

Publicato il 18/06/2024

N. 05463/2024 REG.PROV.COLL.
N. 08518/2018 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8518 del 2018, proposto dalla ARERA - Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici domicilia in Roma, Via dei Portoghesi n. 12;

contro

Fallimento Esperia s.p.a. (c.f. 02237620980), in persona dei curatori avv. Barbara Rovati, dott. Carlo Ciardiello e dott.ssa Maria Rosaria Cipriano, rappresentato e difeso dagli avvocati Umberto Grella e Guido Francesco Romanelli ed elettivamente domiciliato presso lo studio del secondo in Roma, via Cosseria n. 5;

nei confronti

Gestore dei Servizi Energetici – GSE S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Sergio Fidanzia e Angelo Gigliola ed elettivamente domiciliato presso il loro studio in Roma, Piazzale delle Belle Arti n. 6;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, sezione seconda, dell'8 agosto 2018, n. 1949, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto il ricorso incidentale proposto dal Fallimento Esperia S.p.a.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Gestore dei Servizi Energetici – GSE S.p.a.;

Vista la sentenza di questa Sezione del 26 maggio 2022, n. 4222;

Vista l'ordinanza di questa Sezione del 16 agosto 2022, n. 7126;

Vista la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, sez. II, del 7 marzo 2024, C-558/22;

Viste le memorie;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 giugno 2024 il cons. Francesco Guarracino e uditi per le parti l'avv. dello Stato Fabio Tortora e gli avvocati Angelo Gigliola e Umberto Grella;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. – Con deliberazione del 28 giugno 2016, n. 350/2016/S/efr, l'Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico (adesso Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente: d'ora in poi "l'ARERA" o "l'Autorità") irrogava alla Esperia S.p.A. – società operante all'ingrosso e al dettaglio come importatrice di energia elettrica, sia come broker per conto di consorzi di clienti industriali, sia in favore di consumatori finali – una sanzione pecuniaria dell'importo di € 2.803.500,00 per non aver adempiuto l'obbligo di acquisto di 17.753 certificati attestanti la provenienza da fonti rinnovabili (cc.dd. certificati verdi) per l'energia importata nell'anno 2010.

2. – La società Esperia impugnava il provvedimento sanzionatorio con ricorso al

Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, integrato da motivi aggiunti proposti, a seguito della dichiarazione di fallimento della società ricorrente, dalla sua Curatela fallimentare (di seguito: “Fallimento Esperia” o “Fallimento”).

3. – Con sentenza in data 8 agosto 2018, n. 1949, il T.A.R. accoglieva la domanda limitatamente alla quantificazione della sanzione, ritenendo fondata la censura sulla qualificazione in termini di circostanza aggravante, anziché attenuante, dell'avvenuta commissione in un arco di tempo ravvicinato di violazioni della medesima specie e sanciva in motivazione l'obbligo per l'ARERA di rideterminarla in misura mitigata nell'osservanza dei principi indicati nella sentenza medesima.

4. – La sentenza del T.A.R. è stata appellata dall'ARERA in via principale, nella parte relativa al riconoscimento dell'incongruità della sanzione, e dal Fallimento Esperia in via incidentale, per ottenere l'accoglimento integrale della domanda proposta in primo grado.

5. – Il ricorso in appello è stato assegnato alla Sezione Sesta, che con ordinanza del 26 marzo 2019, n. 2013, lo ha riunito a tre giudizi analoghi pendenti tra le medesime parti (contrassegnati con nn.r.g. 8515/2018, 8516/2018 e 8517/2018) per altrettante sanzioni irrogate per altri anni di importazione.

6. – Con la stessa ordinanza è stata chiesta sia all'ARERA che al Gestore dei Servizi Energetici una relazione sui criteri esatti di calcolo impiegati per determinare le sanzioni irrogate nei singoli procedimenti, sull'esatta somma, inclusa nelle singole sanzioni, corrispondente al valore dei certificati verdi non acquistati, sul fatturato della società Esperia e sulla percentuale d'incidenza sul medesimo della sanzione applicata per ognuno degli anni presi in considerazione in sede sanzionatoria.

7. – Le informazioni richieste sono state fornite dall'Autorità con nota del 23 maggio 2019, prot. 13596.

