella Direttiva UE 2019/944 (articoli 3 e 5; considerando n. 22) e con i principi richiamati nella comunicazione della Commissione europea dell'8 marzo 2022, COM(2022) 108 *final* e nei relativi allegati, come ulteriormente precisati nel regolamento (U.E.) n. 2022/1854 del 6 ottobre 2022, prospettando in particolare un quesito così formulato: “(...) *se l'art. 122, § 1, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea e l'art. 5 della direttiva del Parlamento e del Consiglio n. 2019/944, del 5 giugno 2019, con norme comuni sul mercato interno dell'energia elettrica, possano essere interpretati nel senso che sia consentito ad uno Stato dell'Unione di imporre un tetto per i ricavi degli operatori che producono e cedono energia elettrica da fonte rinnovabile in misura sensibilmente inferiore al prezzo di mercato e, in particolare, in misura sensibilmente inferiore al tetto per i ricavi fissato dall'art. 6 del regolamento n. 2022/1854/UE*”;
- nelle more, il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, nell'ambito di un altro giudizio sulla legittimità della deliberazione n. 266/2022/R/eel nonché della deliberazione n. 143/2023/R/EEL del 4 aprile 2023 adottata anch'essa dall'ARERA in attuazione dell'art. 15 *bis* del decreto-legge n. 4 del 2022, con

ordinanza n. 1744 del 7 luglio 2023 ha sottoposto alla Corte di giustizia i seguenti quesiti interpretativi:

“se l’art. 5 par 4 della Direttiva UE 2019/944, i considerando nn. 3 e 12 della Direttiva UE 2018/2001, i considerando nn. 27, 28, 29, 39, l’art. 6 par. 1, l’art. 8 par. 2 del Regolamento n. 2022/1854/UE, ostano a una disciplina nazionale che individui un tetto sui ricavi di mercato ottenuti dalla vendita di energia elettrica con le modalità previste dall’articolo 15 bis del D.L. 27.1.2022 n. 4, che non garantisca ai produttori di mantenere il 10% dei ricavi al di sopra dello stesso tetto”;

“se l’art. 5 par 4 della Direttiva UE 2019/944, i considerando nn. 2, 3 e 12 della Direttiva UE 2018/2001, i considerando nn. 27, 28, 29, 39, l’art. 6 par. 1, l’art. 8 par. 2 lett b) e c) del Regolamento n. 2022/1854/UE, ostano a una disciplina nazionale che individui un tetto sui ricavi di mercato ottenuti dalla vendita di energia elettrica con le modalità previste dall’articolo 15 bis del D.L. 27.1.2022 n. 4, che non preservi ed incentivi gli investimenti nel settore delle energie rinnovabili”;

“se il considerando n. 3 della Direttiva UE 2018/2001, i considerando nn. 27 e 41, l’art. 7 par. 1, lett. h, i e j, l’art. 8 par. 1 lett. a) e d) e par. 2 del Regolamento n. 2022/1854/UE, ostano a una disciplina nazionale che individui un tetto sui ricavi di mercato ottenuti dalla vendita di energia elettrica con le modalità previste dall’articolo 15 bis del D.L. 27.1.2022 n. 4, che non preveda alcun tetto specifico ai ricavi ottenuti dalla vendita di energia prodotta a partire da carbon fossile, né una disciplina differenziata in relazione alle diverse fonti di produzione”;

Considerato che:

- all’udienza del 5 dicembre 2023, su concorde richiesta di tutte le parti costituite, la trattazione nel merito del presente giudizio è stata rinviata ad altra udienza, per esigenze di economia processuale e parità di trattamento, nelle more della pronuncia della Corte di giustizia sulla predetta domanda di pronuncia pregiudiziale

(causa C-423/23, *Secab*), sull'assunto della sua rilevanza ai fini del presente contenzioso;

- analogo rinvio è stato disposto alle udienze del 29 ottobre 2024 e del 1° aprile 2025, sempre su istanza delle parti, atteso che la causa C-423/23 risultava discussa dinanzi alla Corte in data 6 novembre 2024 e che in data 6 febbraio 2025 l'Avvocato generale aveva presentato le sue conclusioni;

- in esecuzione di quanto disposto dal collegio giudicante nel corso dell'udienza del 1° aprile 2025, la segreteria della Sezione ha formulato una richiesta di informazioni alla cancelleria della Corte di giustizia sullo stato della controversia e la data presunta del deposito della decisione;

- in data 15 aprile 2025, il cancelliere (*administrateur de greffe*) della Corte ha comunicato che la Cancelleria non ha alcuna informazione al riguardo, essendo in attesa della delibera della Corte, e che, non appena ricevuto istruzioni, avrebbe comunicato la data prevista per la pronuncia;

- all'udienza del 21 ottobre 2025, su istanza delle parti, è stato disposto un ulteriore rinvio all'udienza del 18 novembre 2025 per la sola discussione orale della causa;

- all'udienza del 18 novembre 2025, non essendo pervenuta notizia sull'esito della causa C-423/23, le parti hanno provveduto alla discussione orale della controversia;

Visto l'articolo 267, paragrafi 2 e 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE);