8. – Con ordinanza del 24 settembre 2019, n. 6362, rilevato che in un altro giudizio innanzi alla Sezione Quarta di questo stesso Consiglio di Stato era stato disposto un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea per accertare se una

normativa nazionale *«che imponga agli importatori di elettricità verde un onere pecuniario non applicabile ai produttori nazionali del medesimo prodotto»* sia in contrasto con la direttiva 2009/28/CE del 23 aprile 2009 e, in particolare, se l'obbligo così imposto agli importatori di energia si risolve in un ingiustificato vantaggio a favore degli operatori che, viceversa, non ricorrono all'importazione, tale da poter integrare un aiuto di Stato, la trattazione delle quattro cause riunite è stata rinviata a un'udienza successiva alla decisione della questione pregiudiziale, ritenendo necessario attenderne l'esito al fine di accertare la legittimità o meno delle sanzioni irrogate alla società Esperia.

9. – Gli appelli riuniti sono stati chiamati e trattenuti in decisione da questa Sezione Seconda all'udienza pubblica del 12 aprile 2022 a seguito di istanza di fissazione d'udienza depositata dall'ARERA dopo che, essendo stato il giudizio *a quo* dichiarato estinto (C.d.S., sez. IV, 19 luglio 2021, n. 5389), la Corte di giustizia aveva disposto la cancellazione della causa innanzi a sé (C.G.U.E., ord. 9 settembre 2021, C-705/19 *Axpo Trading AG*).

10. – Con sentenza del 26 maggio 2022, n. 4222, in tre dei giudizi riuniti (nn.r.g. 8515/2018, 8516/2018 e 8517/2018) i rispettivi appelli incidentali del Fallimento sono stati accolti per l'assorbente ragione dell'abnorme lunghezza del procedimento sanzionatorio e, di conseguenza, i provvedimenti ivi impugnati sono stati annullati e gli appelli proposti in via principale dall'ARERA dichiarati improcedibili.

11. – Con la medesima sentenza il motivo di appello incidentale nel giudizio n.r.g. 8518/2018 attinente alla questione della durata del procedimento sanzionatorio è stato dichiarato inammissibile perché non ritualmente proposto e, ritenuto che *«le questioni residue presuppongono in limine la risoluzione del problema della compatibilità col diritto euro-unionale delle disposizioni nazionali che imponevano l'acquisto dei certificati verdi per l'energia importata, la cui rilevanza è stata riconosciuta, ai fini della decisione della controversia, già nell'ordinanza*

collegiale della Sezione Sesta, n. 6362/2019 », è stata riservata a separata ordinanza una nuova rimessione della questione alla Corte di giustizia.

12. – Con ordinanza del 16 agosto 2022, n. 7126, la Sezione ha quindi nuovamente proposto alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione pregiudiziale a suo tempo sollevata dalla Quarta Sezione, disponendo, nelle more della pronuncia della Corte, la sospensione del giudizio n.r.g. 8518/2018.

13. – Con sentenza del 7 marzo 2024 la Corte ha risposto al quesito e di conseguenza l'Autorità e il Fallimento hanno chiesto la fissazione dell'udienza per la prosecuzione del giudizio.

15. – In vista dell'udienza di discussione l'Autorità e il Fallimento hanno prodotto documenti e tutte le parti hanno depositato memorie e repliche.

16. – Alla pubblica udienza del 4 giugno 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. – Torna all'esame della Sezione, a seguito della pronuncia della Corte di giustizia, la controversia pendente tra l'ARERA, il GSE e il Fallimento Esperia sulla legittimità della sanzione pecuniaria inflitta a quest'ultima per non aver adempiuto l'obbligo di acquisto di certificati attestanti la provenienza da fonti rinnovabili per l'energia da essa importata nell'anno 2010.

2. -- Preliminarmente, devono intendersi in questa sede richiamate le ragioni esposte nella sentenza parziale n. 4222/2022 che hanno indotto e inducono a esaminare in via prioritaria l'appello incidentale del Fallimento Esperia, del quale, in quella sede, è stato già dichiarato inammissibile il motivo relativo alla pretesa omessa pronuncia del T.A.R. sul (primo) motivo aggiunto al ricorso di primo grado sulla violazione dei termini di conclusione del procedimento sanzionatorio, con annessa riproposizione di quello stesso motivo ai sensi dell'art. 101, co. 2, c.p.a. (pagg. 13-19 dell'appello incidentale).