Considerato che la Corte di giustizia dell'Unione europea ha chiarito che l'articolo 267 TFUE dev'essere interpretato nel senso che un giudice nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi alcun ricorso giurisdizionale di diritto interno può astenersi dal sottoporre alla Corte una questione di interpretazione del diritto dell'Unione, e risolverla sotto la propria responsabilità, qualora la corretta interpretazione del diritto dell'Unione “*si imponga con un'evidenza tale da non lasciar adito ad alcun ragionevole dubbio*” e che “[l']esistenza di una siffatta eventualità dev'essere valutata in base alle caratteristiche proprie del diritto

dell'Unione, alle difficoltà particolari relative alla sua interpretazione e al rischio di divergenze giurisprudenziali in seno all'Unione europea", pur con la precisazione che "[t]ale giudice nazionale non è tenuto a dimostrare in maniera circostanziata che gli altri giudici di ultima istanza degli Stati membri e la Corte adotterebbero la medesima interpretazione, ma deve aver maturato la convinzione, sulla base di una valutazione che tenga conto dei citati elementi, che la stessa evidenza si imponga anche agli altri giudici nazionali in parola e alla Corte" (cfr. ordinanze del 27 aprile 2023, cause C-482/22, Associazione Raggio Verde, ECLI:EU:C:2023:404 e C-495/22, Ministero della Giustizia (Concours de notaire), ECLI:EU:C:2023:405);

Ritenuto che, nel caso in esame, non sussistano le condizioni per escludere l'obbligo di rinvio pregiudiziale, poiché: (i) l'interpretazione richiesta è in diretto rapporto con l'oggetto del procedimento principale, in quanto dalla compatibilità dell'articolo 15 *bis* del decreto-legge n. 4 del 2022 con il diritto dell'Unione dipende, in ultima analisi, la legittimità della deliberazione dell'ARERA di attuazione dello stesso articolo 15-*bis*, la quale costituisce questione controversa nel presente giudizio; (ii) non ricorre un'ipotesi di *acte éclairé*, poiché le disposizione di diritto dell'Unione di cui si tratta non sono già state interpretate dalla Corte; (iii) non ricorre un'ipotesi di *acte claire*, nel senso precisato dalla Corte con gli arresti sopra richiamati, come qui di seguito sarà illustrato;

Ritenuto, pertanto, di rimettere alla Corte di giustizia dell'Unione europea le seguenti questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione del diritto dell'Unione:

OGGETTO DEL PROCEDIMENTO PRINCIPALE E FATTI RILEVANTI

1. – Il procedimento pendente davanti a questo Consiglio di Stato è un giudizio di appello il cui oggetto è la domanda di riforma della sentenza (n. 356 del 9 febbraio 2023) con la quale il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia ha accolto, nei limiti esposti in motivazione, il ricorso proposto dalla GG Garbin s.a.s.

avverso la deliberazione dell'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente del 21 giugno 2022 n. 266/2022/R/eel e ha annullato la deliberazione medesima, con conseguente caducazione anche degli atti, parimenti impugnati, del Gestore dei Servizi Energetici - GSE S.p.A. meramente consequenziali a quella deliberazione e ad essa legati da un vincolo di presupposizione necessaria.

2. – La società GG Garbin s.a.s. è titolare di nove impianti fotovoltaici e beneficia di misure incentivanti.

3. – Essa ha promosso il giudizio di primo grado, con ricorso notificato il 12 settembre 2022, avendo ricevuto, nel luglio 2022, una comunicazione di inclusione nel perimetro degli impianti interessati dall'articolo 15-*bis* del decreto legge 27 gennaio 2022, n. 4, convertito, con modificazioni, nella legge 28 marzo 2022, n. 25.

4. – L'articolo 15-*bis* del decreto legge n. 4 del 2020 ha introdotto, mediante un meccanismo di «*compensazione “a due vie” sul prezzo dell'energia*», un tetto sui ricavi dei produttori di energia da fonti rinnovabili con riferimento agli impianti fotovoltaici di potenza superiore a 20 kW che beneficino di premi fissi (derivanti dal meccanismo del Conto Energia) non dipendenti dai prezzi di mercato, nonché agli impianti di potenza superiore a 20 kW alimentati da fonte solare, idroelettrica, geotermoelettrica ed eolica in esercizio da prima del 2010 che non accedono a meccanismi di incentivazione.

Detto meccanismo si fondava sul raffronto tra il prezzo di mercato praticato dai produttori e un prezzo di riferimento indicato, per ciascuna zona di mercato, nell'allegato I-*bis* allo stesso decreto legge.

In base a quanto previsto dal comma 4 dell'articolo 15-*bis*, ove il prezzo di riferimento fosse risultato inferiore al prezzo di mercato, il Gestore dei Servizi Energetici (d'ora in poi: “il GSE”) provvedeva a richiedere al produttore l'importo corrispondente o procedeva al congruaggio con gli incentivi dovuti, mentre, ove il prezzo di riferimento fosse risultato superiore al prezzo di mercato, erogava la differenza al produttore.

5. – Questo meccanismo, destinato in origine a trovare applicazione dal 1° febbraio

2022 al 31 dicembre 2022, è stato prorogato sino al 30 giugno 2023 dall'articolo 11 del decreto legge 9 agosto 2022 n. 115, convertito, con modificazioni, nella legge 21 settembre 2022, n. 142.

6. – L'articolo-15 *bis* del decreto legge n. 4 del 2020 ha rimesso all'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente (d'ora in poi: "l'ARERA") l'adozione della «disciplina [del]le modalità con le quali è data attuazione alle disposizioni» concernenti il meccanismo di compensazione a due vie.

7. – In attuazione delle suddette disposizioni, l'ARERA ha adottato la deliberazione del 21 giugno 2022, n. 266/2022/R/eel, contro la quale (e contro i conseguenti atti adottati dal GSE) le società sopra menzionate hanno promosso un'azione di annullamento innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia.