3. -- Prima di esaminare le restanti censure di quell'appello occorre delimitare

l'esatto *thema decidendum* che impegna il Collegio alla luce dei principi generali che governano anche il presente processo, al netto delle suggestioni che la soluzione della questione pregiudiziale ha esercitato sui successivi scritti difensivi delle parti.

4. — Al riguardo, deve anzitutto ricordarsi che alla Corte di giustizia è stato formulato il seguente quesito:

“*se:*

- *l'articolo 18 TFUE, nella parte in cui vieta ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità nel campo di applicazione dei Trattati;*
- *gli articoli 28 e 30 TFUE, nella parte in cui dispongono l'abolizione dei dazi doganali sulle importazioni e misure aventi effetto equivalente;*
- *l'articolo 110 TFUE, nella parte in cui vieta imposizioni fiscali sulle importazioni superiori a quelle applicate direttamente o indirettamente ai prodotti nazionali similari;*
- *l'articolo 34 TFUE, nella parte in cui vieta l'adozione di misure aventi effetto equivalente a restrizioni quantitative sulle importazioni;*
- *gli articoli 107 e 108 TFUE, nella parte in cui vietano di dare esecuzione ad una misura di aiuto di Stato non notificata alla Commissione ed incompatibile con il mercato interno;*
- *la direttiva 2009/28/CE, nella parte in cui si prefigge di favorire il commercio intra-comunitario di elettricità verde favorendo, altresì, la promozione delle capacità produttive dei singoli Stati membri,*
ostino a una legge nazionale quale quella sopra descritta che imponga agli importatori di elettricità verde un onere pecuniario non applicabile ai produttori nazionali del medesimo prodotto».

5. — Si tratta dello stesso identico quesito che la Quarta Sezione di questo Consiglio aveva a suo tempo proposto (inutilmente: v. *supra*, § 9 della parte in fatto) alla Corte di giustizia in un diverso giudizio d'appello e che la Sesta Sezione aveva già ritenuto rilevante anche nel presente giudizio (cfr. ord. n. 6362/2019 cit.):

«... la questione posta in sede europea rileva anche ai fini della risoluzione della presente controversia; ... pertanto, è necessario attendere l'esito del giudizio europeo al fine di accertare, nel presente giudizio, se le sanzioni amministrative irrogate alla società appellante siano o meno illegittime»).

A quel giudizio di rilevanza si è conseguentemente conformata questa Sezione (v. § 12 della sentenza parziale n. 4222/2022) perché, va ora precisato, qualora la Corte avesse dichiarato che le summenzionate previsioni del Trattato e del diritto derivato ostavano senz'altro a una legge nazionale, quale quella applicata alla società Esperia, che imponeva agli importatori di elettricità da fonti rinnovabili un onere pecuniario non applicabile ai produttori nazionali del medesimo prodotto, allora sarebbe stato necessario approfondire in che termini ciò si ponesse rispetto al motivo di appello incidentale concernente l'effetto dell'abrogazione di quell'obbligo a far tempo dal 1° gennaio 2016 e la pretesa applicazione retroattiva della *lex mitior*.

6. -- Tuttavia, non è superfluo evidenziare, in vista di quanto avanti si dirà sul rispetto del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, che, quando il quesito fu sollevato dalla Quarta Sezione, la società appellante in quel giudizio, sanzionata per il mancato acquisto di certificati verdi, aveva lamentato in modo specifico che la previsione dell'obbligo di acquisto di certificati verdi anche a carico degli importatori di energia prodotta all'estero da fonti rinnovabili sarebbe stata contraria al diritto europeo per contrasto con gli artt. 107 e 108 TFUE (perché avrebbe veicolato un aiuto di Stato a favore dei produttori di energia verde attivi in Italia che non sarebbe stato previamente comunicato alla Commissione), con gli artt. 28, 30 e 110 TFUE (perché avrebbe imposto una tassa di effetto equivalente a un dazio doganale a danno degli importatori in Italia di energia verde prodotta in altri Stati dell'Unione europea), con gli artt. 34 e 36 TFUE e con l'art. 13 dell'accordo di libero scambio CEE-Svizzera (perché avrebbe costituito una misura equivalente alla restrizione quantitativa all'importazione e alla libera circolazione

dell'energia verde prodotta in altri Stati dell'Unione europea) (cfr. C.d.S., sez. IV, ord. 3 settembre 2019, n. 6078).