8. – Successivamente, a fronteggiare il forte rincaro dei prezzi dell'energia elettrica registrato nell'Unione a seguito del conflitto in Ucraina è intervenuto il regolamento (UE) 2022/1854 del Consiglio del 6 ottobre 2022, il quale ha previsto l'imposizione di un tetto obbligatorio sui ricavi di mercato dei produttori di energia elettrica generata da fonti rinnovabili ivi elencate (articoli 6 e 7) e un contributo di solidarietà temporaneo a carico di imprese e stabili organizzazioni dell'Unione che svolgono attività nei settori del petrolio greggio, del gas naturale, del carbone e della raffinaria (articolo 14).

Il regolamento consente agli Stati membri di adottare misure nazionali di crisi con cui, tra l'altro, possono mantenere o introdurre misure che limitano ulteriormente i ricavi di mercato dei produttori di elettricità dalle fonti rinnovabili indicate nell'articolo 7, paragrafo 1, ovvero, a date condizioni, fissare un tetto più elevato per i ricavi di mercato degli stessi produttori o mantenere o introdurre misure nazionali volte a limitare i ricavi di mercato dei produttori che producono elettricità da fonti che non rientrano nell'articolo 7, paragrafo 1.

9. – Avvalendosi di tale facoltà, in dichiarata attuazione del regolamento (UE) 2022/1854 lo Stato italiano ha previsto, con l'articolo 1, commi 30-38, della legge

29 dicembre 2022 n. 197 (“Bilancio di previsione dello Stato per l’anno finanziario 2023 e bilancio pluriennale per il triennio 2023-2025”), l’applicazione, dal 1° dicembre 2022 al 30 giugno 2023, di un tetto sui ricavi di mercato ottenuti dalla produzione di energia elettrica, affidato, stavolta, a un meccanismo di compensazione a una via, all’uopo specificamente disciplinato.

10. – A sostegno della domanda di annullamento proposta nel giudizio di primo grado, la ricorrente ha dedotto il contrasto dell’articolo 15 *bis* del decreto legge n. 4 del 2020 con il diritto dell’Unione e con principi e disposizioni della Costituzione italiana, nonché la presenza di vizi propri della deliberazione dell’ARERA.

11. – Nella sentenza appellata nel presente giudizio, il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (d’ora in poi: “il T.a.r.”) ha sostenuto la necessità di dare all’articolo 15 *bis* del decreto legge n. 4 del 2020 un’interpretazione conforme al diritto dell’Unione, inserendolo in modo coerente nel quadro euro-unitario di riferimento *«composto da disposizioni sia antecedenti, sia successive alla sua entrata in vigore»*.

Per ricostruire quel quadro, il T.a.r. ha indicato l’art. 8, paragrafo 2, lett. c) del regolamento (U.E.) n. 2022/1854, laddove impone agli Stati membri di garantire la copertura “degli investimenti e dei costi di esercizio”, il quale si porrebbe in continuità con la precisazione, contenuta nella direttiva (UE) 2019/944 del 5 giugno 2019, secondo la quale gli interventi pubblici di fissazione dei prezzi devono essere “stabiliti a un prezzo al di sopra del costo”, in coerenza con l’esigenza (considerando n. 20) che i prezzi stessi forniscano il giusto incentivo allo sviluppo della rete e agli investimenti di nuova generazione di energia elettrica.

Ha richiamato, inoltre, la comunicazione «*REPowerEU*» della Commissione europea datata 8 marzo 2022 [COM(2022) 108 final], nella parte in cui avrebbe esplicitato che le misure di emergenza che gli Stati membri possono assumere con riferimento ai proventi straordinari derivati dall’incremento del prezzo del gas devono, comunque, consentire ai “produttori di energia elettrica di coprire i costi e proteggere i segnali di mercato a lungo termine”, nonché nella parte relativa alle

misure incidenti sugli “utili inframarginali”, dirette cioè a catturare alcuni rendimenti ottenuti da determinati produttori di energia elettrica, che, oltre a dover essere limitati nel tempo e collegati a una specifica situazione di crisi, devono “recuperare unicamente una quota degli utili effettivamente realizzati” (v. Allegato 2 alla comunicazione cit.).

Il T.a.r. ne ha tratto la conclusione che *«[i]l quadro normativo richiamato palesa che gli interventi sugli extraprofitti devono, da un lato, avere ad oggetto gli utili realizzati e non i ricavi, dall’altro, garantire comunque la copertura dei costi di investimento e dei costi di gestione»*.

Con maggior dettaglio, ha osservato che esso *«impone di assicurare la copertura dei costi di esercizio e di investimento, di incidere solo sugli “utili inframarginali”, così da recuperare solo “utili effettivamente realizzati”, nel contesto di una disciplina che deve essere aderente ai canoni di proporzionalità e di divieto di discriminazione tra i diversi operatori, sia nel senso di non trattare diversamente produttori di energia da FER che versano nella stessa situazione, sia nel senso di considerare in sede di attuazione le differenze che sussistono tra i diversi produttori titolari di impianti alimentati da fonti rinnovabili anche dello stesso tipo»*.

Ebbene, secondo il giudice di primo grado l’art. 15 *bis* del decreto legge n. 4 del 2022 indica un metodo di calcolo finalizzato all’individuazione degli extraprofitti, ma non reca ulteriori precisazioni in ordine all’effettiva consistenza delle partite economiche cui va riferito tale meccanismo, né esclude che debbano essere considerati i costi di investimento e quelli di gestione e, più in generale, tutti gli elementi decisivi per l’emersione dell’utile inframarginale effettivamente realizzato.