Al contrario, nell'ambito della presente controversia sia con il ricorso di primo grado che con l'appello incidentale la società sanzionata e il suo Fallimento non hanno mai revocato in dubbio la conformità del diritto nazionale (e quindi del provvedimento sanzionatorio applicativo) al diritto europeo primario o derivato. Il dubbio in merito alla compatibilità rispetto al diritto dell'Unione della normativa italiana rilevante è stato sollevato in memorie successive, non idonee ad ampliare l'oggetto del giudizio.

7. – La Corte di giustizia dell'Unione europea (sez. II, sent. 7 marzo 2024, C-558/22, *Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA)*) ha risposto al quesito dichiarando che:

«1) gli articoli 28, 30 e 110 TFUE devono essere interpretati nel senso che: essi non ostano a una misura nazionale che, da un lato, obbliga gli importatori di energia elettrica proveniente da un altro Stato membro, che non dimostrano che tale energia elettrica è prodotta da fonti rinnovabili presentando garanzie di origine, ad acquistare presso produttori nazionali certificati di attestazione dell'origine rinnovabile o energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili in proporzione al quantitativo di energia elettrica che importano, e, dall'altro, prevede l'irrogazione di una sanzione in caso di inosservanza di tale obbligo, mentre i produttori nazionali di energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili non sono tenuti ad un siffatto obbligo di acquisto;

2) l'articolo 34 TFUE nonché la direttiva 2001/77/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 settembre 2001, sulla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità, e la 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, devono essere interpretati nel senso che: essi non ostano a tale misura nazionale qualora si

accerti che essa non eccede quanto necessario per raggiungere l'obiettivo di aumento della produzione di energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili;

3) gli articoli 107 e 108 TFUE devono essere interpretati nel senso che: essi non ostano a detta misura nazionale, purché la differenza di trattamento tra i produttori nazionali di energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili e gli importatori di energia elettrica che non presentano alcuna garanzia di origine sia giustificata dalla natura e dalla struttura del sistema di riferimento del quale essa fa parte».

8. – In questo modo la Corte ha, per un verso, escluso una incompatibilità in astratto con le predette disposizioni europee della normativa nazionale, dall'altro ha lasciato al giudice remittente la valutazione in concreto che la misura nazionale non ecceda quanto necessario per raggiungere l'obiettivo di aumento della produzione di energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili e, inoltre, che la differenza di trattamento tra i produttori nazionali di energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili e gli importatori di energia elettrica che non presentano alcuna garanzia di origine sia giustificata dalla natura e dalla struttura del sistema di riferimento del quale essa fa parte.

9. – In ossequio al principio di sinteticità, non occorre riassumere in questa sede le articolate motivazioni della Corte di giustizia, né approfondire il loro contenuto oltre quanto necessario ai fini della soluzione della presente controversia, per la quale, a ben vedere, finisce per rilevare esclusivamente il fatto che la Corte ha chiarito che, da parte loro, *«gli articoli 28, 30 e 110 TFUE(...) non ostano a una misura nazionale che, da un lato, obbliga gli importatori di energia elettrica proveniente da un altro Stato membro, che non dimostrano che tale energia elettrica è prodotta da fonti rinnovabili presentando garanzie di origine, ad acquistare presso produttori nazionali certificati di attestazione dell'origine rinnovabile o energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili in proporzione al quantitativo di energia elettrica che importano, e, dall'altro, prevede l'irrogazione*

di una sanzione in caso di inosservanza di tale obbligo, mentre i produttori nazionali di energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili non sono tenuti ad un siffatto obbligo di acquisto».