Il coinvolgimento dell’ARERA nell’attuazione della norma, che non sarebbe limitato alla determinazione di modalità meramente operative, ossia ad un’attività di mera esecuzione, bensì comporterebbe l’esercizio di poteri discrezionali propri

dell'Autorità di regolazione del settore, permetterebbe di recuperare, in sede di adozione della disciplina di dettaglio, gli elementi che consentirebbero di inserire in modo armonico la misura introdotta dall'art. 15 *bis* cit. nel quadro euro-unitario di riferimento.

Pertanto, spetterebbe all'ARERA assicurare l'applicazione del meccanismo soltanto agli utili inframarginali effettivamente realizzati dagli operatori interessati dalla misura e la copertura dei loro investimenti e dei loro costi di esercizio.

Da qui la conclusione del T.a.r., secondo cui la deliberazione impugnata è viziata sul piano istruttorio e motivazionale, proprio e soltanto per aver omesso, in modo irragionevole, di individuare sul piano tecnico e di valorizzare sul piano della disciplina regolatoria tutti i fattori che conducono a definire le partite economiche funzionali all'emersione dell'utile inframarginale effettivamente realizzato dagli operatori interessati dalla misura.

12. – Nel presente grado di appello, al netto delle prospettate questioni di legittimità costituzionale sulle quali qui non è necessario soffermarsi, l'ARERA e il GSE hanno sostenuto che il giudice di primo grado sarebbe incorso in errore poiché l'art. 15 *bis* del decreto legge n. 4 del 2022 avrebbe delineato in modo completo ed esaustivo il funzionamento del meccanismo di compensazione a due vie, vincolando in modo puntuale l'attività amministrativa successiva, e, in particolare, non avrebbe attribuito ad ARERA alcun potere discrezionale in materia, limitando l'intervento della stessa all'individuazione delle sole “modalità applicative” della misura.

Ciò sarebbe pienamente compatibile con le fonti comunitarie, le quali disporrebbero soltanto che il “tetto” stabilito nei confronti degli operatori economici non comprometta la “copertura dei costi”, il che sarebbe cosa diversa dall'emersione del cd. “utile inframarginale effettivamente realizzato” desunto in via interpretativa dal T.a.r.

In particolare, il tetto delineato dal regolamento (U.E.) n. 2022/1854 riguarderebbe soltanto i ricavi di mercato, prescindendo dal computo dei costi e, *a fortiori*, degli

utili d'impresa, il che troverebbe conferma nel fatto che lo stesso regolamento, quando disciplina il diverso istituto giuridico del contributo fiscale di solidarietà, stabilisce espressamente che esso è calcolato sugli utili imponibili (articolo 15).

Quanto all'esigenza di “*assicurare la copertura dei costi di esercizio e di investimento*”, di cui all'articolo 8, par. 2, lett. c), dello stesso regolamento, essa sarebbe già pienamente assicurata dall'art 15-bis del decreto legge n. 4 del 2022 e dalla deliberazione attuativa dell'ARERA.

Invece, l'articolo 5 (rubricato “Prezzi di fornitura basati sul mercato”) della direttiva (UE) n. 2019/944, riguardando interventi volti a determinare prezzi amministrati di fornitura, riguarderebbe fattispecie che nulla hanno in comune con l'adozione di misure eccezionali e temporanee volte a stabilire un tetto straordinario sui ricavi di mercato di talune imprese produttrici di energia elettrica.

13. – Secondo l'originaria ricorrente GG Garbin s.a.s., invece, l'articolo 15 bis del decreto legge n. 4 del 2022 sarebbe in contrasto con l'articolo 122, § 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e con l'articolo 5 della direttiva (U.E.) n. 2019/944 del 5 giugno 2019, oltre che con i principi di cui alla comunicazione della Commissione europea dell'8 marzo 2022, COM(2022) 108 *final* e al regolamento (U.E.) n. 2022/1854 del 6 ottobre 2022, per il fatto di imporre un tetto per i ricavi degli operatori che producono e cedono energia elettrica da fonte rinnovabile in misura sensibilmente inferiore al prezzo di mercato e, in particolare, in misura sensibilmente inferiore al tetto per i ricavi fissato dall'art. 6 del citato regolamento n. 2022/1854;

MOTIVI DEL RINVIO PREGIUDIZIALE

14. – Il meccanismo di compensazione a due vie previsto dall'articolo 15-bis del decreto legge n. 4 del 2022, originariamente destinato ad operare per il periodo dal 1° febbraio 2022 al 31 dicembre 2022 e la cui applicazione è stata prorogata al 30 giugno 2023 dal decreto legge n. 115 del 2022, è antecedente all'entrata in vigore del regolamento (UE) n. 2022/1854 e della legge n. 127 del 2022, la quale ha

sostituito ad esso l'applicazione, dal 1° dicembre 2022 al 30 giugno 2023, di un tetto sui ricavi mediante un meccanismo di compensazione a una via.

15. – Lo stesso vale per la deliberazione dell'ARERA impugnata nel giudizio di primo grado e annullata dal T.a.r. con la sentenza appellata.

16. – Per quanto concerne il contesto normativo dell'epoca, nelle conclusioni rassegnate nella causa C423/23 *Secab* l'Avvocato generale ha espresso l'avviso che l'articolo 5 della direttiva (UE) 2019/944, poiché riguarda gli interventi degli Stati membri sul mercato al dettaglio dell'energia elettrica e verte sui prezzi di vendita dell'energia elettrica ai consumatori finali da parte dei fornitori di energia elettrica, non assume rilievo nei confronti di un intervento che riguarda la fissazione di un tetto sui ricavi ottenuti dai produttori di energia elettrica sul mercato all'ingrosso, il quale, invece, è specificamente disciplinato dal regolamento (UE) n. 2022/1854 (cfr. punti 36 e 38 delle conclusioni cit.).