10. – E' vero, infatti, che la Corte di giustizia ha affermato che spetta al giudice del rinvio valutare se la misura nazionale è rispettosa del principio di proporzionalità e ha dichiarato perciò che la direttiva 2001/77 e la direttiva 2009/28 non ostano a una misura come quella di cui qui si tratta «*salvo tale esame*» (punti 48, 49, 56); che anche con riferimento al divieto di adottare restrizioni quantitative all'importazione spetta al giudice del rinvio verificare se la misura d'effetto equivalente, ancorché giustificata da uno dei motivi di interesse generale elencati all'art. 36 TFUE oppure da esigenze imperative, rispetti il principio di proporzionalità (punti 107 e 110), come pure per le modalità di determinazione e la natura della sanzione per gli importatori di energia elettrica che non presentano garanzie di origine e non acquistano elettricità verde o certificati verdi in proporzione alle loro importazioni (punto 121); che, per quanto riguarda il rispetto delle norme in materia di aiuti di Stato, compete al giudice del rinvio verificare se il meccanismo di sostegno basato sull'acquisto dei certificati verdi eccedenti, come è parso alla Corte, sia imputabile allo Stato italiano e i vantaggi conferiti, come pure è sembrato alla Corte, siano concessi indirettamente mediante risorse statali (punti 74 ss.), nonché effettuare una serie di valutazioni sul fatto che la misura conferisca *a priori* un vantaggio selettivo ai produttori nazionali di elettricità verde (punti 89 ss.); che è salva la verifica da parte del giudice nazionale che, come opinato dalla Corte, l'obbligo di acquisto dei certificati verdi o dell'elettricità verde imposto dalla legge non è di natura fiscale o parafiscale (punto 102), nonché la verifica dell'esistenza, come ritenuto parimenti dalla Corte, di un vero mercato dei certificati verdi sul quale gli importatori possono approvvigionarsi e la cui efficienza sembra essere garantita dall'intervento del GSE (punto 118).

Tuttavia, ciò è soltanto il riflesso della natura della funzione esercitata dalla Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale, dove essa è richiesta di fornire al giudice

nazionale gli elementi di interpretazione del diritto dell'Unione che possono essere utili per la soluzione della causa di cui quest'ultimo è investito: infatti compete solo al giudice rimettente l'applicazione al caso concreto delle norme come interpretate dalla Corte (C.G.C.E. 27 settembre 2001, C-253/99, *Bacardi*, punto 58), dato che *«nell'ambito del procedimento di cui all'articolo 267 TFUE, non spetta alla Corte pronunciarsi sull'applicabilità di disposizioni nazionali o stabilire i fatti rilevanti per la soluzione della controversia principale. Al contrario, la Corte è tenuta a prendere in considerazione il contesto fattuale e normativo nel quale si inserisce la questione pregiudiziale, come definito dal provvedimento di rinvio»* (C.G.U.E., 28 luglio 2016, C-240/15, *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, punto 30).

11. – Lo stesso va detto con riferimento al punto della decisione in cui la Corte può sembrare chiamare il giudice *a quo* a un'iniziativa officiosa, là dove, a proposito delle disposizioni in materia di aiuti di Stato, essa osserva che: *«(...) qualora la misura di cui trattasi nel procedimento principale non potesse essere giustificata alla luce della natura e della struttura del sistema di riferimento del quale essa fa parte, la mancata notifica di tale misura e la sua attuazione prima che la Commissione si pronunci sulla sua compatibilità costituirebbero una violazione dell'articolo 108 TFUE. In un caso del genere, spetterebbe al giudice del rinvio trarre tutte le conseguenze della violazione di tale disposizione e rimediare all'esecuzione degli aiuti (...). Peraltro, l'illegittimità del regime di sostegno in questione comporterebbe l'illegittimità della sanzione prevista per garantire l'esecuzione di tale regime (...)*» (punto 94).

Infatti, nell'ipotesi in cui, come anche nel caso qui in esame, la Commissione non abbia avviato il procedimento di indagine formale e non si sia, dunque, pronunciata sulla questione se le misure esaminate possano costituire aiuti di Stato, la stessa Corte di giustizia non ha mancato di osservare che i giudici nazionali possono trovarsi a dover interpretare e applicare la nozione di aiuto al fine di determinare se la misura avrebbe dovuto essere notificata alla Commissione (verificando, in

particolare, se costituisca un vantaggio e se risulti selettiva, vale a dire se favorisca talune imprese o taluni produttori ai sensi dell'articolo 107, § 1, TFUE) «*ove siano investiti di una domanda volta a che siano tratte le conseguenze di un'eventuale violazione dell'articolo 108, paragrafo 3, ultima frase, TFUE*» (in tal senso, sentenza 21 novembre 2013, C-284/12, *Deutsche Lufthansa AG*, punto 34).

In altri termini, il dovere del giudice del rinvio di verificare in concreto la violazione della disposizione in materia di aiuti di Stato al fine di trarne tutte le conseguenze, compresa l'illegittimità delle eventuali sanzioni previste per garantire l'esecuzione degli aiuti medesimi, resta pur sempre subordinato all'osservanza del principio della domanda e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, che costituiscono un principio cardine non soltanto del sistema processuale italiano.

12. – Al riguardo la Corte di giustizia ha da tempo chiarito che *«il diritto comunitario non impone ai giudici nazionali di sollevare d'ufficio un motivo basato sulla violazione di disposizioni comunitarie, qualora l'esame di tale motivo li obblighi a rinunciare al principio dispositivo, alla cui osservanza sono tenuti, esorbitando dai limiti della lite quale è stata circoscritta dalle parti e basandosi su fatti e circostanze diversi da quelli che la parte processuale che ha interesse all'applicazione di dette disposizioni ha posto a fondamento della propria domanda»* (CGCE, 14 dicembre 1995, cause riunite C-430/93 e C-431/93, *van Schijndel e van Veen*, punto 22).

Secondo la Corte, infatti, quando un principio di diritto nazionale obbliga il giudice ad attenersi all'oggetto della lite e a basare la sua pronuncia sui fatti che gli sono stati presentati, *«tale limitazione è giustificata dal principio secondo il quale l'iniziativa di un processo spetta alle parti, e il giudice può agire d'ufficio solo in casi eccezionali in cui il pubblico interesse esige il suo impulso. Questo principio attua concezioni condivise dalla maggior parte degli Stati membri quanto ai rapporti fra lo Stato e il singolo, tutela i diritti della difesa e garantisce il regolare svolgimento del procedimento, in particolare preservandolo dai ritardi dovuti alla valutazione dei motivi nuovi»* (*ibidem*, punto 21).

Pertanto «*il diritto dell'Unione non impone ai giudici nazionali di sollevare d'ufficio un motivo basato sulla violazione di disposizioni del diritto dell'Unione qualora l'esame di tale motivo li obblighi a esorbitare dai limiti ad essi imposti, e in particolare dai limiti della lite quale è stata circoscritta dalle parti, basandosi su fatti e circostanze diversi da quelli che la parte che ha interesse all'applicazione di dette disposizioni ha posto a fondamento della propria domanda*» (CGUE, 7 settembre 2021, C-917/19, punto 145; nello stesso senso, CGUE, 19 dicembre 2018, C216/17, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, punto 40).

Né potrebbe invocarsi in senso contrario il principio di effettività, poiché «*la Corte ha già giudicato che norme procedurali nazionali in forza delle quali l'oggetto della controversia è determinato dai motivi di ricorso sollevati al momento della sua proposizione sono compatibili con il principio di effettività dal momento che esse garantiscono il regolare svolgimento del procedimento, in particolare preservandolo dai ritardi dovuti alla valutazione dei motivi nuovi* (sentenza del 6 ottobre 2021, *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi*, C 561/19, EU:C:2021:799, punto 64 e giurisprudenza ivi citata)» (CGUE, 15 giugno 2023, C-721/21, *Eco Advocacy CLG*, punto 23).

A loro volta, norme procedurali che richiedano, a pena di irricevibilità, che i motivi dedotti siano presentati con un sufficiente grado di precisione non appaiono tali da rendere impossibile nella pratica o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti, ma, al contrario, tali da agevolare il corretto svolgimento del procedimento (v. ancora la sentenza ultima cit., *Eco Advocacy*, punto 24; in questa sentenza la Corte ha dichiarato: «*Il diritto dell'Unione deve essere interpretato nel senso che non osta a una norma procedurale nazionale in forza della quale, da un lato, una domanda di sindacato giurisdizionale, sia ai sensi del diritto nazionale sia ai sensi di disposizioni del diritto dell'Unione (...), deve essere fondata su una presentazione delle domande e dei motivi su cui tali domande si fondano, che enunci con precisione ciascuno di tali motivi e che precisi, per ciascun motivo, i*

fatti o gli elementi invocati a sostegno e, dall'altro, il ricorrente non può, in sede di udienza, invocare motivi o presentare domande diversi da quelli esposti in tale presentazione»).