17. – Occorre aggiungere che la misura in contestazione non persegue una finalità di sostegno di famiglie e imprese (tanto è vero che l'articolo 15 *bis* non pone un vincolo di destinazione sulle somme incassate dai produttori in applicazione del meccanismo di compensazione a due vie), bensì quella di recuperare dai produttori di energia elettrica generata da impianti fotovoltaici già beneficiari di premi fissi, indipendenti dai prezzi di mercato, e dai produttori di energia da impianti a fonti rinnovabili non incentivati, ma ormai ammortizzati, gli extra margini che avevano ottenuto a seguito dell'incremento del prezzo dell'energia sul mercato *spot*, il quale era dovuto all'aumento congiunturale del prezzo del gas naturale, collocatosi su livelli molto più elevati rispetto a quelli correnti o, comunque, prevedibili quando erano state adottate le decisioni d'investimento ed era stato definito il livello dell'incentivo (cfr. il *dossier* del 16 marzo 2022 sul c.d. Decreto Sostegni -*ter*, D.L. 4/2022 – A.S. 2505, pag. 172 ss., nonché il *dossier* del 18 marzo 2022 contenente le relative Schede di lettura, pag. 181 ss., redatti dai Servizi Studi di Senato e Camera dei deputati; ivi, tra l'altro, s'individuano le ragioni

dell'esclusione del meccanismo ai piccoli impianti fino a 20 kW nel basso volume di energia interessato, nell'ampio numero di tali impianti e nel fatto che gli stessi sono spesso legati a configurazioni di autoconsumo di famiglie e piccole imprese).

18. – Le predette circostanze, unitamente alla natura temporanea ed eccezionale della misura, per come legata al repentino aumento del prezzo dell'energia elettrica in connessione allo scoppio del conflitto russo-ucraino, concorrono a escludere, in difetto di circostanziate e comprovare allegazioni in senso contrario, che essa sia stata distorsiva del mercato e della competizione, all'interno del funzionamento del mercato all'ingrosso dell'energia elettrica, in violazione dei principi in materia di funzionamento del mercato interno dell'Unione e, in particolare, dell'art. 3 del Trattato sull'Unione europea e degli artt. 107, 108 e 194 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, tanto più che lo stesso legislatore europeo ha riconosciuto che, per lo meno a partire dal febbraio 2022, il drastico e duraturo aumento dei prezzi si differenziava sostanzialmente da una normale situazione di mercato (si veda il considerando 28 del regolamento n. 2022/1854).

19. – Tuttavia, a fronte dei dubbi già manifestati dalla giurisprudenza nazionale, soltanto una decisione della Corte di giustizia può definitivamente chiarire – per il che questo Consiglio di Stato ritiene di dover sottoporre alla Corte una prima questione pregiudiziale - se l'articolo 5, paragrafi 3 e 4, della direttiva (UE) 2019/944, quando consente agli Stati membri di attuare interventi pubblici nella fissazione dei prezzi di fornitura dell'energia elettrica ai clienti civili in condizioni di povertà energetica o vulnerabili, peraltro subordinatamente alla ricorrenza di determinate condizioni, debba essere interpretato nel senso che osta, *a contrario*, all'applicazione di una disciplina nazionale, quale quella contenuta nell'articolo 15-bis del decreto legge 27 gennaio 2022, n. 4, convertito, con modificazioni, nella legge 28 marzo 2022, n. 25, che individui un tetto sui ricavi sul mercato all'ingrosso dell'energia elettrica.

20. – Nel caso in cui la risposta al precedente quesito fosse negativa, per questo Consiglio di Stato non si pone, nella concreta fattispecie in esame, anche la

necessità di chiarire - sulla falsariga dei dubbi sollevati dalla Corte costituzionale belga con riferimento alla legittimità del regolamento (UE) n. 2022/1854 (cfr. la domanda di pronuncia pregiudiziale nella causa C-467/24, *2Valorise Ham e a.*, pendente alla Corte di giustizia, in particolare sesta questione) - se ad ostare a una disciplina come quella italiana sia, invece, la libertà di impresa garantita dall'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e ciò in quanto non vi è alcuna evidenza, nel presente giudizio, che il tetto sui ricavi abbia impedito alle ricorrenti di recuperare i loro costi di investimento e di esercizio; mentre, quanto al parametro costituito dal rispetto del principio di proporzionalità nell'applicazione di restrizioni alla libertà di determinare il prezzo di una prestazione, si tratta di questione che non attiene alla corretta interpretazione delle disposizioni di diritto europeo da cui si ricava tale principio, ma al suo rispetto in concreto.

21. – Qualora, invece, la risposta al quesito fosse positiva, nel senso cioè del carattere ostativo della direttiva (UE) n. 2019/944, si pone il problema se la previsione dell'articolo 8, par. 1 lett. a) del regolamento (UE) n. 2022/1854, che è norma sopravvenuta al decreto legge n. 4 del 2022 e al provvedimento applicativo dell'ARERA, quando consente agli Stati membri di mantenere misure che limitano ulteriormente i ricavi di mercato, debba interpretarsi nel senso di far salve con effetto retroattivo le misure già adottate dagli Stati membri ancorché in contrasto con la direttiva (UE) n. 2019/944 – come in effetti sembra, data l'opzione tra il mantenere e l'introdurre misure di ulteriore limitazione dei ricavi – e, in tal caso, soltanto a condizione della loro conformità alle condizioni e ai presupposti di cui agli articoli 7 e 8 del medesimo regolamento.