13. – Come già osservato al precedente § 6, nell'ambito della presente controversia la società Esperia e il Fallimento, sia in primo grado che nell'appello incidentale, non hanno mai censurato il provvedimento sanzionatorio per un ipotetico contrasto del diritto nazionale presupposto con gli articoli 34, 107 e 108 TFUE o con la direttiva 2001/77/CE e la direttiva 2009/28/CE (e, per vero, neppure con gli articoli 28, 30 e 110 TFUE), sollevando dubbi sulla sua compatibilità con il diritto dell'Unione solo nella memoria prodotta il 2 marzo 2019 in vista della successiva udienza innanzi alla Sezione dove all'epoca era incardinato il presente giudizio, vale a dire con modalità e in termini incompatibili con l'introduzione in giudizio di motivi nuovi.

14. – Pertanto, concludendo sul punto, non potrebbe procedersi al compimento di quelle valutazioni lasciate dalla Corte di giustizia al giudice remittente senza eccedere dai limiti della presente lite, quale è stata a suo tempo circoscritta dalle parti.

15. – Ciò detto, può procedersi senz'altro all'esame del primo e del secondo motivo dell'appello incidentale (il terzo motivo, come in precedenza ricordato, a suo tempo è stato dichiarato inammissibile), con i quali il Fallimento ha sostenuto che il primo giudice ha errato nel respingere il motivo sull'applicabilità del principio del *favor rei* e della retroattività della *lex mitior* e nel non ritenere valorizzabile il tardivo acquisto delle garanzie di origine quale opera svolta per l'eliminazione o l'attenuazione delle conseguenze della violazione contestata.

16. – In particolare, con il primo motivo il Fallimento ha dedotto che a far tempo dal 1° gennaio 2016 la normativa di settore non prevede più l'obbligo di acquisto di certificati verdi, il cui inadempimento è stato sanzionato in data 28 giugno 2016 con il provvedimento in discussione, in quanto l'art. 25, co. 11, lett. c) nn. 1 e 2, del D.lgs. 3 marzo 2011, n. 28, ha abrogato da quella data la disposizione che sanciva

l'obbligo di acquisizione dei cc.dd. certificati verdi nonché quella che fondava la correlata potestà sanzionatoria in capo all'Autorità, per cui, dopo quella data, i procedimenti ancora in corso avrebbero dovuti essere archiviati dovendo trovare applicazione la regola generale sancita dall'art. 2 c.p. e ciò in ragione della natura penale ovvero para-penale della misura sanzionatoria per cui è causa.

Più nello specifico, il Fallimento Esperia ha criticato la decisione del T.A.R., il quale, basandosi sulla natura patrimoniale e non personale della misura sanzionatoria, sulla quantificazione sostanzialmente in linea con il valore dei certificati verdi dovuti, nonché sulla finalità prevalente di ripristino dell'ordine giuridico violato, ha ritenuto che la sanzione non fosse assimilabile a una sanzione penale e perciò sottratta alla regola del *favor rei* (§ 6.2 della sentenza), e ha insistito ribadendo la natura penale della sanzione alla luce della giurisprudenza *Engel* della C.E.D.U., negando di essa la funzione ripristinatoria (la norma non avrebbe previsto alcun ripristino, affidandole solo una funzione afflittiva-deterrente) e rimarcando l'effetto di forte pregiudizio per il suo patrimonio.

17. – Sulla natura sostanzialmente penale delle sanzioni irrogate dall'Autorità per la natura afflittivo-deterrente del relativo provvedimento, che può colpire la generalità dei soggetti sottoposti al potere sanzionatorio dell'Autorità e che si caratterizza per la sua severità, la giurisprudenza della Sezione si è andata consolidando nel periodo di sospensione ultima del presente giudizio e, ormai, può dirsi pacifica nel senso che le sanzioni in parola soddisfino i cd. criteri *Engel* (cfr. C.d.S., sez. II, 9 maggio 2022, n. 3584; 30 aprile 2024, n. 3932; 13 maggio 2024, n. 1412; 27 maggio 2024, n.4694).

18. – Sempre a proposito delle sanzioni dell'ARERA, questa Sezione già ha avuto modo di ricordare, inoltre, che «*la giurisprudenza costituzionale più recente . . . ha ormai esteso alle sanzioni amministrative a carattere punitivo – in quanto tali (indipendentemente, cioè, dalla caratura dei beni incisi) – larga parte dello “statuto costituzionale” sostanziale delle sanzioni penali*» (sent. n. 68 del 2021, la

quale – è doveroso sottolinearlo – riferisce tali principi a tutte le sanzioni a prescindere dalla loro qualificazione come “pene” ai sensi dell’art. 6 della CEDU come interpretato dalla Corte di Strasburgo a partire dalla sentenza 8 giugno 1976, cause 5100-5101-5102/71 e 5354-5370/72, Engel v. The Netherlands)» (C.d.S., sez. II, 19 aprile 2023, n. 3977).