A questo riguardo, nelle conclusioni formulate dall'Avvocato generale il 27 febbraio 2025 nella causa C-633/23 *Electrabel SA*, tuttora pendente innanzi alla Corte, sono state formulate almeno due osservazioni che appaiono pertinenti anche in questa sede:

- al punto 58 si è affermato che « *Se è indubbio che, nel corso del periodo oggetto*

del regolamento 2022/1854, gli Stati membri sono obbligati ad osservare le condizioni ivi enunciate, non è possibile affermare, a mio avviso, che, al di fuori dell'ambito di applicazione temporale espressamente previsto da tale regolamento, quest'ultimo possa far sorgere qualsivoglia obbligo in capo a tali Stati, i quali restano liberi, al di fuori di tale periodo, di disciplinare le situazioni giuridiche conformemente alla propria legge nazionale. Pertanto, qualsiasi applicazione del tetto in questione che preceda detto periodo dovrebbe sottrarsi all'ambito di applicazione ratione temporis del suddetto regolamento e quindi a quello del diritto dell'Unione»;

- al punto 63 si è sostenuto che, «con l'uso della parola «mantenere», il legislatore dell'Unione sembra aver inteso fare riferimento alle misure che erano già in essere prima dell'entrata in vigore del suddetto regolamento, vale a dire le misure che erano state adottate dagli Stati membri prima del 1° dicembre 2022 e che a tali Stati è stata espressamente riconosciuta la possibilità, appunto, di mantenere. Tuttavia, non risulta in maniera chiara dalla formulazione di tale regolamento se, consentendo l'introduzione di misure che limitano ulteriormente i ricavi, l'articolo 8 dello stesso autorizzi altresì una diversa applicazione temporale del regime di limitazione, nella fattispecie antecedente a quella fissata dal regolamento 2022/1854»

Tuttavia, come detto in precedenza, ogni dubbio interpretativo può essere definitivamente sciolto soltanto dalla Corte.

22. – Nel caso di risposta positiva a quest'ultimo quesito, questo Consiglio di Stato ritiene di dover interrogare la Corte di giustizia, in analogia a questioni già sollevate (cfr. causa C-423/23, *Secab*; causa C-633/23 *Electrabel SA*), «se gli articoli da 6 a 8 del regolamento (UE) n. 2022/1854, in relazione alle definizioni di “ricavi di mercato” e di “ricavi eccedenti” contenute, rispettivamente, nell'articolo 2, punti 5 e 9 dello stesso regolamento, osti a una normativa nazionale che applichi ai ricavi un tetto calcolato non sull'utile di impresa, ma sulla differenza tra un prezzo di riferimento stabilito in via tabellare per zone di mercato

e un prezzo di mercato praticato dai produttori, con modalità analoghe a quelle previste dal legislatore italiano nell'articolo 15 bis del decreto legge n. 4 del 2022».

QUESTIONI PREGIUDIZIALI

1. - Se l'articolo 5, paragrafi 3 e 4, della direttiva (UE) 2019/944, quando consente agli Stati membri di attuare interventi pubblici nella fissazione dei prezzi di fornitura dell'energia elettrica ai clienti civili in condizioni di povertà energetica o vulnerabili, peraltro subordinatamente alla ricorrenza di determinate condizioni, debba essere interpretato nel senso che esso osta, *a contrario*, all'applicazione di una disciplina nazionale, quale quella contenuta nell'articolo 15-bis del decreto legge 27 gennaio 2022, n. 4, convertito, con modificazioni, nella legge 28 marzo 2022, n. 25, che individui un tetto sui ricavi sul mercato all'ingrosso dell'energia elettrica.

2. - In caso di risposta negativa alla prima questione pregiudiziale, se l'articolo 8, par. 1 lett. a) del regolamento (UE) n. 2022/1854, quando consente agli Stati membri di mantenere misure che limitano ulteriormente i ricavi di mercato, debba interpretarsi nel senso di far salve con effetto retroattivo le misure già adottate dagli Stati membri ancorché in contrasto con la direttiva (UE) n. 2019/944 e, in tal caso, soltanto a condizione della loro conformità alle condizioni e ai presupposti di cui agli articoli 7 e 8 del regolamento medesimo.

3. – In caso di risposta positiva alla seconda questione pregiudiziale, se gli articoli da 6 a 8 del regolamento (UE) n. 2022/1854, in relazione alle definizioni di “ricavi di mercato” e di “ricavi eccedenti” contenute, rispettivamente, nell'articolo 2, punti 5 e 9, dello stesso regolamento, debbano essere interpretati nel senso che essi ostano all'applicazione di una normativa nazionale che ponga ai ricavi un tetto calcolato non sull'utile di impresa, ma sulla differenza tra un prezzo di riferimento stabilito in via tabellare per zone di mercato e un prezzo di mercato praticato dai produttori, con modalità analoghe a quelle previste dal legislatore italiano

nell'articolo 15 bis del decreto legge n. 4 del 2022.