19. – Nella sentenza richiamata, la Corte costituzionale ha rammentato il processo di progressiva assimilazione delle sanzioni amministrative “punitive” alle sanzioni penali, quanto a garanzie costituzionali, osservando quanto segue:

«Superando precedenti decisioni di segno contrario, questa Corte ha ormai esteso alle sanzioni amministrative a carattere punitivo – in quanto tali (indipendentemente, cioè, dalla caratura dei beni incisi) – larga parte dello “statuto costituzionale” sostanziale delle sanzioni penali: sia quello basato sull’art. 25 Cost. – irretroattività della norma sfavorevole (sentenze n. 96 del 2020, n. 223 del 2018 e n. 68 del 2017; nonché, a livello argomentativo, sentenze n. 112 del 2019 e n. 121 del 2018; ordinanza n. 117 del 2019), determinatezza dell’illecito e delle sanzioni (sentenze n. 134 del 2019 e n. 121 del 2018) – sia quello basato su altri parametri, e in particolare sull’art. 3 Cost. – retroattività della lex mitior (sentenza n. 63 del 2019), proporzionalità della sanzione alla gravità del fatto (sentenza n. 112 del 2019) –.

Di rilievo, agli odierni fini, appare soprattutto la sentenza n. 63 del 2019, con cui questa Corte ha esteso alle sanzioni amministrative “punitive” il principio di retroattività della lex mitior, ritenendo tale operazione «conforme alla logica sottesa alla giurisprudenza costituzionale sviluppatasi, sulla base dell’art. 3 Cost., in ordine alle sanzioni propriamente penali», la quale «“[...] impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l’entrata in vigore della norma che ha disposto l’abolitio criminis o la modifica mitigatrice” (sentenza n. 394 del 2006)»». Laddove, infatti, «la sanzione amministrativa abbia natura “punitiva”, di regola non vi sarà ragione per continuare ad applicar[la]

[...], qualora il fatto sia successivamente considerato non più illecito; né per continuare ad applicarla in una misura considerata ormai eccessiva (e per ciò stesso sproporzionata) rispetto al mutato apprezzamento della gravità dell'illecito da parte dell'ordinamento. E ciò salvo che sussistano ragioni cogenti di tutela di controinteressi di rango costituzionale, tali da resistere al medesimo "vaglio positivo di ragionevolezza", al cui metro debbono essere in linea generale valutate le deroghe al principio di retroattività in *mitius* nella materia penale» (sentenza n. 63 del 2019)».

20. – Alla luce di quanto sopra, non può che concludersi che, una volta abrogata la disposizione che stabiliva l'obbligo inosservato (l'acquisto dei "certificati verdi"), l'Autorità non poteva successivamente infliggere alla società Esperia una sanzione amministrativa "punitiva" per la violazione di quella stessa disposizione, anche se consumata in precedenza, ostandovi il principio della retroattività della *lex mitior*.

21. – Pertanto il primo motivo di impugnazione è fondato e giustifica l'accoglimento dell'appello incidentale, con assorbimento dell'altro motivo di gravame.

Per l'effetto, in riforma della sentenza appellata dev'essere accolto il ricorso di primo grado e conseguentemente annullato il provvedimento sanzionatorio.

L'appello principale promosso dall'Autorità va, quindi, dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse.

22. – Le spese del doppio grado possono essere compensate, in considerazione della particolarità delle questioni esaminate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando, accoglie l'appello incidentale, dichiara improcedibile l'appello principale e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado e annulla il provvedimento impugnato.

Compensa le spese del doppio grado del giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati:

Oberdan Forlenza, Presidente

Giovanni Sabato, Consigliere

Francesco Guarracino, Consigliere, Estensore

Giancarlo Carmelo Pezzuto, Consigliere

Ugo De Carlo, Consigliere

L'ESTENSORE
Francesco Guarracino

IL PRESIDENTE
Oberdan Forlenza

IL SEGRETARIO