DISPOSIZIONI RILEVANTI DEL DIRITTO NAZIONALE

1. Decreto-legge 27 gennaio 2022, n. 4, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 28 marzo 2022, n. 25

L'articolo 15-bis del decreto-legge 27 gennaio 2022, n. 4, inserito dalla legge di conversione 28 marzo 2022, n. 25 (pubblicata in G.U.R.I., 28 marzo 2022, n. 73, Supplemento ordinario n. 13), rubricato «Ulteriori interventi sull'elettricità prodotta da impianti a fonti rinnovabili», prevede che:

«1. A decorrere dal 1° febbraio 2022 e fino al 31 dicembre 2022, è applicato un meccanismo di compensazione a due vie sul prezzo dell'energia, in riferimento all'energia elettrica immessa in rete da:

- a) impianti fotovoltaici di potenza superiore a 20 kW che beneficiano di premi fissi derivanti dal meccanismo del Conto Energia, non dipendenti dai prezzi di mercato;*
- b) impianti di potenza superiore a 20 kW alimentati da fonte solare, idroelettrica, geotermoelettrica ed eolica che non accedono a meccanismi di incentivazione, entrati in esercizio in data antecedente al 1° gennaio 2010.*

(...)

3. Per le finalità di cui al comma 1, il GSE calcola la differenza tra i valori di cui alle seguenti lettere a) e b):

a) un prezzo di riferimento pari a quello indicato dalla tabella di cui all'allegato I-bis al presente decreto in riferimento a ciascuna zona di mercato;

b) un prezzo di mercato pari:

1) per gli impianti di cui al comma 1, lettera a), nonché per gli impianti di cui al comma 1, lettera b), da fonte solare, eolica, geotermica e idrica ad acqua fluente, al prezzo zonale orario di mercato dell'energia elettrica, ovvero, per i contratti di fornitura stipulati prima del 27 gennaio 2022 che non rispettano le condizioni di cui al comma 7, al prezzo indicato nei contratti medesimi;

2) per gli impianti di cui al comma 1, lettera b), diversi da quelli di cui al numero

1) della presente lettera, alla media aritmetica mensile dei prezzi zonali orari di mercato dell'energia elettrica, ovvero, per i contratti di fornitura stipulati prima del 27 gennaio 2022 che non rispettano le condizioni di cui al comma 7, al prezzo indicato nei contratti medesimi.

4. Qualora la differenza di cui al comma 3 sia positiva, il GSE eroga il relativo importo al produttore. Nel caso in cui la predetta differenza risulti negativa, il GSE congruaglia o provvede a richiedere al produttore l'importo corrispondente.

(...)

6. Entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, l'ARERA disciplina le modalità con le quali è data attuazione alle disposizioni di cui ai commi 1, 2, 3, 4 e 5. (...)

(....)»

2. Decreto legge 9 agosto 2022, n. 115, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 settembre 2022, n. 142

L'articolo 11, comma 1, decreto-legge 9 agosto 2022, n. 115, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 settembre 2022, n. 142 (pubblicata in G.U.R.I., 9 agosto 2022, n. 185), rubricato «Gestore dei servizi energetici e ulteriori interventi in materia di elettricità», così prevede:

«L'applicazione del meccanismo di compensazione previsto dall'articolo 15-bis, comma 1, del decreto-legge 27 gennaio 2022, n. 4, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 marzo 2022, n. 25, è prorogata al 30 giugno 2023.»

DISPOSIZIONI RILEVANTI DEL DIRITTO DELL'UNIONE

1. Direttiva (UE) 2019/944 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 giugno 2019

L'articolo 5 della direttiva (UE) 2019/944, intitolato «Prezzi di fornitura basati sul mercato», così recita:

«1. I fornitori hanno la facoltà di determinare il prezzo della fornitura di energia

elettrica ai clienti. Gli Stati membri adottano provvedimenti opportuni per assicurare un'effettiva concorrenza tra i fornitori.

(...)

3. In deroga ai paragrafi 1 e 2, gli Stati membri possono attuare interventi pubblici nella fissazione dei prezzi di fornitura dell'energia elettrica ai clienti civili in condizioni di povertà energetica o vulnerabili. Tali interventi pubblici sono soggetti alle condizioni indicate ai paragrafi 4 e 5.

4. Gli interventi pubblici nella fissazione dei prezzi di fornitura dell'energia elettrica:

a) perseguono un interesse economico generale e non vanno al di là di quanto è necessario per conseguire tale interesse economico generale;

b) sono chiaramente definiti, trasparenti, non discriminatori e verificabili;

c) garantiscono la parità di accesso ai clienti da parte delle imprese di energia elettrica dell'Unione;

d) sono limitati nel tempo e proporzionati in considerazione dei beneficiari;

e) non comportano costi aggiuntivi per i partecipanti al mercato in modo discriminatorio.

(...)».

2. Regolamento (UE) 2022/1854 del Consiglio del 6 ottobre 2022

Ai sensi dei considerando 30 e 37 del regolamento (UE) 2022/1854:

«(30) Il tetto sui ricavi di mercato dovrebbe essere fissato sui ricavi di mercato piuttosto che sui ricavi totali della produzione (...). Indipendentemente dalla forma contrattuale che disciplina gli scambi di energia elettrica, il tetto sui ricavi di mercato dovrebbe applicarsi unicamente ai ricavi di mercato realizzati (...)

(...)

(37) Al fine di garantire un'effettiva applicazione del tetto sui ricavi di mercato, i produttori, gli intermediari e i pertinenti partecipanti al mercato dovrebbero fornire i dati necessari alle autorità competenti degli Stati membri e, se del caso, ai

gestori dei sistemi e ai gestori del mercato elettrico designati. In considerazione dell'elevato numero di singole operazioni per le quali le autorità competenti degli Stati membri devono garantire l'applicazione del tetto sui ricavi di mercato, tali autorità dovrebbero avere la possibilità di utilizzare stime ragionevoli per il calcolo del tetto sui ricavi di mercato».

L'articolo 2 di tale regolamento, rubricato «Definizioni», precisava, ai punti 5 e 9, quanto segue:

«Ai fini del presente regolamento, (...) [s]i applicano (...) le definizioni seguenti:

(...)

5) “ricavi di mercato”: redditi realizzati che il produttore percepisce in cambio della vendita e della consegna di energia elettrica nell'Unione, indipendentemente dalla forma contrattuale che disciplina tale scambio (...);

(...)

9) “ricavi eccedenti”: differenza positiva tra i ricavi di mercato dei produttori per MWh di energia elettrica e il tetto sui ricavi di mercato di 180 EUR per MWh di energia elettrica di cui all'articolo 6, paragrafo 1».

L'articolo 6 dello stesso regolamento, intitolato «Tetto obbligatorio sui ricavi di mercato», ai paragrafi 1 e 2 così recitava:

«1. I ricavi di mercato dei produttori ottenuti dalla produzione di energia elettrica dalle fonti di cui all'articolo 7, paragrafo 1, sono limitati a un massimo di 180 EUR per MWh di energia elettrica prodotta.

2. Gli Stati membri provvedono affinché il tetto sui ricavi di mercato si applichi a tutti i ricavi di mercato dei produttori (...).».

L'articolo 7 di detto regolamento, intitolato «Applicazione del tetto sui ricavi di mercato ai produttori di energia elettrica», al paragrafo 1 prevedeva quanto segue:

«1. Il tetto sui ricavi di mercato di cui all'articolo 6 si applica ai ricavi di mercato ottenuti dalla vendita di energia elettrica generata dalle fonti seguenti:

- a) energia eolica;*
- b) energia solare (termica e fotovoltaica);*
- c) energia geotermica;*
- d) energia idroelettrica senza serbatoio;*
- e) combustibili da biomassa (combustibili solidi o gassosi da biomassa), escluso il biometano;*
- f) rifiuti;*
- g) energia nucleare;*
- h) lignite;*
- i) prodotti del petrolio greggio;*
- j) torba.»*

L'articolo 8 dello stesso regolamento, intitolato «Misure nazionali di crisi», così disponeva:

«1. Gli Stati membri possono:

- a) mantenere o introdurre misure che limitano ulteriormente i ricavi di mercato dei produttori che producono elettricità dalle fonti di cui all'articolo 7, paragrafo 1, compresa la possibilità di differenziare tra le tecnologie, nonché i ricavi di mercato di altri partecipanti al mercato, compresi quelli attivi nella compravendita di energia elettrica;*
- b) fissare un tetto più elevato per i ricavi di mercato per i produttori che producono elettricità dalle fonti di cui all'articolo 7, paragrafo 1, a condizione che i loro investimenti e costi di esercizio superino il limite massimo di cui all'articolo 6, paragrafo 1;*
- c) mantenere o introdurre misure nazionali volte a limitare i ricavi di mercato dei produttori che producono energia elettrica da fonti che non rientrano nell'articolo 7, paragrafo 1;*
- d) fissare un tetto specifico per i ricavi di mercato ottenuti dalla vendita di energia elettrica prodotta a partire da carbon fossile;*

e) applicare agli impianti idroelettrici che non rientrano nell'articolo 7, paragrafo 1, lettera d), un tetto sui ricavi di mercato ovvero mantenere o introdurre misure che limitino ulteriormente i loro ricavi di mercato, compresa la possibilità di differenziare tra le tecnologie.

2. In linea con il presente regolamento, le misure di cui al paragrafo 1:

a) sono proporzionate e non discriminatorie;

b) non compromettono i segnali di investimento;

c) assicurano la copertura degli investimenti e dei costi di esercizio;

d) non generano distorsioni nel funzionamento dei mercati all'ingrosso dell'energia elettrica e, in particolare, non incidono sull'ordine di merito e sulla formazione dei prezzi sul mercato all'ingrosso;

e) sono compatibili con il diritto dell'Unione.»

L'articolo 22 del predetto regolamento, intitolato «Entrata in vigore e applicazione», al paragrafo 2, lett c, prevedeva quanto segue:

«c) Gli articoli 6, 7, e 8 si applicano dal 1° dicembre 2022 al 30 giugno 2023».

3. Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (2000/C 364/01)

L'articolo 16 (Libertà d'impresa) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea recita:

«E' riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali».

L'articolo 17 (Diritto di proprietà) della medesima Carta stabilisce:

«1. Ogni individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. (...)».

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda) rimette alla Corte di giustizia dell'Unione europea le questioni pregiudiziali indicate in motivazione.

Ordina alla Segreteria di trasmettere alla Corte di giustizia dell'Unione europea copia conforme all'originale della presente ordinanza, nonché copia integrale del fascicolo di causa;

Dispone la sospensione del presente giudizio nelle more della pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea sulle suddette questioni pregiudiziali.

Manda alla Segreteria per la comunicazione della presente ordinanza alle parti costituite.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 novembre 2025 con l'intervento dei magistrati:

Oberdan Forlenza, Presidente

Giovanni Sabato, Consigliere

Francesco Guarracino, Consigliere, Estensore

Carmelina Addesso, Consigliere

Alessandro Enrico Basilico, Consigliere

L'ESTENSORE
Francesco Guarracino

IL PRESIDENTE
Oberdan Forlenza

IL SEGRETARIO